

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

José Manuel Barranco Gámez.

José Manuel Barranco Gámez.

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

HANNIBALI VICTORI CETERI SUADEBANT UT QUIETEM ET IPSE SIBI SUMERET ET FESSIS DARET MILITIBUS; MAHARBAL, PRAEFECTUS EQUITUM, MINIME CESSANDUM ESSE RATUS, UT SCIAS QUID HAC PUGNA SIT ACTUM, DIE QUINTO INQUIT VICTOR IN CAPITOLIO EPULABERIS. SEQUERE; CUM EQUITIBUS, UT ROMANI TE PRIUS VENISSE QUAM VENTURUM ESSE SCIAN, PRAECEDAM. HANNIBAL SE VOLUNTATEM MAHARBALIS LAUDARE DIXIT, SED AD CONSILIUM PENSANDUM TEMPORE OPUS ESSE. TUM MAHARBAL: NON OMNIA EIDEM DI DEDERE; VINCERE SCIS, HANNIBAL, VICTORIA UTI NESCI. MORA EIUS DIEI SATIS CREDITUR SALUTI FUISSE URBI ATQUE IMPERIO.

LIVIO 22.51, 4

INDICE

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. ESQUEMA**
- III. CONCEPTO DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**
- IV. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN**
- V. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**
- VI. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS**
- VII. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**
- VIII. LA CESIÓN ILEGAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL**
- IX. LOS CONTRATOS TEMPORALES**
- X. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

- XI. LOS TRABAJOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD**
- XII. OBLIGACIONES DE LA ETT ANTERIORES A LA CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR**
- XIII. OBLIGACIONES DE LA ETT ANTERIORES AL INICIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO**
- XIV. OBLIGACIONES DE LA ETT DURANTE LA RELACIÓN LABORAL**
- XV. OBLIGACIONES DE LA ETT POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**
- XVI. LA COORDINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES**

1. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 919

- a. MEDIOS DE COORDINACIÓN**
- b. RECURSOS PREVENTIVOS**
- c. COORDINADOR DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS**
- d. DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES**
- e. TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES**

- f. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN LAS EMPRESAS USUARIAS (EU) RESPECTO A LOS TRABAJADORES CEDIDOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (ETT)**
- g. INCUMPLIMIENTOS Y RESPONSABILIDADES EN LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES**
- h. PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN DE LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES**

2. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 1052

- a. ALCANCE**
- b. DETERMINACIÓN DEL PAPEL DESEMPEÑADO POR CADA EMPRESA EN EL ESCENARIO DE CONCURRENCIA**
- c. INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- d. MEDIOS DE COORDINACIÓN**
- e. CANALES DE COMUNICACIÓN**
- f. INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

3. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 1053

- a. PLANIFICACIÓN**
- b. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN**
- c. ESTABLECIMIENTO DE LOS MEDIOS DE COORDINACIÓN**
- d. PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO**
- e. CONTROL DE ACCESO**
- f. EMPRESARIO PRINCIPAL**
- g. ORGANIZACIÓN**
- h. EMPRESARIO TITULAR O PRINCIPAL**
- i. EMPRESAS CONCURRENTES**
- j. CONTROL**
- k. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**
- l. ACCIONES DERIVADAS DEL CONTROL**
- m. MEJORA CONTINUA**

XVII. INFRACCIONES LABORALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

XVIII. RECONOCIMIENTO MÉDICO AL TRABAJADOR COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE RIESGO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

XIX. EL ACCIDENTE DE TRABAJO

XX. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

XXI. EL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

XXII. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

XXIII. LA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEL ORDEN SOCIAL POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

XXIV. LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

XXV. LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

XXVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2015**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2014**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE 2009**

- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2007**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2007**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MARZO DE 2007**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2017**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017**
- 11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 2012**
- 12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2011**
- 13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ENERO DE 2011**
- 14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2009**
- 15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2009**

XXVII. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a los Art. 11-13, LISOS. La empresa principal responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales impuestas en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal. En la relaciones de trabajo con ETT's, la empresa usuaria responde de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas que puedan fijarse en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y tengan su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene. Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos (Art. 8, LETT): Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la el siguiente apartado, y, de conformidad con éste, en los convenios o acuerdos colectivos. Adquiriendo esta consideración los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas.

Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría.

Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (RD 664/1997, de 12 de mayo).

Los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deben disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La existencia de una relación

de trabajo de las señaladas anteriormente no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información. La empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud. A tal fin, y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas. La empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal.

PALABRAS CLAVES

Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria, prevención de riesgos laborales, accidente de trabajo, enfermedad profesional, centro de trabajo, contrato de puesta a disposición.

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

I. INTRODUCCIÓN

No es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la «dirección y control de la actividad laboral» (Art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del «deber de protección» mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime «del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona» (apartados. 2 y 4 Art. 14 ,LPRL) -- y, en suma, preceptuarse que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador» (apdo. 4, Art. 15 LPRL). STSJ 03/11/2013 Cataluña (R. 2181/2013 - TSJ Cataluña, Sala de lo Social, nº 7136/2013, de 04/11/2013, Rec. 2181/2013).

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), La Ley General de Seguridad Social (LGSS), la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), el Estatuto de los Trabajadores (ET) y demás normas de desarrollo, regulan las obligaciones y responsabilidades en materia preventiva para todas las partes implicadas en la relación laboral.

Debemos partir del artículo 19 del ET, de acuerdo con este precepto, el trabajador tiene derecho a una protección eficaz en materia de Seguridad e Higiene en la prestación de sus servicios laborales. Este derecho del trabajador supone una obligación correlativa por parte del empresario de facilitarle los medios necesarios para que las condiciones óptimas de Seguridad e Higiene.

La Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), dedica el capítulo III a regular las obligaciones del empresario derivadas del derecho que tienen los trabajadores a la Seguridad y Salud en el trabajo, sin perjuicio de que a lo largo de la Ley, se recojan también otras obligaciones esparcidas por el articulado.

El art. 2.9 de la LISOS se responsabiliza a los servicios de prevención ajenos, entidades auditoras y entidades formativas, del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, están obligados a asegurar que estos no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos (arts. 42-44).

Sujetos responsables en la Prevención de Riesgos Laborales

Teniendo en cuenta la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales, podemos decir que el incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral puede generar distintos tipos de responsabilidades jurídicas atendiendo al sujeto responsable y a la infracción de que se trate.

Son sujetos responsables de las infracciones en Prevención de Riesgos Laborales:

- Empresarios
- Promotores y propietarios de obra
- Servicios de prevención ajenos.
- Entidades auditoras ajenas a las empresas
- Entidades formativas ajenas a las empresas
- Trabajadores por cuenta propia y ajena.
- Fabricantes, importadores y suministradores.

1.- Responsabilidad empresarial

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, atendiendo a la infracción de que se trate. En este sentido, cabe distinguir:

- Responsabilidad administrativa.
- Responsabilidad penal.
- Responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.
- Responsabilidad basada en el recargo en las prestaciones.

La responsabilidad administrativa, es compatible con la civil y con la basada en el recargo en las prestaciones.

Particularidades:

La empresa principal responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales impuestas en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

En la relaciones de trabajo con ETT's, la empresa usuaria responde de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas que puedan fijarse en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y tengan su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera sujetos responsables de la infracción en prevención de riesgos laborales a los empresarios titulares del centro de trabajo, promotores y propietarios de obra y trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Es necesaria la existencia de nexo causal entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna prevención.

2.- Responsabilidad de los trabajadores

El incumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, atendiendo a la infracción de que se trate. En este sentido, cabe distinguir:

- Responsabilidad disciplinaria (art. 29.3, LPRL).
- Responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.

3.- Responsabilidad de los servicios de prevención ajenos, entidades auditoras y entidades formativas

La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera sujetos responsables de infracciones en prevención de riesgos laborales a las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos, personas o entidades auditoras y entidades formativas que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia (art. 2).

El incumplimiento por los servicios de prevención ajenos, personas o entidades auditoras y entidades formativas de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, atendiendo a la infracción de que se trate. En este sentido, cabe distinguir:

- Responsabilidad administrativa.
- Responsabilidad penal.
- Responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.

4.- Responsabilidad de fabricantes, importadores y suministradores

Los fabricantes, importadores y suministradores pueden incurrir en responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones en prevención de riesgos laborales relativas a asegurar que la maquinaria, productos y útiles de trabajo no constituyan fuente de peligro para el trabajador ni factores de riesgo, siempre que sean instalados y utilizados en la forma y para los fines que fueron recomendados.

El incumplimiento por los fabricantes, importadores y suministradores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, atendiendo a la infracción de que se trate. En este sentido, cabe distinguir:

- Responsabilidad administrativa.
- Responsabilidad penal.
- Responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.

Tipos de responsabilidad

Los sujetos responsables de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, pueden incurrir en distintos tipos de responsabilidad en función de la infracción de que se trate. En este sentido cabe destacar:

a) Responsabilidad administrativa: Surge de las acciones u omisiones de los empresarios al incumplir las normas legales en materia de prevención de riesgos

laborales, así como el incumplimiento de reglamentos o de las cláusulas de los convenios colectivos en dicha materia, distinguiendo entre:

- Infracciones leves.
- Infracciones graves.
- Infracciones muy graves.

La Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (art. 5. 2, LISOS), establece que son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales, las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a dicha Ley.

La autoridad laboral actúa a raíz de una propuesta de sanción procedente de la Inspección de Trabajo, basada en el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La responsabilidad administrativa no es compatible con la responsabilidad penal.

Procedimiento sancionador se puede iniciar: Inspección de trabajo, Iniciativa propia, Representantes de los trabajadores

Algunas posibilidades son: acciones con omisiones de los empresarios, las de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditorías y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia seguridad y salud laboral. Estas infracciones serán objeto de sanción tras la apertura del oportuno expediente a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

b) Responsabilidad penal: sanciona las conductas claramente agresivas contra la salud de los trabajadores.

En este sentido, el Código Penal establece que, los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, incurrirán en un delito contra la salud de los trabajadores.

El Código Penal distingue dos supuestos:

- Infracción de las normas de prevención con peligro para la vida o integridad física de los trabajadores (art. 316, CP). En este supuesto, no es necesario que se produzcan daños, es suficiente el hecho de haber creado y aceptado la situación de peligro.
- Infracción de las normas de prevención por imprudencia grave con peligro para la vida o integridad física de los trabajadores (art. 317, CP).

Las penas previstas para este tipo de delitos son privación de libertad de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

La responsabilidad penal es incompatible con la administrativa. Un mismo hecho no puede ser sancionado dos veces (vía penal y administrativa).

c) Responsabilidad civil: la responsabilidad civil establece la obligación de indemnizar el daño o perjuicio causado por una actuación imprudente o negligente. En el orden civil podrá reclamarse al empresario por daños y perjuicios que tengan su causa en el incumplimiento de sus obligaciones preventivas.

Los supuestos de responsabilidad civil aplicables son los siguientes:

- Culpa contractual (art. 1101 C. Civil): establece la indemnización por los daños y perjuicios causados por los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, y los que las incumplan, siempre que exista vínculo contractual con el perjudicado.

- Culpa extracontractual (art. 1902 C. Civil): Establece indemnización al que por acción u omisión causa daño a otro con el que no tiene vínculo contractual, interviniendo culpa o negligencia.

La responsabilidad civil, es compatible con la administrativa, con la penal y con la derivada del recargo en las prestaciones.

c) Recargo en las prestaciones: la Ley General de la Seguridad Social (art. 123, LGSS), establece la responsabilidad directa del empresario en el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que atendiendo a la gravedad de la falta, estará entre un 30 y un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las características, edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Esta responsabilidad es compatible con la de todo orden, incluso el penal.

Ausencia de sistema de protección colectiva o individual. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Cuando quede constatado que la empresa no hubiese organizado ninguna medida de protección, ni colectiva ni individual se impondrá un recargo de prestaciones. Para los Tribunales la ausencia de norma reglamentaria que obligase a tomar medidas se suple con el deber empresarial de protección previsto en normas con rango de ley como ET, LPRL y el convenio 155 OIT. (Ver sentencia nº TSJ Cantabria, de 27/10/2000)

Plazo de prescripción para el recargo de prestaciones.

El plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión viene determinado en el Art. 53 ,LGSS, donde se establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate. no obstante, la existencia de un procedimiento penal o expediente administrativo interrumpe el plazo de prescripción de la acción. En este tipo de expedientes no se produce su caducidad por el transcurso del plazo máximo legal o reglamentariamente previsto para su conclusión, y ello es así como consecuencia de la obligación de dictar resolución expresa que a la Administración impone el art. 42.1 de la LRJAP-PAC (la referencia debe entenderse hecha al apdo. 1 del Art. 21 ,Ley 39/2015, de 1 de octubre), por lo que la interrupción del plazo de cinco años que para la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones establecido en el citado apdo. 1, Art. 53, LGSS se prolonga -en todos los casos en que la Administración haya cumplido su deber de dictar resolución expresa- durante todo el tiempo que medie entre la incoación y la notificación de la resolución expresa que recaiga; ello sin perjuicio del derecho del interesado a entablar las oportunas acciones judiciales a partir del momento en que la petición pueda considerarse desestimada por silencio administrativo.

Declaración de la responsabilidad empresarial

Será competencia del INSS (cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia) declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas (Art. 3, Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio).

Se considerarse la concurrencia de culpa del trabajador, supone una disminución de la responsabilidad de la empresa en el porcentaje reconocido.

Iniciación del procedimiento

El procedimiento para evaluar la incapacidad para el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, se iniciará:

- De oficio. Por propia iniciativa de la Entidad gestora.
- A instancia de parte. Petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Corresponderá a los/las inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene (Art. 7 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

La falta de audiencia de la empresa responsable en el procedimiento de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad no determina la nulidad de actuaciones, de no haber provocado indefensión.

II. ESQUEMA

Empresas de Trabajo Temporal

Son aquellas cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. Asimismo las Empresas de Trabajo Temporal podrán actuar como agencias de colocación, cuando cumplan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, y su normativa de desarrollo. También podrán desarrollar actividades de formación para la cualificación

profesional conforme a la normativa específica aplicable, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

En su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes, las Empresas de Trabajo Temporal deberán informar expresamente y, en cada caso, si su actuación lo es en la condición de Empresa de Trabajo Temporal o de cualquiera otra de las actividades permitidas.

Requisitos

Las empresas o cooperativas de trabajo asociado que quieran dedicarse a esta actividad deben cumplir los siguientes requisitos:

Obtener autorización administrativa previa.

Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador, valorándose la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa, particularmente en lo referente a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales. A estos efectos, deberá contar con una plantilla de estructura integrada por un mínimo de 12 trabajadores (todos ellos con contrato indefinido, a tiempo completo o parcial), o el número que proporcionalmente corresponda, por cada mil trabajadores contratados para ser cedidos en el año anterior. Desde el inicio y durante todo el tiempo de actividad el personal de estructura mínimo será de tres trabajadores fijos (a tiempo completo o parcial).

Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de Empresa de Trabajo Temporal (sin perjuicio de la posibilidad de actuar como agencia de colocación, o en las actividades de formación o consultoría permitidas).

Encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Garantizar de forma especial el cumplimiento de las obligaciones salariales, indemnizatorias y con la Seguridad Social. Desde el inicio y durante el primer año de actividad la garantía deberá alcanzar un importe igual a 25 veces el salario mínimo interprofesional vigente en ese momento, en cómputo anual. Para ejercicios sucesivos, deberá alcanzar un importe igual al 10% de la masa salarial del ejercicio anterior, con el límite mínimo de 25 veces el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, en cómputo anual. Esta garantía responde de las deudas por indemnizaciones, salariales y con la Seguridad Social.

No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones. Incluir en su denominación los términos «Empresa de Trabajo Temporal» o su abreviatura «ETT».

Documentación a aportar con la solicitud

Las personas físicas o jurídicas al solicitar la autorización deben adjuntar, en todo caso, los siguientes datos:

- a) Identificación completa del solicitante.
- b) Denominación de la empresa, en la que se deberá incluir necesariamente los términos «empresa de trabajo temporal» o su abreviatura «ETT».
- c) Domicilio social de la empresa y domicilio de los centros de trabajo.
- d) Número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

A la solicitud de autorización, que deberá presentarse por medios electrónicos en el Registro establecido por cada una de las autoridades laborales competentes para conceder autorizaciones administrativas a empresas de trabajo temporal, se acompañará, también por medios electrónicos, la siguiente documentación:

Poder suficiente en derecho, si el solicitante actúa en representación de una persona jurídica, salvo que la solicitud se presente mediante un certificado de firma electrónica de persona jurídica en el que el solicitante figure como apoderado o que el solicitante figure registrado en el Registro Electrónico de Apoderamientos.

Cuando la solicitud se formule por personas jurídicas, certificación acreditativa de la inscripción de la empresa, cualquiera que sea la forma que revista, en el Registro Mercantil o en el correspondiente Registro de Cooperativas, deberá aportarse copia de la escritura de constitución inscrita en el correspondiente Registro y, en su caso, estatutos de la sociedad.

Copia de la documentación acreditativa de haber constituido la garantía financiera, debiendo ser presentada la documentación original en los tres días hábiles siguientes.

Memoria explicativa de la estructura organizativa con la que cuenta la empresa, detallada por centros de trabajo, justificativa del cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

Los solicitantes podrán acompañar cuantos documentos estimen conveniente para precisar o completar los datos del formulario, los cuales deberán ser admitidos y podrán ser tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan.

En su solicitud, el solicitante podrá autorizar a la autoridad laboral competente para que obtenga de forma directa, a través de certificados electrónicos, la acreditación de su identidad, así como la acreditación de que la empresa se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. En el supuesto de que el solicitante no lo autorice expresamente, deberá aportar la documentación correspondiente.

La autoridad laboral competente resolverá en el plazo de un mes, contado desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano administrativo, estimando o desestimando la solicitud formulada. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, la solicitud se entenderá estimada.

Contra la resolución podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el órgano superior jerárquico del que la dictó.

Solicitud de autorización administrativa

Se efectúa aportando los justificantes de cumplir los requisitos establecidos ante la Autoridad Laboral competente, que será:

El órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma si la empresa dispone de centros de trabajo en el territorio de una sola Comunidad.

La Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social si la empresa de trabajo temporal dispone de centros de trabajo en dos o más Comunidades Autónomas.

Las respectivas Delegaciones del Gobierno, en el supuesto de que la Empresa de Trabajo Temporal sólo tenga centros de trabajo en las ciudades de Ceuta o Melilla. Cuando la empresa deje de disponer de centros de trabajo en la Comunidad Autónoma que concedió la autorización será Autoridad laboral competente la de la Comunidad Autónoma donde disponga de centro o la Dirección General de Empleo del Ministerio si dispone de centros en dos o más Comunidades.

Las personas físicas o jurídicas, al solicitar la autorización, deben hacer constar, en todo caso, los siguientes datos:

Identificación del solicitante.

Denominación de la empresa, en la que se deberán incluir necesariamente los términos de “Empresa de Trabajo Temporal”, o su abreviatura “ETT”.

Domicilio de la empresa.

Número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

Alcance y eficacia de la autorización administrativa

La autorización será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración.

La autorización podrá extinguirse mediante resolución administrativa de la Autoridad laboral cuando ésta compruebe que la empresa ha incumplido sus obligaciones de mantener una estructura organizativa que responda a la actividad efectivamente desarrollada o de actualizar anualmente la garantía financiera.

Asimismo, la autorización expirará cuando la empresa deje de realizar su actividad durante un año ininterrumpido.

III. CONCEPTO DE EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

Se denomina Empresa de Trabajo Temporal a aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta ley.

Las Empresas de Trabajo Temporal podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley 56/2003, de 16 de

diciembre, de Empleo, y su normativa de desarrollo. Asimismo, podrán desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos.

En su relación tanto con los trabajadores como con las empresas clientes las Empresas de Trabajo Temporal deberán informar expresamente y en cada caso si su actuación lo es en la condición de Empresa de Trabajo Temporal o en el ejercicio de cualquier otra de las actividades permitidas. (Artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal -en adelante, LETT-modificado por el Real Decreto-Ley 8/2014 de 4 de julio de Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia).

Se contiene en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal y en el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la citada Ley y Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de "Medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia", que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la LETT, añade (artículo 116) una Disposición Adicional para la ventanilla única, y una Disposición Transitoria, a aplicar a las Empresas de Trabajo Temporal con autorización vigente a 5 de julio de 2014.

Un prolijo Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, desarrolla la LETT en lo que se refiere, básicamente, a autorizaciones administrativas, garantía financiera y Registros de Empresas de Trabajo Temporal, contratos de puesta a disposición y de trabajo y obligaciones informativas de las Empresas de Trabajo Temporal.

El artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la cesión de trabajadores, establece que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de Empresas de Trabajo Temporal.

Las personas físicas o jurídicas que pretendan realizar la actividad propia de una Empresa de Trabajo Temporal, deberán obtener una autorización administrativa previa (la autorización administrativa será única, tendrá eficacia en todo el territorio nacional y se concederá sin límite de duración), justificando ante el órgano administrativo competente (esto es, la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se encuentre el centro de trabajo de la empresa o en el supuesto de poseer centros de trabajo en varias provincias por el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma competente), el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.

b) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de Empresa de Trabajo Temporal.

c) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.

d) Constituir una garantía financiera, a disposición de la autoridad laboral que conceda la preceptiva autorización administrativa, que podrá consistir en:

1. Depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales.

2. Aval o fianza de carácter solidario prestado por un banco, caja de ahorros, cooperativa de crédito, sociedad de garantía recíproca, o póliza de seguros contratada al efecto.

La garantía constituida responderá, en la forma prevista en el artículo 10, de las deudas por indemnizaciones, salariales y de Seguridad Social.

e) No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.

f) Incluir en su denominación los términos "Empresa de Trabajo Temporal".

Se crea por primera vez una base de datos central de Empresas de Trabajo Temporal, que será gestionada por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y que permitirá disponer de información centralizada de todas las Empresas de Trabajo Temporal autorizadas en España y de sus principales datos de actividad. A la base de datos central deberá incorporarse parte de la información existente en los Registros autonómicos de Empresas de Trabajo Temporal.

IV. EL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

Es el celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido el trabajador.

Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una Empresa de Trabajo Temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada (artículo 6.2 de la LETT, redactado por Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores), esto es:

a) Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta.

b) Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

c) Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.

d) Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción de personal.

Igualmente de los Trabajadores, se puede celebrar un contrato de puesta a disposición, en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

No se puede realizar un contrato de puesta a disposición:

a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.

b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y salud en el trabajo en los términos previstos en la disposición adicional segunda de la Ley reguladora y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos y se entenderá cometida una infracción por cada trabajador afectado.

c) Para la cobertura de puestos o funciones que, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, por extinción del contrato por voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento contractual del empresario, despido colectivo o por causas objetivas.

d) Para ceder trabajadores a otras Empresas de Trabajo Temporal.

Se formalizará siempre por escrito, en modelo oficial, por duplicado, y como mínimo contendrá:

a) Datos identificativos de la Empresa de Trabajo Temporal, haciendo constar el número de autorización, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

b) Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

c) Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica.

d) Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.

e) La establecida en el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal.

f) Servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria.

g) Duración prevista del contrato.

h) Lugar y horario de trabajo.

i) Precio convenido.

j) Retribución total.

k) Convenio colectivo de aplicación en la empresa usuaria.

Además, en el supuesto de contratos para la formación y el aprendizaje, en el contrato de puesta a disposición se designará a la persona de la empresa usuaria que se encargará de tutelar el desarrollo de la actividad laboral del trabajador.

Los contratos de puesta a disposición que, sin eliminar ninguno de los conceptos contenidos en el modelo que se establezca en las disposiciones de desarrollo de este real decreto ni alterar su denominación, contengan modificaciones de carácter puramente

formal o incluyan elementos adicionales de información se considerarán ajustados al citado modelo.

Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido.

Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.

V. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

El contrato de trabajo celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición. Del mismo modo, podrán celebrar contratos de trabajo en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias, conforme a la normativa reguladora de dichos contratos.

En los supuestos de contratación por tiempo determinado, el contrato de trabajo se formalizará siempre por escrito, por triplicado, y como mínimo contendrá:

- a) Identificación de las partes contratantes.
- b) Identificación de la empresa usuaria.
- c) Causa del contrato de puesta a disposición.
- d) Contenido de la prestación laboral.
- e) Riesgos profesionales del puesto de trabajo.
- f) Duración estimada del contrato de trabajo.
- g) Lugar y horario de trabajo.
- h) Remuneración convenida.
- i) Convenio colectivo aplicable en la Empresa de Trabajo Temporal y en la empresa usuaria.

Cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado, el trabajador tendrá derecho, además, a recibir una indemnización económica a la finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o a la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. La indemnización podrá ser prorrateada durante la vigencia del contrato (artículo 11.2 de la LETT).

En los supuestos de contratación por tiempo indefinido, la empresa deberá entregar al trabajador, cada vez que preste servicios en una empresa usuaria, la correspondiente orden de servicio, en la que debe constar:

- a) Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios.
- b) Causa del contrato de puesta a disposición.

- c) Contenido de la prestación laboral.
- d) Riesgos profesionales del puesto de trabajo a desempeñar.
- e) Lugar y horario de trabajo.

El artículo 11.1 de la LETT establece lo siguiente respecto de los derechos de los trabajadores:

- Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

- A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

- La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo, a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador.

- Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

La Empresa de Trabajo Temporal responde del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria.

VI. RELACIÓN DEL TRABAJADOR CON LA EMPRESA USUARIA DE SUS SERVICIOS

Las facultades de dirección y control de la actividad laboral, serán ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

Las facultades disciplinarias atribuidas por el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, le corresponden a la Empresa de Trabajo Temporal, y la empresa usuaria deberá poner en su conocimiento, cualquier conducta del trabajador que pudiera constituir un incumplimiento empresarial a fin de adoptar las medidas sancionadoras correspondientes.

La empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social a que se refiere el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y solidariamente en los supuestos en que los que el contrato de puesta a disposición incumpla lo dispuesto en el artículo 6 de la LETT (supuestos de utilización) y en el artículo 8 de la LETT (exclusiones) de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral, si bien no ostentan el mismo derecho en relación con las reclamaciones del trabajador concernientes a la Empresa de Trabajo Temporal de la cual depende.

VII. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LOS CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Las empresas tienen limitaciones a la hora de celebrar contratos de puesta a disposición con ETTS en los casos regulados en el (Art. 8, LETT), entre los que se encuentran la sustitución de trabajadores en huelga o para realizar trabajos peligrosos para la seguridad y salud en el trabajo.

Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos (Art. 8, LETT):

- Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
- Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la el siguiente apartado, y, de conformidad con éste, en los convenios o acuerdos colectivos.
- Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.
- Cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por extinción por voluntad del trabajador, despido colectivo, necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo (apdo. 1, Art. 51, ET), excepto en los supuestos de fuerza mayor (Art. 50-51, ET y apartado c) Art. 52, ET).

Trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo

No podrán celebrarse contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo. Adquiriendo esta consideración los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

- Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas.
- Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría.
- Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (RD 664/1997, de 12 de mayo).

Con anterioridad al 31 de marzo de 2011, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos (Art. 83 ET), o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas.
- Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados.
- Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

Todo esto sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los convenios colectivos.

Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos:

- La empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.
- El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

VIII. LA CESIÓN ILEGAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

Integra un supuesto de cesión ilegal ex artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, toda prestación de servicios al amparo de un contrato de puesta a disposición que tenga carácter permanente o que se realice para cubrir necesidades permanentes de mano de obra en la empresa usuaria, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se revela como manifiestamente fraudulento y ejecutado en fraude de Ley ex artículo 6.4 del Código Civil.

Las responsabilidades previstas en el artículo 43 ET para los casos de cesión ilegal son:

- a) Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado por la ley, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la

Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

b) Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

La doctrina unificada del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, viene entendiendo que si bien algunos supuestos de ilegalidad son exclusivamente atribuibles a la empresa usuaria y exceden del posible control de la Empresa de Trabajo Temporal, lo cierto es que:

a) No se pueden limitar las obligaciones de la Empresa de Trabajo Temporal -en este aspecto- a que el contrato de puesta a disposición obedezca formalmente a causa legal justificativa, pues ello invitaría a reducir la diligencia de la Empresa de Trabajo Temporal en orden al cumplimiento de las previsiones legales establecidas, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador.

b) La defensa de los intereses del trabajador ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 de noviembre de 1990 (Recurso número 645/1990), 30 de junio de 1993 (Recurso número 720/1992), 26 de enero de 1998 (Recurso número 2365/1997), 21 de diciembre de 2000 (Recurso número 4383/1999), 26 de septiembre de 2001 (Recurso

número 558/2001), 23 de enero de 2002 (Recurso número 1759/2001) y 4 de abril de 2002 (Recurso número 3045/2001).

c) Aún en los supuestos de ausencia de connivencia entre la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria-cliente en la utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición efectuado para atender necesidades permanentes de mano de obra o supuestos legalmente excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad se circunscribe al ámbito laboral y es una responsabilidad solidaria de la empresa usuaria -e infractora- respecto de las obligaciones de la Empresa de Trabajo Temporal (artículo 12 de la LETT).

d) Alguna otra garantía -también laboral- correspondiente al trabajador cedido y que afectaría igualmente a la Empresa de Trabajo Temporal en el caso de que el contrato de puesta a disposición resultase nulo por causa directamente imputable a la cesionaria, como es el derecho a integrarse en plantilla como trabajador fijo, inactuante tras extinguirse la cesión (Entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de septiembre de 1986, 17 de enero de 1991 -Recurso número 2858/1989- y 8 de julio de 2003 -Recurso número 2885/2002-), en manera alguna excluye la reclamación que la Empresa de Trabajo Temporal puede efectuar frente a la empresa usuaria y culpable del incumplimiento, cuyas relaciones se rigen por la legislación civil y mercantil, conforme a la Disposición Adicional Primera de la LETT.

IX. LOS CONTRATOS TEMPORALES

La expresión "contrato de trabajo temporal" o "contratación temporal" es una forma abreviada de designar lo que más precisamente se denomina "contratos de

duración determinada" o "contratos de trabajo por tiempo determinado", caracterizados por la inclusión en su clausulado de un pacto de extinción a la llegada de un término, que puede estar fijado con exactitud (*certus an, certus quando*), o remitido en su vencimiento a un suceso que acontecerá en fecha no determinada (*certus an, incertus quando*). En definitiva, se habla de contratación temporal en contraposición a "contratación indefinida". Y es que el contrato de trabajo no es un contrato de tracto único y ejecución instantánea, esto es, no se agota en un intercambio fugaz de prestaciones, sino que, por su propia naturaleza, es un contrato con pretensión de duración, de tracto sucesivo, y que tiene por ello una permanencia y vocación de perdurabilidad que se convierte en característica esencial del mismo. Cuando el contrato de trabajo carece de previsión inicial de duración y conclusión hablamos de "contratación indefinida" o "contrato fijo" (con la salvedad de que "fijeza" e "indefinición" no son completamente sinónimos cuando el empresario es la Administración Pública, porque en tal caso y en virtud de la exigencia constitucional de que el acceso a la función pública tenga lugar a través de la constatación de los principios de mérito, publicidad y capacidad, puede darse lo que la jurisprudencia ha llamado la relación laboral como indefinido no fijo, que surge de un contrato temporal con irregularidades graves y que es equivalente a indefinido hasta la cobertura de la vacante o hasta que ésta se amortice). Si por el contrario el contrato contiene cláusula que fije su momento de terminación, hablamos de "contratación temporal", y aquella naturaleza de "indefinición" tiene preferencia y fuerza de atracción sobre la "temporal", de tal suerte que aquellos contratos temporales que se vean afectados por determinadas irregularidades pasarán a convertirse en indefinidos, y además, hoy, la vinculación sucesiva, con o sin interrupción, a través de diversos contratos temporales (excepto los formativos, de relevo e interinidad, los temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación y los temporales utilizados por empresas de inserción) para la misma empresa y el mismo o diferente puesto de trabajo por un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta meses, con o sin solución de continuidad, provoca también la conversión en trabajador fijo, computándose también los contratos temporales no celebrados directamente sino a través de Empresas de trabajo temporal (artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores 2015). La aplicación de lo dispuesto en este artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores 2015 se suspendió

hasta el 31 de diciembre de 2012, quedando excluido del cómputo de 24 meses y del periodo de 30, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, hubiera existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas.

El interés del legislador por la contratación de trabajo temporal se puso de manifiesto ya desde el Código Civil (artículo 1583 sobre el "servicio de criados y trabajadores asalariados") y se plasmó en el Código de Trabajo (1926), Ley de Contrato de Trabajo (1931), Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo (1944), Ley de Relaciones Laborales (1976) y Estatuto de los Trabajadores 2015 y los sucesivos Decretos de desarrollo de la contratación temporal.

La evolución normativa viene caracterizada por dos notas, de un lado la diversificación de modalidades de contratación temporal, y de otro la limitación del poder de las partes (trabajador y empresa) para, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, seleccionar la modalidad de contrato idónea, teniendo presente que para el trabajador ofrece una mayor garantía de estabilidad en el empleo la contratación indefinida, y por lo general, el empresario tiende a la contratación temporal, lo que conlleva algunas tensiones en torno a lo que se ha llamado la mayor o menor flexibilización del mercado de trabajo.

Tradicionalmente, la normativa reguladora de los contratos temporales ha distinguido entre los contratos temporales "clásicos", es decir aquéllos en los que la temporalidad prevista se corresponde precisamente con la temporalidad del trabajo; los contratos específicos para el empleo juvenil o "formativos" (para facilitar la inserción en la vida profesional); y finalmente los contratos temporales que persiguen un propósito de "fomento del empleo", esto es, hacer más fácil la contratación temporal, ya con

carácter general al amparo de una situación socioeconómica adversa de empleo, o ya respecto de determinados grupos de trabajadores desfavorecidos.

Dentro de los llamados contratos temporales clásicos o de duración determinada se incluyen a su vez tres especies: el contrato para obra o servicio determinado [artículo 15.1 a) del Estatuto de los trabajadores 2015], el contrato de interinidad o sustitución de trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo [artículo 15.1 c) del mismo cuerpo legal] y el contrato para trabajos eventuales [artículo 15.1 b) del citado Estatuto], todos ellos desarrollados hoy por el Real Decreto 2720/98 de 18 de diciembre.

Principios y normas comunes a los contratos temporales

1. Principios Comunes

a) Excepcionalidad. Dejando de lado los contratos formativos, la posibilidad de fijar un plazo de duración o sujetar a condición la duración del contrato sólo se admite con carácter excepcional, cuando exista una causa justificada por una razón objetiva, siendo indispensable que la citada causa concuerde con la realidad en el desempeño efectivo de las obligaciones derivadas del contrato.

b) Tipicidad. La contratación temporal está limitada a los supuestos legalmente regulados, existiendo en esta materia una reserva de ley, de tal forma que sólo será posible concertar contratos temporales de los expresamente regulados en la ley y en los Decretos de desarrollo, sin que las partes puedan crear modalidades nuevas.

c) Causalidad. En todos los contratos temporales está presente el principio de causalidad, elemento definidor por excelencia, de tal suerte que como la jurisprudencia

ha afirmado con insistencia, la contratación temporal en nuestro ordenamiento es eminentemente causal (así, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2003, Recurso de Casación Unificación de doctrina 4579/2002), de forma que la no adecuación a las causas previstas legalmente puede generar la conversión de los contratos temporales en indefinidos.

d) Normas de derecho necesario. La determinación por la ley de los supuestos en que procede la contratación temporal y los requisitos que debe reunir configuran derecho necesario absoluto, y cuando la ley habilita a los convenios colectivos a regular algunas facetas de la contratación temporal, lo hace siempre para suplementar los contenidos fijados por la ley pero sin poder rebasar los límites legalmente previstos. Ello significa que los convenios colectivos no pueden, a través de la llamada autonomía de voluntad colectiva, "crear" nuevas modalidades de contratos temporales, sino que solamente pueden mejorar la regulación legal estableciendo límites adicionales a la contratación temporal, e igualmente, la autonomía de la voluntad de las partes no alcanzará a la regulación legal de los contratos temporales. Por más que esté expresamente pactado en el contrato y aceptado por parte del trabajador, no será posible variar la regulación legal ni los efectos que en ella se establecen al respecto de las irregularidades en la contratación temporal.

2. Normas comunes

a) Forma escrita. Todos los contratos de duración determinada se deben instrumentalizar por escrito, a excepción de los eventuales celebrados por menos de 4 semanas. Ello no supone que la falta de forma escrita genere la nulidad del contrato, sino sólo que el trabajador tiene derecho a exigir en cualquier momento la suscripción por escrito, pero sí es causa generadora de la presunción de indefinición del contrato, salvo que se demuestre la naturaleza temporal del mismo.

b) Contenido obligatorio. Los distintos tipos de contrato temporal deben expresar necesariamente la modalidad de que se trate, su duración o la identificación de las circunstancias que determinan ésta, así como el trabajo a desarrollar. Es fundamental que expresen con claridad y precisión la causa de la temporalidad que ampara la contratación. De no ser así, esto es, sino se recogen expresamente dichos datos, que son los que permiten reconocer la adecuación a la legalidad de la contratación efectuada, se presumirá su celebración con carácter indefinido, al igual que si no se procede a dar de alta en Seguridad Social al trabajador temporal.

c) Extinción del contrato. Los contratos de duración determinada no se extinguen automáticamente al llegar a su término o al cumplirse la condición resolutoria pactada, sino que es exigencia legal que se produzca la denuncia por parte del empleador, es decir, la comunicación de terminación de contrato, que puede ser verbal o escrita, y que ha de realizarse con un plazo de antelación (preaviso, de quince días al menos cuando el contrato duró más de un año). Si el contrato, llegada la fecha de su vencimiento, no es denunciado y el trabajador sigue prestando sus servicios, se entiende prorrogado hasta su duración máxima, y si alcanzada dicha duración máxima o cumplido el servicio o condición resolutoria no se efectúa la denuncia, se entiende el contrato tácitamente prorrogado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. Por el contrario, el incumplimiento del plazo de preaviso no genera tal efecto, sino sólo la obligación del empresario de indemnizar a razón del salario diario por cada día de preaviso no cumplido. En caso de extinción de contrato el trabajador temporal (excepción hecha del contrato de interinidad y los formativos) tiene derecho a una indemnización equivalente a ocho días de salario por año de servicio, salvo que se haya establecido por convenio colectivo otra mayor.

d) Derechos de los contratados temporalmente. Los trabajadores con contrato temporal tienen, con carácter general, los mismos derechos que los trabajadores con contrato indefinido o fijo, si bien es preciso destacar que con motivo de la supresión en

el año 1994 del complemento de antigüedad como contenido legal necesario del salario del trabajador -dejando su existencia e importe a la determinación de los convenios colectivos- se produjeron algunas disfunciones al proliferar regulaciones convencionales que negaban el complemento de antigüedad al contratado temporal, lo que supuso algunos pronunciamientos judiciales contradictorios que fueron unificados por el Tribunal Supremo en una jurisprudencia vacilante hasta que el legislador introdujo la previsión contenida en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores 2015, que fue transposición de la Directiva Comunitaria 1999/70 CEE, del Consejo, de 29 de junio y relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Desde ese instante, los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán, por imperativo legal, los mismos derechos que los contratados fijos, a salvo de las especialidades lógicas en materia de extinción del contrato, y en concreto, en lo tocante a la antigüedad, y cualquier derecho atribuido legal o convencionalmente en función de aquélla, deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

Es habitual que un mismo trabajador sea contratado sucesivamente con la misma o diversa modalidad contractual temporal, y no habría problema alguno siempre que en dichos contratos concorra la causa legalmente prevista. No obstante, hay dos serias limitaciones, de un lado, que la ley presume concertados por tiempo indefinido los contratos temporales "celebrados en fraude de ley" (artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores 2015), es decir, aquéllos contratos que formalmente se amparan en la causa legal pero en realidad no tienen otro objeto que desarrollar el trabajo normal y habitual de la empresa.

Y por otro lado, que la acumulación de dos o más contratos temporales, con interrupciones o sin ellas, puede provocar la conversión en indefinido del contrato. Esto ocurrirá cuando el trabajador, en un periodo de treinta meses, hubiera estado contratado durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas,

mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal.

La jurisprudencia ha insistido en que la existencia de fraude de ley en la contratación produce el efecto de la indefinición y por ello de una única relación laboral fija aunque dicho fraude sólo se haya dado en uno de los contratos de la cadena contractual y los otros fuesen válidos, lo que conllevará que la relación jurídica se contemple (así por ejemplo a efectos del cálculo de la indemnización por despido) como una sola, aunque existan interrupciones superiores a veinte días (plazo para accionar por despido), siempre y cuando se constate la unidad esencial del vínculo (Sentencia del Tribunal Supremo del Pleno, de 8 de marzo de 2007, Recurso de Casación para Unificación de doctrina 175/2004).

Cuando en la contratación temporal de un trabajador es empresario la Administración Pública, concurren algunas especialidades. Desde luego que la Administración puede, perfectamente, acudir a la contratación temporal tal y como lo hacen los empresarios privados, legitimada aún más cuando en la mayor parte de los casos se acude a dicha fórmula como modo de solucionar problemas transitorios de vacantes o necesidades del servicio que no pueden ser convenientemente cubiertas acudiendo a la contratación indefinida sin utilizar las fórmulas legales convencionalmente previstas para el acceso al servicio de la Administración Pública. En tales casos es difícil sostener la existencia de fraude de ley en la contratación cuando esta figura consiste en la utilización instrumentada y normalmente mediante simulación, de un tipo negocial para evitar la norma que debe aplicarse al contrato. Ahora bien, debe tenerse presente -dice el Tribunal Supremo- que si las Administraciones públicas pueden acudir a la contratación temporal por tiempo cierto (ya que por su propia naturaleza les está vedado acudir a la ampliación de plantilla sin el cumplimiento de las normas específicas reguladoras del acceso a la función pública porque el propio ordenamiento jurídico rechaza el acceso a tal función sin el tamiz del 103 de la Constitución Española) debe ser siempre respetando las exigencias de la

normativa específica, y si se incide en irregularidad grave de la contratación temporal, las consecuencias serán para las empresa públicas y Administración, las mismas que para las privadas: la indefinición de la relación laboral por nulidad de la cláusula de temporalidad.

La Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores 2015, en su redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) ET en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados (3 años máximo) no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

Además, para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 ET, no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

Por último debe finalmente resaltarse, para completar la exposición sobre el problema debatido, que el Tribunal Supremo viene rechazando las peticiones de "fijeza de plantilla" para sustituir las por la declaración de indefinición del contrato (así, desde la Sentencia de 7 de octubre de 1996, Recurso 3307/95) afirmando que la contratación

laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito, publicidad y capacidad impide equiparar a los titulares de contratos temporales irregulares a los trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por contrato de trabajo por tiempo indefinido, pero indefinido hasta la cobertura o amortización del puesto que se ocupa.

X. OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La prevención de riesgos laborales es una materia que se encuentra regulada en diversas leyes y reglamentos. La vigente legislación laboral entiende que la seguridad en el trabajo es un bien jurídico protegido de alto valor, y por eso obliga a los empresarios a velar por la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores. La preocupación del legislador radica en que estos trabajadores mantengan los mismos derechos sobre seguridad y salud que el resto de los trabajadores.

Empezaremos por la Constitución Española, norma suprema de nuestro sistema judicial, que en su artículo 40.2, encomienda a los poderes públicos su deber de velar por la salud y seguridad de los trabajadores.

El Estatuto de Trabajadores en la misma línea, dispone en su artículo 19.1: “El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

En España, la primera ley sobre ETT es la Ley 14/1994, Ley de Empresas de Trabajo Temporal, que surge por aplicación de la Directiva del Consejo de 25 de Junio de 1991, 91/383/CEE. Esta Directiva es norma de contenido mínimo, por lo que los Estados miembros pueden mejorar sus disposiciones. Su redacción es consecuencia de observar cómo han aumentado estas relaciones laborales y de ver que los trabajadores estaban más expuestos a sufrir accidentes de trabajo o enfermedades profesionales

Tras esta, nace la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que es la trasposición al derecho español de la Directiva 89/ 391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989. Se encarga de recoger las condiciones de seguridad y salud de las relaciones de trabajo en general, mientras que la Directiva 91/383/CEE hace lo mismo pero concretando con las condiciones de seguridad y salud de las ETT.

En esta LPRL encontramos todas las actuaciones que un empresario debe realizar en materia de prevención de riesgos laborales. El contenido de esta ley tiene el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, es una norma que determina unas condiciones mínimas que siempre deben respetarse, pudiendo ser mejorado y desarrollado en los convenios colectivos. Así, en su artículo 14 indica que “Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” lo que supone un deber del empresario porque continua “el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. En el artículo siguiente, marca las pautas al empresario de cómo conseguirlo, con los llamados principios de la acción preventiva. De esta Ley, la conclusión más clara es que los deberes del empresario son incondicionales y prácticamente ilimitados, mientras los del trabajador son bastante escasos.

La LPRL establece una protección general para todos los trabajadores, y también una específica para unos grupos que considera que necesitan una protección especial, como son los llamados trabajadores especialmente sensibles: unos lo son por sus características personales ante determinados riesgos, otros por protección de la maternidad o de los menores y los últimos, sobre los que versa este trabajo, son por su contratación temporal.

En nuestro caso, debemos atender al artículo 28 de la LPRL, ya que habla específicamente de las ETT y de sus obligaciones en materia de prevención:

Artículo 28.1: “Los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deben disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios.

La existencia de una relación de trabajo de las señaladas en el párrafo anterior no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”.

Artículo 28.5: “En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información.

La empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud. A tal fin, y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.

La empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley.”

La finalidad básica de este artículo es repartir entre la ETT y la empresa usuaria los deberes generales de todo empresario de información, formación y vigilancia de la salud.

Este artículo es fundamental para las relaciones entre la ETT y la empresa usuaria. Por lo que se refiere a su redacción es prácticamente igual a la de la Directiva, coincidiendo la norma comunitaria con la española⁹. Pero esta información viene más desarrollada en las leyes que se verán a continuación.

Posteriormente a esta ley, se aprueba el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal. Aquí se concretan más cuáles son las obligaciones de cada una de las partes y sus responsabilidades, dividiendo las obligaciones de la empresa usuaria en:

- a) Obligaciones previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador.
- b) 7 Obligaciones desde el inicio de la prestación de servicios del trabajador.

Este Real Decreto 216/1999 refuerza particularmente las disposiciones referidas a información y formación, para favorecer la disminución de riesgos, y establecer medidas limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad.

Tanto la LEET como el Real Decreto establecen la obligación de que, para poder celebrar un contrato de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria, es necesario que esta última tenga hecha previamente la evaluación de riesgos del puesto que el trabajador cedido va a ocupar. El artículo 3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, define la evaluación de riesgos como:” La evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”.

Esto es fundamental, ya que si una empresa no tiene hecha la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo, quiere decir que no cumple la normativa de seguridad y que por lo tanto no va a ser una empresa que se preocupe en exceso de la seguridad de sus trabajadores. No se puede enviar a un trabajador de ETT a una empresa en la que no se sabe qué se va a encontrar, a un puesto de trabajo del que no se tiene conocimiento de a qué riesgos va a estar expuesto y para el que no ha recibido la formación adecuada. La

relación entre la empresa usuaria y la ETT tiene que ser una relación en la que la información entre ambas, en lo que respecta al trabajador, sea fluida.

En resumen de cuentas, se observa que la normativa de prevención de riesgos laborales en las empresas de trabajo temporal se ha desarrollado en tres fases:

La primera con la aprobación de la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) y el Reglamento en desarrollo de esta RD 4/1995 (REDTT).

La segunda con la promulgación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (PRL).

La tercera con la aparición del Real Decreto 216/1999 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal.

En la primera fase, con la Ley 14/1994 ya se establecieron las obligaciones de las empresas en materia de salud y seguridad, en la segunda, con la LPRL 31/1995 se regula de forma específica, en el artículo visto anteriormente, la situación de estos trabajadores en misión, y la tercera, ya con el RD 216/1999, se especifican los aspectos de estas relaciones laborales.

La Nota Técnica de Prevención 919 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, concreta la manera en la que deben coordinarse las empresas cuando concurren trabajadores de distintas empresas. Recomendando que se coordinen los servicios de prevención de la ETT y de la empresa usuaria para que se garantice una adecuada protección de la salud y seguridad de los trabajadores cedidos. Además especifica:

“Cuando en una empresa usuaria existen trabajadores cedidos por una ETT, pueden darse dos tipos de actuaciones de coordinación, una entre los servicios de prevención de la empresa usuaria y de la ETT de acuerdo con el artículo 28 LPRL y artículo 6.3 del RD 216/1999; y otra cuando además la empresa usuaria concurre con otras empresas en su propio centro o en el de un tercero y esta concurrencia afecte al

trabajador cedido. Deberá haber en este caso una coordinación entre la empresa usuaria y las otras empresas, de acuerdo con el artículo 24 LPRL y el RD 171/2004”.

Con toda esta legislación española se entrevé la preocupación del legislador por evitar las situaciones de abuso que durante muchos años sucedieron en la práctica laboral, y reducir, en la medida de lo posible, la siniestralidad de este colectivo.

En este último sentido, se han tomado medidas para compensar que es un colectivo de trabajadores cuya seguridad es inferior.

XI. LOS TRABAJOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD

El legislador español, siguiendo la normativa comunitaria, introdujo la posibilidad de prohibir la contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, a ciertas empresas dedicadas a la realización de actividades con un alto nivel de riesgo.

Aparece en la Ley 14/1999 en el artículo 8, según el cual:

“Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos”.

El legislador quería evitar que estos trabajadores sufrieran un riesgo excesivo ante condiciones de trabajo peligrosas, sin embargo, no concretó cuáles eran estas actividades y supuestos de los que estaban excluidos.

Al no decir nada más que esto, se pensó que sería al año siguiente con la puesta en vigor de la LPRL, donde se concretaría cuáles eran las actividades con alto nivel de riesgo, pero tampoco fue así.

Para solucionar este tema y establecer una relación de trabajos que por su peligrosidad deben quedar excluidos de la celebración de un contrato con empresa temporal, se aprobó el Real Decreto 216/1999 que sí realiza la enumeración de las actividades catalogadas como peligrosas. Así en su artículo 8 establece:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo b), de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el Anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Trabajos de minería a cielo abierto y de interior a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que requieran el uso de técnica minera.

Trabajos propios de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a las que se refiere el artículo 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero.

Trabajos en plataformas marinas.

Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos o instrumentos que contengan explosivos, regulados por el Reglamento de explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.

Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión”.

Con este listado, las ETT no podrán contratar trabajadores para cederlos a sectores como construcción, minería, plataformas marinas etc.

Pero, tras la aparición de la Directiva 2008/104/CE, de 19 Noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, cambia la normativa en esta materia. Esta Directiva persigue facilitar a las empresas usuarias que recurran a este tipo de contratación.¹¹ Deja a cada Estado Miembro que determine el régimen de sanciones aplicable a las infracciones y que excluyan o restrinjan ellos la utilización de ETT de los trabajos de especial riesgo. Así cada Estado es libre de catalogar los trabajos considerándolos peligrosos por razones de interés general, por exigencias de salud y seguridad en el trabajo o si considera necesario que esos trabajos no se realicen por ETT para garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y evitar posibles abusos¹².

Su transposición al ordenamiento interno se lleva a cabo a través de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de

trabajo, que establece una nueva relación de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 b) de esta Ley, no podrán celebrarse contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

a) Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real.

Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico

2. Con anterioridad al 31 de marzo de 2011, mediante los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con

riesgos eléctricos en alta tensión podrán determinarse, por razones de seguridad y salud en el trabajo, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Deberán referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas.

b) Habrán de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos o trabajos afectados.

c) Deberán fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

3. Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a los siguientes requisitos:

a) La empresa de trabajo temporal deberá organizar de forma total o parcial sus actividades preventivas con recursos propios debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.

b) El trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal.

4. Lo establecido en los convenios o acuerdos colectivos conforme a lo señalado en el apartado 2 se entiende sin perjuicio de las reglas sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los convenios colectivos en el Título III del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”.

Con esta modificación se observa que, mientras mantiene la exclusión de trabajadores de ETT para determinadas actividades, remite a la negociación colectiva la posibilidad de limitar la celebración de contratos con estos trabajadores de ETT por razones de seguridad y salud en actividades tales como:

- Construcción.
- Minería a cielo abierto y de interior.
- Industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre.
- Trabajos en plataformas marinas.
- Fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos.
- Trabajos con riegos eléctricos en alta tensión.

La norma estableció el periodo del 19/09/2010 al 31/03/2011 para señalar las limitaciones y los requisitos, de manera que a partir del 01/04/2011 ya se pueden realizar contratos de puesta a disposición en estos ámbitos, siempre respetando las limitaciones que se hayan establecido mediante negociación colectiva.

XII. OBLIGACIONES DE LA ETT ANTERIORES A LA CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR

Antes de que la ETT contrate un trabajador para cederlo a una empresa usuaria, ya se requiere el cumplimiento de algunas cargas de seguridad relacionadas con la futura prestación de servicios.

En concreto son dos las obligaciones de esta fase, una para cada empresa que compone esta relación triangular.

1. El deber de información a la ETT sobre las características del puesto de trabajo para el que solicita un trabajador, así como los riesgos profesionales.

Esta obligación aparece recogida tanto en la Directiva 91/383 como en la LETT y en el RD 216/1999. También el artículo 28 de la LPRL señala la razón por la que se impone esta obligación, y es que sólo si la empresa usuaria informa a la ETT sobre las características del puesto de trabajo que va a cubrir el trabajador, la ETT podrá cumplir con sus obligaciones de seguridad con los trabajadores que contrata.

Es obvio que sólo la empresa usuaria conoce las características de su empresa, de sus puestos de trabajo y de sus riesgos, y por lo tanto para que ambas puedan cumplir con sus respectivas obligaciones, la ETT necesita la información que aquella debe proporcionarle.

El cumplimiento de esta obligación por parte de la empresa usuaria, va a permitir que la ETT pueda cumplir tres obligaciones: la de formación, la de poner a disposición de la empresa usuaria trabajadores adecuados y la de informarles a éstos de las características del puesto que van a cubrir¹⁶. Por eso es tan importante su cumplimiento, porque condiciona totalmente la actividad y el cumplimiento de las obligaciones de la ETT y porque si no se lleva a cabo correctamente pueden derivarse graves consecuencias.

Es recomendable que esta información se realice por escrito en un documento específico para ello, evitando así la formulación de riesgos generales que se escriben para todos los puestos de trabajo desvirtuando el sentido de la prevención de riesgos.

Esta obligación aparece analizada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, núm. 375/2009 de 29 abril, donde se juzga el caso de un trabajador en misión que sufre un accidente en el dedo, mientras realizaba una tarea para la que no se le había contratado ni figuraba en su contrato de trabajo, ni en el contrato de puesta a disposición entre la empresa usuaria y la ETT.

Como las funciones desempeñadas no se ajustaron a la categoría pactada en el contrato, se considera que hay un incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa y se declara a la empresa usuaria responsable por incumplir el deber de

informar a la ETT, respecto de qué puesto de trabajo va a cubrir el trabajador para que pueda formarlo en los riesgos específicos del puesto.

Esta obligación está recogida en el artículo 2.1 del Real Decreto 216/1999 que dispone lo siguiente:

"Con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria. A tal efecto, la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Capítulo II del Reglamento de los Servicios de Prevención".

Esta obligación establecida para la empresa usuaria es, más bien, una obligación recíproca de esta y de la ETT, porque a la empresa usuaria se le exige que informe a la ETT sobre las características del puesto de trabajo, pero a la vez, se exige a la ETT que, si no recibe esta información, debe exigírsela a la empresa usuaria antes de celebrar el contrato de puesta a disposición entre ellas.

Por todo esto la ETT debería tener en cuenta cuál es el puesto de trabajo que necesita cubrir la empresa usuaria para encontrar así el candidato más idóneo. En el artículo 3 del Real Decreto 216/1999 se expone lo siguiente: "Para la ejecución del contrato de puesta a disposición, la empresa de trabajo temporal deberá contratar o asignar el servicio a un trabajador que reúna, o pueda reunir, en su caso, previa la formación a la que se refiere el apartado 3 de este artículo, los requisitos previstos en el mismo en materia de prevención de riesgos laborales, asegurándose de su idoneidad al respecto".

Para cumplir con esto, como hemos expuesto, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas al trabajador que vaya a ser contratado.

La selección del trabajador es una de las tareas de la ETT que simplifica a la empresa usuaria la gestión de búsqueda y selección del trabajador que necesita. Como la selección y la formación de los mismos, corre a cargo de la ETT, esta debería obtener una adecuada descripción del puesto de trabajo, realizar un adecuado proceso de selección del trabajador para conocer las habilidades y capacidades que tiene, y por supuesto una adecuada formación específica del puesto que va a cubrir. De este modo, se podría conseguir al trabajador más idóneo en cada caso.

Es por esto que la selección del personal debería ser un proceso más exhaustivo, porque hay que saber si la información recogida en el Curriculum Vitae del candidato es veraz, comprobando así que el candidato cumple una serie de requisitos imprescindibles para el puesto.

2. La obligación de la ETT de vigilar la salud del trabajador.

Si se realiza en esta primera fase, es porque al cumplir la obligación de la empresa usuaria de informar a la ETT de los riesgos del puesto, le ha comunicado a la ETT que el puesto de trabajo a cubrir es un puesto con riesgo de enfermedad profesional. La ETT deberá realizar un reconocimiento médico al trabajador seleccionado antes de contratarlo. Este reconocimiento médico previo se realiza en los casos de riesgos para la salud del trabajador que se va a ceder, por eso vemos que sigue siendo muy necesaria la buena comunicación entre la ETT y la empresa usuaria para cumplir con estas obligaciones.

En esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 386/2005 de 13 abril, podemos ver cómo condenan a una ETT porque no realizó ningún reconocimiento médico a los trabajadores que contrataba para ponerlos a disposición de empresas de construcción. La sentencia recoge lo expuesto en la Ley: “los

reconocimientos médicos previos a la cesión del operario exigido por la normativa sobre prevención de riesgos laborales deben realizarse por la empresa de trabajo temporal”.

En otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, núm. 987/2003 de 25 septiembre, se condena a la ETT por incumplir su obligación de vigilar la salud del trabajador, ya que al contratarlo, no recabó la información necesaria sobre su aptitud médica para la realización del puesto de trabajo que iba a realizar, y a la empresa usuaria por no proporcionar a la ETT la información.

La empresa usuaria debió de avisar a la ETT de que el trabajador que contratara para poner a disposición en su empresa, no podía tener ninguna patología previa que le hiciera especialmente sensible al mismo.

XIII. OBLIGACIONES DE LA ETT ANTERIORES AL INICIO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Una vez realizados los contratos de puesta a disposición y de trabajo pero antes de que se inicie la relación laboral, la empresa usuaria y la ETT deben cumplir con una serie de deberes que básicamente consisten en darle formación e información al trabajador para que desarrolle su trabajo de la forma más adecuada y sin riesgos.

1. El deber de la ETT de informar al trabajador.

La ETT tiene el deber de informar al trabajador sobre las características del puesto de trabajo y la cualificación laboral exigible. El RD 216/1999 recoge esta disposición, señalando que los trabajadores puestos a disposición, deberán ser informados previamente por la ETT de toda la información que ésta ha recibido de la empresa usuaria. Dichas informaciones deberán incorporarse en el contrato de trabajo.

Para cumplir con esta obligación sigue siendo imprescindible la colaboración entre la empresa usuaria y la ETT.

Podemos ver esta obligación, exigida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 3 marzo 2000, donde se analiza la sanción impuesta por la autoridad administrativa a la ETT por no hacer constar en los contratos de trabajo celebrados con los trabajadores los riesgos profesionales del puesto de trabajo a desempeñar en la empresa usuaria.

Respecto a esto, afirma la sentencia que la ETT desconoce los riesgos reales del puesto, y que eso lo debe conocer la empresa usuaria. La empresa usuaria debe proporcionar esa información a la ETT y esta dársela al trabajador. Se prevé en el Real Decreto 4/1995, que la vía para facilitar la información de los riesgos del puesto a los trabajadores de ETT ha de ser en el documento del contrato. Por ello, se considera que la ETT ha incumplido con su obligación de informar al trabajador, porque falta la concreción de los riesgos del puesto de trabajo para el que le contrata.

2. La obligación de la ETT de formar al trabajador.

Este es uno de los deberes más importantes de esta relación triangular y a la vez uno de los más difíciles de cumplir.

El trabajador que contrata la ETT presta sus servicios en una empresa que no es la suya, y a veces tiene que realizar trabajos que desconoce. Por eso es imprescindible la formación al trabajador en este tipo de relaciones, para reducir la siniestralidad existente en el sector.

La LPRL recoge en su artículo 19 esta obligación para todos los empresarios: “el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica y suficiente y adecuada en materia preventiva” tanto en el momento de la contratación como si hay algún cambio tecnológico, de puesto de trabajo etc.

¿Pero y qué significa una formación adecuada y suficiente? ¿Cuándo y cómo debe la ETT dar formación?. Surgieron distintas opiniones al respecto, desde un sector doctrinal se pensó que la ETT, cuando coincidiera la fecha del contrato de trabajo con la de puesta a disposición y no tuviera tiempo de formarle, deberá elegir a un trabajador que ya cuente con formación en prevención para cubrir el puesto de trabajo. Así estamos ante la obligación de la ETT de contratar al candidato idóneo. Desde otro sector

doctrinal se pensó que la ETT debía tener unos cuantos trabajadores formados ya en prevención de riesgos generales por lo menos, para que ante una situación de urgencia contaran ya con personal formado y en el periodo entre la contratación y la efectiva prestación de servicios darle una formación más específica del puesto de trabajo que va a cubrir.

Pero si seguimos con este artículo 19 en su apartado 2, aparece la respuesta; “la formación deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o en su defecto, en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma”. El problema está en cómo aplicamos esto a una relación triangular, ya que las ETT ceden a las empresas trabajadores inmediatamente productivos, por eso son las ETT las que se tienen que encargar de la formación de estos trabajadores.

Posteriormente el RD 216/1999 abordó este tema precisamente desde la perspectiva del momento en que se hará efectivo. Así en su artículo 3.3 señala:

“La empresa de trabajo temporal deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.

A tal fin, comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos. En caso contrario, deberá facilitar previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios.

Si resultase necesario un especial adiestramiento en materia preventiva en el puesto de trabajo, esta parte de la formación podrá realizarse por la empresa de trabajo temporal en la propia empresa usuaria, antes del comienzo efectivo del trabajo. Esta formación podrá también ser impartida por la empresa usuaria, con cargo a la empresa de trabajo temporal, previo acuerdo escrito entre ambas empresas”.

Lo mismo establece el artículo 12 de la LETT.

De todo esto se deduce que la obligación de formación de la ETT se limita a comprobar si el trabajador que va a contratar para ceder a la empresa usuaria, tiene o no formación adecuada. Porque si la tiene, ya no es necesario proporcionársela. Entonces sólo si no la tiene deberá la ETT formar al trabajador durante el tiempo necesario. No establece cuánto es necesario y suficiente, porque dependerá del puesto que vaya a cubrir el trabajador, no será lo mismo la formación que debe dar a un administrativo, que al trabajador que va a ceder a una fábrica. Sí que indica el período en el que debe darse, que será el existente entre la celebración del contrato de puesta a disposición y la efectiva prestación de servicios.

Algunas sentencias han admitido que la formación puede ser sobrevenida. Pero no parece ni lógico ni razonable, ya que su finalidad es dar a conocer al trabajador los riesgos derivados de su puesto de trabajo. Con lo que si comienza a trabajar sin dicha información y trabaja sin saber los riesgos a los que está expuesto, hace más vulnerable al trabajador a sufrir un accidente, además si la formación se da después, pierde el sentido de ser.

La información deberá ser siempre previa, y sólo podrá ser sobrevenida cuando cambien los riesgos, surjan otros nuevos, etc.

Y en cuanto a formación adecuada, deberá ser adecuada al puesto de trabajo a cubrir y no una formación genérica. Entonces la expresión que tantas dudas suscita “la formación debe ser suficiente y adecuada” se resume a que será la necesaria y adecuada a los riesgos específicos de cada puesto de trabajo.

A pesar de lo expuesto, sigue sin darse una solución concreta a la ETT para que pueda dar la formación. Cada ETT deberá marcar cómo se va a organizar para cumplir con esta obligación. Deberá estudiar cómo va a arreglarse para dar formación a trabajadores cuando resulta materialmente imposible por la urgencia de la incorporación del trabajador a la empresa usuaria.

En cuanto a que la ETT se pueda eximir de dar formación a un trabajador por el hecho de comprobar que ya la tiene, es algo a lo que seguramente se acogerán muchas ETT para no tener que dar la formación. Se debe facilitar la contratación y el

cumplimiento de las obligaciones, pero no de este modo, ya que la ETT se puede limitar a comprobar si en el Curriculum indica que tiene formación, sin asegurarse de que realmente la tiene. La prevención pasará así a ser un mero trámite.

En mi estancia en una ETT, comprobé cómo la formación en prevención de riesgos laborales es un trámite para no tener problemas en caso de inspección. Sólo se daba a los trabajadores que llevaban más tiempo trabajando con la ETT. Un técnico de prevención del servicio de prevención ajeno con el que trabajaba la ETT, les daba una sesión teórica sobre los riesgos generales del trabajo. Después tenían que realizar un cuestionario con preguntas de contenido muy general, sobre los temas expuestos en la sesión.

Según la Jurisprudencia, el deber de información y formación que las normas imponen no se cumple meramente con la entrega de unos manuales, respecto de los que no se puede asegurar que el trabajador los lea o si lo hace llegue realmente a asimilar su contenido, y en cuanto a que el trabajador realice un test, tampoco asegura la comprobación fehaciente por la empresa de trabajo temporal de que la formación recibida es la adecuada al puesto de trabajo concreto y a los riesgos y elementos propios de aquel. Basta para ello la mera lectura de dichos cuestionarios en los que, generalmente, no hay preguntas sobre todo lo relativo a la formación específica del puesto de trabajo, sino que son las mismas preguntas para todos, independientemente del puesto que vayan a desempeñar.

Estos cuestionarios se realizan para que la ETT tenga un medio de prueba para demostrar que ha dado formación al trabajador.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 2951/2008 de 8 abril, en la que la ETT pone a disposición de la empresa usuaria un trabajador al cual le da la formación de una hora sobre riesgos generales.

El trabajador se accidenta con el puente grúa, ya que no recibió formación ni información sobre la utilización de este, aunque ocasionalmente lo utilizaba.

La sentencia articula que la ETT debe asegurarse de que las tareas asignadas a sus trabajadores se corresponden ciertamente con el nivel de cualificación profesional y

formativo que ostentan, comprobando para ello el contenido de las funciones que le son encargadas por la empresa usuaria sin desentenderse del trabajador una vez que ha pasado a prestar servicios en la misma.

El Juez declara la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria y la ETT en el recargo de prestaciones que deben pagar al trabajador accidentado, condenando a cada empresa según el incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Esta sentencia creó jurisprudencia, ya que el artículo 12.3 de la Ley 14/1994 no habla en ningún momento de que la ETT deba asegurarse de que el trabajador en misión realiza las funciones que aparecen recogidas en el contrato de puesta a disposición. Por lo tanto a partir de esta sentencia, la ETT queda obligada a comprobar que el contenido de las funciones que le son encargadas por la empresa usuaria al trabajador, son las adecuadas a su formación y a su puesto de trabajo y no desentenderse de este una vez ya inicia la prestación de servicios en la empresa usuaria.

En otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 350/2006 de 7 abril, la ETT es condenada por no proporcionar formación al trabajador accidentado. Ésta alega que realizó todos los pasos necesarios para la puesta a disposición de un candidato idóneo al puesto de trabajo a cubrir, y lo argumenta en 3 razones:

1. En el momento de su selección, el trabajador ya mostraba suficiente formación dada la experiencia acreditada en otros puestos de trabajo de análogas características.

2. El trabajador fue sometido a reconocimiento médico en el que fue considerado apto.

3. Completó la ficha de prevención de riesgos laborales con indicación de características y riesgos del puesto, así como medidas propias de prevención y protección.

El Juez dicta sentencia afirmando que el hecho de que el trabajador accidentado fuera conocedor del puesto de trabajo porque llevaba 5 meses en la empresa y porque ya tenía experiencia en ese trabajo, no justifica el hecho de que la información que le ha entregado la ETT se justifique en base a una ficha aportada por ésta en la que se limita a hacer constar en la casilla de riesgos: Quemaduras, caídas, golpes". Por lo que el juez considera que la ETT es culpable al no haberle dado la formación necesaria y adecuada en prevención de riesgos laborales.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 28 enero 2003, la ETT pone a disposición de la empresa usuaria un trabajador para el puesto de peón especialista, y le da una formación genérica. El trabajador llevaba años trabajando con la ETT en otras empresas y había recibido una formación en total de 2 horas, realizada por un servicio de prevención.

Al llegar a la empresa usuaria, un trabajador le explicó cómo usar la máquina, y de vez en cuando se pasaba a ver cómo iba. El trabajador sufre un atrapamiento con la máquina y pierde el brazo. La máquina tenía una protección parcial y el tribunal condenó solidariamente a las empresas codemandadas, a la empresa usuaria y a la ETT.

En ella se condena a la ETT, porque incumplió sus deberes de formación y vigilancia, sin que exigiera a la empresa usuaria una información precisa de las características del puesto de trabajo que iba a desempeñar.

La ETT incumplió su deber de formación, porque tanto en el contrato de puesta a disposición como en el de trabajo se hace mención expresa a unos riesgos genéricos, desconectados de los que, en concreto, concurrían en la labor para la que se solicitó al trabajador.

Y para concluir, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas, núm. 428/2006 de 12 abril, se reafirma el deber de proporcionar la nueva filosofía de acuerdo con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de garantizar la seguridad del trabajador, con una efectiva y real formación, sin que baste el hecho de que haya un documento que diga que se han cumplido las obligaciones en materia de prevención. El trabajador sufrió un accidente, y aunque es responsabilidad de

la empresa usuaria, la ETT intenta eludir su responsabilidad presentando una ficha de prevención firmada por el trabajador donde pone que ha recibido la formación e información suficiente y adecuada. Considera la sala que se trata de un cumplimiento de la ETT meramente formal del deber con la suscripción de un documento a fin de aparentar una formación e información que no existieron.

3. La obligación de la ETT de vigilar la salud del trabajador puesto a disposición.

En este caso, a diferencia de la obligación de realizar un reconocimiento médico previo a la relación laboral, es un derecho que tiene todo trabajador a la vigilancia periódica de su salud a cargo de la empresa de trabajo temporal.

Debemos recalcar que estamos ante un derecho del trabajador y no una obligación, por eso es voluntario someterse al reconocimiento médico. Eso sí, el artículo 22 LPRL que recoge la obligación de los empresarios de vigilar la salud de los trabajadores, también detalla las siguientes excepciones:

“De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así está establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

La vigilancia deberá ser específica a los riesgos inherentes de cada puesto de trabajo, siguiendo los protocolos que se establecen para los distintos trabajos.

La información obtenida sobre el trabajador sometido a vigilancia de la salud es totalmente confidencial. Ningún empresario podrá tener conocimiento de los resultados

de las pruebas que se realicen a sus trabajadores, estos resultados sólo los conoce el médico y el trabajador. Al empresario se le envía un “APTO” o “NO APTO” del trabajador.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 196/2004 de 15 de noviembre, se presenta un caso donde se extingue la relación laboral con una trabajadora tras recibir el empresario de los servicios médicos la calificación de esta como “no apto”. Al acudir esta trabajadora a informarse de porqué había salido esta calificación, le comunicaron que en los análisis médicos se examinó el consumo de estupefacientes y en su caso había aparecido una cantidad de cannabis. El Tribunal declara la nulidad del despido por vulneración del derecho a la intimidad de la trabajadora, ya que la realización de pruebas médicas destinadas a averiguar el consumo de estupefacientes por parte de un trabajador, exige, la autorización personal tras una previa información al respecto, puesto que los resultados que de la prueba pueden obtenerse pertenecen al ámbito de su intimidad. Si bien es cierto que los servicios médicos no comunicaron a la empresa la razón de la no aptitud, cumpliendo con su deber de secreto profesional, si que se obtuvo dicha información sin consentimiento, y sirvió para fundamentar la extinción del contrato. Por lo que el Tribunal, reconoce el derecho de la trabajadora a la intimidad personal y declara la nulidad del despido.

Esta obligación, vulnerada en la sentencia, la recoge la LPRL en su artículo 22: “El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”.

Este artículo, es igualmente trasladable a las ETT, pero el problema está en determinar el significado y alcance del término “periódico”.

La periodicidad de los reconocimientos no está definida de modo legal, sino que se basa en los niveles de riesgo de los puestos de trabajo, en criterios médicos y en lo que esté pactado en convenios. No obstante, hay recomendaciones que se pueden aplicar.

Por lo general, las ETT sólo realizan este reconocimiento a las personas que llevan ya un tiempo con ellas. Mi experiencia evidencia que los realizaban a personas que llevaban meses trabajando con ellas y, al igual que con la formación, lo hacían para prevenirse de problemas ante posibles inspecciones.

Para comprobar que esto es algo habitual, está la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 386/2005 de 13 abril, que condena a una ETT porque en los 4 últimos meses contrató a 250 trabajadores para ser cedidos a una empresa usuaria, y de todos estos trabajadores sólo realizó reconocimiento médico a 4. Este es uno de los ejemplos sobre la mala práctica de muchas ETT.

En definitiva, la vigilancia de la salud que debe llevar a cabo la ETT, se materializa a través de controles médicos que tienen lugar con carácter previo a la puesta a disposición y posteriormente con la periodicidad que los riesgos inherentes al trabajo aconsejen.

Esto se encuentra en el artículo 37.3 b) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, que establece lo siguiente:

“En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales:

1. Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.

2. Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.

3. Una vigilancia de la salud a intervalos periódicos”.

En todo caso el reconocimiento se realizará siempre teniendo en cuenta los riesgos del puesto de trabajo.

4. La obligación de la ETT de informar a la empresa usuaria y la obligación de ésta de recabar la información de la ETT.

Es una obligación informativa para ambas empresas.

A la ETT se le impone la obligación de acreditar documentalmente a la empresa usuaria que el trabajador ha recibido la información relacionada con los riesgos y medidas preventivas del puesto de trabajo que va a desempeñar, además de que posee la formación específica y necesaria y de que su estado de salud es el adecuado y compatible para desarrollar el trabajo sin riesgos.

A la Empresa Usuaria se le exige requerir información a la ETT. Debe recabar la siguiente información del trabajador: que ha sido considerado apto a través de un reconocimiento médico, que posee las cualificaciones y capacidades requeridas para el desempeño del trabajo, que cuenta con la formación necesaria para ello, y que ha recibido las informaciones relativas a las características del puesto de trabajo.

Ambas obligaciones deben transmitirse por escrito para conservarse y presentarlas en caso de solicitud de la autoridad laboral.

Este deber de la empresa usuaria de recabar la información, no resulta sólo una reiteración de la obligación informativa a la ETT. Es que el artículo 4.2 del Reglamento señala que: “la empresa usuaria no permitirá el inicio de la prestación de servicios del trabajador cedido hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las anteriores obligaciones”. Por eso, en caso de que la ETT no cumpla con su obligación, la empresa usuaria deberá exigirle toda la documentación para poder iniciar la relación.

5. La obligación de la empresa usuaria de informar a los delegados de prevención o a los representantes de los trabajadores.

Esta obligación está recogida en el artículo 4.3 del RD 216/1999. La empresa usuaria debe informarles de la entrada en el centro de trabajo de un trabajador de empresa de trabajo temporal, el puesto que va a ocupar, los riesgos y medidas preventivas y la información y formación recibidas.

6. El deber de la empresa usuaria de informar al servicio de prevención y al trabajador puesto a disposición.

La empresa usuaria debe avisar a su servicio de prevención de la contratación de trabajadores de ETT, siendo éste el que debe proporcionarle la información de los riesgos de su puesto concreto al trabajador en misión. No puede reducirse esta información a la que ya ha proporcionado la ETT en el contrato de trabajo.

Los trabajadores puestos a disposición podrán acudir a los servicios de prevención de la empresa usuaria en igualdad de condiciones que los trabajadores de ésta. Asimismo, deberían coordinarse los servicios de prevención de la ETT y de la empresa usuaria para conseguir una verdadera protección de los trabajadores cedidos.

XIV. OBLIGACIONES DE LA ETT DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

Una vez iniciada la prestación de servicios en la empresa usuaria se prevén dos obligaciones, una para la empresa usuaria y otra para la ETT.

1. La obligación de la empresa usuaria de proteger la seguridad y salud del trabajador cedido.

Esta obligación corresponde a todo empresario con respecto a sus trabajadores. En este caso, dado que el trabajador puesto a disposición es contratado por la ETT,

debería ser ésta la que respondiera de sus condiciones en el trabajo en lo que respecta a seguridad y salud, pero puesto que esta relación triangular es bastante peculiar, el legislador entendió que era una obligación difícil de cumplir para la ETT. La empresa usuaria ha sido puesta en el papel de empleador por el legislador y tiene en sus manos tanto el control de la actividad que realiza el trabajador cedido, como la obligación de seguridad y salud para con él.

Si se ha impuesto esta obligación a la empresa usuaria es, precisamente, para salvaguardar el derecho del trabajador cedido a tener el mismo nivel de protección que los trabajadores contratados por la empresa usuaria.

Para cumplir con este deber, la empresa usuaria deberá adoptar las mismas medidas de protección para todos sus trabajadores, los que tiene contratados y los que trabajan a través de ETT.

Esta obligación corresponde a la empresa usuaria, ya que es la única que puede cuidar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales de los trabajadores que prestan servicios para ella.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, núm. 6800/2002 del 24 de octubre, un trabajador de una ETT sufre un accidente al quedar su mano atrapada en una máquina de la empresa usuaria. Había recibido un curso de prevención genérico impartido por la ETT. El Juez condena a la empresa usuaria en base a los artículos 14 y 17 de la LPRL, que recogen que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. El empresario no dio ningún tipo de formación e información al trabajador accidentado sobre el funcionamiento de la máquina nueva y lo dejó solo trabajando en el turno de noche, por eso es responsable la empresa usuaria del incumplimiento de sus obligaciones en materia preventiva.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 700/2003 de 25 abril, que hemos expuesto anteriormente, la empresa le da un casco al trabajador en misión porque hay riesgo de caídas de objetos y el trabajador no se lo pone. La empresa usuaria es la responsable de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, por eso

no puede ser exonerada de responsabilidad por el hecho de haber puesto a disposición del trabajador el casco.

Y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, núm. 637/2008 de 22 septiembre, la ETT, celebra un contrato con una empresa y cede un trabajador para las funciones de mozo de almacén. Este trabajador es atropellado por una máquina retráctil que circulaba fuera de las vías pintadas para su uso por encontrarse éstas ocupadas con mercancía. El trabajador no portaba botas de protección. La empresa usuaria, y no la ETT, "es la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores". Por eso falla el Juez señalando que la empresa usuaria ha llevado una conducta omisiva consintiendo la obstrucción con mercancías del camino por donde debían de transitar las carretillas y otros vehículos, y además no vigila el uso de los EPIS necesarios para desarrollar un trabajo, por lo cual es responsabilidad de la empresa usuaria que deberá, en consecuencia, asumir su responsabilidad en exclusiva. En relación a este tema, surge la siguiente pregunta: ¿quién de las dos empresas es la encargada de suministrar a los trabajadores de ETT los Equipos de Protección Individual (EPI) que necesiten para la realización de su puesto de trabajo?.

Equipo de Protección Individual es, según definición recogida en el artículo 2 del Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, de disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, "Todo aquel equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador, para que lo proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o salud, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin".

Tras el análisis de la anterior sentencia, podemos pensar que la responsabilidad de suministrar los EPIS es de la empresa usuaria, porque si la ETT no se los da y sufre el trabajador en misión un accidente, la empresa usuaria, como responsable de la seguridad y salud del trabajador, va a ser responsable de no haberle suministrado o vigilado para que se pusiera el EPI correspondiente.

Pero si analizamos la normativa, únicamente hace responsable a la empresa usuaria de las condiciones de seguridad en el trabajo del trabajador puesto a disposición.

Esto incluye que, si el trabajador no lleva un EPI necesario o lo utiliza mal, sí que será responsabilidad de la empresa usuaria pero, ¿por ello es ésta la responsable de comprar y suministrar los EPIS de los trabajadores que contrata a través de una ETT?

La LPRL establece como obligación del empresario la de suministrar a sus trabajadores los EPI adecuados según el trabajo a realizar, pero no contempla quien los debe suministrar si el trabajador es de ETT.

Parece más cómodo que sea la empresa usuaria la que le facilite los EPI al trabajador, simplemente por el hecho de que ella ya sabe cuáles usa y ya los compra para sus trabajadores, sin embargo la ETT no puede tener un almacén con todos los EPI que existan por si tiene que contratar a un trabajador. Lo lógico sería que entre ellas llegaran a un acuerdo para ver quién se encarga del suministro de EPI.

El artículo 5 del Real Decreto 216/1999 dice textualmente: “La empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal en todo lo relacionado con la protección de su salud y seguridad, asegurándoles el mismo nivel de protección que a los restantes trabajadores de la empresa “

Esto se puede interpretar como que, si es responsabilidad de la empresa usuaria garantizar las condiciones en todo lo relativo a seguridad y salud, estará dentro de sus obligaciones el suministrarle los EPI en caso de que el trabajador no los lleve.

Se confirma dicha interpretación en el artículo 2 también del Real Decreto 216/1999, al señalar en su apartado segundo que la obligación de la empresa usuaria es informar a la ETT sobre:

b. Medidas de prevención a adoptar en relación con los riesgos generales y específicos que pudieran afectar al trabajador, con inclusión de la referencia a los equipos de protección individual que hayan de utilizar y que serán puestos a su disposición”.

Con esto ya sí que queda clara la intención del legislador, y es que si la empresa usuaria debe informar sobre los EPI es porque tendrá la obligación de dárselos, de lo contrario sería la ETT la que informara al trabajador de los EPI y su suministro.

2. La obligación de la ETT de formación y vigilancia de la salud del trabajador que cede.

Ambas obligaciones ya han sido expuestas en el periodo anterior. Pero aquí tienen un alcance distinto. Será obligación de la ETT adecuar la formación, si durante la vigencia del contrato del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria, hay una modificación en las funciones que desempeña el trabajador, o se introducen nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. Para ello el artículo 19 de la LPRL determina el momento en que se hará: “dentro de la jornada de trabajo, o en su defecto, en otras horas pero con descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma”. Así que, no surge el problema de cuándo dar la formación.

Por lo que respecta a la vigilancia de la salud, si una vez el trabajador está prestando sus servicios en la empresa usuaria y tal y como establece el artículo 22 LPRL, se demuestra que la realización del reconocimiento médico es imprescindible para evaluar las condiciones de ese puesto de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, cabría la posibilidad de obligar al trabajador para que haga dicho reconocimiento.

XV. OBLIGACIONES DE LA ETT POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. La obligación de la ETT de vigilar la salud de los trabajadores.

En esta fase, la obligación de la ETT consiste en vigilar la salud de los trabajadores que, durante su puesta a disposición a la empresa usuaria, hayan estado expuestos a considerables riesgos. En estos casos, teniendo en cuenta la información de la empresa usuaria sobre la necesidad de extender el control de la salud, la vigilancia de la salud por parte de la ETT deberá extenderse aunque ya no se encuentren vinculados contractualmente.

Esta obligación la encontramos en el artículo 22.5 de la LPRL: “En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

XVI. LA COORDINACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES

1. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 919

a. MEDIOS DE COORDINACIÓN

Son todos los recursos que pueden emplearse en el centro de trabajo para llevar a cabo la coordinación de actividades empresariales. Se regulan en el Capítulo V del RD 171/2004 y concretamente el artículo 11 recoge una lista no exhaustiva de posibles medios de coordinación.

A la hora de establecer los medios de coordinación hay que tener en cuenta que:

La iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación corresponde al empresario titular o en su defecto, al empresario principal y se establecerán por las empresas concurrentes antes del inicio de las actividades

Los medios de coordinación deberán actualizarse siempre que sea necesario y se revisará su efectividad durante todo el periodo en el que se requiera la coordinación.

El medio de coordinación más adecuado dependerá en cada caso de la complejidad y grado de dificultad de cada actividad. Para ello, deben valorarse aspectos como la peligrosidad de las actividades (obviamente a mayor peligrosidad, más eficaces y complejos deben ser estos medios); así como las instalaciones y materiales empleados, la duración de dichas actividades y el número de trabajadores que pueden verse afectados.

Entre las posibilidades de este listado abierto que se detalla en el Cap V del RD 171/2004, se encuentra la designación de recursos preventivos y la de personas encargadas de la coordinación, que se describen de forma más detallada en los dos siguientes apartados.

A su vez, en esta materia el artículo 39.3 de la LPRL establece que a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Ley respecto de la colaboración entre empresas en los supuestos de desarrollo simultáneo de actividades en un mismo centro de trabajo, se podrá acordar la realización de reuniones conjuntas de los Comités de Seguridad y Salud o, en su defecto, de los Delegados de Prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos Comités, u otras medidas de actuación coordinada. Es decir, regula la posibilidad de celebrar estas reuniones aunque lo menciona simplemente como una opción. Estas reuniones posteriormente se han incluido

b. RECURSOS PREVENTIVOS

La LPRL tras su modificación por la Ley 54/2003, incorpora mediante el artículo 32 bis la presencia del recurso preventivo. A esta figura nombrada por el empresario, se le atribuye la función de vigilar el cumplimiento y comprobar la eficacia de las actividades preventivas, como una medida preventiva complementaria a otras medidas técnicas tradicionales. Los recursos preventivos se regulan también en el artículo 22 bis del RD 39/1997.

Se consideran recursos preventivos, de acuerdo con el artículo. 32 bis de la LPRL:

- a. Uno o varios trabajadores designados de la empresa.
- b. Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa.

c. Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa. Asimismo, el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin estar incluido en ninguno de los tres apartados anteriores, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos que hacen necesaria su presencia y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico. No obstante, podrán darse situaciones en las que por la peligrosidad de la actividad o las circunstancias en las que se desarrolle, puedan generarse riesgos de tal gravedad que resulte conveniente que el recurso preventivo disponga de unos conocimientos específicos e imprescindibles para la prevención de estos riesgos y poder así garantizar la seguridad y salud de los trabajadores implicados en dichas actividades o puedan resultar afectados por las mismas. Por ejemplo, cuando deba existir un recurso preventivo en operaciones que impliquen el uso de máquinas que carezcan de declaración CE y la protección del trabajador no esté suficientemente garantizada, que se regula en el art. 22.bis, apartado b.3 del RD 39/1997, dicho recurso deberá tener conocimientos específicos sobre la máquina en concreto, así como de sus partes y componentes, del procedimiento exacto para su correcto funcionamiento y de los riesgos concretos y de las medidas para proteger al trabajador teniendo en cuenta las particularidades de esa máquina en concreto, así como de su estado y de las características de la tarea u operación concreta a realizar

Todos estos aspectos relativos a la formación y capacitación de los recursos, vendrán recogidos en la planificación de la actividad preventiva.

En el mismo artículo 32 bis de la LPRL, se regula la necesidad de que los recursos preventivos sean suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las

actividades preventivas, debiendo permanecer en el centro de trabajo durante el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia. Asimismo, el apartado 7 del artículo 22 bis del RD 39/1997, establece que la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo podrá también ser utilizada por el empresario en casos distintos de los previstos en el artículo 32 bis de la LPRL, siempre que sea compatible con el cumplimiento de sus funciones. Es decir, cuando no se encuentren desarrollando las labores de vigilancia previstas en el citado artículo 32 bis de la LPRL, podrán realizar otra actividad preventiva o productiva o incluso de forma simultánea con dichas funciones de vigilancia, siempre que éstas no se vean perjudicadas y así esté previsto en la planificación de la actividad preventiva o plan de seguridad y salud en su caso.

Los recursos preventivos por tanto, son preceptivos en determinados supuestos para ejercer esta labor de vigilancia, la cual deberán llevar a cabo de la forma prevista en los puntos 4, 5 y 6 del artículo 22 bis del RD 39/1997. En el resto de los casos, el RD 171/2004, establece la posibilidad de optar por esta figura como medio de coordinación de las actividades empresariales. Por ello, habrá situaciones en las que pueden coincidir en el mismo recurso preventivo las funciones previstas en ambos reglamentos.

Un sector aparte es el de la construcción, en el que de acuerdo con la Disposición Adicional decimocuarta (DA 14ª) de la LPRL, la presencia de los recursos preventivos le corresponde a cada contratista, es decir a la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. El objetivo fundamental de esta figura en la obra, será la de vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de éstas, sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. El propio plan de seguridad y salud determinará la forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos.

En este sector, según la DA 1ª del RD 171/2004 los medios de coordinación, serán los establecidos en el RD 1627/1997 y en la DA 14ª de la LPRL, además de otros complementarios que puedan establecer las empresas concurrentes en cada obra.

c. COORDINADOR DE LAS ACTIVIDADES PREVENTIVAS

Dentro del listado no exhaustivo de la relación de medios de coordinación del artículo 11 del RD 171/2004, se incluye en último lugar la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.

En los artículos 13 y 14 del mismo reglamento, se desarrolla los aspectos relativos a su designación, cuándo y quién, así como sus funciones y facultades.

Concretamente en el punto 1 del artículo 13, se especifica que se considerará medio de coordinación preferente cuando concurren dos o más de cuatro condiciones que en el citado artículo se enumeran y explicitan

Hay que tener en cuenta que en estas circunstancias señaladas derivadas de la concurrencia de actividades empresariales, se requiera la preceptiva presencia de recursos preventivos de acuerdo con lo ya visto el apartado anterior, por lo que en este caso, el artículo 13.4 de este reglamento prevé que cuando los recursos preventivos de la empresa a la que pertenezcan deban estar presentes en el centro de trabajo, podrán ser igualmente encargadas de la coordinación de actividades preventivas, siempre que ello sea compatible con la totalidad de las funciones encomendadas y se trata de las personas mencionadas en el apartados a) a d) del punto 3 del mismo artículo.

Se añade además, dentro del mismo artículo 13, que cuando existan razones técnicas u organizativas justificadas, la designación de una o más personas encargadas de las actividades preventivas podrá sustituirse por cualquier otro medio de coordinación que garanticen el cumplimiento de los objetivos de la coordinación.

Habitualmente, suele entenderse que concurren razones técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de

producción y razones organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal.

El punto 3 del artículo 13 del reglamento contempla que personas podrán ser encargadas de la coordinación de las actividades preventivas, enumerando seis situaciones posibles.

El reglamento dedica el artículo 14 para regular las funciones y facultades del encargado de coordinación.

Cuando los medios de coordinación establecidos sea la designación de un encargado de la coordinación, al igual que si se opta por un recurso preventivo, el empresario, cumpliendo con lo señalado en el artículo 12.3 del RD 171/2004, facilitará a todos los trabajadores los datos necesarios para permitirles su identificación.

Los trabajadores por su parte, dentro de las obligaciones en materia preventiva acuerdo con el artículo 29 de la LPRL, les corresponde velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario, además de cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. Para ello, deberán cumplir entre otras, las órdenes impartidas por las personas encargadas de la coordinación.

Finalmente en referencia al encargado de la coordinación, conviene matizar que es una figura totalmente diferente a la del coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción, por lo que no deben confundirse.

El coordinador de seguridad y salud en las obras de construcción viene regulado en el artículo 3 del RD 1627/1997 al indicar que, cuando en la ejecución de la obra

intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. La misma obligación existe, cuando en la fase de proyecto interviene más de un proyectista, denominándose en este caso coordinador de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra. Cuando proceda, la designación de ambos coordinadores podrá recaer en la misma persona.

Entre las funciones que le encomienda el artículo 9 del mismo RD 1627/1997, se encuentra la de organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la LPRL, aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo, así como coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo y para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva regulados en el artículo 15 de la LPRL.

d. DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES

El capítulo VI del RD 171/2004 regula los derechos de consulta y participación que tienen los trabajadores a través de sus representantes, en relación a la coordinación de actividades empresariales. La representación legal de los trabajadores en materia de seguridad y salud de acuerdo con el capítulo V de la LPRL, se canaliza a través de los delegados de prevención, designados por y entre los representantes del personal, y los comités de seguridad y salud en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.

Los derechos y facultades de los delegados de prevención o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores en relación con la aplicación del RD. 171/2004 se encuentran definidas y enumeradas en el artículo 15 del mismo.

Asimismo, otros artículos del RD 171/2004 ya vistos anteriormente, se refieren a los representantes de los trabajadores, como el artículo 4.5 relativo al deber de información de los empresarios a sus trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades, el artículo 9.3, sobre la obligación de información e instrucciones del empresario titular del centro, o el artículo 12.3 sobre la información de los empresarios concurrentes a sus trabajadores sobre los medios de coordinación establecidos, ya que toda esta información e instrucciones en su caso, cuando las empresas cuenten con representantes de los trabajadores, se facilitará a través de los mismos, en los términos previstos en el artículo 18.1 de la LPRL.

Por su parte, los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, los empresarios que carezcan de dichos comités y los delegados de prevención podrán acordar la realización de reuniones conjuntas u otras medidas de actuación coordinada, en particular cuando, por los riesgos existentes en el centro de trabajo que incidan en la concurrencia de actividades, se considere necesaria la consulta para analizar la eficacia de los medios de coordinación establecidos por las empresas concurrentes o para proceder a su actualización.

Es decir, estas reuniones de los comités o delegados de prevención en su defecto, es uno de los medios de coordinación posibles a adoptar de acuerdo con el artículo 11 del mismo reglamento y ya expuestos en el apartado “medios de coordinación”.

e. TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El artículo 3.1 de la LPRL al delimitar su ámbito de aplicación, regula textualmente: “... Ello sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos”. Por tanto, los trabajadores autónomos no se encuentran dentro de su ámbito de aplicación de forma genérica, pero si que se les reconoce que pueden tener ciertos derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud. Este es el caso del de las obligaciones en la coordinación de actividades empresariales, tal y como se establece en el artículo 24 de la LPRL y se desarrolla en el RD 171/2004. Según estas normas, la obligación de la coordinación de las actividades resulta de aplicación también a los trabajadores autónomos, de la misma forma que a las empresas cuyos trabajadores desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo.

En referencia a esta obligación, a nivel normativo debe destacarse los siguientes preceptos:

Artículo 24.5 de la LPRL: “Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo”.

Artículo 4.2 del RD 171/2004, sobre las obligaciones de las empresas en caso de concurrencia: “El deber de cooperación será de aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos”.

Artículo 9.4 del RD 171/2004 sobre las obligaciones de los empresarios en caso de concurrencia cuando exista un empresario principal: “Las medidas a que se refieren los apartados anteriores serán de aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos que desarrollen actividades en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre el empresario titular y ellos”. (Estas medidas se basan en tener en cuenta la información recibida y cumplir con las instrucciones facilitadas por el empresario titular).

Artículo 12.1.d del RD 1627/1997 sobre las obligaciones de los trabajadores autónomos en las obras de construcción: “Ajustar su actuación en la obra conforme a los deberes de coordinación de actividades empresariales establecidos en el artículo 24 de la

LPRL, participando en particular en cualquier medida de actuación coordinada que se hubiera establecido”.

Artículo 8.3 de la Ley 20/2007 sobre la prevención de riesgos laborales en los trabajadores autónomos:

“Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL”:

Se entiende por trabajador autónomo de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 20/2007, toda aquella persona física que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no, ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Se incluyen también en esta definición a sus familiares que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo

1.3.e del RDL 1/1995.

En el ámbito concreto del sector de la construcción, el artículo 2.1. j del RD 1627/1997 define al trabajador autónomo como la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra.

Al considerar a los trabajadores autónomos hay que diferenciar entre dos situaciones, cuando éstos no tienen trabajadores por cuenta ajena o cuando ocurre lo contrario, en cuyo caso pasan a tener la consideración de empresarios de acuerdo con la definición del artículo 1.2 del RDL 1/1995 (todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena).

Cuando se trate de un trabajador autónomo que disponga de trabajadores asalariados, se considerará como una empresa más, a las que alude el artículo 24 de la LPRL y el RD 171/2004; o como un contratista y subcontratista más, a efectos del RD 1627/1997 o de la Ley 32/2006, tal y como se especifica en estas mismas normas. Al considerarse como una empresa y no como un trabajador autónomo, éstos tendrán todas las obligaciones en materia de seguridad y salud respecto a sus trabajadores, que establece la LPRL y normativa de desarrollo para cualquier empresario.

Cuando se trate de un trabajador autónomo como tal (es decir cuando no dispone de trabajadores por cuenta ajena), que concurre en un centro de trabajo con otras empresas o trabajadores autónomos, tiene una serie de obligaciones y derechos en materia de coordinación; debe comunicar e informar al resto de empresas y trabajadores autónomos presentes en el centro, de los riesgos que pueden generar con su actividad en ese centro, de todo accidente sufrido como consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes, así como de toda situación de emergencia que puede afectar a la seguridad y salud de los trabajadores de otras empresas o trabajadores autónomos concurrentes. Esta información se efectuará según lo indicado anteriormente en el apartado de la obligación de información de las empresas concurrentes. A su vez, debe recibir la correspondiente información del resto de empresas o trabajadores autónomos concurrentes, así como la información e instrucciones facilitadas por el empresario titular o principal cuando corresponda. Tras este intercambio de información, deberá cumplir con sus correspondientes obligaciones, es decir en tener cuenta la información recibida, adoptar los medios de coordinación necesarios y cumplir con las instrucciones facilitadas por el empresario titular o principal en su caso.

Cuando una empresa contrate con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, el empresario principal deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores, según el punto 4 del mismo artículo 8 de la Ley 20/2007, en coherencia con el artículo 24.3 de la LPRL que regula esta misma obligación para cuando se trate de la contratación o subcontratación de otras empresas.

Al respecto, hay que tener en cuenta que en el artículo 5.b de la Ley 20/2007 dentro de las obligaciones del trabajador autónomo, se encuentra la de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios. Asimismo, estos trabajadores ostentan el correlativo derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, según el artículo 4.3.e de la misma Ley.

En el caso de que se contrate a un trabajador autónomo que deba operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realice esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, el artículo 8.5 de la Ley 20/2007 regula la obligación de la empresa principal de facilitarle la información necesaria para que la utilización y manipulación de todos estos medios se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, de forma paralela a lo que regula el artículo 24.4 de la LPRL cuando remite al último párrafo del artículo 41 de la misma Ley en referencia a las empresas contratadas y subcontratadas.

Con la Ley 20/2007 se introduce la figura del autónomo económicamente dependiente (TRADE), que es un trabajador que como su propio nombre indica, mantiene una dependencia económica con la empresa que le contrata. Ello no debe suponer que se mantenga además una dependencia organizativa ni que exista una ajenidad, ya que en este caso pasaría a considerarse un trabajador por cuenta ajena y no un autónomo. Concretamente, la Ley 20/2007 los define como aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Para ello, deberán reunir simultáneamente las condiciones establecidas en el artículo 11.2 de la citada Ley.

No existe actualmente una regulación normativa específica en seguridad y salud para este tipo de trabajadores, más allá del artículo 4.3.d del RD 197/2007, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo

Autónomo en materia de contrato del TRADE, que especifica que en el contenido del contrato se podrá estipular la manera en que las partes mejorarán la efectividad de la prevención de riesgos laborales, más allá del derecho de estos trabajadores a su integridad física y a la protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, así como su formación preventiva de conformidad con en el artículo 8 de la Ley 20/2007.

En cualquier caso, como trabajadores autónomos que son, de acuerdo con el artículo 2.2.d de la misma, les resulta de aplicación lo establecido en el citado artículo 8.

f. LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN LAS EMPRESAS USUARIAS (EU) RESPECTO A LOS TRABAJADORES CEDIDOS POR EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (ETT)

De acuerdo con el artículo 43 del RDL 1/1995, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Esta regulación se efectúa mediante la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, cuyo artículo 1 define a estas empresas como aquéllas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra EU, con carácter temporal, trabajadores por ellas contratados.

Esta situación supone ciertas peculiaridades en materia de seguridad y salud debido a la integración en la EU del trabajador cedido. Por ello, la coordinación a llevar a cabo respecto a las tareas realizadas por estos trabajadores, no será exactamente igual a la prevista en el artículo 24 de la LPRL y del RD 171/2004 para la concurrencia de actividades empresariales, ya que la dirección y el control de su actividad mientras están cedidos, le corresponde a la EU y no a la ETT.

Estos trabajadores deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la EU, tal y como ha previsto la LPRL en su artículo 28 mediante la concreción de una serie de obligaciones para ambas empresas que se desarrollan en el RD 216/1999. Estas obligaciones se resumen en la tabla 3, siguiendo el mismo orden cronológico previsto en el RD 216/1999.

Cuando con la EU concurren otras empresas, ésta actuará como empresario concurrente (si la EU se desplaza junto con este trabajador cedido a otro centro de trabajo para prestar sus servicios), ó como empresa titular o principal según el caso (si es la EU quien contrata o subcontrata a otras empresas para realizar obras y servicios en su centro de trabajo, ya sea de distinta o de su propia actividad). En base a la condición que ostente la EU de las tres citadas, deberá cumplir con las correspondientes obligaciones vistas en otros apartados de esta NTP. Concretamente, respecto a los trabajadores cedidos deberá garantizar de igual forma que al resto de trabajadores de su plantilla.

El artículo 5.2 del RD 216/1999, establece que en los supuestos de coordinación de actividades empresariales a los que se refiere el artículo 24 de la LPRL, se deberá tener en cuenta la incorporación en cualquiera de las empresas concurrentes de trabajadores puestos a disposición por una ETT. Asimismo, el artículo 6.3 de la misma norma regula que los trabajadores designados

o en su caso, los servicios de prevención de la ETT y de la EU deberán coordinar sus actividades a fin de garantizar una protección adecuada de la salud y seguridad de los trabajadores puestos a disposición. En particular, deberán transmitirse cualquier información relevante para la protección de la salud y la seguridad de estos trabajadores.

Por tanto, cuando en una EU existen trabajadores cedidos por una ETT, pueden darse dos tipos de actuaciones de coordinación, una entre los servicios de prevención de la EU y de la ETT de acuerdo con el artículo 28 LPRL y artículo 6.3 del RD 216/1999; y otra cuando además la EU concurre con otras empresas en su propio centro o en el de un tercero y esta concurrencia afecte al trabajador cedido. Deberá haber en este caso una

coordinación entre la EU y las otras empresas, de acuerdo con el artículo 24 LPRL y el RD 171/2004.

g. INCUMPLIMIENTOS Y RESPONSABILIDADES EN LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales vistas a lo largo de la presente NTP, dará lugar a las responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, tal y como regula el artículo 42.1 de la LPRL para los incumplimientos de prevención de riesgos laborales en general, por parte de cualquier empresario que disponga de trabajadores por cuenta ajena, a los que deberá garantizar su seguridad y salud.

Las infracciones administrativas en materia de coordinación de actividades empresariales vienen tipificadas como graves o muy graves, en los artículos 12 y 13 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 (LISOS), respectivamente.

En cambio, cuando se comentan estas mismas infracciones pero se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, las infracciones pasan a calificarse como MUY GRAVES, según los puntos 7 y 8.a del artículo 13 de la LISOS. Se consideran actividades que pueden suponer la comisión de una infracción muy grave, de acuerdo con la DA 12 del RD 39/1997, las incluidas en el Anexo I del mismo RD, siempre que en su realización concorra con alguna de las siguientes situaciones:

a. Una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves.

b. Una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde la perspectiva de la seguridad y la salud de los trabajadores.

c. Una especial complejidad para la coordinación de las actividades preventivas como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo.

Además de estas responsabilidades exigibles a cada empresa concurrente individualmente según proceda, cuando se contrata o subcontrata la propia actividad, el artículo 42.3 del RDL 5/2000 establece para la empresa principal, una responsabilidad solidaria del cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención por parte de las empresas contratadas o subcontratadas, siempre que:

Exista una contrata o subcontrata de obras o servicios que se corresponda con los de su propia actividad.

La infracción se produzca durante el periodo de contrata o subcontrata y en su centro de trabajo.

Este mismo artículo considera que los pactos que se establezcan entre empresas con objeto de eludir, en fraude de ley, estas responsabilidades son nulos y no producirán efecto alguno. La LISOS prevé a su vez, una infracción muy grave cuando se suscriban este tipo de pactos.

La responsabilidad solidaria también puede proceder en el pago del recargo de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social derivadas de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional de un trabajador por cuenta ajena (de un 30 a un 50% según la gravedad de la falta), siempre que se determine que las lesiones se han producido por falta de medidas de seguridad y salud, según lo previsto en el artículo 123 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, y siempre que el empresario que responde solidariamente se considere empresario “infractor”.

Es decir, en la responsabilidad del pago de este recargo puede determinarse, que además de ser sujeto infractor y por tanto responsable el empresario vinculado contractualmente con el trabajador accidentado que ha incumplido la normativa en prevención de riesgos (como puede ser el empresario de un trabajador de una subcontrata), lo sean también aquellos otros empresarios que hubieran incumplido alguna de las obligaciones preventivas que les correspondían (como pueden ser las relativas a la coordinación de actividades empresariales por parte del empresario titular o principal), siempre que su incumplimiento sea la causa del daño producido al trabajador accidentado. En estas situaciones estos empresarios pasan a ser sujetos infractores y responden solidariamente de dicho pago.

En el caso concreto de las relaciones de trabajo mediante una ETT, el responsable directo del pago del recargo es la empresa usuaria, según prevé el artículo 43.3 de la LISOS, sin perjuicio de la posible responsabilidad solidaria de la ETT, por los incumplimientos de las obligaciones que le corresponden como tal, siempre que éstos hubieran ocasionado el accidente.

h. PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN DE LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

El artículo 16 de la LPRL hace referencia a la obligación de que todas las empresas dispongan de un plan de prevención de riesgos laborales que contenga la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan. El art. 2.2 del RD 39/1997 al desarrollar el contenido del plan, hace alusión

en su apartado C, a los procedimientos organizativos existentes en la empresa, en relación con la prevención de riesgos laborales. Dentro de estos procedimientos, puede situarse el de coordinación de actividades empresariales.

La elaboración de un procedimiento sobre la coordinación de actividades preventivas por parte de cada empresa, ayuda a planificar cuidadosamente esta coordinación, evitando fallos frecuentes debidos a una escasa comunicación, así como las improvisaciones y los errores. Además, este procedimiento permite agilizar y asegurar el conocimiento y cumplimiento de todas las actuaciones que se deben llevar a cabo de acuerdo con el art. 24 de la LPRL, así como con el RD 171/2004, y en definitiva garantizar las medidas de prevención necesarias para todos trabajadores de cualquier centro de trabajo, en el que existan posibles interacciones e incompatibilidades de las actividades por parte de diversas empresas o trabajadores autónomos concurrentes, siempre que puedan generar riesgos para la seguridad y salud de cualquier trabajador que se encuentre presente.

Para realizar un procedimiento de este tipo, cada empresa deberá plasmar por escrito la secuencia de las acciones y trámites a seguir para coordinar las actividades empresariales en su centro de trabajo. Para ello, deberá tener en cuenta tanto sus características y particularidades propias, como el sector, actividades del centro, tamaño, organización de la prevención, sistema de gestión de prevención, etc. de forma que redacte su propio procedimiento específico en materia de coordinación que le resulte útil, en función de si actúa como empresa concurrente, empresario titular o principal.

En el procedimiento se podrá seguir el esquema habitual con los mismos apartados contenidos en cualquier otro procedimiento de gestión de la prevención de riesgos laborales o de otros sistemas de gestión, como calidad y medioambiente, que disponga la empresa. Estos procedimientos suelen contener apartados como; objetivo, alcance, desarrollo, responsables, documentación, etc.

Es importante definir los registros correspondientes a rellenar en cada caso, previamente diseñados por la empresa, establecer la ubicación, archivo y control de toda la documentación derivada de la gestión de la coordinación, así como la forma de

implantación y divulgación del procedimiento para garantizar el conocimiento y efectividad del mismo por parte de todos los sujetos afectados.

A la hora de redactar el procedimiento es conveniente que la empresa tenga en cuenta las siguientes recomendaciones, con el fin de mejorar la organización de la coordinación interempresarial:

- Debe exigirse que la información de los riesgos sea lo más concreta posible, es decir las empresas no pueden limitarse a entregar una fotocopia de parte de la evaluación inicial de riesgos que ya disponen por puesto de trabajo, si no que debe informarse sólo de los riesgos y medidas de las actividades a realizar en el centro que puedan afectar a las otras empresas, particularmente los que puedan verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades.

- Debe preverse que las empresas actualizarán la información sobre los riesgos que aporta cada empresa a la situación de concurrencia, cuando existan cambios en los procedimientos de trabajo, uso de equipos o materiales u otras circunstancias y que sean relevantes para la coordinación.

- Debe garantizarse que cada empresa informa a sus respectivos trabajadores de los nuevos riesgos generados con la concurrencia y medidas preventivas correspondientes, así como de las actuaciones en caso de emergencia, tras haber tenido en cuenta en su evaluación y planificación, toda la información recibida sobre los riesgos generados por otras empresas concurrentes.

- Es recomendable efectuar siempre el intercambio de información, instrucciones y documentación dejando constancia por escrito, incluso cuando se informe sobre riesgos que no sean graves o muy graves.

- Es conveniente registrar por escrito no sólo el nombre del encargado de coordinación cuando exista, sino también otra información como el cargo y puesto de trabajo, horario, formación preventiva que dispone, así como todas las funciones que se le atribuyen.

- La empresa titular/principal deberá hacer un seguimiento de las potenciales contratas, estableciendo una valoración de las mismas basándose en una serie de requisitos de seguridad y salud exigibles. Esta valoración deberá ser revisada periódicamente teniendo en cuenta el resultado de los trabajos ya realizados. Algunos de los requisitos de seguridad y salud a tener en cuenta serían: existencia de una política preventiva que debe formar parte del Plan de Prevención de Riesgos Laborales en la que se garantice la integración de la prevención en todos los niveles jerárquicos y en cada una de las actividades que se realizan, la evaluación de riesgos y la correspondiente planificación preventiva y una organización acorde a la actividad, cualificación del personal en prevención de riesgos laborales, resultados de la siniestralidad laboral, resultados de auditorías de prevención realizadas, etc. (Algunos de estos documentos se exigirán obligatoriamente para poder iniciar los trabajos, por parte de la empresa principal a quien le corresponde la vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva de las contratas y subcontratas, según el art. 10 del RD 171/2004). Posteriormente, se valorarán las ofertas recibidas contratando la más adecuada, en términos técnicos, organizativos y económicos.

- El contrato firmado con las contratas o subcontratas debe contener una cláusula específica sobre la obligatoriedad del contratista a cumplir con lo requerido en materia de seguridad y salud laboral por las normas internas de la empresa contratante, cuando éstas concreten o maticen la aplicación puntual en la empresa de las exigencias legales o vayan más allá de tales exigencias. El contrato debería especificar claramente la facultad de la empresa principal para su rescisión en caso de incumplimientos graves o repetidos de las dichas obligaciones, aunque no debe confundirse con cualquier otro pacto entre empresas en fraude de ley para eludir las responsabilidades correspondientes establecidas en el art. 43.2 de LISOS, cuyo hecho está tipificado como una infracción muy grave en la misma norma.

- En algunas empresas resulta muy útil elaborar un procedimiento con diferentes actuaciones a llevar a cabo en función del tipo de contratista implicado en la coordinación. Es decir, se efectúa previamente una clasificación del contratista en alguna de las 2 o 3 categorías que tiene definidas la empresa. Por ejemplo podrían considerarse de categoría 1 las empresas que se contratan para realizar actividades que

generarán riesgos importantes y que además permanecerán en el centro con una frecuencia elevada, como pueden ser determinadas tareas de mantenimiento o descarga de determinados productos químicos de uso frecuente..... etc. Podrían incluirse dentro de otra categoría 2 las actividades peligrosas con menor frecuencia o actividades menos peligrosas pero con una presencia habitual como la contratación de un servicio de vigilancia o de limpieza del local. Para cada categoría de contrataciones o subcontratas se deben prever la secuencia de actuaciones a seguir por parte de ambas empresas con el fin de garantizar la coordinación de las actividades y el responsable de las mismas, teniendo en cuenta si se trata de propia actividad o no, así como los específicos medios de coordinación elegidos, los documentos o registros concretos a rellenar, etc. En función del tipo de empresa y de actividades que suelen contratarse o subcontratarse en la misma, este puede ser un tipo de procedimiento muy adecuado y provechoso para implantar.

2. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 1052

a. ALCANCE

Las obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales (CAE) establecidas en el RD 171/2004 tienen un carácter universal, es decir, son de aplicación a cualquier situación en la que concurran dos o más empresas con independencia de su sector productivo o de su localización.

b. DETERMINACIÓN DEL PAPEL DESEMPEÑADO POR CADA EMPRESA EN EL ESCENARIO DE CONCURRENCIA

El RD 171/2004 diferencia tres situaciones en las que puede encontrarse cada una de las empresas que concurren en un centro de trabajo. De este modo, una organización puede desempeñar el papel de empresa concurrente, empresa titular o, por último, empresa principal. Cada una de ellas deberá ser consciente de que las obligaciones y actividades preventivas a realizar (por ejemplo, la información intercambiada) dependerán, en consecuencia, del papel que asuma en la concurrencia.

De ahí la importancia de definir correctamente, desde el inicio, el rol de cada uno de los intervinientes en el proceso.

En este sentido, uno de los aspectos previos que debe precisar el empresario que contrata una actividad es si ésta es “propia actividad” o no, a efectos de determinar si actúa como empresario principal y por lo tanto tiene el “deber de vigilancia”. Resulta difícil definir “propia actividad” de forma unívoca, por lo que el empresario que contrata deberá analizar caso por caso la naturaleza de la actividad contratada y compararla con la suya propia.

A modo orientativo, y como complemento a las aportaciones que la NTP 918 hace en relación a este concepto, existen ciertos “indicios” que, entre otros, pueden ayudar a determinar si un empresario actúa como principal:

- La actividad contratada forma parte del proceso productivo de la empresa y, por tanto, es inherente al mismo.
- Se imparte a la empresa contratada instrucciones sobre los procedimientos de trabajo que deben seguir.
- Se facilitan equipos de trabajo a la empresa contratada para el desarrollo de las tareas.
- Se contrata la actividad de forma continua y habitual.
- La empresa cuenta, en su propia estructura, con recursos que habitualmente realizan las actividades contratadas.

En todo caso, ante la duda, siempre debe imperar el criterio técnico preventivo a fin de seleccionar y poner en práctica los medios más adecuados para evitar accidentes y cumplir con las obligaciones normativas de forma coherente.

En relación con lo expuesto anteriormente se debe tener en cuenta que, con carácter general, el empresario titular debe cumplir también con sus obligaciones como empresa concurrente. De igual modo, el empresario principal debe cumplir, respecto a las empresas que contrate y subcontrate, con las obligaciones establecidas para el empresario titular y para el concurrente.

c. INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Con carácter general, la contratación de obras o servicios es una actividad gestionada por una unidad de la empresa distinta al servicio de prevención. Por su parte, la obligación legal de coordinarse está indisolublemente ligada a cualquier contratación de la que se derive una concurrencia empresarial. Por ello, tratar de atribuir esta actividad en exclusiva al servicio de prevención de riesgos laborales (PRL) es contraria a la necesidad legal de integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa y, en todo caso, carece de mucho sentido desde un punto de vista operativo. La “Guía técnica de integración” deja claro cuál debería ser el papel desempeñado, por un lado, por la unidad o departamento encargado de la contratación y, por otro, por el servicio de PRL.

De forma resumida, podría concluirse que la CAE formaría parte del proceso de contratación gestionado por la unidad de la empresa que corresponda (generalmente distinta del servicio de prevención), como una actuación más, y contaría con el apoyo y asesoramiento del servicio de prevención. Como complemento de lo anterior, parece lógico que la puesta en práctica de las medidas de coordinación debiera recaer, en gran

medida, sobre los mandos intermedios encargados de gestionar las actividades implicadas en la concurrencia empresarial. Por su parte, el servicio de PRL debe, por un lado, aportar el asesoramiento para que todas las áreas implicadas en la contratación y ejecución de servicios conozcan y lleven a cabo sus cometidos en relación con el proceso de CAE.

Y, por otro lado, en base al conocimiento sobre los riesgos recíprocos que se puedan producir en la situación de concurrencia, el servicio de PRL debe proponer, junto al resto de áreas o departamentos implicados en los trabajos, las medidas y los medios de coordinación más adecuados a cada caso. En definitiva, será la empresa en su conjunto, y no el servicio de PRL en solitario, la responsable de gestionar una actividad que forma parte de su gestión diaria.

d. MEDIOS DE COORDINACIÓN

Los medios de coordinación son la herramienta con la que cuentan las empresas para alcanzar el objetivo de la CAE ya expuesto. Estos medios son la respuesta a la pregunta básica de la CAE: ¿cómo puedo coordinar?. Algunos de ellos están contemplados en el propio RD 171/2004, como puede ser la celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes, pero otros muchos son fruto de la experiencia de cada empresa.

Desde la perspectiva técnica, un medio de coordinación debe entenderse como toda medida, introducida en cualquiera de las etapas del proceso, destinada a garantizar la consecución del objetivo de la CAE de una forma eficiente. En especial, estos medios deben favorecer el intercambio fluido de información entre las empresas concurrentes y facilitar las buenas prácticas en relación con el resto de factores de carácter transversal que afectan a la CAE.

Sin perjuicio de los medios de CAE citados en el RD 171/2004, cada empresa deberá determinar aquellos que considere más adecuados para su situación concreta contemplando, si fuese necesario, medios no citados expresamente en la normativa. En este sentido, la selección de estos medios de coordinación se realizará en función del grado de peligrosidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, del número de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo y de la duración prevista de la concurrencia de las actividades, entre otros aspectos. La elección de los medios más adecuados, según indica el preámbulo del RD 171/2004, “exigirá una real implicación en la coordinación de actividades empresariales que alejará un siempre bien censurado cumplimiento meramente formal”.

e. CANALES DE COMUNICACIÓN

Ninguna medida de coordinación tendrá sentido si la empresa no es capaz de transmitir la información de forma adecuada al usuario final: el trabajador. En general, el intercambio de información entre las empresas no se realiza directamente por los trabajadores que van a desarrollar la actividad, sino por unidades o departamentos diferentes de aquellos. Cada empresa deberá analizar la documentación y extraer de la misma la información que deberá transmitir (por medio de instrucciones, formación, etc.) a los trabajadores que intervendrán en la actividad.

La clave para que la información relevante llegue al trabajador estará, esencialmente, en la capacidad que tenga la empresa para incluir los requisitos preventivos (originados por la concurrencia empresarial) en el procedimiento de trabajo que se vaya a poner en práctica, es decir, en la comunicación existente entre la unidad encargada de la contratación y la unidad que llevará a cabo la actividad que concurrirá con el resto de empresas o trabajadores autónomos.

Además, se debe facilitar una comunicación continua durante la ejecución de las actividades para garantizar un seguimiento adecuado de las mismas. En este sentido, el empresario titular, o en su defecto el empresario principal, debe determinar los canales de comunicación que se emplearán entre las empresas concurrentes para que el intercambio de información durante el desarrollo de las actividades sea fluido.

Estos cauces deben garantizar que la información discurre desde el empresario titular a los trabajadores, de forma que a estos últimos les llegue una información real sobre los riesgos generados durante la concurrencia, los medios de coordinación establecidos y los procedimientos de trabajo que deben seguir como resultado de la planificación. Pero además, los canales de comunicación establecidos deben asegurar que cualquier cambio respecto a lo planificado (en relación con los trabajadores, equipos de trabajo, métodos de trabajo, etc.) es comunicado desde los trabajadores de las empresas concurrentes al empresario titular, para que se evalúe la necesidad de modificar la planificación, de informar al resto de las empresas concurrentes o de establecer nuevos medios de coordinación. De igual modo, se comunicarán de inmediato las situaciones de emergencia que puedan surgir y, en su caso, los accidentes de trabajo ocurridos como consecuencia de la concurrencia.

f. INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

También en relación con la CAE, la implicación de los trabajadores es fundamental, y de ahí la obligación de consulta e información señalada en el RD 171/2004. En concreto, sus artículos 15 y 16 se centran en aquellas empresas que cuenten con delegados de prevención y comités de seguridad y salud, respectivamente. En esta línea, se deberá tener presente que el papel de estos representantes de los trabajadores no se limita a una recepción pasiva de información, sino a un protagonismo activo en esta materia, para lo cual el RD 171/2004 les otorga una serie de facultades

señaladas en su artículo 15. El empresario debería apoyarse en la labor de los representantes de los trabajadores y aprovechar su potencial como un elemento más que favorece el cumplimiento de los objetivos de la CAE.

Para aquellas empresas en las que, por su tamaño, no se hayan elegido delegados de prevención, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En este caso, los trabajadores ejercerán directamente su derecho de participación y el empresario contará con su apoyo para poner en práctica las medidas de CAE necesarias.

3. LA NOTA TÉCNICA DE PREVENCIÓN 1053

a. PLANIFICACIÓN

La planificación comienza en el momento en el que se toma la decisión de contratar una empresa para la realización de un determinado servicio. Ante la previsión de una concurrencia empresarial en un centro de trabajo, cada empresario deberá tomar medidas que garanticen, desde el inicio, una correcta gestión de las actividades del proceso de CAE.

El propio RD 171/2004 señala la obligación de establecer los medios de coordinación necesarios con carácter previo al inicio de las actividades. Es decir, se incide en la necesidad de planificar las medidas que se aplicarán durante la concurrencia de las actividades evitando, de esta forma, improvisaciones o situaciones de riesgo que podrían haberse eliminado en origen. Sin embargo, esto no impide que posteriormente se puedan definir y aplicar medios de coordinación no planificados inicialmente, siempre que las circunstancias así lo aconsejen.

b. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Cualquier empresa o trabajador autónomo que concurra en un mismo centro de trabajo tiene la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa de PRL. Este deber es independiente del “papel” desempeñado por cada uno de ellos (concurrente, empresario titular o principal) y se concreta, como mínimo, en un intercambio recíproco de información en los términos señalados a continuación.

En este punto, el RD 171/2004 deja claro que el objetivo de este intercambio no es archivar documentación de las empresas contratadas, sino obtener una fuente de información que permita a cada empresario adaptar su forma de trabajar a la nueva situación creada una vez se produzca la simultaneidad de las actividades. Para ello, el citado reglamento establece la obligación de informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos (incluyendo, por parte del empresario titular, información sobre los riesgos generados por el propio centro de trabajo y las instrucciones necesarias) que puedan afectar a trabajadores de otras empresas, y que sean resultantes de las actividades concretas que desarrollarán en el momento de la concurrencia. Del mismo modo, se incluirán las instrucciones necesarias para actuar en caso de emergencia.

A estos efectos, cualquier otra información que se desvíe del objetivo final de la CAE (es decir, garantizar la seguridad y salud de los trabajadores durante la situación de concurrencia) carecerá de sentido preventivo y únicamente generará un mayor coste (por el tiempo invertido en generarla, procesarla y transmitirla) y confusión (por la dificultad de filtrar aquello realmente importante para poder llevar a cabo la coordinación). De ahí que deba evitarse un flujo de “de todo hacia todos” de documentos de contenido genérico (por ejemplo, listados de riesgos y medidas poco adaptados a la realidad de la concurrencia) que no aporten información relevante para la definición de las medidas de coordinación. Como fuente de información, las empresas concurrentes partirán de sus evaluaciones de riesgos relacionados con las tareas a realizar y extraerán de estas la información relativa a los riesgos que puedan afectar a terceros.

Este intercambio de información no siempre debe hacerse por escrito. No hay que confundir un intercambio de información (por ejemplo, mediante la celebración de una reunión) con un intercambio documental (por ejemplo, la entrega de un documento

que contenga un listado de riesgos). El RD 171/2004 únicamente obliga a facilitar la documentación por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves.

De igual forma, no hay que confundir la recopilación de información con la adopción de medidas derivadas de su análisis. Tener un archivo bien organizado o un programa informático que facilite el intercambio documental no puede llevar a la empresa a pensar que tiene cumplidas sus obligaciones en materia de CAE.

En resumen, la información resultante del intercambio permitirá a cada empresa concurrente establecer los medios de coordinación más adecuados, así como adaptar sus evaluaciones de riesgos (y la planificación de sus actividades) y, en consecuencia, sus procedimientos de trabajo a la situación real de concurrencia.

c. ESTABLECIMIENTO DE LOS MEDIOS DE COORDINACIÓN

Parece lógico que la iniciativa a la hora de determinar los medios de coordinación le corresponda a aquél que actúe como nexo de unión entre las empresas y trabajadores autónomos presentes en el centro de trabajo. De ahí que el RD 171/2004 señale al empresario titular con trabajadores en el centro o, en su defecto, al empresario principal, como sujetos responsables de tomar la iniciativa. Esta iniciativa consistirá en facilitar a las empresas concurrentes el resultado del análisis de la información recibida y acordar con ellas el establecimiento de los medios de coordinación más adecuados en cada caso.

Como norma general, y siempre que sea posible antes del inicio de los trabajos, se debe acudir al lugar en el que se ejecutará la tarea para examinar in situ qué y cómo se va a realizar. Esto facilitará la selección de los medios de coordinación necesarios.

d. PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO

El procedimiento de trabajo definido por cada una de las empresas concurrentes será la pieza nuclear de la coordinación. Cada empresa tiene su propia “forma de hacer”, es decir, sus propios procedimientos de trabajo. Lo importante, en una situación de concurrencia, es garantizar que el desarrollo de una actividad no genere riesgos incontrolados a los trabajadores que la realizan ni a terceros. Bajo estas consideraciones, cada empresario deberá adaptar sus procedimientos (con la PRL integrada) a la situación que resultará de la concurrencia. Para ello, cada empresa hará uso de la información intercambiada en esta etapa y, si es preciso, modificará sus procedimientos para garantizar el control de los nuevos riesgos que puedan generarse.

Si fuese necesario, los procedimientos de trabajo a seguir se establecerán conjuntamente entre las empresas concurrentes, contemplando las actividades de todos los trabajadores que vayan a coincidir en el lugar de trabajo.

e. CONTROL DE ACCESO

De acuerdo con lo anterior, la información intercambiada recíprocamente sirve, en muchos casos, como requisito previo a la autorización dada por el empresario titular o principal para que las contratas puedan acceder a sus instalaciones. Por ello, se trata de una fase muy “sensible” ya que un exceso documental puede actuar como cuello de botella en el proceso de la coordinación, dado que durante el tiempo invertido en esta fase las empresas no podrán acceder al centro de trabajo y, por lo tanto, no podrán comenzar a desarrollar su actividad.

f. EMPRESARIO PRINCIPAL

En esta etapa de planificación estaría encuadrado el deber del empresario principal de exigir a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten, por escrito, que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva y que han cumplido con las obligaciones en materia de información y formación.

En este punto hay que subrayar que el RD 171/2004 únicamente obliga a “acreditar por escrito” que se han realizado las mencionadas actividades pero no determina, de forma expresa, la necesidad de entregar la documentación resultante de éstas (por ejemplo, la evaluación de riesgos laborales). Sin embargo, el empresario principal podrá requerir aquella documentación que le resulte de utilidad para cumplir con su deber de vigilancia.

Por otro lado, el hecho de que el empresario principal disponga de la información de los procedimientos de trabajo que aplicarán las empresas contratadas le permitirá conocer el conjunto de medidas preventivas que serán adoptadas por éstas en su centro de trabajo. Esta información será esencial a la hora de ejercer su labor de control.

g. ORGANIZACIÓN

Cada empresario, teniendo en cuenta la información recibida, debe dotar a sus trabajadores de los medios y recursos necesarios para ejecutar su actividad conforme a lo planificado. En la etapa de organización (que incluye la ejecución de la actividad) el RD 171/2004 determina diversos medios de coordinación que sirven, en unos casos, como recomendación (por ejemplo, la celebración de reuniones periódicas entre las

empresas concurrentes) y, en otros, como obligación (por ejemplo, la designación, en determinadas circunstancias, de una persona encargada de la coordinación de las actividades preventivas).

El RD 171/2004 especifica los distintos medios disponibles de forma no exhaustiva, por lo que cada situación deberá hacer uso de aquellos que le resulten de mayor utilidad.

h. EMPRESARIO TITULAR O PRINCIPAL

Como gestor del centro de trabajo, el empresario titular, o en su defecto el principal, tendrá un papel central en la etapa de organización de la CAE. La información recibida de las empresas concurrentes sobre sus procedimientos de trabajo le permitirán evitar incompatibilidades y, así, disponer correctamente la ubicación de los trabajos, organizar la duración de los mismos o llevar a cabo labores de seguimiento (como se verá en la siguiente etapa).

i. EMPRESAS CONCURRENTES

La adopción de medidas conjuntas de coordinación implica la necesidad de contar con interlocutores válidos que puedan transmitir la información, dentro de su propia organización, de forma ágil y eficaz. De ahí la recomendación de que cada empresa designe un interlocutor que pueda servir de representante de la misma durante el tiempo en el que se produzca la concurrencia. Al disponer de una persona de referencia por cada una de las empresas concurrentes se facilitaría el flujo de

información (instrucciones, documentación, etc.) y se evitarían confusiones y posibles contradicciones.

Para cumplir con las instrucciones del empresario titular, y con lo definido en sus procedimientos de trabajo, cada empresario deberá dotar a sus trabajadores de los medios necesarios (incluidos la información, la formación o los equipos de protección individual). En concreto, la información y la formación que se le proporcione al trabajador deberán incorporar cualquier aspecto que haya podido surgir con motivo de la concurrencia y que esté destinado a garantizar el adecuado control de los riesgos derivados de la misma.

j. CONTROL

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales asigna al empresario un deber de seguimiento continuo de la actividad preventiva desarrollada en su organización. Este deber de control no puede limitarse únicamente al ámbito de su centro de trabajo, sino que debería ampliarse al conjunto de la actividad desempeñada por sus trabajadores. Es obvio que una actividad desarrollada fuera del centro de trabajo propio de una empresa entraña una dificultad mayor para su control, pero no es menos cierto que el empresario tiene la posibilidad de apoyarse en numerosas soluciones que le permitan obtener información sobre el grado de cumplimiento de las medidas planificadas.

Al igual que en las etapas anteriores, el empresario titular que cuente con trabajadores en el centro tendrá una labor esencial de coordinación y control de las actividades que se desarrollan en su propio centro. Este control estará centrado en los riesgos recíprocos que puedan generarse (incluyendo los que pueda originar el propio centro de trabajo), dado que la responsabilidad de velar por la seguridad y salud de los

trabajadores, en sentido amplio, le corresponderá a cada empresario respecto a sus propios trabajadores.

Por otro lado, el empresario titular debe informar sobre cualquier modificación de las condiciones de trabajo presentes en su centro (incluidas las originadas con motivo

de la actividad de sus trabajadores) que pueda afectar negativamente a las empresas concurrentes. En este caso, el proceso de CAE volvería a iniciarse en la etapa de planificación de forma que la nueva información propiciara, si fuera necesario, la modificación de la planificación inicial y, con ello, el resto de actuaciones derivada de ésta.

Cada empresario es responsable del control de la actividad de sus trabajadores. Si con motivo de dicho control el empresario detectara alguna circunstancia que pudiera influir negativamente en el resto de empresas presentes en el centro de trabajo, deberá ponerlo en conocimiento del empresario titular, si lo hubiera, para poder adoptar las medidas necesarias. Esta comunicación deberá entenderse sin perjuicio de la obligación de informar sobre cualquier accidente de trabajo originado por la concurrencia así como sobre cualquier situación de emergencia que pudiera acontecer.

En relación con lo anterior, hay determinadas actividades que exigirán la presencia de un recurso preventivo.

De hecho, el RD 171/2004 señala esta figura como uno de los medios de coordinación de los que disponen las empresas.

Como caso particular, el artículo 10 del RD 171/2004 obliga al empresario principal a “vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas”. La exigencia de la “acreditación por escrito” aludida en la etapa de planificación puede entenderse como uno de los medios de control por los que debe optar el empresario principal para dar cumplimiento a este deber de vigilancia. Lo esencial de esta cuestión es trasladar al

empresario principal la necesidad de ser parte activa del proceso de CAE tomando para ello cuantas medidas considere oportunas. Un sistema de inspecciones periódicas de la actividad subcontratada o la celebración de reuniones durante la ejecución de los trabajos, son dos ejemplos de medidas de control y, por lo tanto, de vigilancia por las que puede optar el empresario principal.

De esta forma, adicionalmente se estará comprobando (según indica el artículo 10) que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro han establecido los medios necesarios de coordinación. Sin embargo, en ocasiones se confunde este deber de vigilancia con un afán desmesurado por recopilar documentación bajo la falsa creencia de que esto acredita una mayor vigilancia cuando, en realidad, lo que se está haciendo es desvirtuar el proceso de CAE.

k. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Los representantes legales de los trabajadores (generalmente, los delegados de prevención), desempeñan una labor fundamental en la etapa de control. Entre otras, el RD 171/2004 les otorga facultades para realizar visitas al centro de trabajo con el objeto de ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo derivadas de la concurrencia de actividades. Esta labor complementa la función de control ejercida directamente por el empresario y refuerza la vigilancia de las actividades concurrentes.

l. ACCIONES DERIVADAS DEL CONTROL

Como resultado de la labor de control pueden darse, básicamente, dos circunstancias: una primera, en la que se advierte una planificación errónea de los trabajos (“fallo de diseño”), lo que supone volver a la fase oportuna de la etapa de planificación; y, una segunda, en la que se constata un incumplimiento de lo previsto en el procedimiento de trabajo (“fallo de implementación”), lo cual debería llevar a la etapa de organización. En cualquiera de las dos circunstancias, es necesario tomar medidas para corregir la situación lo antes posible.

De igual modo, el control puede poner de manifiesto un incumplimiento de los requisitos contractuales por parte de alguna de las empresas concurrentes. En esta circunstancia, el empresario contratante deberá corregir estas desviaciones tomando medidas, en caso necesario, respecto a la empresa incumplidora (por ejemplo, interrumpiendo su actividad hasta la corrección de la situación peligrosa), siempre en el marco de la legalidad vigente.

No obstante lo anterior, el control también deberá poner de manifiesto cualquier cambio que se haya producido y pueda implicar la necesidad de volver a planificar los trabajos.

m. MEJORA CONTINUA

El proceso de CAE es susceptible de mejora y, por ello, es recomendable definir medidas que permitan un análisis de sus resultados a fin de incrementar su eficiencia. La experiencia acumulada durante la gestión de las actividades de coordinación posibilitará corregir errores, ajustar los recursos (o, en su caso, incrementar el grado de integración) o definir nuevos medios de coordinación en futuras situaciones de concurrencia.

Como contratante de la actividad, el empresario titular deberá centrar su atención en el resultado global del proceso de CAE. Analizará cualquier disfunción que se haya detectado durante el mismo (fallos de comunicación, generación excesiva de documentación, incidencias, etc.) con objeto de adoptar las medidas de mejora que corresponda. Al mismo tiempo, se podrá aprovechar para valorar el “comportamiento preventivo” de cada una de las empresas concurrentes a fin de disponer de más elementos de juicio para futuras contrataciones.

La experiencia adquirida durante el desarrollo de los trabajos también permitirá que, en determinadas ocasiones, puedan definirse requisitos preventivos, más allá de los reglamentarios, que podrán ser tenidos en cuenta durante el proceso de contratación para seleccionar las empresas más adecuadas.

En consecuencia, estos análisis servirán como herramienta de mejora continua del proceso de CAE.

Como contratadas, las empresas concurrentes podrían hacer una verificación de la eficacia de los medios de coordinación que hayan adoptado. Así, deberían comprobar, entre otras cosas, si la información ha llegado correctamente a sus trabajadores, cuál ha sido el grado de cumplimiento de sus procedimientos o qué incidencias han surgido durante el proceso. Este análisis, posterior a la finalización del servicio prestado, permitirá un ajuste más eficiente de sus recursos y una adaptación continua a las exigencias impuestas por las empresas contratantes.

Desde el punto de vista preventivo, a la hora de coordinar las actividades los empresarios no deben nunca perder de vista el objetivo último que se persigue con dicha coordinación: controlar los riesgos debidos a la concurrencia para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores. Para la consecución de este objetivo se hace necesario enfocar la coordinación como un proceso para que las actividades sean adecuadamente planificadas, organizadas y controladas, y se mejore continuamente la manera de gestionar las distintas situaciones de concurrencia que se pueden presentar en

el centro de trabajo. Se han señalado algunos criterios orientados hacia la eficiencia de este proceso, de los que cabe destacar los siguientes:

- La CAE, como cualquier otra actividad preventiva, debe estar adecuadamente integrada en el sistema de gestión y en la jerarquía de la empresa. En este sentido, los servicios de prevención desempeñan un papel fundamentalmente de asesoramiento para que el empresario determine los procedimientos de coordinación y las funciones de cada departamento o área de la empresa implicada, que deben figurar en su plan de prevención de riesgos laborales.

- El intercambio de información y documentación no debe entenderse en ningún caso como un fin en sí mismo, sino como un punto de partida a partir del cual se determinará cómo se van a ejecutar las actividades concurrentes de forma segura. Así, esta información, junto a la evaluación de riesgos laborales de cada empresa concurrente, ha de servir de base para planificar la actividad preventiva durante la concurrencia.

- Como resultado de dicha planificación se determinarán los procedimientos de trabajo. Dichos procedimientos deben ser el elemento fundamental de la coordinación, ya que son la herramienta que utilizan las empresas para determinar qué actividades se realizarán, quién las llevará a cabo y cómo se ejecutarán integrando la prevención de riesgos laborales y estableciendo los medios de coordinación oportunos.

- Estos medios de coordinación deben ser adecuadamente seleccionados en cada circunstancia para favorecer el proceso de coordinación en todas sus etapas. Así, además de los medios de coordinación utilizados en la etapa de planificación (como el propio intercambio de información o la celebración de reuniones), también se han de contemplar medios de coordinación para una adecuada organización de los trabajos y un eficaz control de los mismos. En ocasiones, la mera supervisión de la actividad evitará un intercambio documental estéril y, a veces, extemporáneo.

XVII. INFRACCIONES LABORALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a los Art. 11-13, LISOS.

Las Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se instauran, con los objetivos de:

1. Combatir de manera activa la siniestralidad laboral.
2. Fomentar una cultura de la prevención de los riesgos en el trabajo, que asegure el cumplimiento efectivo y real de las obligaciones establecidas y proscriba el cumplimiento meramente formal o documental de tales obligaciones.
3. Reforzar la necesidad de integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa.
4. Mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mediante la adecuación de la norma sancionadora a la norma sustantiva y el reforzamiento de la función de vigilancia y control, en el marco de las comisiones territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En este apartado caben destacar:

Infracciones leves

Son infracciones leves

1. La falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores.
2. No dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves.
3. No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, siempre que no se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen.
4. Las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores.
5. Cualesquiera que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves.
6. No disponer el contratista en la obra de construcción del Libro de Subcontratación exigido por el artículo 8 de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.
7. No disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes.

Infracciones graves

Son infracciones graves, entre otras

1. Incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales. b) No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
2. No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados.
3. No dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales, o no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes.
4. No registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
5. No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, siempre que se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

6. Incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

7. La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

8. El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

9. La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

10. No adoptar las medidas previstas en el artículo 20 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

11. El incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

12. No proporcionar la formación o los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones a los trabajadores designados para las actividades de prevención y a los delegados de prevención.

13. No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales.

14. No adoptar el empresario titular del centro de trabajo las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

15. a) No designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un servicio de prevención cuando ello sea preceptivo, o no dotar a los recursos preventivos de los medios que sean necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas. b) La falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia.

16. Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de: a) Comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos, o procesos utilizados en las empresas. b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos. c) Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo. d) Limitaciones respecto del número de trabajadores que puedan quedar expuestos a determinados agentes físicos, químicos y biológicos.

17. Utilización de modalidades determinadas de muestreo, medición y evaluación de resultados. f) Medidas de protección colectiva o individual. g) Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo. h) Servicios o medidas de

higiene personal. i) Registro de los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos.

18. La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.

19. El incumplimiento del deber de información a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal.

20. No facilitar a los trabajadores designados o al servicio de prevención el acceso a la información y documentación señaladas en el apartado 1 del artículo 18 y en el apartado 1 del artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

21. No someter, en los términos reglamentariamente establecidos, el sistema de prevención de la empresa al control de una auditoría o evaluación externa cuando no se hubiera concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa.

22. Facilitar a la autoridad laboral competente, las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas o las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, datos de forma o con contenido inexactos, omitir los que hubiera debido consignar, así como no comunicar cualquier modificación de sus condiciones de acreditación o autorización.

23. Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable.

24. En el ámbito de aplicación del 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:

25. Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo. b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

26. Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, de acuerdo con la normativa aplicable.

27. Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con la normativa aplicable.

En el ámbito de aplicación del 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, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor:

1. No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.

2. Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.

3. No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.

4. No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.

5. No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del subcontratista:

1. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

2. No comunicar los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

3. Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el

ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurran en este caso las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente.

Se consideran infracciones graves del contratista, de conformidad con lo previsto en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción:

1. No llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido, o no hacerlo en los términos establecidos reglamentariamente.

2. Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente.

3. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, y salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

4. La vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación, en los términos establecidos en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, es infracción grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma prevista en dicha Ley, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave.

El Tribunal Constitucional ha considerado que de no haber una norma que contemple la legitimación del trabajador víctima del accidente, no puede instar en vía contenciosa la imposición de la sanción al no resultar un interés concreto del proceso. TS, Sala de lo Social, de 29/10/2009, Rec. 166/2009.

Infracciones muy graves

Son infracciones muy graves, entre otras:

1. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.
2. No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores.
3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.
4. La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias

psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

5. Incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores, en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

6. Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.

7. No adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

8. No adoptar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en la forma y con el contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. b) La falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

9. Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

10. No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

11. Ejercer sus actividades las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas o las que desarrollen y certifiquen la formación en materia de prevención de riesgos laborales, sin contar con la preceptiva acreditación o autorización, cuando ésta hubiera sido suspendida o extinguida, cuando hubiera caducado la autorización provisional, así como cuando se excedan en su actuación del alcance de la misma.

12. Mantener las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas o concertadas, distintas a las propias de su actuación como tales, así como certificar, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación preventiva, actividades no desarrolladas en su totalidad.

13. La alteración o el falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada.

14. La suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de la LISOS.

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del subcontratista:

1. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

2. Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurran en este caso las circunstancias previstas en la letra c) de este apartado, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

3. El falseamiento en los datos comunicados al contratista o a su subcontratista comitente, que dé lugar al ejercicio de actividades de construcción incumpliendo el régimen de la subcontratación o los requisitos legalmente establecidos.

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del contratista:

1. Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que se disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado anterior, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

2. El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como

productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, es infracción muy grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma previstas en dicha Ley, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

Publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

Las sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, en desarrollo de lo previsto en el artículo 40.2 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el correspondiente ámbito de competencia, en un plazo no superior a tres meses a contar desde la fecha de adquisición de firmeza del acto.

Suspensión o cierre de centros de trabajo

De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, los órganos que determine cada Comunidad Autónoma, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la Seguridad y Salud en el trabajo, podrá acordar la suspensión

de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en su caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan por la empresa y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.

XVIII. RECONOCIMIENTO MÉDICO AL TRABAJADOR COMO MEDIO DE PREVENCIÓN DE RIESGO DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Art. 243 LGSS).

Las empresas que hayan de cubrir puestos con riesgo de enfermedad profesional estarán obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores.

En algunos casos dichos reconocimientos se deben repetir con una periodicidad indicada en normas de desarrollo. Debiendo tener en cuenta las posibles medidas que deriven de estos reconocimientos:

Período de observación

1. Situación del trabajador durante el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad.
2. No podrá exceder de seis meses ampliables hasta un año.
3. Pueden darse dos supuestos:
 - a) El trabajador pueda continuar con la realización de su trabajo.
 - b) Que se prescriba la necesidad de su baja laboral. El trabajador queda asimilado a la incapacidad temporal (apdo. 1 b), 169, LGSS). Abono de indemnización económica equivalente al 75% del salario realmente percibido.

Traslado de puesto de trabajo

1. La empresa estará obligada a trasladar, con carácter definitivo o temporal, a aquel trabajador que, como consecuencia de los reconocimientos médicos efectuados, se le hubiese descubierto algún síntoma de enfermedad profesional cuya progresión sea posible evitar mediante el citado traslado.
2. Si no fuera posible el traslado el trabajador será dado de baja (previa Inspección de Trabajo) e inscrito con carácter preferente para ser empleado por la Oficina de Empleo.
3. El trabajador tiene derecho a percibir a cargo de la empresa un subsidio equivalente al salario íntegro durante un periodo máximo de 12 meses, prorrogable por 6 meses más a cargo del INSS y por 12 más a cargo del INEM.

La no superación de reconocimientos médicos como causa de despido

Reconocimientos médicos de embarque marítimo

Todo ciudadano español o de otra nacionalidad que desee ejercer una actividad profesional a bordo de un buque de bandera española y reúna las condiciones legales para trabajar enrolado en él deberá pasar los reconocimientos médicos de aptitud preceptivos y previos al embarque marítimo (en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 22, LPRL).

Estos reconocimientos tendrán como objetivo garantizar que las condiciones psicofísicas del solicitante sean compatibles con las características del puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad del individuo ni del resto de la tripulación. Dichas condiciones tampoco deberán poner en riesgo la navegación marítima.

El Instituto Social de la Marina será el organismo competente para la organización, realización y control de los reconocimientos médicos regulados en este real decreto. Estos reconocimientos tendrán carácter gratuito y serán realizados por los facultativos adscritos al Servicio de Sanidad Marítima (art. 3, Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre).

Falta de vigilancia periódica de estado de salud de trabajador que tiene problemas alérgicos a consecuencia del trabajo. Recargo de prestaciones

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de octubre de 2.006, ha considerado que la falta de vigilancia periódica de estado de salud de

trabajador que tiene problemas alérgicos a consecuencia del trabajo merece el recargo en la prestación de seguridad del 50%. Al momento de la contratación del actor no se detectaron problemas de salud posteriormente sufrió sucesivos procesos de incapacidad temporal por problemas alérgicos. Para el Tribunal la contratante demandada ha incurrido en un incumplimiento del deber que tiene el empresario de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, y a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. La Sala considera existente una relación directa entre los incumplimientos empresariales en materia de prevención y el resultado lesivo producido en la salud del trabajador.

El Tribunal tomo en consideración factores como:

1. No presentaba al inicio de su relación laboral síntoma alguna de incapacidad para el desarrollo de la función propia de la actividad laboral.

2. El trabajador venía siendo atendido de problemas alérgicos, habiendo padecido situaciones de incapacidad temporal en los años anteriores por las mismas causas por las que posteriormente fue declarado en incapacidad permanente total para su profesión de peón de obras públicas derivada de enfermedad profesional.

3. Ante las distintas bajas la parte empresarial no había adoptado medidas de prevención y protección integral de la salud del trabajador hasta pasados varios años en que por Resolución administrativa se acordó el cambio de puesto de trabajo cuando éste ya había adquirido la enfermedad.

4. Habiéndose acreditado la falta de adecuación del puesto de trabajo al trabajador no se consideran medidas preventivas la mera puesta a disposición de algunos elementos de protección si obligación de utilización.

5. Se considera la actitud empresarial merecedora de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional (Art. 164, LGSS).

Regulación de la prevención de riesgos laborales ante la exposición a agentes biológicos durante el trabajo

Agentes biológicos

Conceptos generales

La diferencia fundamental que existe entre los agentes biológicos y los agentes químicos y físicos es que, mientras que éstos son materia inerte o distintas formas de energía, los agentes biológicos son seres vivos y como tales capaces de reproducirse.

Existen unas características concretas que definen a un organismo vivo:

1. todos los organismos tienen una composición química común, en todos ellos están presentes tres tipos de macromoléculas orgánicas complejas: las proteínas, el ácido desoxirribonucleico (ADN) y el ácido ribonucleico (ARN). El ADN es la sustancia que contiene, de forma codificada, toda la información necesaria para determinar las propiedades específicas del organismo; dicha información es traducida

por el ARN a modelos específicos de síntesis de proteínas, siendo éstas las que, en última instancia, determinan las propiedades distintivas del organismo.

2. en todos los organismos tienen lugar ciertas actividades químicas, cuyo fin es sintetizar los constituyentes de la materia propia del organismo a partir de sustancias químicas del exterior (metabolismo). Evidentemente, existen diferencias entre los metabolismos de distintos organismos.

3. todos los organismos, con excepción de los virus, tienen una estructura física común cuya unidad básica es la célula.

Aunque estas características son comunes a todos los seres vivos, a la hora de estudiar los agentes biológicos a los que se exponen los trabajadores para el desarrollo de su actividad debemos centrarnos en los seres vivos microscópicos o microorganismos.

Trabajadores expuestos a agentes biológicos

El riesgo biológico o biorriesgo consiste en la presencia de un organismo, o la sustancia derivada de un organismo, que representa una amenaza a la salud humana (pueden producir infecciones, toxicidad o alergia). El término riesgo biológico está muy ligado al campo de la prevención de riesgos laborales ya que a lo largo de los últimos años, la aparición de agentes biológicos dentro del campo laboral ha aumentado considerablemente.

La legislación europea pretende minimizar los riesgos que comportan para la salud los agentes biológicos existentes en el trabajo. La Directiva 2000/54/CE, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, vigente clasifica los agentes biológicos en cuatro categorías de riesgo de acuerdo con su potencial patógeno y las posibilidades de prevención y tratamiento. En función de la citada Directiva, los agentes biológicos se clasifican en cuatro grupos de riesgo, según su diferente índice de riesgo de infección:

- Agente biológico del grupo 1: agente biológico que resulte poco probable que cause enfermedad en el hombre;
- Agente biológico del grupo 2: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad en el hombre y pueda suponer un peligro para los trabajadores; es poco probable que se propague a la colectividad; existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces;
- Agente biológico del grupo 3: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y presente un serio peligro para los trabajadores; existe el riesgo de que se propague en la colectividad, pero existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces;
- Agente biológico del grupo 4: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y suponga un serio peligro para los trabajadores; existen muchas probabilidades de que se propague en la colectividad; no existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces.

Identificación y evaluación de riesgos.

1.- Identificados uno o más riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, se procederá, para aquellos que no hayan podido evitarse, a evaluar los mismos determinando la naturaleza, el grado y duración de la exposición de los trabajadores (arts. 2 y 4, RD 39/1997, de 17 de enero).

Cuando se trate de trabajos que impliquen la exposición a varias categorías de agentes biológicos, los riesgos se evaluarán basándose en el peligro que supongan todos los agentes biológicos presentes.

2.- Esta evaluación deberá repetirse periódicamente y, en cualquier caso, cada vez que se produzca un cambio en las condiciones que pueda afectar a la exposición de los trabajadores a agentes biológicos.

Asimismo se procederá a una nueva evaluación del riesgo cuando se haya detectado en algún trabajador una infección o enfermedad que se sospeche que sea consecuencia de una exposición a agentes biológicos en el trabajo.

3.- La evaluación mencionada en el apartado anterior se efectuará teniendo en cuenta toda la información disponible y, en particular:

- La naturaleza de los agentes biológicos a los que estén o puedan estar expuestos los trabajadores y el grupo a que pertenecen, de acuerdo con la tabla y criterios de clasificación contenidos en el anexo II del RD 39/1997, de 17 de enero. Si un agente no consta en la tabla, el empresario, previa consulta a los representantes de los trabajadores, a efectos de asimilarlo provisionalmente a los incluidos en uno de los cuatro grupos previstos en el mismo. En caso de duda entre dos grupos deberá considerarse en el de peligrosidad superior.

- Las recomendaciones de las autoridades sanitarias sobre la conveniencia de controlar el agente biológico a fin de proteger la salud de los trabajadores que estén o puedan estar expuestos a dicho agente en razón de su trabajo.

- La información sobre las enfermedades susceptibles de ser contraídas por los trabajadores como resultado de su actividad profesional.

- Los efectos potenciales, tanto alérgicos como tóxicos, que puedan derivarse de la actividad profesional de los trabajadores.

- El conocimiento de una enfermedad que se haya detectado en un trabajador y que esté directamente ligada a su trabajo.

- El riesgo adicional para aquellos trabajadores especialmente sensibles en función de sus características personales o estado biológico conocido, debido a circunstancias tales como patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia.

4.- Si los resultados de la evaluación muestran que la exposición o la posible exposición se refiere a un agente biológico del grupo 1 que no presente un riesgo conocido para la salud de los trabajadores, no resultará necesario aplicar las medidas obligatorias para el empresario (arts. 5-15, RD 39/1997, de 17 de enero). No obstante, se observarán las indicaciones relativas a las medidas de contención y a los niveles de contención.

5.- Si los resultados de la evaluación revelan que la actividad no implica la intención deliberada de manipular agentes biológicos o de utilizarlos en el trabajo pero puede provocar la exposición de los trabajadores a dichos agentes, se aplicarán las disposiciones de los artículos 5 al 13 del Real Decreto, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2.006. Cargo de prestaciones por contingencias profesionales. Falta de vigilancia periódica de estado de salud de trabajador que tiene problemas alérgicos a consecuencia del trabajo. La empresa es condenada a un abono de un recargo en la prestación de seguridad del 50%. Al momento de la contratación del actor no se detectaron problemas de salud posteriormente sufrió sucesivos procesos de incapacidad temporal por problemas alérgicos. Para el Tribunal la contratante demandada ha incurrido en un incumplimiento del deber que tiene el empresario de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, y a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. La Sala considera existente una relación directa entre los incumplimientos empresariales en materia de prevención y el resultado lesivo producido en la salud del trabajador.

El Tribunal tomo en consideración factores como:

1. No presentaba al inicio de su relación laboral síntoma alguna de incapacidad para el desarrollo de la función propia de la actividad laboral.
2. El trabajador venía siendo atendido de problemas alérgicos, habiendo padecido situaciones de incapacidad temporal en los años anteriores por las mismas causas por las que posteriormente fue declarado en incapacidad permanente total para su profesión de peón de obras públicas derivada de enfermedad profesional.
3. Ante las distintas bajas la parte empresarial no había adoptado medidas de prevención y protección integral de la salud del trabajador hasta pasados varios años en que por Resolución administrativa se acordó el cambio de puesto de trabajo cuando éste ya había adquirido la enfermedad.

Habiéndose acreditado la falta de adecuación del puesto de trabajo al trabajador no se consideran medidas preventivas la mera puesta a disposición de algunos elementos de protección si obligación de utilización

4. Se considera la actitud empresarial merecedora de recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional (Art. 123, LGSS).

Sustitución de agentes biológicos.

Teniendo en cuenta la información técnica y científica disponible, el empresario, cuando la naturaleza de la actividad lo permita, evitará la utilización de agentes biológicos peligrosos mediante su sustitución por otros agentes que, en función de las condiciones de utilización, no sean peligrosos para la seguridad o salud de los trabajadores, o lo sean en menor grado.

Reducción de los riesgos.

Si los resultados de la evaluación de riesgos pusieran de manifiesto un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores por exposición a agentes biológicos, deberá evitarse dicha exposición. Cuando ello no resulte factible por motivos técnicos, habida cuenta de la actividad desarrollada, se reducirá el riesgo de exposición al nivel más bajo posible para garantizar adecuadamente la seguridad y la salud de los trabajadores afectados, en particular por medio de las siguientes medidas:

- Establecimiento de procedimientos de trabajo adecuados y utilización de medidas técnicas apropiadas para evitar o minimizar la liberación de agentes biológicos en el lugar de trabajo.
- Reducción, al mínimo posible, del número de trabajadores que estén o puedan estar expuestos.
- Adopción de medidas seguras para la recepción, manipulación y transporte de los agentes biológicos dentro del lugar de trabajo.

- Adopción de medidas de protección colectiva o, en su defecto, de protección individual, cuando la exposición no pueda evitarse por otros medios.
- Utilización de medios seguros para la recogida, almacenamiento y evacuación de residuos por los trabajadores, incluidos el uso de recipientes seguros e identificables, previo tratamiento adecuado si fuese necesario.
- Utilización de medidas de higiene que eviten o dificulten la dispersión del agente biológico fuera del lugar de trabajo.
- Utilización de una señal de peligro biológico (anexo III, RD 39/1997, de 17 de enero), así como de otras señales de advertencia pertinentes.
- Establecimiento de planes para hacer frente a accidentes de los que puedan derivarse exposiciones a agentes biológicos.
- Verificación, cuando sea necesaria y técnicamente posible, de la presencia de los agentes biológicos utilizados en el trabajo fuera del confinamiento físico primario.
- La evaluación de riesgos (Art. 4, Real Decreto 39/1997, de 17 de enero) deberá identificar a aquellos trabajadores para los que pueda ser necesario aplicar medidas especiales de protección.

Medidas higiénicas.

1.- En todas las actividades en las que exista riesgo para la salud o seguridad de los trabajadores como consecuencia del trabajo con agentes biológicos, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para:

- Prohibir que los trabajadores coman, beban o fumen en las zonas de trabajo en las que exista dicho riesgo.
- Proveer a los trabajadores de prendas de protección apropiadas o de otro tipo de prendas especiales adecuadas.

- Disponer de retretes y cuartos de aseo apropiados y adecuados para uso de los trabajadores, que incluyan productos para la limpieza ocular y antisépticos para la piel.

- Disponer de un lugar determinado para el almacenamiento adecuado de los equipos de protección y verificar que se limpian y se comprueba su buen funcionamiento, si fuera posible con anterioridad y, en todo caso, después de cada utilización, reparando o sustituyendo los equipos defectuosos antes de un nuevo uso.

- Especificar los procedimientos de obtención, manipulación y procesamiento de muestras de origen humano o animal.

2.- Los trabajadores dispondrán, dentro de la jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo.

3.- Al salir de la zona de trabajo, el trabajador deberá quitarse las ropas de trabajo y los equipos de protección personal que puedan estar contaminados por agentes biológicos y deberá guardarlos en lugares que no contengan otras prendas.

4.- El empresario se responsabilizará del lavado, descontaminación y, en caso necesario, destrucción de la ropa de trabajo y los equipos de protección a que se refiere el apartado anterior, quedando rigurosamente prohibido que los trabajadores se lleven los mismos a su domicilio para tal fin. Cuando contratase tales operaciones con empresas idóneas al efecto, estará obligado a asegurar que la ropa y los equipos se envíen en recipientes cerrados y etiquetados con las advertencias precisas.

5.- El coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer, en modo alguno, sobre los trabajadores (14.5, LPRL).

Documentación.

1.- El empresario está obligado a disponer de:

- La documentación sobre los resultados de la evaluación de riesgos, así como los criterios y procedimientos de evaluación y los métodos de medición, análisis o ensayo utilizados.

- Una lista de los trabajadores expuestos en la empresa a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, indicando el tipo de trabajo efectuado y el agente biológico al que hayan estado expuestos, así como un registro de las correspondientes exposiciones, accidentes e incidentes.

2.- El empresario deberá adoptar las medidas necesarias para la conservación de un registro de los historiales médicos individuales (8.5, Real Decreto 39/1997, de 17 de enero y Art. 22, LPRL).

3.- La lista de los trabajadores expuestos y los historiales médicos deberán conservarse durante un plazo mínimo de diez años después de finalizada la exposición; este plazo se ampliará hasta cuarenta años en caso de exposiciones que pudieran dar lugar a una infección en la que concurran alguna de las siguientes características:

- Debida a agentes biológicos con capacidad conocida de provocar infecciones persistentes o latentes.

- Que no sea diagnosticable con los conocimientos actuales, hasta la manifestación de la enfermedad muchos años después.

- Cuyo período de incubación, previo a la manifestación de la enfermedad, sea especialmente prolongado.

- Que dé lugar a una enfermedad con fases de recurrencia durante un tiempo prolongado, a pesar del tratamiento.

- Que pueda tener secuelas importantes a largo plazo.

4.- La lista de los trabajadores expuestos en la empresa a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 será adicional al plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, la planificación de la actividad preventiva, la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores y la

relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo.

5.- El tratamiento automatizado de datos personales sólo podrá realizarse en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

Información y formación de los trabajadores.

1.- Sin perjuicio de los deberes de información, consulta y participación de los trabajadores en materia de Prevención de Riesgos (Art. 18 ,LJS), el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores y los representantes de los trabajadores sean informados sobre cualquier medida relativa a la seguridad y la salud que se adopte. Asimismo, el empresario tomará las medidas apropiadas para garantizar que los trabajadores y los representantes de los trabajadores reciban una formación suficiente y adecuada e información precisa basada en todos los datos disponibles, en particular en forma de instrucciones, en relación con:

- Los riesgos potenciales para la salud.
- Las precauciones que deberán tomar para prevenir la exposición.
- Las disposiciones en materia de higiene.
- La utilización y empleo de ropa y equipos de protección individual.
- Las medidas que deberán adoptar los trabajadores en el caso de incidentes y para la prevención de éstos.

2.- Dicha formación deberá:

- Impartirse cuando el trabajador se incorpore a un trabajo que suponga un contacto con agentes biológicos.
- Adaptarse a la aparición de nuevos riesgos y a su evolución.
- Repetirse periódicamente si fuera necesario.

3.- El empresario dará instrucciones escritas en el lugar de trabajo y, si procede, colocará avisos que contengan, como mínimo, el procedimiento que habrá de seguirse:

- En caso de accidente o incidente graves que impliquen la manipulación de un agente biológico.
- En caso de manipulación de un agente biológico del grupo 4.

4.- Los trabajadores comunicarán inmediatamente cualquier accidente o incidente que implique la manipulación de un agente biológico a su superior jerárquico directo y a la persona o personas con responsabilidades en materia de prevención en la empresa.

5.- El empresario informará inmediatamente a los trabajadores y a sus representantes de cualquier accidente o incidente que hubiese provocado la liberación de un agente biológico capaz de causar una grave infección o enfermedad en el hombre.

Además, el empresario informará, lo antes posible, a los trabajadores y a sus representantes de cualquier accidente o incidente grave, de su causa y de las medidas adoptadas, o que se vayan a adoptar, para remediar tal situación.

6.- Los trabajadores tendrán acceso a la información contenida en lista de los trabajadores expuestos en la empresa a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 cuando dicha información les concierna a ellos mismos (aprt. b), 9.1 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero).

La no superación de los reconocimientos médicos por parte del trabajador como causa extintiva

La no superación de los reconocimientos médicos por parte del trabajador como causa extintiva sólo será posible en aquellos puestos en los que resulte imprescindible superar periódicamente pruebas psicotécnicas y médicas. Si la alteración de la salud

sólo es temporal, supondrá un supuesto de incapacidad temporal con reserva de puesto de trabajo.

Ha de tenerse en cuenta que para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el apdo. a) del Art. 52 Estatuto de los Trabajadores se requiere, que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral, o con desconocimiento del empresario si la ineptitud es anterior a su inicio, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, correspondiendo, eso sí, al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales. STSJ Cataluña 21/01/2013 (R. 6227/2012).

En el supuesto en el que se alega la ineptitud como causa resolutoria del contrato de trabajo por no haber superado el trabajador un reconocimiento médico preceptivo para el puesto de trabajo, habría que tener en cuentas los siguientes supuestos:

Vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de riesgos inherentes al trabajo.

Existen supuesto en los que la realización de los reconocimientos resulta imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (apdo. 1, Art. 22

LPRL). En estos casos la empresa se encontraría, en función de la de Prevención de Riesgos Laborales, facultada para la realización de los reconocimientos médicos, incluso en contra la voluntad del trabajador afectado. Dado que la legislación laboral no permite extraer una genérica facultad extintiva en caso de no superación de los reconocimientos médicos aludidos, el empresario deberá adaptar el puesto de trabajo al trabajador o cambiar éste a otro puesto de trabajo adecuado.

Sin que parezca factible invocar la extinción del contrato por ineptitud, con base en la prohibición del Art. 25, LPRL, pues, como el Tribunal Supremo ha considerado no se incluye dentro del concepto de ineptitud los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo. Resumiendo, en estos supuestos el empresario tendría dos opciones:

- a) adaptar el propio puesto de trabajo al trabajador afectado.
- b) llevar a cabo una movilidad funcional o geográfica a un nuevo puesto de trabajo adecuado para el trabajador afectado.

Puestos de trabajo en los que resulte imprescindible superar periódicamente pruebas psicotécnicas y médicas

Efectivamente podemos encontrarnos con supuestos en los que legal o reglamentariamente resulte necesario que el trabajador supere pruebas psicotécnicas y médicas para poder desempeñar la prestación de servicios. En estos casos, sólo, de resultar ineficaces las medidas preventivas citadas o de no ser viables por las específicas características de la empresa, podría llevarse a cabo la extinción del contrato, con el abono de la correspondiente indemnización legal (apdo. 1 a), Art. 52, ET).

El contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas en caso de ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. Ha de tenerse en cuenta que no existe ineptitud - sino un incumplimiento culpable - cuando el trabajador apto obtiene un rendimiento defectuoso, ya que la ineptitud como causa extintiva ha de asociarse a la ausencia de una voluntad culpable del trabajador.

Ineptitud como causa de despido objetivo

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de matizar el concepto de ineptitud «de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y también con el uso del lenguaje ordinario», entendiendo por tal, «la inhabilitación o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona de trabajador, bien por falta o actualización de los conocimientos, bien por deterioro o pérdida de los recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración... etc.»; debiéndose excluir del concepto supuestos como la imposibilidad legal para el desarrollo del trabajo (así por aplicación de la Ley de Incompatibilidades, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1990). En cualquier caso, queda fuera de toda discusión que la ineptitud no es equivalente, sin más, a un rendimiento defectuoso. Por consiguiente, como veremos a continuación.

Dado que el propio texto normativo alude ciertas especificaciones al tratamiento de la “ineptitud del trabajador”, es necesario diferenciar esta figura de otras situaciones afines que o bien carecen de virtualidad extintiva, o bien están configuradas como causas de extinción autónomas.

Requisitos de la ineptitud como causa extintiva

Para que la ineptitud pueda considerarse un requisito para la extinción del contrato por causa objetiva (apdo. 1 a), Art. 52, ET) ésta ha de ser conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva del trabajador en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al desarrollo del período de prueba establecido no podrá alegarse con posterioridad al mismo.

La doctrina judicial ha establecido una serie de requisitos que deben concurrir en la ineptitud para que ésta pueda tener capacidad extintiva. Estos requisitos, serían:

a) Debe existir carácter no voluntario en la disminución del rendimiento (de existir voluntariedad operaría el despido disciplinario).

b) La ineptitud ha de ser verdadera y no disimulada.

c) La ineptitud ha de valorarse sobre las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos a los habituales.

d) La ineptitud ha de afectar a tareas esenciales. Se considerará improcedente la extinción cuando afecte a actividades accesorias, aunque estén previstas como potencialmente exigibles en la negociación colectiva; del mismo modo, que se considere procedente cuando el trabajador no puede seguir desarrollando los cometidos principales pero sí los accesorios.

e) Debe afectar al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no sólo a alguno de sus aspectos.

f) Ha de determinar una aptitud inferior a la media normal en cada momento, lugar y profesión; de no existir una merma notable en el rendimiento, la extinción se declarará improcedente.

g) Debe afectar al trabajador y no a los medios materiales o medio de trabajo.

h) Debe ser permanente y no meramente circunstancial. La incapacidad temporal no justifica la extinción.

Supuestos de ineptitud como causa de despido objetivo

A la hora de delimitar la ineptitud como causa de despido objetivo, la jurisprudencia ha clarificado las diferencias entre «ineptitud sobrevenida» y «disminución voluntaria del rendimiento» para calificar una situación de rendimiento insuficiente o nulo; o conectando la ineptitud originaria con otros incumplimientos graves, como el fraude y la deslealtad.

El apdo. a) Art. 52, ET no proporciona una definición concreta de la noción de ineptitud, por lo que será necesario estudiar, como se ha citado, la jurisprudencia al respecto para limitar el concepto:

Por ineptitud se entiende:

- La falta de suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo, la inhabilidad, ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado.
- Una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo.
- Una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.).

Declaración de invalidez

La invalidez permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebase el grado parcial, ya que si tal grado es superior, la citada invalidez ampara la extinción de la relación laboral, con sometimiento a la disciplina que le es propia. Ahora bien, dicha afirmación debe ser matizada en un doble sentido: ni la declaración de invalidez permanente parcial constituye siempre un motivo que legitima la extinción, ni tampoco es un presupuesto indispensable. De esta forma los tribunales vienen señalando que las limitaciones que se deriven del estado físico o psíquico del trabajador han de ser esenciales en el correcto desarrollo de la actividad para que puedan justificar la extinción del contrato. Es decir, se exige una relación causa-efecto entre el desempeño de la prestación pactada y la enfermedad.

Incapacidad temporal

La conexión entre el despido por ineptitud y los distintos grados de incapacidad se ha simplificado a partir de la entrada en vigor de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya que por imperativo legal la Incapacidad Laboral Transitoria y la Invalidez Profesional son causas de suspensión -y no de extinción- del contrato de trabajo (apdo. 1 c), Art. 45, ET) por lo que hay que excluir que quepa el despido por ineptitud mientras el trabajador se halle de baja. Respecto a la Gran Invalidez e Invalidez Permanente Total o Absoluta, tales situaciones constituyen causas propias de extinción (apdo. 5, Art. 49, ET), quedando así diferenciadas de las que pueden dar lugar al despido disciplinario, y de la extinción por fuerza mayor o por causas objetivas. es decir, uno de los requisitos que deben acompañar a la ineptitud para que pueda terminar con la relación laboral es el de su carácter permanente y no circunstancial, algo que, como su propia denominación indica, no sucede en la incapacidad temporal, a la que se la atribuye simplemente un efecto suspensivo de la relación laboral, ni siquiera, cuando tales procesos se suceden en el tiempo.

Ahora bien, en algunos casos, si dichos episodios son muy reiterados y derivan de las condiciones de trabajo, se llega a afirmar que evidencian una clara inhabilidad para el trabajo y se reconoce la procedencia de la extinción (enfermedades crónicas).

Período de prueba

La redacción legal de la causa extintiva en que la ineptitud consiste plantea dos problemas iniciales que comprometen su invocación legítima: de una parte, determinar las diferencias de régimen entre la ineptitud originaria y la sobrevenida, según exista o no período de prueba; de otra, determinar la actividad o funciones profesionales respecto de las cuales cabe calificar la ineptitud del trabajador.

Por lo que se refiere al primer problema, el Estatuto de los Trabajadores es suficientemente claro en su redacción: la ineptitud que puede invocar el empresario para extinguir el contrato es la «conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación efectiva en la empresa»; excluyendo que la existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba pueda alegarse con posterioridad a la superación de éste. Pues bien, aunque no exista en el texto legal referencia explícita a la ineptitud originaria, de los términos legales se infiere que el cumplimiento del período de prueba cierra al empresario la posibilidad de invocar esta causa de despido objetivo, conclusión que se puede extender también a los casos en los cuales meramente se renuncia por el empresario a aquél. En otra dirección, y pese a haber existido período de prueba, éste no subsana la ineptitud originaria si fue ocultada dolosamente por el trabajador o motivó error sustancial del empresario, en cuyo caso será invocable la nulidad del contrato por vicio del consentimiento o por error.

En definitiva, la realización del período de prueba crea una presunción iuris et de iure de que se posee la aptitud originaria para los trabajos o funciones a realizar, presunción que también se extiende al supuesto de que se renuncie al período de prueba estando prevista su realización.

Falta de destreza o habilidad del trabajador

La ineptitud relacionada con la falta de destreza o habilidad del trabajador puede evidenciarse por diferentes vías:

- Descenso en el rendimiento de carácter no voluntario. Ha de diferenciarse un descenso en el rendimiento de carácter voluntario, o derivado de una actuación negligente por parte del trabajador, que originaría un despido disciplinario.

- El desconocimiento de la normativa necesaria para la realización de sus funciones.

- La falta de actualización de los conocimientos.

- Pérdida de los requisitos legales para desarrollar una actividad o carencia sobrevenida del título o autorización requerida para desarrollarla. Carecer del título académico necesario para obtener la, habilitación gubernativa necesaria para realizar su labor (ej.: habilitación gubernativa como vigilantes de seguridad, ausencia de licencia federativa para el ejercicio de un deporte profesional, la no renovación del permiso de residencia a un trabajador extranjero, etc.).

- Falta de la titulación requerida para impartir unas determinadas enseñanzas cuando ésta se exige de manera sobrevenida.

- Retirada del carné de conducir.

Despido por disminución del rendimiento, cuando el motivo real de la decisión es la permanencia del trabajador en situación de baja.

El despido por disminución del rendimiento, cuando el motivo real de la decisión es la permanencia del trabajador en situación de baja por enfermedad durante un cierto tiempo, no constando ninguna circunstancia particular de la dolencia causante de la baja médica, ha sido calificado por la Sentencia SIB-69270, como nulo por afectar

al derecho a la dignidad de la persona, a la integridad y a la salud. Reiterando así el Alto Tribunal la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas". Y recuerda la relación entre el principio de igualdad y la enfermedad y que a los efectos de la calificación del despido, la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por dicha causa no integra la nulidad. Estima que no es posible la asimilación entre el derecho a la vida y a la integridad física con la protección de la salud, pues éste último no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica y no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley, máxime cuando no está en juego el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, sino más bien el derecho al trabajo.

Si la ausencia de títulos, licencias, autorizaciones o permisos se debe a una conducta maliciosa por parte del trabajador, los tribunales vienen entendiendo que, en realidad, el consentimiento prestado por la empresa estaba viciado y, en consecuencia, el contrato sería nulo.

Asimismo, no constituye un supuesto de ineptitud la declaración por vía legislativa de una incompatibilidad para el desempeño de dos puestos de trabajo; ni la existencia de una sentencia penal que impone al trabajador una orden de alejamiento respecto de su esposa, trabajadora en el mismo centro, de un kilómetro en general y veinte metros en el centro de trabajo, no se considera ineptitud.

Sentencia TS, Sala de lo Social, de 16/07/2013, Rec. 2239/2012. Contratos de seguridad. Falta de habilitación administrativa en el trabajador. En los supuestos de subrogación de contrata, la empresa saliente es la responsable de las consecuencias de la declaración de despido nulo de un trabajador que carece de habilitación profesional. Se estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la empresa de seguridad sucesora en una contrata, frente a la sentencia que le condenó por haber incurrido en un despido nulo, el de una trabajadora embarazada que carecía de

habilitación profesional como vigilante de seguridad, proveniente de la empresa saliente.

XIX. EL ACCIDENTE DE TRABAJO

El concepto legal de accidente de trabajo se define en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena. Son tres los elementos que concurren en la definición legal de accidente de trabajo:

- La existencia de una lesión corporal. El término lesión debe entenderse en sentido amplio, pues, como se dirá, se incluyen, aunque no se trate de verdaderas lesiones corporales, algunas enfermedades.

- La condición de trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado. A los efectos que nos ocupan, se entiende que son trabajadores incluidos no sólo aquellos que lo sean por tener una relación laboral de la reguladas en el Estatuto de los Trabajadores (artículos 1 y 2 del ET 2015), sino también aquellos trabajadores por cuenta ajena delimitados por el ámbito subjetivo del Régimen General de la Seguridad Social. En otras palabras, por trabajadores por cuenta ajena hay que entender los incluidos en el campo de aplicación del régimen general, pero, además, en virtud de la homogeneidad del sistema, el concepto de accidente de trabajo es, en principio, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, con ciertas salvedades.

- La relación de causalidad entre trabajo y lesión. El nexo causal se reputa de carácter imperativo para que la lesión sufrida por el trabajador pueda ser calificada de accidente de trabajo. La expresión "con ocasión" o "como consecuencia" del trabajo implica una relación causa-efecto entre el trabajo realizado y la lesión sufrida.

Se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo (artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015). Se trata de una presunción iuris tantum, por tanto si no se acredita la conexión con el trabajo no resulta operativa. No obstante, la presunción posibilita la expansión del concepto de accidente de trabajo, extendiéndose incluso a supuestos en los que el trabajador sufre en su puesto de trabajo un proceso patológico determinado o a situaciones en las que la enfermedad que se padecía con anterioridad se manifiesta en el trabajo, circunstancia, la de padecerla anteriormente, que no desvirtúa, por sí sola, la eficacia de la presunción.

Expresamente, el legislador señala que tienen la condición de accidentes de trabajo (artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015):

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. Es el denominado accidente in itinere. Concepto que ha dado lugar a una amplia casuística jurisprudencial y en el que se debe tener en cuenta:

- El domicilio del trabajador ha de ser el habitual, aunque éste se ha interpretado in extenso, incluyendo no sólo el legal sino también el real o incluso el familiar o el de vacaciones, puesto que lo trascendente es que el desplazamiento sea por motivos de trabajo, siendo el punto de destino o de partida el lugar de trabajo.

- El medio de transporte utilizado para desplazarse ha de ser normal o idóneo, entendido como aquél que no aumente innecesariamente el riesgo durante el desplazamiento.

- El trayecto seguido debe ser el adecuado, que no tiene por qué ser siempre el mismo ni tampoco el más corto, pudiendo elegirlo libremente el trabajador atendiendo a las circunstancias que se presenten en cada momento.

- El tiempo invertido en el desplazamiento debe ser el normal, sin interrupciones injustificadas que interrumpan el nexo de causalidad, lo que, a su vez, genera valoraciones contradictorias en relación con la duración y el motivo de la interrupción. Es preciso distinguir el accidente de trabajo in itinere del accidente de trabajo en misión, por cuanto este último se refiere al accidente ocurrido en viaje de servicio y acontecido en trayectos que el trabajador tiene que recorrer como consecuencia de su trabajo y dentro de su jornada laboral; en consecuencia, cuando se sufre un accidente en misión estamos ante un accidente laboral stricto sensu.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos. Se trata de una doble extensión: de una parte, porque el desempeño de cargos electivos de carácter sindical se asimila a la prestación de trabajo por cuenta ajena, de otra, porque se extiende también el concepto de accidente in itinere a otros supuestos. El problema que se ha planteado es interpretar qué se entiende por "cargo electivo de carácter sindical", siendo la respuesta jurisprudencial que cargos electivos son tanto los sindicales como, propiamente, los de representación legal o unitaria.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa. En este supuesto, el accidente acaece cuando el trabajador se encuentra desarrollando su prestación laboral, si bien no la habitual. Y es que, en virtud del poder empresarial de dirección, está realizando una actividad distinta a la correspondiente a su categoría o grupo profesional. Asimismo, también se extiende a los supuestos en los que se realizan tareas distintas por decisión espontánea de trabajador, en interés del funcionamiento de la empresa, por lo que, en la práctica, todos los supuestos de desarrollo de la actividad distinta de la propia en los que sobrevenga una lesión se configuran como accidente de trabajo.

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. El elemento relevante en este supuesto es la conexión del acto de salvamento con el trabajo, no que el accidente sobrevenga con ocasión de éste, al margen de que el trabajador actúe cumpliendo una orden del empresario o lo haga de modo espontáneo.

e) Las enfermedades, no calificadas expresamente como enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Por ser el sistema español de enfermedades profesionales un sistema de lista cerrada, no tienen la consideración de enfermedades profesionales aquellas que no estén incluidas en la correspondiente lista, de manera que se deben calificar como accidente de trabajo las enfermedades que encuentre su origen exclusivo en el trabajo realizado. Estamos ante un supuesto calificado, acertadamente, como accidente impropio.

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. En tal

supuesto de enfermedades agravadas, la jurisprudencia exige que se demuestre la relación de causalidad con el accidente, debiendo desencadenarse el proceso por un esfuerzo físico o emocional como factor patológico.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. Son las denominadas enfermedades intercurrentes. No son consecuencia directa del accidente, sino ampliaciones del proceso patológico desencadenado por el accidente o bien, en otro caso, enfermedades adquiridas en el medio en que se sitúa el trabajador para su curación, sin tener relación con el accidente. En todo caso, se deben probar las complicaciones patológicas y las afecciones adquiridas por el nuevo medio.

Por último, el legislador añade al listado de accidentes de trabajo los que se produzcan durante el viaje de salida o regreso de los emigrantes en operaciones realizadas por la Dirección General de Trabajo y Migraciones (Disposición Adicional segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015).

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo. Se entiende por fuerza mayor, a estos efectos, la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado. En relación con el dolo, éste rompe la relación de causalidad. La jurisprudencia conecta este elemento de exclusión con el acontecimiento del suicidio del trabajador en su puesto de trabajo, determinando que no se considera esa circunstancia accidente de trabajo si se prueba la voluntad de quitarse la vida por parte del suicida; de lo contrario, el accidente se presume laboral. También la imprudencia temeraria debe quedar acreditada para romper la relación de causalidad, determinando la inexistencia de accidente de trabajo. Por el contrario, la imprudencia profesional, que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira, no impide la calificación de un accidente como de trabajo.

Tampoco obsta a la calificación como accidente de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo. De nuevo la cuestión se centra en determinar la relación con el trabajo. Así, una agresión que cause lesión al trabajador y que esté motivada por cuestiones relacionadas con el trabajo sí será accidente de trabajo, al igual que la causada por la intervención de un tercero relacionada con el trabajo.

Las empresas que disminuyan de forma considerable la siniestralidad laboral, gozan del beneficio del 5% del importe de las cuotas por contingencias profesionales - 10% si existe inversión en acciones complementarias de prevención de riesgos laborales-. Beneficio regulado por el artículo 3 del Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo.

Contingencias comunes

Los conceptos de accidente no laboral y enfermedad común son conceptos referenciales. Así, con palabras del propio legislador (artículo 117 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social):

- Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 115 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social, no tenga el carácter de accidente de trabajo.

- Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 115 y en el artículo 116, respectivamente.

Contingencias profesionales

Las contingencias pueden derivar de riesgos profesionales o de riesgos comunes. El interés de la distinción radica en que la configuración del régimen jurídico para la protección de las contingencias que traen su origen de riesgos profesionales es distinto.

Así, se pueden citar las siguientes particularidades:

- a) Como reglas comunes a la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional:

- Se aplica el principio de alta de pleno derecho.

- Las particularidades en la cotización, con la consiguiente influencia en la base reguladora de las prestaciones.

- No se exige periodos de carencia para tener derecho a las prestaciones.

- La posibilidad de establecer el recargo de prestaciones por incumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral.

- La colaboración en la gestión a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

- La responsabilidad por falta de reconocimientos médicos (artículo 197 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), que incluso puede dar lugar a responsabilidad directa por las prestaciones que puedan derivarse, en los supuestos de enfermedad profesional.

b) Como reglas específicas para las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales:

- Obligación de practicar reconocimientos médicos previos y periódicos a los trabajadores que ocupen puestos de trabajo con riesgos de enfermedades profesionales (artículo 196 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

- Periodos de observación y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional (artículo 133 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

- El traslado de puesto de trabajo. Así, la obligación de trasladar al trabajador de puesto de trabajo, tras la situación de incapacidad temporal, a otro que no presente riesgos para un posterior resurgir de la enfermedad profesional que se padece (artículo 45 de la Orden de 9 de mayo de 1962).

Dada la existencia de particularidades en su régimen jurídico, se debe proceder a la delimitación conceptual de los riesgos profesionales, esto es, al análisis de los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

XX. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

El concepto de enfermedad profesional viene definido en el artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social 2015 como la enfermedad contraída con ocasión del trabajo realizado por cuenta ajena en las actividades establecidas en un cuadro de desarrollo reglamentario, siempre que aquella derive de la acción de sustancias o elementos que en el citado cuadro se indique para cada enfermedad profesional.

Otras definiciones, de parecida índole suelen acoger dos criterios conceptuales, el primero de carácter etiológico, la enfermedad profesional es la que simplemente deriva del trabajo y es consecuencia del mismo, llegando a producir la incapacidad laboral o incluso la muerte. Un segundo criterio, este de tipo enumerativo, se refiere a la

frecuencia de ciertas enfermedades en determinadas profesiones, permitiendo enumerar las industrias y los elementos que provocan las enfermedades, de hecho el Derecho español de Seguridad Social ha venido acogiendo ambos criterios desde las primeras disposiciones, ya en el año 1936.

De la definición del concepto de enfermedad profesional sacamos los elementos que la integran:

a) el trabajo por cuenta ajena.

b) que la enfermedad profesional esté provocada por la acción de sustancias o elementos.

c) que figure dentro de las actividades que componen el cuadro.

Esta definición queda complementada en la actualidad con la protección a los trabajadores por cuenta propia de acuerdo con la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajador autónomo, pues ya cuentan con la posibilidad de tener protegida esta contingencia.

Las enfermedades profesionales se pueden catalogar perfectamente como accidentes de trabajo, pues no deja de ser una lesión corporal sufrida por el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo realizado. La lesión corporal a diferencia con el accidente de trabajo no se produce inmediatamente, se va manifestando en un plazo más o menos largo en el tiempo.

Ante todo la enfermedad profesional al igual que ocurre con los accidentes de trabajo tiene que ser objeto de protección, en un principio y dado el carácter de los accidentes de trabajo, estos tuvieron mayor protección y escasas veces a la enfermedad profesional se le daba esta importancia, pues unas veces, sobre todo si su aparición no se prolongaba en el tiempo, se consideraba también accidente de trabajo y otras veces, era considerada como enfermedad común.

Haciendo un poco de historia en la legislación española, tenemos que ir a la Ley de Bases de 13 de julio de 1936, que imponía su refundición con las normas sobre accidentes de trabajo, ya existentes, antes del 1 de enero de 1937, posteriormente la Orden de 7 de marzo de 1941, desarrolla la ley anterior y asimila al régimen asegurativo de accidentes de trabajo la enfermedad de la "silicosis". El Decreto de 10 de Enero de 1947 creo el seguro de enfermedades profesionales, desarrollado por el Reglamento de 19 de julio de 1949, donde fueron añadiendo nuevos grupos de enfermedades, hasta llegar al Decreto de 13 de abril de 1961 que aborda la protección de manera amplia de las enfermedades profesionales, relacionando un cuadro de ellas, estando reguladas en el Reglamento de 9 de mayo de 1962, siendo los últimos cuadros desarrollados los del Real Decreto 1995/1978 y los vigentes del Real Decreto 1299/2006.

Continuando con el desarrollo de la definición, la enfermedad profesional es un riesgo que asume la sociedad, es un riesgo profesional, por estar conectado con el trabajo, como se dijo al principio ya no es solo para los trabajadores por cuenta ajena, también lo es para los trabajadores por cuenta propia.

En la enfermedad profesional, al igual que con los accidentes de trabajo distinguimos unos elementos estáticos y unos elementos dinámicos.

Como elementos estáticos, para poder decir que existe enfermedad profesional, hay que ser trabajador, al no ser objeto de mayor aclaración, pues no la necesita, hablamos siempre que se encuentra dentro de la legislación laboral en el sentido objetivo, pero con alcance subjetivo de los incluidos en el campo de aplicación de la Ley General de la Seguridad Social.

Este elemento definitorio en la realidad y la práctica da lugar a numerosas controversias de tipo litigioso, pues se da el caso de que una persona ha podido trabajar en diversas empresas y con diversas actividades, y la enfermedad profesional por ser de desarrollo lento y progresivo, se manifiesta después con el paso del tiempo cuando está en otro trabajo y empresa o cuando ya ha abandonado cualquier tipo de actividad. El problema se centra en determinar qué actividad o actividades son las relevantes para estimar la enfermedad profesional. ¿Cuántas personas han desarrollado una enfermedad profesional y por estos motivos no se han tenido en cuenta, hasta que ha sido demasiado tarde, produciéndose una incapacidad o en el peor de los casos su fallecimiento?.

Otro elemento estático es el de las causas provocadoras de la enfermedad, constituidos por todo tipo de sustancias, agentes y circunstancias ambientales del lugar de trabajo, que hace que la enfermedad se desarrolle, siendo estos elementos los que provocan la incompatibilidad del trabajador y su ambiente de trabajo.

Conviene aclarar la existencia de enfermedades profesionales aún no relacionadas en el cuadro de las mismas, pero que la jurisprudencia y la ampliación legal del accidente de trabajo permite considerarlas como accidentes de trabajo más que como enfermedades comunes, a efectos de su protección, prevaleciendo la causalidad laboral.

Los elementos dinámicos ponen en conexión a los elementos estáticos con las causas de la enfermedad, para entendernos ha de existir un nexo causal entre el elemento enfermante y la enfermedad.

La estimación del nexo causal viene dada en virtud del cuadro legal de enfermedades profesionales, de tal forma que una vez que se tiene la enfermedad y está tipificada, hay que probar la existencia en la industria del elemento enfermante, probada la existencia del elemento enfermante queda demostrada la relación de causalidad.

En el cuadro legal se consideran enfermedades profesionales las comprendidas en los siguientes apartados:

a) Las producidas por agentes químicos, plomo, mercurio, cadmio, manganeso, cromo, níquel, berilio, talio, vanadio, fósforo, arsénico, cloro, bromo, yodo, fluor, ácido nítrico, óxidos de azufre, amoníaco, anhídrido sulfuroso, ácido sulfúrico, sulfuro de carbono, óxido de carbono, oxiclورو de carbono, ácido cianhídrico, hidrocarburos y sus derivados halogenados, alcoholes, glicoles, éteres, cetonas, esteres orgánicos, ácidos orgánicos, aldehídos, nitroderivados, esteres del ácido nítrico, benceno y sus homólogos, naftaleno, hidrocarburos aromáticos, fenoles, aminas e hidracinas, poliuretanos y nitroderivados de hidrocarburos, así como los compuestos y homólogos de dichos elementos.

b) Las enfermedades de la piel, (cáncer) producidas por hollín, alquitrán, betún, brea, aceites minerales, parafina bruta y los compuestos, productos y residuos de estas sustancias y a otros factores carcinógenos, afecciones cutáneas provocadas en el medio profesional por sustancias no consideradas en otros apartados.

c) Las provocadas por inhalación de sustancias y agentes que producen neumoconiosis, como sílice, amianto, cáñamo, afecciones bronco pulmonares producidas por aluminio, metales duros, escoria, y otros polvos, líquidos, gases o vapores.

d) Las enfermedades infecciosas y parasitarias, como helmintiasis, anquilostomiasis duodenal, paludismo, amebiasis, tripanosomiasis y similares, sobre todo transmitidas por animales y cadáveres, y las transmitidas por enfermos.

e) Las producidas por agentes físicos, radiaciones ionizantes, trabajos expuestos a rayos X, catarata por energía radiante, hipoacusia por ruido, aire comprimido, vibraciones mecánicas, nistagmus de los mineros.

f) Enfermedades sistemáticas por gases, vapores, polvos y líquidos como carcinoma por asbesto, níquel, cloruro de vinilo, benceno, arsénico, radiaciones ionizantes y cromo.

g) Se considera enfermedad profesional el "síndrome de Ardystil" o neumopatía intersticial difusa de la industria del sector de aerografía textil de la comunidad Autónoma de Valencia.

De otro lado, entre el trabajo y el elemento enfermante ha de existir una conexión de causa-efecto, de forma que podemos tener una enfermedad contraída por los agentes listados, pero si no se adquiere por razón del trabajo. Esta enfermedad no será profesional, será común simplemente; el cuadro legal se cuida de relacionar las actividades y enumerar con que elementos produce las enfermedades.

La cuestión es si la lista de enfermedades se considera abierta o cerrada, tal y como vienen especificadas, da un margen a la interpretación y abre un abanico amplio para determinar las enfermedades y su relación entre trabajos y elementos que puedan causar la enfermedad, en cambio fijándonos en la interpretación de la Ley General de la Seguridad Social, podríamos decir que las listas son cerradas, pues impone a las normas reglamentarias que establezcan el procedimiento a observar para la inclusión en el cuadro de otras enfermedades profesionales.

La principal conclusión es que por mucho que se aplique la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y se pongan los medios de que actualmente se dispone, va a ser difícil que las enfermedades profesionales desaparezcan. El cuadro irá incrementando pues ya se sabe de enfermedades que, aun siendo profesionales, todavía no figuran en la relación. Y es que, como siempre, la vida y el trabajo van por delante de las leyes.

Extinción del contrato por incapacidad del trabajador

El contrato de trabajo se extinguirá, por gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años establecida en el apdo. 2, Art. 48, ET, cuando la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo. Esta extinción no tiene reconocida ningún tipo de indemnización salvo las que pudieran estar establecidas por convenio colectivo o contrato individual (apdo. 1 e), Art. 49, ET).

Tipos de incapacidad del trabajador que posibilitan la extinción contractual

El art. 49 e) ET, dispone la extinción del contrato de trabajo por gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador salvo que, a juicio del órgano calificador, sea previsible una revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo, en el plazo de dos años desde la declaración de la invalidez, en cuyo caso existe un derecho a reserva del puesto por dicho periodo.

Indemnización

Esta extinción no tiene reconocida ningún tipo de indemnización salvo las que pudieran estar establecidas por convenio colectivo o contrato individual.

En caso de IP derivada de un accidente de trabajo/enfermedad profesional si podrían existir consecuencias indemnizatorias en función de la responsabilidad empresarial.

Formalidades

La normativa laboral no establece ninguna formalidad para la extinción del contrato de trabajo; no obstante, la necesidad de comunicación empresarial por escrito de la extinción parece necesaria para que, una vez siendo firme la resolución administrativa que reconoce la invalidez, el trabajador tenga conocimiento de la voluntad de extinguir el contrato por parte del empresario.

Reincorporación al puesto de trabajo

El Art. 48.1 ET, establece la reincorporación al puesto de trabajo una vez finalizado el periodo de suspensión a que da lugar la situación de incapacidad. No obstante, ha de distinguirse aquella invalidez de probable revisión por mejoría que

produce, como se ha dicho, el efecto suspensivo del contrato de trabajo con reserva del puesto y la "obligatoriedad" del trabajador a la reincorporación tan pronto tenga aptitud para trabajar y la invalidez previsiblemente definitiva que, conforme al ET, extingue el contrato.

Para el Alto Tribunal, «la subsistencia de la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo prevista en el Art. 48,2 ET está indisolublemente vinculada a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría», por lo que, ha de diagnosticarse «la previsión de mejoría incluso con anterioridad a los dos años».

Para que pueda existir esta prórroga de la suspensión del contrato por dos años es necesario que concurren los requisitos siguientes (STSJ Andalucía 24/01/2013 (R. 2500/2012)):

a).- Que la incapacidad temporal del trabajador se haya extinguido por habersele reconocido a éste alguno de los grados de invalidez antes citados (IPT, IPA o gran invalidez).

b).- Que sea previsible que el trabajador, dentro de los años siguientes a la fecha de la resolución que declara dicha invalidez, mejore de sus padecimientos y secuelas, hasta el punto de que su grado de incapacidad pueda ser revisado a la baja y además se pueda reincorporar a su trabajo. Así pues, tiene que preverse que la situación incapacitante del interesado va a mejorar dentro de esos dos años siguientes a la resolución, que por ello dentro de ese plazo se revisará por mejoría tal situación de incapacidad por el INSS y que, en razón a esa mejoría, se podrá reincorporar a su trabajo.

c).- Además todo esto se tiene que exponer y consignar en la resolución del INSS que declaró al trabajador en situación de IPT, IPA o gran invalidez, y que determinó la extinción de la incapacidad temporal.

Incapacidad Permanente. Pactos de recolocación en convenio colectivo

Numerosos convenios colectivos reconocen el derecho del trabajador a la extinción indemnizada de su contrato de trabajo o a optar por el cambio de puesto en caso de que se declare al trabajador en situación de incapacidad permanente total, condicionado este último a la existencia de un puesto de trabajo vacante respecto del cual el trabajador afecto de la incapacidad permanente sea apto física y psíquicamente para su desempeño.

Es importante destacar que de forma general la recolocación del trabajador inválido contemplada por los convenios suele establecerse en función de un cambio de puesto de trabajo por otro más adecuado a su situación dando lugar con ello a una novación del contrato. Ello implica que, además de la solicitud en tal sentido del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, se requiere una evaluación adecuada de su estado físico y psíquico y de los riesgos del puesto en que se pretende efectuar la recolocación, a fin de no ponerle a aquél en situación de peligro, y por consiguiente resulta evidente que no cabe hablar de una efectividad del derecho a esa recolocación que nazca de forma automática, debiendo considerarse que durante el período de tiempo que media entre esa petición del empleado y la asignación del nuevo puesto de trabajo, el contrato queda en suspenso, arts. 45 y ss. ET.

La carga de probar la inexistencia de un puesto alternativo adecuado corresponde en todo caso a la empresa que es quien tiene la mayor disponibilidad y

facilidad probatoria en este caso (apdo. 6, Art. 217, LEC); puesto que gestiona los recursos humanos al servicio de la misma y conoce la existencia de vacantes.

Negativa del empresario a la reincorporación (demanda por despido)

En principio, la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador se configura como causa legal de extinción del contrato (art. 49.1.e ET); no obstante, si la norma convencional obligaba a la empresa a recolocar al trabajador afectado por una incapacidad permanente total en otro puesto de trabajo compatible con su lesión u ésta incumple con dicha obligación el trabajador ha de interponer demanda por despido (STS 03/05/2007 (R. 5165/2005)).

Declaración empresarial de inexistencia de vacante (demanda declarativa de derecho)

El derecho de recolocación, en puesto adecuado a su capacidad del inválido, que lo ostenta pese a que pudiera mediar causa de extinción o suspensión según la legislación laboral general, atribuye al trabajador un derecho de reingreso de contenido y alcance semejante al del excedente voluntario con derecho de reingreso en plaza vacante, dependiendo aquí no tanto de la vacante económica, sino de que exista una funcionalmente adecuada. Por ello, habrá de aplicarse a tales casos de recolocación del inválido, especialmente tras las previsiones del Art. 25 LPRL, que exige medidas específicas de prevención para personal discapacitado, la misma doctrina jurisprudencial sobre las acciones que el trabajador excedente tiene para su derecho a reingreso (STS 21-2-1992).

Ante la petición de recolocación del inválido, cuando el empresario pospone la reincorporación del inválido demorándolo hasta la existencia de plaza adecuada o el juicio sobre su capacidad, la acción que tiene el trabajador para reaccionar ante la conducta empresarial es la mera declarativa tendente a obtener el reconocimiento del derecho que, injustificadamente, según su criterio, se le niega, acción sujeta al plazo de un año que establece el apdo. 2, Art. 59 ,ET, bien por discrepar sobre la existencia de plaza adecuada, bien por no aceptar el juicio de capacidad que formula la empresa (STSJ Navarra, Pamplona/Iruña, 08/05/2007 (R. 8/2007)).

La incapacidad permanente parcial no supone causa de extinción. La IP del trabajador es causa de extinción de la relación laboral, no obstante, toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida para acceder al derecho a la pensión de jubilación; teniendo en cuenta esto ante una revisión del grado de incapacidad, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo (apdo. 1, Art. 358 LGSS).

Según STSJ Aragón 21/03/2002 (R. 798/2001), no puede imponerse la carga de pechar con un trabajador con una ineptitud originaria para el concreto puesto de trabajo que tiene que desempeñar.

XXI. EL RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30% a un 50%, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La responsabilidad del pago del recargo en la prestación recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

La responsabilidad del pago del recargo en la prestación, es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción (artículo 164 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015).

Una postura tradicional en la doctrina se inclina por el carácter eminentemente sancionador o punitivo del recargo.

Como argumentos empleados para respaldar esta postura, se citan, entre otros:

— Que procede de una autoridad administrativa.

— Que requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario.

— Que tiene una finalidad represiva de los comportamientos ilícitos.

— Que no es susceptible de aseguramiento.

Sin embargo, aparte de todas estas argumentaciones, esta postura no resulta del todo acertada, en base, entre otras, a las siguientes razones:

— El importe del recargo ingresa en el patrimonio del trabajador accidentado, cuando lo lógico sería, si se tratara de una sanción típica, que ingresara en el propio Sistema de Seguridad Social, perjudicado también por el ilícito empresarial al ser en definitiva el responsable de la prestación generada por el accidente o la enfermedad.

— El carácter sancionador podría plantear el problema de la aplicabilidad del principio "non bis in idem", pues resulta difícilmente compatible con la posibilidad, declarada expresamente, de mediar al mismo tiempo una sanción de orden penal o de orden administrativo.

— Es necesario para que sea posible el reconocimiento del recargo que se haya producido un daño, y que ese daño se haya concretado en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, de modo que si no existe lesión el ilícito quedaría sin sanción.

La jurisprudencia mayoritaria considera al recargo como una medida eminentemente sancionadora, de carácter punitivo, y que como tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2000, de 14 de febrero de 2001 y de 21 de febrero de 2002, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/1985, de 26 de noviembre de 1985, que afirma que el recargo "constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora".

Una segunda postura en la doctrina se inclina por el carácter indemnizatorio del recargo.

Como argumentos empleados para respaldar esta postura, se citan, entre otros:

— La finalidad reparadora, que tiende a compensar a quienes no debieron sufrir un accidente o una enfermedad profesional, de haberse aplicado correctamente los medios previstos.

— El destinatario del recargo, que es el propio trabajador accidentado o sus causahabientes.

La jurisprudencia venía proclamando el carácter indemnizatorio del recargo, al declarar que para la determinación de la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo debía detraerse o computarse lo ya percibido por otros conceptos, incluyendo el importe del recargo. No obstante, la jurisprudencia más reciente confirma el carácter sancionador del recargo y establece que su importe no es deducible de la indemnización por daños.

Sin embargo, hay elementos en el recargo que lo apartan del carácter indemnizatorio, como su cuantía, que no depende de la intensidad del daño sino de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales.

Una tercera postura de la doctrina, intermedia, concibe el recargo como una figura híbrida, esto es, al mismo tiempo, sancionatoria e indemnizatoria.

En este sentido, se califica el recargo como "sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio", de naturaleza eminentemente sancionadora, pero que a su vez está impregnado de un componente indemnizatorio en razón del perjuicio causado por el siniestro laboral.

El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública. Esa naturaleza especial, diferente de la propiamente sancionadora, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento del recargo que redundará en su beneficio (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008).

En alguna ocasión se ha calificado de "monstruo legal de tres cabezas", por ser al propio tiempo sanción, indemnización y prestación social. "Sanción porque necesita como requisito ineludible de un incumplimiento empresarial, indemnización al tener como finalidad reparar un daño causado al trabajador afectado y, prestación de Seguridad de Social al no ser sino una prestación de tal índole".

En definitiva, el recargo es un híbrido, dotado de un régimen jurídico especial, cuyo objetivo primordial es disminuir el número de siniestros laborales, con un contenido punitivo-represivo para el empresario y un componente reparador-indemnizatorio para el trabajador accidentado.

La propia redacción del artículo 164 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, permite afirmar que para la imposición del recargo es precisa la concurrencia de una serie de requisitos o circunstancias, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, a saber:

- Debe producirse un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.
- Debe existir un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- Debe existir una adecuada relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador.
- Debe existir derecho a una prestación económica, esto es, será premisa imprescindible que se reúnan los requisitos propios de la prestación económica que en cada caso corresponda.

La principal cuestión que se plantea es delimitar las medidas de seguridad y salud cuyo incumplimiento genera la imposición del recargo, esto es, si la infracción debe recaer en una medida de seguridad concreta y tipificada o se trata de una alusión

general, teniendo en cuenta el deber general de prevención a que está obligado el empresario.

Aquí, la doctrina judicial mayoritaria adopta una postura amplia y flexible, y estima que la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad, exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores. Se fundamenta esta posición, principalmente, en la deuda de seguridad que el empresario tiene contraída con sus trabajadores por el solo hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito de organización, derecho básico recogido en los artículos 4.2 y 19 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y que con carácter general y como positivación del principio "alterum non laedere", es elevado a rango constitucional por el artículo 15 de la Constitución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de marzo de 1999, señala que el incumplimiento del deber general o deuda de seguridad que corresponde al empresario es suficiente para imponer el recargo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2001 establece el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado.

El sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene (artículo 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015), sin que exista una responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), como reiteradamente tiene señalado el Tribunal Supremo (entre otras, en sus Sentencias de fecha 20 de octubre de 2000, 14 de febrero de 2001, 21 de febrero de 2002 y 22 de abril de 2004), al afirmar que el recargo no constituye en modo alguno "una forma o modalidad de prestación que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente".

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1993, sostiene que no cabe invocar, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente condenada a su abono, pues "el principio de protección social proclamado por el artículo 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino, que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado".

No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuestos especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión de determinar el sujeto responsable del pago del recargo.

1. Contratas y subcontratas de obras y servicios

La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales venían excluyendo del ámbito de la responsabilidad solidaria el recargo de prestaciones en base a que la obligación en materia de seguridad e higiene correspondía en todo caso al empleador del trabajador, incluso cuando los servicios se presten en los locales de la empresa principal.

Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 1992, se admite la eventual responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratista y/o subcontratista, sobre la base de la propia noción de "empresario infractor" utilizada por el artículo 123.2 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 (esta cita debe entenderse hecha al actual artículo 164.2 de la Ley General de la Seguridad Social 2015), cuya determinación en estos casos "se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario

directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez". En tal sentido señala que "es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este, por lo que no parece correcto excluir, por sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal".

El artículo 42.3 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 establece claramente que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas o subcontratistas a que se refiere el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que dicha infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal.

En base a esta obligación conjunta que tienen las dos empresas de vigilar y velar por la seguridad de los trabajadores, parte de la doctrina judicial y un sector importante de la doctrina científica declaran que cabe la responsabilidad solidaria en el pago del recargo.

En todo caso, la responsabilidad solidaria parece que se restringe al quedar condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos:

— Que las obras o servicios contratados correspondan a la propia actividad del empresario principal. El concepto de propia actividad no es fácil de delimitar, si bien cabe entender como tal aquellas actividades en las que se advierta una conexión directa

o indirecta con el proceso productivo de la empresa, que constituyen una labor complementaria esencial.

— Que la infracción en materia de seguridad e higiene se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal, o fuera de él cuando los trabajadores operen con maquinaria, equipos, productos, materias, o útiles proporcionados por la empresa principal (artículo 24.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

— Que la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño, y por ello podemos concluir que el responsable del pago podrá ser indistintamente el empresario principal, el contratista o ambos, dependiendo de aquél a quien le sea imputable el incumplimiento de la normativa relativa a la Prevención de Riesgos Laborales.

Una vez determinada, en su caso, la responsabilidad solidaria, el reparto del importe del recargo se debe realizar atendiendo al grado de participación o responsabilidad en la producción del resultado dañoso de cada una de las empresas implicadas. Y si uno de los empresarios responsables hubiera hecho frente al pago del recargo en su totalidad, podrá repetir contra el otro u otros por el importe que a cada uno correspondiera.

Finalmente, los pactos o cláusulas que se introduzcan en el contrato de ejecución de obra para hacer recaer la responsabilidad por recargo exclusivamente en la contratista

o en la empresa principal, deben entenderse como pactos "contra legem", y por tanto sin efectos jurídicos.

Empresas de Trabajo Temporal

En el caso concreto de las Empresas de Trabajo Temporal, la única responsable parece ser la empresa usuaria y no la de trabajo temporal, y ello en base a que es la empresa usuaria la que interviene en las condiciones directas de ejecución de los trabajos.

El artículo 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, establece que la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene.

No obstante, cabe la posibilidad de extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la Empresa de Trabajo Temporal, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la causación del siniestro, en los mismos términos en que hemos visto en materia de contratas y subcontratas.

El artículo 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, establece de forma clara e inequívoca que la responsabilidad en el pago del recargo no es asegurable, siendo nulo cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

Sin embargo, no hemos de olvidar lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que establece que podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.

El artículo 164.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 2015, asimismo, establece que la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

La compatibilidad e independencia del recargo ha sido expresamente declarada por la Ley y por la doctrina judicial y científica.

No obstante, la compatibilidad del recargo con otras responsabilidades está íntimamente unida a la naturaleza jurídica del mismo. Pues si se postula la naturaleza estrictamente sancionatoria, se plantea el problema de la aplicación del principio "non bis in idem", que impediría directamente la acumulación con una sanción penal o administrativa derivada del mismo incumplimiento.

Si bien, la consideración del recargo como un híbrido entre la sanción y la indemnización, con efectos tanto represivos como resarcitorios, no impediría la eventual imposición de la sanción penal o de la sanción administrativa, pues la vertiente reparadora del recargo evitaría la contradicción con el principio "non bis in idem".

Artículo 164 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

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.

Artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de enero de 2008 (Recurso número 4374/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 9 de octubre de 2006 (Recurso número 3279/2005), 5 de diciembre de 2006 (Recurso número 2531/2005), 12 de febrero de 2007 (Recurso número 5542/2005), 14 de febrero de 2007 (Recurso número 5128/2005), 29 de mayo de 2007 (Recurso número 1549/2006), 27 de junio de 2007 (Recurso número 2321/2006) y 6 de noviembre de 2007 (Recurso número 161/2007), ha establecido que el plazo para que la Administración de la Seguridad Social dicte resolución en un procedimiento de reconocimiento del recargo es, desde luego, de 135 días, conforme a lo que se establece en el Anexo del Real Decreto 286/2003, pero el incumplimiento de este plazo no produce la caducidad del procedimiento que prevé el número 2 del párrafo primero del artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, -esta referencia debe entenderse hecha al artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que deroga a la Ley 30/1992- a tenor del cual "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad" cuando haya vencido el plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución, añadiendo que "en estos casos,

la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95".

No es aplicable este precepto porque el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios.

También se ha dicho que del propio tenor literal del artículo 14.3 de la Orden de 18 de enero de 1996 se deriva que la falta de resolución dentro del plazo de 135 días no conlleva la caducidad del expediente y que no puede establecer esa consecuencia una Orden Ministerial sin tener la cobertura de una norma de rango superior.

En definitiva, como se deriva de la regla 2 del artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la caducidad se produce en los procedimientos en que la Administración ejercita potestades sancionadoras y el recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica. El recargo tiene una naturaleza mixta, es en principio una sanción que tiene un fin preventivo y disuasorio, pero también tiene una naturaleza reparadora porque su importe repercute directamente en beneficio del perjudicado, lo que no ocurre con las sanciones pecuniarias que se ingresan a la Hacienda Pública. Esa naturaleza especial, diferente de la propiamente sancionadora, hace que exista un tercero interesado en el reconocimiento del recargo que redundará en su beneficio, lo que implica que sea de aplicar la regla 1 del citado artículo 25, lo que supone que la Administración no quede liberada de su obligación legal de resolver y que si el supuesto beneficiario está personado pueda entender denegada su pretensión por silencio administrativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de enero de 2008 (Recurso número 494/2006), partiendo de la reiterada doctrina de la Sala en la materia, y con cita entre otras, de las Sentencias de fecha 19 de noviembre de 2000 (Recurso número

428/2002), 16 de mayo de 2006 (Recurso número 5001/2004 y 19 de septiembre de 2007 (Recurso número 2632/2006), ha establecido que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de impugnación de los actos administrativos que se hayan producido en el iter del procedimiento administrativo, que haya actuado de cauce en materia de prestaciones de Seguridad Social, y que se funden en infracciones de las normas de procedimiento.

XXII. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social órgano de la Administración General del Estado es el servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; de colocación, empleo y protección por desempleo; de cooperativas; de migración y trabajo de extranjeros; y de cuantas otras materias le sean legalmente atribuidas. En el ejercicio de tales funciones, corresponde a la Inspección de Trabajo exigir las responsabilidades pertinentes por los incumplimientos de aquellas normas del orden social. Igualmente, tiene atribuidas funciones de asesoramiento y puede desempeñar funciones de arbitraje, mediación y conciliación.

Las funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo son ejercidas por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, dotados de habilitación de ámbito nacional; que son auxiliados por los miembros del Cuerpo de Subinspectores Laborales (hasta fechas recientes, Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social), que contará con dos escalas especializadas, la Escala de Empleo y Seguridad Social y la Escala de Seguridad y Salud Laboral, todos ellos dotados de la misma habilitación nacional.

En la evolución histórica de la Inspección de Trabajo han tenido singular relevancia los convenios internacionales, particularmente: a) el Tratado de Versalles, en el marco de cuyas negociaciones se creó la Organización Internacional del Trabajo el 11 de abril de 1919 y conforme al cual cada Estado debía "organizar un servicio de inspección, en el que participarán las mujeres, a fin de velar por la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores"; y b) el Convenio nº 81 de la propia Organización Internacional del Trabajo, de 1947 (ratificado por España en 1960), en el que se definen los principios generales que rigen la institución en la actualidad; principios que fueron incorporados a nuestro derecho por la Ley de 21 de julio de 1962.

Sin embargo, en España, el nacimiento de la Inspección de Trabajo es anterior al propio Tratado de Versalles, pues fue creada por Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un órgano técnico perteneciente al Instituto de Reformas Sociales; el año siguiente se crea la Inspección de Emigración y en 1921 la Inspección de Seguros Sociales (después de Previsión Social); órganos, estos dos últimos, que fueron refundidos en la Inspección de Trabajo mediante leyes de 1939 y 1963, respectivamente.

En la actualidad, la Inspección de Trabajo se encuentra regulada por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pendiente de desarrollo reglamentario, que ha derogado la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desarrollada por su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero.

Para algunos autores como Montoya Melgar, la historia de la legislación laboral es la historia de la Inspección de Trabajo, pues es éste el órgano que -con su capacidad de hacer cumplir las normas laborales mediante la imposición de sanciones- sacó a aquella legislación "del estéril campo de las declaraciones programáticas" para otorgarle

la auténtica efectividad práctica que exigían la gravedad y trascendencia social de los intereses y derechos que la Inspección tiene que garantizar, que no son otros que los referidos a la defensa del trabajador.

Según la Ley 23/2015, las funciones que tiene encomendadas la Inspección de Trabajo son las siguientes:

1. Funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y el contenido normativo de los convenios colectivos, en los siguientes ámbitos:

a) Sistema de relaciones laborales, tanto en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, como en la protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas, tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo y desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) Prevención de riesgos laborales, tanto en cuanto a las normas en esa materia como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en la misma y el ejercicio de las funciones de investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) En el Sistema de Seguridad Social:

- Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la Seguridad Social.

- Normas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social , incluidos desempleo y cese de actividad, así como de los sistemas de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social y cualquiera sistemas complementarios voluntarios establecidos por convenio colectivo.

- Normas sobre Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y otras formas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como la inspección de la gestión y funcionamiento de las entidades y empresas que colaboran en la misma o en la gestión de otras prestaciones o ayudas de protección social.

- La inspección de la Seguridad Social por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

d) Respecto del empleo:

- Normas en materia de colocación y empleo.

- Control de la aplicación de las subvenciones, ayudas de fomento del empleo o cualesquiera establecidas en programas de apoyo a la creación de empleo o a la formación profesional para el empleo.

- Normas en materia de formación profesional para el empleo.

e) Sobre migraciones

- Normas en materia de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación.
- Movimientos migratorios.
- Trabajo de extranjeros.

f) Respecto de cooperativas y otras fórmulas de economía social y condiciones de constitución de sociedades laborales.

g) Cualesquiera otras normas cuya vigilancia se le encomiende específicamente.

2. Funciones de asistencia técnica:

a) Facilitar información y asistencia técnica a empresas (especialmente, pequeñas y medianas), con ocasión del ejercicio de la función inspectora y a los trabajadores y a sus representantes.

b) Prestar asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social y a las autoridades competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

c) Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones públicas respecto a la aplicación de normas de orden social, o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.

d) Emitir los informes que le recaben los órganos judiciales competentes.

3. Funciones de arbitraje, conciliación y mediación:

a) La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes.

b) El arbitraje a petición de las partes, en conflictos laborales y huelgas, u otros que expresamente se soliciten (incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora sobre las mismas empresas).

c) Guardar reserva sobre la información obtenida en el ejercicio directo de las funciones de arbitraje o mediación.

El ejercicio de las funciones de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral se lleva a cabo por la Inspección de Trabajo actuando de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia.

La actividad inspectora se lleva a cabo por medio de las visitas de inspección al centro de trabajo (que se registran en un libro oficial de visitas) o requiriendo al empresario para que aporte los documentos y datos necesarios para comprobar el cumplimiento de la normativa en vigor. En la visita a los centros de trabajo, el inspector tiene atribuciones extraordinarias, pues puede entrar en ellos libremente y sin previo aviso; hacerse acompañar por los trabajadores, sus representantes o por peritos; exigir la presencia del empresario o sus representantes o de trabajadores o sus representantes;

hacer preguntas a unos y otros sobre cualquier cuestión de su competencia; exigir la presentación de libros, registros y documentos de Seguridad Social; etc.

El resultado de la actuación de la Inspección de Trabajo se ve reflejado en una serie de medidas que pueden adoptar los Inspectores; a saber:

a) Con carácter preventivo y previo a la instrucción de un procedimiento sancionador (siempre que no se hayan derivado perjuicios directos para los trabajadores), la Inspección puede requerir al empresario para que subsane las irregularidades observadas en un determinado plazo.

b) Iniciar el procedimiento sancionador, extendiendo acta de infracción o de infracción por obstrucción, cuando se observe la existencia de alguna de las infracciones descritas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

c) En materia de Seguridad Social, pueden promover de oficio la inscripción de empresas y la afiliación y altas y bajas de trabajadores; la liquidación por descubiertos ocasionados por falta de cotización; e instar la suspensión o cese de prestaciones sociales.

d) Ante incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, si concurre riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores, puede decretar la paralización inmediata de los trabajos.

Las actas de inspección, además de identificar al presunto infractor, deben contener los hechos relevantes para la calificación de la infracción, los medios y procedimientos utilizados para la averiguación de tales hechos y los datos en los que se

funden a la hora de graduar la sanción que proponen; la infracción que se aprecie; y la propuesta de sanción, con su graduación y su cuantificación.

Los hechos constatados en las actas de infracción y liquidación de la Inspección de Trabajo, tienen (artículo 23 de la Ley 23/2015) presunción de certeza, lo que significa que tienen, por sí solos, fuerza probatoria suficiente para destruir la presunción de inocencia del presunto infractor; siempre sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus respectivos derechos o intereses, pueden aportar los interesados (desplazamiento de la carga de la prueba hacia el sujeto de la inspección). La presunción de certeza se extiende sólo a los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el inspector; a los que se deducen de forma inmediata de éstos; y a los que se acreditan por medios de prueba consignados en la propia acta (como documentos o declaraciones).

El acta de la Inspección da lugar a un expediente sancionador (regido por los principios de legalidad, irretroactividad de las normas sancionadoras, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad), en el que, tras notificar el acta al presunto infractor, se le concede un plazo para formular alegaciones y proponer pruebas; practicadas éstas, si son procedentes, emite el informe del inspector actuante; y se dicta resolución.

XXIII. LA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEL ORDEN SOCIAL POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias (Art. 1, Ley 23/2015, de 21 de julio).

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en vigor desde el 22/07/2015 ha derogado la LEY 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Como principal novedad destacamos la eliminación de la obligación de que las empresas tengan, en cada centro de trabajo, un libro de visitas a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En su lugar, serán los funcionarios actuantes los que extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

Las normas del orden social que ha de hacer cumplir son las relativas a materias laborales, de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y protección social, colocación, empleo, formación profesional para el empleo y protección por desempleo, economía social, emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo, así como cuantas otras atribuyan la vigilancia de su cumplimiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Función inspectora

La función inspectora será desempeñada por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su integridad, así como por los

funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales, comprendiendo los siguientes cometidos:

1. Vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en los siguientes ámbitos.

a) Sistema de relaciones laborales.

- Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas.
- Normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores.
- Normas en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo.
- Normas en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) Prevención de riesgos laborales.

- Normas en materia de prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en dicha materia.
- Ejercicio de las funciones de investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

c) Sistema de la Seguridad Social.

- Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del Sistema de la Seguridad Social.

- Normas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones por desempleo y la prestación por cese de actividad, así como de los sistemas de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, además de cualesquiera modalidades de sistemas complementarios voluntarios establecidos por convenio colectivo.

- Normas sobre Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y sobre otras formas de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como la inspección de la gestión y funcionamiento de las entidades y empresas que colaboran en la misma o en la gestión de otras prestaciones o ayudas de protección social, sin perjuicio del ejercicio de las funciones de dirección de la contabilidad y de control de la gestión económico-financiera atribuida a los órganos de control competentes en la materia.

- El ejercicio de la inspección de la Seguridad Social por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de conformidad con lo establecido en el apdo. 2 d), Art. 5, Ley General de la Seguridad Social.

- La realización de otras funciones de inspección en materia de Seguridad Social, en los términos establecidos en su normativa reguladora.

d) Empleo.

- Normas en materia de colocación y empleo.
- Control de la aplicación de las subvenciones, ayudas de fomento del empleo o cualesquiera establecidas en programas de apoyo a la creación de empleo o a la formación profesional para el empleo, de acuerdo con la normativa establecida al

efecto, sin perjuicio del ejercicio del control financiero de las subvenciones por los órganos competentes en la materia.

- Normas en materia de formación profesional para el empleo, distintas de las señaladas en el número anterior, excepto cuando la normativa autonómica disponga otras fórmulas de inspección en la materia.

- Normas en materia de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación.

e) Migraciones.

- Normas en materia de movimientos migratorios.

- Normas en materia de trabajo de extranjeros.

f) Cooperativas y otras fórmulas de economía social, así como a las condiciones de constitución de sociedades laborales, salvo que la respectiva legislación autonómica disponga lo contrario en su ámbito de aplicación.

g) Cualesquiera otros ámbitos cuya vigilancia se encomiende legalmente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. De asistencia técnica.

a) Dar información y asistencia técnica a las empresas con ocasión del ejercicio de la función inspectora, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, con objeto de facilitarles un mejor cumplimiento de las disposiciones del orden social.

b) Proporcionar información y asistencia técnica a los trabajadores y a sus representantes; comunicarles los resultados y consecuencias de las actuaciones inspectoras cuando medie denuncia por parte de los mismos e indicarles las vías administrativas o judiciales para la satisfacción de sus derechos, cuando estos hayan sido afectados por incumplimientos empresariales comprobados en las actuaciones inspectoras.

c) Prestar asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, y a las autoridades competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, cuando les sea solicitada.

d) Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones Públicas respecto a la aplicación de normas del orden social, o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.

e) Emitir los informes que le recaben los órganos judiciales competentes, en el ámbito de las funciones y competencias inspectoras, cuando así lo establezca una norma legal.

3. De conciliación, mediación y arbitraje.

a) La conciliación y mediación en huelgas y otros conflictos cuando la misma sea aceptada por las partes.

b) El arbitraje en huelgas y otros conflictos laborales cuando las partes expresamente lo soliciten, así como en los supuestos legalmente establecidos.

La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicita cualquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que tenga atribuida dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

c) Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social guardarán la debida reserva sobre la información obtenida en el ejercicio directo de las funciones de arbitraje o mediación y no la comunicarán a los servicios de inspección para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control.

La Inspección de Trabajo y los accidentes laborales

Las funciones que debe desarrollar la Inspección de Trabajo, en relación con los accidentes de trabajo son (Art. 12-14, LEY 42/1997, de 14 de noviembre y Art. 8, LPRL):

- Comprobar que el parte de accidente está bien rellenado. En caso de denuncia a la Inspección de Trabajo, por parte de la persona afectada o sus representantes, la misma puede requerir a la empresa para que modifique el parte de accidente.

- Estudiar las denuncias que le sean presentadas.

- Proponer el recargo de prestaciones previsto en el Art. 164, Ley General de la Seguridad Social (en caso de que en el transcurso de la investigación el inspector considere incumplimiento empresarial grave).

- Elaborar los informes que le requieran la Autoridad Laboral y la Judicial sobre el accidente. Con el fin de:

- Depurar responsabilidades.
- Imponer sanciones.
- Planificar políticas y acciones preventivas.
- Investigación correspondiente.
- Elabora los informes que le sean requeridos.

Normativa reguladora

La normativa reguladora de la ITSS se encuentra integrada en primer lugar por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social así como por otras disposiciones no específicamente referidas a ésta, pero que también le atribuyen competencias y recogen diversas referencias y preceptos referidos a la misma, como la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y la Ley General de la Seguridad Social. Además, es preciso citar el

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Por último, en cuanto a disposiciones reglamentarias, las principales a tener en cuenta son el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero; 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, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo; y en cuanto al ámbito de las Administraciones Públicas, la OM PRE/2457/2003, de 9 de septiembre, por la que se establecen instrucciones sobre la ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en empresas que ejercen actividades en centros, bases, o establecimientos militares, y el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se regula el procedimiento especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de establecimiento de medidas correctoras por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, reglamento que se dicta en desarrollo de lo previsto en el Art. 45 LPRL.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, están autorizados a desplegar toda una serie de actuaciones tendentes a la comprobación de los hechos que presuntamente son constitutivos de infracción, por acción u omisión, en el plano del orden social (Art. 13, Ley 23/2015, de 21 de julio).

Las diligencias de la ITSS se extenderán en el modelo publicado en la Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, desde el 13 de septiembre de 2016. Desde esa fecha, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores Laborales, con ocasión de cada visita a los centros de trabajo o comprobación por comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas que realicen, extenderán diligencia sobre tal actuación, con sujeción a las reglas previstas en la nueva Orden.

La actuación inspectora se caracteriza por:

1. La plena autonomía técnica y funcional y su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida.
2. Su especialización funcional, compatible con los principios de unidad de función y de acto.
3. La posibilidad de adoptar, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas al fin que se persiga.
4. No causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o que implique violación de derechos.
5. Considerar confidencial el origen de cualquier queja sobre el incumplimiento de las disposiciones legales y venir obligados a guardar secreto y a no revelar, aun después de haber dejado el servicio, los datos, informes o antecedentes de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, salvo cuando se refiera a la investigación o persecución de delitos públicos.
6. El deber de respetar las incompatibilidades y los motivos de abstención y recusación de los funcionarios públicos al servicio de las Administraciones públicas.

7. Requerir el auxilio y la colaboración de las Administraciones públicas y de cuantas personas ejerzan funciones públicas (con especial mención a la colaboración de las entidades gestoras y colaboradoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, y al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo); Administración tributaria.

En cualquier caso, la actuación investigadora de la inspección actuante podrá desarrollarse mediante:

a) Visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de previo aviso (Art. 13, Ley 23/2015, de 21 de julio).

b) Mediante requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso, para efectuar las aclaraciones pertinentes.

c) En virtud de expediente administrativo cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquélla. Las visitas de inspección podrán realizarse por uno o varios funcionarios y podrán extenderse durante el tiempo necesario.

De igual modo, la actuación de comprobación puede dar lugar a:

1. Dar conocimiento al Ministerio Fiscal. Si apreciase la posible comisión de un delito público, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el cauce orgánico que reglamentariamente se determine, remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados.

2. Iniciar un procedimiento de oficio ante la jurisdicción social mediante propuesta del inspector actuante al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada, de conformidad con las previsiones contenidas en los Art. 146-149, Ley de Jurisdicción Social. El inicio del procedimiento jurisdiccional supondrá la suspensión del procedimiento sancionador que se reanudará una vez comunicada la sentencia firme pronunciándose sobre el fondo del asunto.

Duración de las actuaciones de comprobación

1.- Las actuaciones comprobatorias no se dilatarán por espacio de más de nueve meses salvo que la dilación sea imputable al sujeto a inspección o a las personas dependientes del mismo. No obstante, podrá ampliarse, con el alcance y requisitos establecidos reglamentariamente, por otro periodo que no excederá de nueve meses, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias (Art. 21, Ley 23/2015, de 21 de julio):

a) Cuando las actividades de inspección revistan especial dificultad y complejidad. Se entiende que se produce atendiendo al volumen de operaciones de la persona o de la entidad, por la dispersión geográfica de sus actividades, y en aquellos otros supuestos que indique una norma reglamentaria.

b) Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el sujeto inspeccionado ha obstruido u ocultado al órgano inspector alguna de sus actividades o de las personas que las desempeñen.

c) Cuando la actuación inspectora requiera de cooperación administrativa internacional.

Asimismo, no se podrán interrumpir por más de cinco meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o personas de él dependientes, o cuando se constate la imposibilidad de proseguir la actuación inspectora por la pendencia de un pronunciamiento judicial que pueda condicionar el resultado de la misma.

Las comprobaciones efectuadas en una actuación inspectora tendrán el carácter de antecedente para las sucesivas.

Cualquiera que sea el origen de la actuación inspectora, el cómputo de los plazos establecidos en este apartado se iniciará a partir de la fecha de la primera visita efectuada o, en caso de requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado, desde la fecha efectiva de la comparecencia, siempre que haya aportado la totalidad de la documentación requerida con trascendencia en la actuación inspectora. No se considerará incluido en ningún caso en el cómputo de los plazos, el tiempo transcurrido durante el aplazamiento concedido al sujeto obligado en los supuestos de formularse requerimientos de subsanación de incumplimientos previos por parte del órgano inspector.

2.- Con ocasión de sus visitas a los lugares de trabajo, los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitarán la presencia de los representantes de los trabajadores cuando legalmente proceda, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando así lo aconseje la índole de la actuación a realizar de acuerdo con las instrucciones que se dicten al respecto.

3.- Los funcionarios actuantes extenderán diligencia por escrito de cada actuación que realicen con ocasión de las visitas a los centros de trabajo o de las comprobaciones efectuadas mediante comparecencia del sujeto inspeccionado en dependencias públicas.

XXIV. LAS EMPRESAS DE SELECCIÓN DE PERSONAL

Se denomina empresa de selección de personal aquella cuya actividad consiste en identificar y seleccionar los mejores candidatos para los procesos de selección abiertos en las empresas clientes.

Con anterioridad a la reforma laboral de 2010, operada primero por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores prohibía la existencia de Agencias de Colocación con fines lucrativos, permitiendo únicamente su autorización por los Servicios Públicos de Empleo en esas condiciones.

Aunque esa nueva redacción permitía la autorización por los Servicios Públicos de Empleo de agencias de colocación, públicas y privadas, con fines lucrativos, la entrada en vigor de este aspecto concreto de la reforma laboral quedaba condicionada a la entrada en vigor de la normativa de desarrollo que a estos efectos debía elaborar el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas (Disposiciones Finales 3ª y 4ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre). Desarrollo que tuvo lugar mediante el Real Decreto

1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, con efectos a partir del 1 de enero de 2011.

El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, eliminó con efectos a partir del 5 de julio de 2014 el citado apartado 2 del artículo 16 de la norma laboral común, del que desapareció cualquier referencia a las agencias de colocación, quedando así reguladas mediante su normativa específica.

La solicitud de trabajadores para una actividad laboral puede realizarse por las empresas a través de estas Agencias.

1. Características

Podrán ser creadas por personas físicas o jurídicas, que realicen actividades de intermediación laboral, bien colaborando con el Servicio Público de Empleo Estatal o el Servicio Público Autonómico correspondiente, bien de forma autónoma pero coordinada con los mismos. Asimismo, pueden desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal.

2. Declaración responsable

Las personas físicas o jurídicas, incluidas las empresas de trabajo temporal, que deseen actuar como agencias de colocación deberán presentar con carácter previo una declaración responsable.

Tal declaración responsable se presentará ante el Servicio Público de Empleo Estatal en el supuesto de que la agencia pretenda realizar su actividad desde centros de trabajo establecidos en dos o más Comunidades Autónomas o utilizando exclusivamente medios electrónicos o por el equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso de que la agencia pretenda desarrollar su actividad desde centros de trabajo establecidos únicamente en el territorio de esa Comunidad.

Las agencias de colocación podrán iniciar su actividad desde el día de la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones competentes.

La inexactitud o falsedad en cualquier dato, manifestación o documento, de carácter esencial, que se hubiera acompañado o incorporado a la declaración responsable, determinarán la imposibilidad de continuar con la actividad como agencia de colocación, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar.

3. Obligaciones de las agencias de colocación

En todo caso, sin perjuicio de las obligaciones específicas que se determinen reglamentariamente, las agencias de colocación deberán:

a) Suministrar a los servicios públicos de empleo la información que se determine por vía reglamentaria, con la periodicidad y la forma que allí se establezca sobre los trabajadores atendidos y las actividades que desarrollan, así como sobre las ofertas de empleo y los perfiles profesionales que correspondan con esas ofertas.

b) Respetar la intimidad y dignidad de los trabajadores y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos y garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios.

c) Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de trabajadores desempleados integrantes de determinados colectivos, que concluyan con la colocación de aquéllos, en los términos que se determinen reglamentariamente en función de la situación del mercado de trabajo.

d) Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los de los servicios públicos de empleo.

e) Cumplir la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.

f) Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, en particular, velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y profesional requerido, a fin de no excluir del acceso al empleo a las personas con discapacidad.

g) Garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, directa o indirecta, basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Los servicios integrados para el empleo

Son actuaciones de carácter personalizado y sistemático que integran el proceso completo de acompañamiento del demandante de empleo en su búsqueda de trabajo.

Se efectúan por el Servicio Público de Empleo Estatal o por Entidades Asociadas que suscriban con este Organismo el correspondiente Convenio.

Las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos.

El convenio de colaboración deberá regular los mecanismos de comunicación por parte de las agencias de colocación de los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

La comunicación se realizará a los efectos de la adopción por parte de los servicios públicos de empleo de las medidas que, en su caso, procedan.

La selección por competencias

Es una técnica que los expertos en Recursos Humanos utilizan para seleccionar personal cuando su objetivo es encontrar profesionales que además de una formación y experiencia adecuadas posean unas competencias concretas predeterminadas por la empresa que ofrece el empleo.

La empresa estudia a sus mejores trabajadores de cada división o departamento, hace un listado de las competencias que poseen y éstas se convierten en estándar. De este modo, a la hora de seleccionar personal buscan perfiles similares a los de los profesionales que mejor funcionan en la compañía. Si el puesto es de nueva creación se toma como referencia el listado base y se añaden las competencias específicas que se requieran en cada caso.

A la hora de llevar a cabo la selección por competencias, el experto en Recursos Humanos utiliza como principal herramienta la "entrevista en profundidad". Hace preguntas basadas en situaciones reales, con el objetivo de saber cómo actuó el candidato en el pasado o cómo lo haría en el futuro. La finalidad de las preguntas es detectar las competencias que posee el candidato.

Cada puesto de trabajo requiere unas competencias diferentes pero, en general, las que más valora la empresa en los candidatos a un primer empleo son las ganas de trabajar, la capacidad de comunicación y de adaptación a la filosofía de la empresa, la capacidad de aprendizaje y de trabajo en equipo, la orientación al cliente, la empatía y la flexibilidad para adaptarse a los cambios.

En puestos que requieran experiencia se valora además la iniciativa, la creatividad, la capacidad de gestión, el liderazgo, la capacidad de negociación, la anticipación a los cambios y el control de las emociones.

El outplacement

Es un servicio prestado por un consultor, dirigido a orientar a las empresas en la gestión de sus planes de reestructuración y a facilitar la reorientación laboral de los

profesionales que, como consecuencia de la decisión empresarial de reducir la plantilla, van a quedarse sin empleo.

Estas ayudas a la recolocación, se ha ido implantando, poco a poco, en España, revelándose como una de las fórmulas más eficaces para ofrecer alternativas profesionales al personal afectado.

El «outplacement», puede ser tanto individual como colectivo, y se configura a todos los efectos, como un coste más que ha de asumir la compañía inmersa en un proceso de reestructuración o de negociación de un despido por causas no disciplinarias.

En general, los trabajadores vienen acogiendo muy bien estos programas que les ayudan a descubrirse a sí mismos, como profesionales y como personas y les permiten descubrir sus puntos fuertes, mejorar los débiles y enfrentarse a su nueva situación como un reto y con la actitud adecuada.

En general y gracias a esta técnica empresarial no sólo se reduce el tiempo de búsqueda, sino que mejora la calidad de la oferta a la que se puede acceder en el mercado de trabajo.

No obstante, lo anterior, no todos los profesionales acogen los programas de «outplacement» de la misma forma, aspecto que viene determinado por la capacidad de cada individuo para encajar una situación difícil como es un despido.

Aunque la técnica del «outplacement» supone un desembolso para el empresario, la inversión no tarda en rentabilizarse y gracias a ella, las empresas

consiguen reducir de forma significativa el impacto social que representan los despidos, mejoran su imagen, obtienen estabilidad y paz social y mantienen la motivación y la productividad de las personas que permanecen en la organización empresarial.

Regulación normativa

Artículos 31 a 35 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

Cesión de trabajadores

En el fenómeno jurídico de la cesión de trabajadores aparece, indefectiblemente, una relación interempresarial por virtud de la que una empresa proporciona a otra mano de obra, obteniendo de este tráfico o intermediación un beneficio económico, que es la justificación o razón de ser de la entidad intermediadora. Pero si el trabajo no es una mercancía el legislador debe contemplar con precaución la intermediación, por las reminiscencias históricas de la esclavitud y porque la persona es portadora de derechos y valores fundamentales que es preciso tutelar en todo caso.

La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solamente viene autorizada en el marco del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 2015 a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Con ello se pretende eliminar del mercado de trabajo a los intermediarios o traficantes de mano de obra que buscan un lucro a través de una cesión o préstamo.

Estamos ante una cesión ilegal cuando la facultad organizativa y directiva empresarial no es ejecutada por la empresa contratista (cedente), sino por la principal, (cesionaria) independientemente de que se emplearan o se dispusieran de medios materiales propios o la empresa cedente careciera de la más mínima infraestructura en la zona geográfica en la que sus trabajadores desempeñaran sus servicios, por cuanto mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma; quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial o quien tiene fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2003).

Distinción entre lícita contratación y cesión ilegal

La delimitación fronteriza entre los casos de descentralización productiva lícita - la contrata- y de cesión ilegal de trabajadores es sin duda compleja y problemática, acaso por el manifiesto desfase mostrado entre los fenómenos económico-jurídicos que engloba, en rápida evolución y desarrollo, y su insuficiente, complejo y variado régimen jurídico.

Se trata, en efecto, de un fenómeno organizativo empresarial que ha experimentado en un número escaso de años una importante intensificación en España, debido, entre otras muchas causas, a la necesidad de lograr una mayor competitividad y mejorar la relación calidad/precio, originando simultáneamente una expansión de la dimensión productiva empresarial y un adelgazamiento en sus estructuras, desvinculándose parte del proceso productivo del control directo del empresario que asume su resultado final.

Se ha llegado incluso a afirmar que la externalización (outsourcing en la terminología anglosajona) de gran parte de la actividad ha dejado de ser una opción voluntarista del empresario, siendo necesaria la encomienda de modo forzoso del cometido empresarial a empresas externas que, por su organización específica, o por tener medios técnicos más idóneos serán garantía de una mejor producción o un mejor precio. Circunstancias éstas -actualidad, importancia económica y repercusión en las relaciones entre trabajadores y empresarios e interempresariales- en las que radica su atractivo, a las que habrá de unirse la reiterada frecuencia con la que los jueces y tribunales han de enfrentarse a su análisis ante la obsoleta regulación de esta materia, a la que trató de poner remedio el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006, encaminado a conciliar o armonizar los valores económicos derivados de la competitividad entre las empresas, mejorando la calidad y precio de los productos, y el incremento de la productividad, con los valores sociales para conseguir la debida cohesión, y entre los cuales destaca la calidad y estabilidad en el empleo, y en definitiva, la vida digna del trabajador. Se trata de equilibrar las exigencias económicas de la empresa con las exigencias laborales del trabajador.

Esta nueva realidad organizativa empresarial, denominada descentralización o externalización productiva, estos nuevos fenómenos económico-jurídicos empresariales entre los cuales se engloban la contratación y subcontratación de obras y servicios, los fenómenos de los grupos de empresas, la franquicia, el teletrabajo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores entre empresas de trabajo temporal y empresas usuarias o nuevas formas de arrendamientos de servicios, cuyo fundamento último hay que encontrar en el artículo 38 de la Constitución de 1978 que garantiza la libertad de empresa, dentro de la cual se integra la libertad de organización de la actividad productiva, habrá de armonizarse con los derechos laborales, sindicales y de seguridad social de los trabajadores y precisarse para evitar que tal forma de actuación empresarial encubra una actuación en fraude de ley, constituyendo materia especialmente compleja la delimitación de las formas lícitas y su deslinde de la figuras ilícitas.

No debemos perder de vista, como apunta Montoya Melgar, que el Derecho del trabajo es un instrumento esencial de la política económica del Estado, un complemento de la economía, y que los valores que pretende realizar son el resultado de complejas tensiones de las fuerzas sociales que dependerán de la intensidad y del grado de organización de esas fuerzas.

La cesión ilegal, tal como recoge la Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 de junio de 2003, rec. 3054/2001, y más recientemente las de 14 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007, no sólo se da en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio o estructura productiva relevantes. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la cesión también puede tener lugar, aun tratándose de dos empresas reales, si los trabajadores de la una trabajan permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta, afirmándose que los problemas de delimitación más difíciles jurídicamente suelen surgir cuando la empresa contratista sea una empresa real y cuente con una organización e infraestructura propias. En tales casos, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante.

Como afirma autorizada doctrina, el ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas corresponde únicamente al contratista, mientras

que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo. Es decir, los trabajadores del contratista sólo tienen un empresario, que es éste; en la estructura productiva compleja que componen la empresa principal y la contratista no existen, pues, dos empresarios laborales sino sólo uno, en tanto que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extiende ni lleva incluida la posibilidad de control de la prestación de los trabajadores del contratista, careciendo de título jurídico originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista.

En la ya larga serie de decisiones jurisprudenciales que con anterioridad y posterioridad a la vigencia del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015 se han emitido para circunscribir el ámbito de la contrata a lo estrictamente permitido por la Ley, los tribunales ha venido acuñando ciertos criterios decisivos, que encuentran su punto central en la exigencia de que el contratista sea titular efectivo de una organización empresarial real, con sus medios propios y ejercicio de las facultades correspondientes a su condición de empresario ; como es obvio, la comprobación de la inexistencia de tales requisitos hará caer el negocio concertado fuera del ámbito de aplicación del artículo 42 ET 2015, que como se sabe no se dirige sino a regular las responsabilidades de los empresarios ligados por el negocio lícito de la contrata, con exclusión, por tanto, de aquellos otros negocios simulados. De toda esta doctrina jurisprudencial se advierte, sin gran dificultad, que la llamada cesión mediata o indirecta de trabajadores, legalmente admitida por el inalterado artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015, requiere la existencia de dos reales empresas, con entramado organizativo y con personal y patrimonio propios que se prestan, una a la otra, un determinado servicio u obra que se encuadra en el marco de la actividad industrial, comercial o de servicios, propia de la empresa contratista, revelándose, dicha actividad, como tangencial respecto de la que caracteriza a la empresa principal o contratante. Si estas circunstancias no concurren y se utiliza, por tanto, de modo anormal o irregular el negocio jurídico de la contrata o subcontrata se estará ante el hecho ilícito de la cesión ilegal de mano de obra, hasta ahora, absolutamente, prohibido.

En este orden de ideas, como expresa la Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 17 de enero de 2002 rec. 3863/2000, la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados, en una relación triangular o tripolar:

1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial.

2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.

3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 ET 2015 es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

En la cesión de trabajadores, como sintetiza Rodríguez Piñero, se produce la comodidad de emplear sin estar sujeto a las incomodidades de ser empleador. Se pretende que las obligaciones y derechos correspondientes al sujeto empleador queden

atribuidos a un titular ficticio, que no es el que recibe y utiliza los servicios de los trabajadores, y que usurpa la condición del empresario real.

Recapitulando, como apunta Sala Franco, la contrata o subcontrata de obra o servicio, permitida por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores 2015, hace referencia a aquella actividad que es propia de la empresa comitente y requiere en la empresa contratista las siguientes circunstancias:

1. La existencia de una organización autónoma o independiente, constituida formalmente como tal.

2. La existencia de medios materiales y personales, es decir, de instalaciones, para desarrollar su actividad.

3. El desarrollo de una actividad propia y distinta de la de la empresa comitente.

4. La asunción de riesgos propios de una actividad empresarial con independencia del empresario comitente.

La reforma de mayo de 2006 pasa a dar una nueva redacción de la cesión ilegal de trabajadores en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores 2015, del siguiente tenor:

"En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

El empresario cedente y cesionario que incurran en una cesión ilegal de trabajadores responden solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores, lo que es tanto como decir que éstos se pueden dirigir contra uno u otro empresario, o contra ambos indistintamente, para hacer efectivos sus derechos, por lo que el empresario que recibe la prestación de los trabajadores cedidos ilegalmente, aun cuando no hayan contratado con ellos ni sean, por consiguiente, titulares formales del vínculo laboral, quedan equiparados jurídicamente como sujetos del contrato, todo ello con la finalidad de garantizar la satisfacción de los derechos de los trabajadores, pues el trabajo no es una mercancía. Por otra parte, los trabajadores objeto de cesión ilegal tienen del derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, y en el caso de hacerlo por esta última sus derechos y obligaciones en ella serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

La responsabilidad solidaria del artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores 2015 lo es sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos, debiéndose tener en cuenta a estos efectos lo dispuesto en el artículo 312 del Código Penal, artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y el artículo 168.2 de la Ley General de la Seguridad Social 2015.

XXV. LA SUCESIÓN DE EMPRESAS

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores 2015 plasma en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo esencial para hacer efectivo el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores, al disponer que el cambio de titular de una empresa, de uno de sus centros de trabajo, o incluso de aquellas de sus unidades productivas dotadas de autonomía, no extingue por sí mismo la relación laboral de quienes formen parte de su plantilla, quedando el nuevo titular obligado a subrogarse en los derechos y obligaciones del anterior, asumiendo así la posición de empresario que éste tenía hasta entonces.

El Tribunal Supremo, en sentencias como las de 13 marzo 1990, 23 febrero 1994 y 17 marzo 1995, sobre el contenido del artículo 44 citado presupone, como garantía de estabilidad en el puesto de trabajo, la concurrencia de dos elementos:

a) uno subjetivo, representado por la transmisión directa o cambio del antiguo empresario por otro nuevo y distinto, aunque la sustitución se realice a través de un tercero interpuesto, pues lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo sucesivamente de la actividad empresarial.

b) y, otro objetivo consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto; o, lo que es lo mismo, la permanencia de la empresa como unidad en sus factores técnico organizativos y patrimoniales. En relación con el elemento objetivo, la jurisprudencia ha introducido importantes matices en orden a la

exigencia del mismo, admitiéndose en aquellos supuestos en que aún no existiendo transmisión de elementos del activo, materiales y/o inmateriales, la mano de obra se constituye en esencial (así, entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Europea de 24 enero 2002; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 2004).

Los requisitos sobre la efectiva transmisión de bienes patrimoniales han sido incluso suavizados o matizados por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Europea de 19 de septiembre de 1995 la cual, en aplicación de la Directiva 77/87 de 14 de febrero de 1977, entiende que: "hay que considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación controvertida, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de bienes materiales, tales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo, o no, de la mayoría de trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de tales actividades. Sin embargo, todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente".

La derogada Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998, por su parte aclaró el concepto genérico de transmisión a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en esta materia, que no ha supuesto modificar la Directiva anterior, y que tienen su reflejo en las modalidades de aplicación en las empresas y administraciones públicas. A estos efectos, el Tribunal Superior de Justicia Comunidad Europea dictó la sentencia de 24 de enero de 2002, cuya doctrina se puede resumir del siguiente modo:

1ª La Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero de 1977 -más tarde derogada por la Directiva 2001/23 CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros o de partes de empresas o de centros de actividad- pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en el marco de una entidad económica.

2ª La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada.

3ª Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

4ª Y, finalmente, concluye diciendo la sentencia que: "la Directiva debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión

de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato".

En relación con lo anterior, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2015, entendió que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.

Nuestra doctrina y jurisprudencia ha venido analizando tres tipos de sucesión. Por un lado, el tradicional descrito por el artículo 44.1; en segundo lugar, estaría el previsto en norma sectorial pudiendo establecerse en convenio colectivo; y, por último, el que opera por concesión administrativa.

Deteniéndonos sobre la especificidad de este último, en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, el Tribunal Supremo ha declarado que para ello es necesario, o bien que haya existido una transferencia de elementos patrimoniales, lo que supondría que nos encontraríamos ante el supuesto tradicional del artículo 44.1, o

bien que exista una expresa disposición convencional al respecto, en ese caso estaríamos ante el segundo de los supuestos, o en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria. Y ateniéndonos a los supuestos de concesión administrativa, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2005 que ha negado la existencia de sucesión empresarial cuando no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, sino que meramente se ha dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio, de lo que hay que deducir necesariamente que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere.

Es constante en la jurisprudencia la exigencia de que el contrato se halle en vigor para que pueda operar el mecanismo subrogatorio. No es posible declarar retroactivamente la subrogación respecto de empresas anteriores a la que lleva a cabo el despido, que en su día extinguieron los contratos temporales que les vinculaban a los actores sin que éstos efectuaran reclamación alguna. Así ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencias de 21 de junio 2004 y 17 de octubre de 2005, que una vez rota la relación contractual sin haber demandado por despido no es posible analizar si debió o no haberse producido la subrogación, ya que ésta es la situación que se produce si la primera empresa extingue el contrato y la segunda no acepta la subrogación a la que se pretende tener derecho; el nuevo contrato es independiente y no impediría la acción de despido, sino que tendría efectos en su caso para limitar los salarios de tramitación. No es posible admitir la subrogación extemporáneamente, una vez producido el despido en la segunda empresa, sin haber accionado en su momento contra la extinción de la relación laboral que vinculaba al actor con la saliente, sin que la nueva empresa reconociera en ese momento dicha subrogación.

El efecto de mantenimiento del vínculo requiere lógicamente que éste se encuentre vigente: el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 establece que: "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso" y anteriormente lo disponía la Directiva 77/187/CEE.

Los derechos y obligaciones correspondientes a la antigua relación laboral que existía, perviven después de la integración del personal de que se trate, subrogándose la entidad local a la que se adscriban los trabajadores en la titularidad, activa o pasiva, de los mismos, pero tan sólo respecto a aquellos derechos y obligaciones existentes en el momento de dicha integración que ya se hubiesen consolidado y adquirido, incorporándose a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales, toda vez que en ellas no existe todavía derecho alguno tal y como nos indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 diciembre 1992 y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de abril de 1999.

Respecto de los derechos derivados de convenio, el Tribunal Supremo, indica, que desde la fecha de integración en la empresa absorbente, los trabajadores tendrán derecho a la aplicación del convenio colectivo de la nueva empresa, debiendo la adquirente respetar las condiciones de trabajo anteriores; no obliga a superar éstas, pero sí a reconocer a los trabajadores que se incorporan a la nueva empresa, los mismos derechos generales que tienen los trabajadores actuales, entre ellos, el convenio colectivo, negando a determinados trabajadores de unas empresas que fueron absorbidas por otra el reconocimiento de determinados derechos concedidos a trabajadores que en una determinada fecha ya prestaban servicios para la absorbente.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su auto de 28 de enero 2015, interpretó la Directiva 2001/23/CE en el marco de un procedimiento entablado por una entidad española en liquidación, respecto de cuáles serían las deudas que la entidad cesionaria no asumiría tras la cesión de actividades -en concreto las deudas referidas a la Seguridad social anteriores a la adjudicación-, en el sentido de que la normativa europea no se opone a que la legislación nacional permita que esas cargas no se transfieran al cesionario, siempre que el procedimiento garantice una protección a los trabajadores, como mínimo equivalente a la establecida en la Directiva 80/987/CEE.

Si tenemos en cuenta que la contratación temporal sólo es posible utilizando alguna de las modalidades contractuales previstas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores 2015 y que debe existir causa de temporalidad que permita utilizarlas la no concurrencia de tales circunstancias determina como consecuencia que el contrato suscrito ha de ser considerado fraudulento y la relación laboral indefinida y se extiende mientras que la prestación de servicios continúe sin solución de continuidad. A los efectos ahora analizados, las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 7 de julio de 1993, 25 de octubre de 1996 y 29 de abril de 1998, han señalado que la transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos lo que lleva a considerar que los efectos del fraude se transmiten igualmente.

La reforma laboral de 2010, operada primero por el R.D.-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificaba la redacción del artículo 15.5 de Estatuto de los Trabajadores de 1995 refundida posteriormente por el Estatuto de los Trabajadores de 2015, haciendo constar expresamente que los límites al encadenamiento de contratos temporales

regulados en ese precepto (Véase "Contratos temporales") "también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente".

La aplicación del artículo 44.1 del Estatuto en los supuestos de arrendamientos de industria, supone, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 26 marzo 1984, 11 diciembre 1986, 2 y 3 marzo y 6 octubre 1987, 23 mayo 1988 y 16 mayo 1990, que la reversión del negocio arrendado que opera a favor del arrendador, por consecuencia de la extinción por cualquier causa de la relación arrendaticia, determina que el titular de la industria arrendada haya de asumir la responsabilidad de los contratos de trabajo concertados con el personal empleado en ella, haciéndolo, además, responsable solidario, al lado del arrendatario, del cumplimiento de las obligaciones laborales habidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas. Tal apreciación no puede establecerse en los supuestos de arrendamiento de local según expresan la Sentencia Tribunal Supremo de 8 junio 1995 en consonancia con la Directiva 77/187/CEE, sustituida por la 98/50/CEE, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Europea Oper Gaard contra Str. Mlle akustik A/S de 19 septiembre 1995.

Bajo esta denominación el autor Camps Ruiz, y como recogen diversas sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1995, 3 de marzo, 28 de octubre y 28 de noviembre de 1997, y de los Tribunales Superiores de Justicia como el de Canarias en su Sentencia de 9 de junio de 2003, hace referencia a aquellos que tienen lugar por factores o circunstancias de facto, advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial que ponen de manifiesto la existencia de un tracto directo entre las dos empresas.

Lo característico de estas situaciones, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1987, es que ese tracto directo o conexión entre los sucesivos titulares no es fácilmente identificable, a diferencia de los cambios transparentes, en los que externamente se produce un negocio jurídico que lo opera, pero sí reconocible o reconstruible a partir de indicios que permiten considerar que se está en presencia de una misma empresa que continúa su actividad a cargo de un titular distinto. Un supuesto típico viene constituido por la desaparición de una empresa y la aparición sucesiva de otra, formalmente diferente, pero dedicada a la misma o similar actividad, instalada en los mismos locales o utilizando la misma maquinaria, empleando a todos o a buena parte de los trabajadores de la anterior, sirviéndose de los mismos proveedores y a los mismos clientes, con coincidencias significativas de su personal directivo o en los detentadores de la propiedad de una u otra empresa.

Son estos elementos los que, aun sin estar presentes íntegramente en cada caso concreto, pueden llevar a concluir que existe una continuidad en la identidad empresarial que ha tratado de ocultarse fraudulentamente, con titulares formalmente distintos y sin haberse exteriorizado el concreto mecanismo de transmisión de la empresa de uno a otro titular (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1997), debiendo aplicarse en estos casos el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

XXVI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 7 de mayo de 2012 el Juzgado de lo Social nº 2 de Granollers dictó sentencia que fue recurrida en suplicación por Zúrich España Compañía de Seguros SA, Freudenberg España, SA, Telas sin Tejer, Sociedad en Comandita y D. Aníbal ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

«Que ESTIMANDO como estimamos los recursos de suplicación formulados por la empresa Freudenberg España SA y por la aseguradora Zúrich España Compañía de Seguros SA y desestimando el presentado por D. Aníbal , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granollers en fecha 7/5/12 en los autos seguidos en dicho Juzgado con el nº 389/2007, debemos revocar y revocamos la misma para, y con desestimación de la demanda, absolver a las demandadas de las peticiones contenidas en la demanda. Procederá asimismo, y una vez firme esta decisión, devolver a las recurrentes las cantidades depositadas o consignadas a los efectos de la interposición de este recurso o, y en su caso, a la anulación de los avales presentados con el mismo propósito. Sin costas».

Posteriormente, ésta sentencia fue aclarada por auto de fecha 21 de julio de 2014 cuya parte dispositiva queda del tenor literal siguiente:

«Que debíamos aclarar y aclarábamos la resolución de referencia en cuanto al contenido de los apartados primero y segundo de la relación de Antecedentes de hecho de nuestra sentencia en el sentido de ordenar la transcripción correcta de la parte dispositiva y relación de hechos probados de la resolución recurrida que quedarán en los siguientes términos:

"En el 1º de los Antecedentes de hecho de la sentencia, en relación a la parte dispositiva, donde dice:

"Que desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por ADECCO T.T., EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A. y estimo la excepción de cosa juzgada alegada por la misma empresa y por FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., SOCIEDAD EN COMANDITA por lo que desestimó la demanda

interpuesta por D. Aníbal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., ADECCO T.T., S.A., AXA AURORA IBÉRICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD y absuelvo a todos los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas en la demanda".

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de aclaración por el citado Juzgado de lo Social, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Aclarar la sentencia 127/2012 de 7 de mayo de 2012 en el sentido de que la suma total de las partidas consignadas en el cuadro contenido en el apartado "B) Cuantificación del daño" del fundamento jurídico cuarto ascienden a la cantidad de 234.989'57. En consecuencia, el fallo de la sentencia 127/2012 queda redactado del modo siguiente: Fallo. Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS. Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Anibal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, S.A., y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (234.989'57€), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., LA SUMA DE CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto. Se absuelve a ADECCO T.T. S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA S.A DE SEGUROS Y REASEGUROS". "

El fallo de la misma debe quedar redactado del tenor literal siguiente:

Debe decir : Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Aníbal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, SA, y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS con CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (235.289'57€), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto.

Se absuelve a ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA, SA de SEGUROS Y REASEGUROS.

En fecha 7 de junio de 2012 se dictó auto de aclaración por el citado Juzgado de lo Social, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

Que estimo la falta de legitimación pasiva de ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y de AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS.

Que estimo en parte la demanda interpuesta por D. Aníbal contra FREUDENBERG TELAS SIN TEJER, SA y ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, en RECLAMACIÓN DE CANTIDAD a quienes condeno a pagar al actor la suma de DOSCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (234.989,57 €), quedando limitada la responsabilidad de ZURICH ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS, SA, la suma de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS, límite máximo de cobertura por víctima y correspondiendo el resto a la empresa demandada, devengando los intereses de acuerdo con lo establecido en el fundamento jurídico sexto.

Se absuelve a ADECCO T.T. SA EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, y a AXA AURORA IBÉRICA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS".

En cuanto al 2º de los Antecedentes de hecho, en cuanto a los hechos probados que constan en la misma, siendo correcto el número total de 20 hechos probados, al hallarse repetidos dos de ellos el séptimo y el décimo segundo quedando rectificados del siguiente modo :

"Primero.- El actor ingresó en la empresa el día 03-01-05 contratado por la empresa ADECCO ETT para ser cedido en la empresa FREUDENBERG ESPAÑA, S.A., TELAS SIN TEJER SOCIEDAD EN COMANDITA, con la categoría profesional de GRUPO II para desempeñar las siguientes funciones (folios 230, 240 y) de:

...COLABORAR CON EL PERSONAL DE LA EMPRESA EN EL TRABAJO DE LAS DIFERENTES SECCIONES, ESPECIALMENTE EN EL SET-3, PONER EN MARCHA LAS LÍNEAS, TENER UN SEGUIMIENTO DE LA PRODUCCIÓN, LLEVAR A CABO LA LIMPIEZA DE LAS MÁQUINAS Y DEMÁS TRABAJOS.

Segundo.- La retribución bruta del actor correspondiente al mes de abril/2005 (mes anterior al accidente) fue de 1,646'40 € que constituyen la base de cotización para contingencias comunes y profesionales. (Folios 957 y 958).

Tercero.- El día 06-05-05, el actor inició su jornada laboral a las 06:00 horas en la máquina BUCKHARDT MODELO BS01/2000/KA00132 en la que trabajaba juntamente con D. Luis Enrique y D. Lucas. Dicha máquina es una calandria de perforación caliente compuesta de un rodillo de pekalón, un rodillo punzante y un inductor calienta cilindros, estos dos últimos protegidos con una carcasa metálica sujeta con cuatro tornillos. La finalidad de la máquina es el estampado y perforación de una tela sin tejer cuya utilidad posterior será la de "mocho para fregonas". La máquina procesa la tela sin tejer a una velocidad aproximada de 40 metros por minuto (folios 200, 201).

Cuarto.- Hacia las 7:00 horas, aproximadamente, del día 06-05-05 se atascó la tela en su paso por la máquina por lo que el actor y los trabajadores mencionados en el hecho probado anterior procedieron a parar la máquina y retirar la carcasa metálica de protección para proceder a reparar la avería limpiando el rodillo punzante con una

herramienta consistente en un punzón metálico con el que se retiraban, uno a uno, los restos de tela adheridos al rodillo (folio 200, 242 a 246 y 248 a 252).

Quinto.- Poco antes de las 08:00 llegó a la empresa el Sr. Jacobo, Supervisor de Línea, y pasó por las proximidades de la máquina observando que los trabajos se realizaban con la máquina parada (testifical de D. Jacobo, D. Lucas y D. Martin).

Sexto.- Hacia las 08:15 horas, el Sr. Luis Enrique propuso continuar la limpieza del rodillo con la máquina en marcha (con velocidad reducida de 20 metros por minuto) y limpiar el rodillo con un cepillo de púas que se fue a buscar a otras máquinas, continuando la limpieza el Sr. Luis Enrique y el Sr. Lucas. Al cabo de un tiempo el Sr. Luis Enrique dejó su puesto para ir al lavabo y, encargó al actor, que estaba barriendo en los alrededores de la máquina (folios 200, 245, 248 a 252 testifical de D. Jacobo, D. Luis Enrique, D. Lucas). (Hecho probado que fue aclarado por auto de fecha 16 de octubre de 2014).

Séptimo.- Hacia las 09:00 horas el actor sufrió un accidente de trabajo al quedarle atrapada la mano y el brazo derecho entre el rodillo punzante y la placa de inducción, procediendo a parar la máquina el Sr. Diego mediante el paro de emergencia, después de haberlo intentado el Sr. Lucas que estaba en estado de shock (folios 200, 242, 245, 248 a 252 y testifical de D. Diego).

Séptimo.- La máquina dispone en su parte frontal de dos botoneras como paro de emergencia y, en su parte posterior el paro de emergencia es de tipo "tirón" , disponiendo los trabajadores Sr. Aníbal y Sr. Luis Enrique de candados para instalar en el interruptor de corriente donde pueden instalarse hasta tres candados, número que resulta ampliable con un accesorio.(folios 201 y 246 y testifical de D^a. Eva María)

Octavo.- El fabricante de la máquina, CRISTOPH BURCHARDT A.G. emitió en fecha 31-10-02 la DECLARACIÓN "CE" DE CONFORMIDAD SOBRE MÁQUINAS (según la directiva 89/392/CE, anexo II, sub A) según la cual (folio 273):

CORRESPONDE A LAS EXIGENCIAS BÁSICAS DE LA DIRECTIVA DE LA CE SOBRE MÁQUINAS (DIRECTIVA "CE" 89/392/CEE), INCLUIDAS LAS

MODIFICACIONES DE LA MISMA Y LA CORRESPONDIENTE TRANSPOSICIÓN A LA LEY NACIONAL.

Noveno.- El actor y los restantes compañeros que formaban el equipo de la máquina habían recibido cursos de formación sobre riesgos generales y específicos, habiendo sido informados que las operaciones de limpieza y mantenimiento debían llevarse a cabo con la máquina parada y bloqueando los interruptores de corriente eléctrica y las válvulas mediante los condados con llave y, concretamente, en fecha 30-12-04, el actor realizó un curso de prevención de riesgos laborales para las funciones de trabajos de la sección de acabados especialmente en el coating set siguiendo las indicaciones del encargado de la sección. Cualificación y formación recibida: peón, grupo profesional 2; Normativa de Seguridad y Medioambiente en fecha 03-01-05;; y Procedimiento de Bloqueo y Señalización (Lock out/tag out) en fecha 03-03-05 (folios 201, 260 a 271, 236 a 238, 459 y 858).

Décimo.- La Inspección de Trabajo giró visita al centro de trabajo donde ocurrió el accidente de trabajo objeto del presente pleito y, previas las comprobaciones pertinentes concluye su informe en el sentido siguiente (folio 201).

A) NO SE APRECIA FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL EQUIPO DE TRABAJO, EL RESGUARDO QUE CUBRE LOS RODILLOS ES UN RESGUARDO FIJO QUE REQUIERE, PARA SER RETIRADO, QUITAR PREVIAMENTE LOS CUATRO TORNILLOS ALLEN QUE LO SUJETAN A LA ESTRUCTURA. A ESTO HAY QUE AÑADIR LA POSIBILIDAD QUE TIENE EL OPERARIO DE BLOQUEAR MEDIANTE UN CANDADO LA POSIBLE PUESTA EN MARCHA DE LA MÁQUINA; SIN QUE EN BASE A LO EXPUESTO, Y A JUICIO DEL QUE SUSCRIBE, PUEDA EXIGIRSE QUE DICHO RESGUARDO VAYA ASOCIADO A UN SISTEMA DE ENCLAVAMIENTO, SISTEMA QUE SI RESULTARÍA NECESARIO DE TRATARSE DE UN RESGUARDO MÓVIL O DE NO PODER GARANTIZAR QUE LA MAQUINARIA NO VA A SER PUESTA EN MARCHA POR OTRO OPERARIO DURANTE SU MANIPULACIÓN.

B) LOS TRABAJADORES HABÍAN SIDO DEBIDAMENTE FORMADOS SOBRE LA FORMA SEGURA DE REALIZAR EL TRABAJO NO SOLO DE LA

NECESIDAD DE QUE ESTE SE REALICE CON LA MÁQUINA PARADA, SINO DE ASEGURAR QUE LA MISMA NO PUEDA SER PUESTA EN MARCHA, MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DEL CORRESPONDIENTE CANDADO.

C) EL SUPERVISOR DE LÍNEA DURANTE EL TIEMPO QUE ESTUVO OBSERVANDO, ESTA SE REALIZABA CORRECTAMENTE, Y FUE EN SU AUSENCIA CUANDO SE PUSO EN MARCHA LA MÁQUINA Y SE UTILIZÓ UN UTENSILIO DISTINTO AL PREVISTO, POR LO CUAL, NO CABE APRECIAR EN EL PRESENTE CASO UNA CULPA IN VIGILANDO DE LA EMPLEADORA.

Decimoprimer.- En fecha 09-03-07, el actor presentó en el INSS un escrito solicitando que se impusiera a las empresas ADECCO TT, S.A. y FREUDENBERG ESPAÑA TELAS SIN TEJER, S.C. un recargo del 50 % de las prestaciones causadas por el accidente sufrido por el actor el día 06-05-05.(folios 206 a 208).

Decimosegundo.- La resolución del INSS de fecha 03-09-07 denegó la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y acordó que no procedía el recargo de las prestaciones económicas causadas por el accidente sufrido por el actor en fecha 06-05-05, motivando su decisión en el siguiente razonamiento (folios 183 y 183):

...EN EL PRESENTE CASO Y UNA VEZ EXAMINADA LA DOCUMENTACIÓN QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE, SE LLEGÓ A LA CONCLUSIÓN DE QUE EN EL ACCIDENTE NO SE INCUMPLIERON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO Y, EN CONSECUENCIA, LA EMPRESA NO DEBE SER CONDENADA A UN INCREMENTO DE LAS PRESTACIONES MEDIANTE EL RECARGO PREVISTO EN EL ART. 123 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Decimosegundo.- Contra la resolución referida en el hecho probado anterior, la parte actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada, demanda jurisdiccional ante el Juzgado Social nº 31 de Barcelona, que también fue desestimada por sentencia de fecha 28-11-07 y recurso de suplicación cuya sentencia de fecha 10-06-09 confirmó

la sentencia de instancia, que, entre otros, declaró probados los siguientes hechos:(folio 202 a 205):

PRIMERO.- EL DÍA 06-05-05, Aníbal SE ENCONTRABA TRABAJANDO POR CUENTA DE ADECCO ETT, S.A., HABIENDO SIDO PUESTO A DISPOSICIÓN DE LA USUARIA FREUDENBERG ESPAÑA, S.A. TELAS SIN TEJER SOCIEDAD EN COMANDITA COMO PEÓN CUANDO SUFRIÓ UN ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE SU PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN SU CONTRATO CON ADECCO SE HIZO CONSTAR QUE EL PUESTO DE TRABAJO SE ENCUADRABA EN EL GRUPO PROFESIONAL II EXPRESÁNDOSE QUE ENTRE SUS FUNCIONES SE ENCONTRARÍAN LAS DE "LLEVAR A CABO LA LIMPIEZA DE LAS MÁQUINAS". PRESTABA SUS SERVICIOS EN FREUDENBERG DESDE ENERO DE 2005.

SEGUNDO.- EN LA FECHA INDICADA EL ACTOR PRESTABA SERVICIOS EN LA LÍNEA DE FABRICACIÓN DENOMINADA PRINTING MOCHO Y CONCRETAMENTE EN UNA MÁQUINA DE PERFORACIÓN EN CALIENTE COMPUESTA ENTRE OTROS ELEMENTOS DE UN RODILLO PUNZANTE Y UN INDUCTOR CALIENTA CILINDROS PROTEGIDOS POR UNA CARCASA METÁLICA SUJETA CON CUATRO TORNILLOS. SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 07.00 HORAS DEL EXPRESADO DÍA EN EL RODILLO SE QUEDARON PEGADOS TROZOS DE TELA QUE IMPEDÍAN EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA MÁQUINA, POR LO QUE EL ACTOR, JUNTO CON OTROS DOS OPERARIOS, SE DISPUSIERON A LIMPIAR EL RODILLO. INICIALMENTE, Y A TAL EFECTO, DETUVIERON LA MÁQUINA, RETIRARON LA CARCASA Y COMENZARON A LIMPIAR EL RODILLO CON UN PUNZÓN METÁLICO. .PASADO UN TIEMPO, SIN EMBARGO, CONSIDERANDO QUE DE ESE MODO EL TRABAJO SE PROLONGARÍA MUCHO EN EL TIEMPO, UNO DE LOS OPERARIOS PROPUSO ENCENDER LA MÁQUINA Y CONTINUAR LA LIMPIEZA CON ELLA ENCENDIDA, Y EL RODILLO GIRANDO, CAMBIANDO EL PUNZÓN POR UN CEPILLO DESTINADO A LA LIMPIEZA DE OTRAS MÁQUINAS, COMO ASÍ SE HIZO. SOBRE LA 09.00 HORAS EL ACTOR OCUPÓ EL PUESTO DE LIMPIEZA DEL

RODILLO QUE HASTA ESE MOMENTO OCUPABA OTRO OPERARIO, MOMENTO EN EL QUE SE PRODUJO EL ATRAPAMIENTO DE SU MANO Y BRAZO DERECHO DEL TRABAJADOR. MOMENTOS DESPUÉS OTRO OPERARIO PULSÓ EL BOTÓN DE PARADA DE EMERGENCIA, DE LOS VARIOS EXISTENTES EN LA MÁQUINA Y DETENIÉNDOSE TRAS UN LEVE RECORRIDO POR INERCIA DEL RODILLO. EL SUPERVISOR VIO A LOS OPERARIOS REALIZANDO LAS LABORES DE LIMPIEZA DON LA MÁQUINA DETENIDA.

TERCERO.- EL ACTOR, AL SER CONTRATADO POR ADECCO REALIZÓ UN CURSO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CONSISTENTE EN EL VISIONADO DE UN VÍDEO MULTIMEDIA DE UNOS 30 MINUTOS DE DURACIÓN Y CONTENIDO GENERAL, INCLUSIVO DE UN MÓDULO SOBRE SEGURIDAD EN MÁQUINAS, Y ESPECÍFICAMENTE PRENSAS, TORNOS Y SIERRAS CIRCULARES TRAS EL CUAL DEBEN DE LLENAR UN CUESTIONARIO PARA SUPERARLO. EN EL MOMENTO DEL CONTRATO SE ENTREGÓ AL ACTOR UNA FICHA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA QUE SE CONTEMPLABA, ENTRE OTROS, EL RIESGO DE ATRAPAMIENTO POR Y ENTRE OBJETOS, INDICÁNDOSE COMO MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN QUE "LOS ELEMENTOS MÓVILES DE LAS MÁQUINAS DEBEN ESTAR TALMENTE AISLADOS POR DISEÑO, FABRICACIÓN Y/O UBICACIÓN, EN CASO CONTRARIO ES NECESARIO LOS MEDIANTE RESGUARDOS YO DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD". EL TRABAJADOR HABÍA RECIBIDO FORMACIÓN EN "PROCEDIMIENTO DE BLOQUEO Y SEÑALIZACIÓN Y DE INTERVENCIÓN EN MÁQUINA EN MARCHA", CONSTANDO EN LA DOCUMENTACIÓN ENTREGADA QUE EN LAS INTERVENCIONES DE LIMPIEZA SE DEBERÁ ELIMINAR LA ENERGÍA DE LA MÁQUINA, Y BLOQUEAR CON EL CANDADO EL INTERRUPTOR, SIÉNDOLE ENTREGADO DICHO CON EL QUE SE PUEDE BLOQUEAR EL INTERRUPTOR DE ENCENDIDO Y APAGADO DE LA MÁQUINA DE SUERTE QUE COLOCADO EL MISMO ES IMPOSIBLE LA PUESTA EN MARCHA.

CUARTO.- EL CENTRE DE SEGURITAT I CONDICIONS DE SALUT EN EL TREBALL EMITIÓ INFORME DE 26-07-05, TRAS VISITAR LA EMPRESA EL 09-05- 05, CUYO CONTENIDO SE DA POR REPRODUCIDO Y EN EL QUE CONCLUYE QUE NO HAY CAUSAS DEL ACCIDENTE SUSCEPTIBLES DE CORRECCIÓN TÉCNICA. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EMITIÓ INFORME EN FECHA 02-11-05, CUYO CONTENIDO SE DA AQUÍ POR REPRODUCIDO, Y EN EL QUE CONCLUYE QUE "NO SE APRECIA FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD", QUE "LOS TRABAJADORES HABÍAN SIDO FORMADOS SOBRE LA FORMA SEGURA DE REALIZAR EL TRABAJO" Y QUE "NO CABE APRECIAR EN EL PRESENTE CASO UNA CULPA IN VIGILANDO DE LA EMPLEADORA" YA QUE "EL SUPERVISOR DE LA LÍNEA DURANTE EL TIEMPO QUE ESTUVO OBSERVANDO LA OPERACIÓN ÉSTA SE REALIZABA CORRECTAMENTE Y QUE FUE EN SU AUSENCIA CUANDO SE PUSO EN MARCHA LA MÁQUINA Y SE UTILIZÓ UN UTENSILIO DISTINTO AL PREVISTO".

Decimotercero.- En base a los anteriores hechos probados, que la sentencia de suplicación referida concluye en su fundamento jurídico 4º (folio 915):

...NO PODEMOS SINO DESCARTAR LA EXISTENCIA DE CUALQUIERA OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPUTABLE A LA EMPRESA Y CONFIRMAR, COMO HACE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, QUE LA ÚNICA EXPLICACIÓN RAZONABLE DEL ACCIDENTE REMITE A SITUAR EN LA PROPIA NEGLIGENCIA DEL TRABAJADOR ACCIDENTADO LA CAUSA DEL ACCIDENTE EN CUESTIÓN. LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL AL QUE REMITE EL RECURSO EXIGE QUE NO SE HAYAN OBSERVADO LAS MEDIDAS GENERALES Y PARTICULARES DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO, LO QUE NO PUEDE TENERSE POR ACAECIDO EN EL PRESENTE CASO.

Decimocuarto.- El actor permaneció en situación de incapacidad temporal desde la fecha del accidente hasta el día 14-04-06, fecha en la que fue dado de alta médica con secuelas, prorrogándose el devengo de la prestación por incapacidad temporal hasta 09-10-06. El total de subsidio por IT devengado fue de 17.312'80 € (folio 151).

Decimoquinto.- El actor, nacido el día NUM000 81 tiene reconocida por resolución del INSS de fecha 10.10.06 una incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo con efectos desde 11.04.06 sobre una base reguladora de 19.910'76 € anuales y porcentaje del 55% por las lesiones siguientes:(folios 347 y 348):

ATRAPAMIENTO DE LA EXTREMIDAD SUPERIOR DERECHA CON LESIÓN AXILOBRAQUIAL (AFECTACIÓN PLEXO BRAQUIAL A PARTIR DE C5) Y ANTEBRONQUIAL (AFECTACIÓN NEUROVASCULAR). SECUELAS: LIMITACIÓN CODO DERECHO, PRONOSUPINACIÓN ANTEBRAZO DERECHO Y MANO AFUNCIONAL" (Hecho probado que fue aclarado por auto de fecha 16 de octubre de 2014).

Decimosexto.- La capitalización de la prestación de incapacidad permanente y total reconocida al actor por el accidente de trabajo sufrido el 06-05-05 asciende a la suma de 199.258'14 € de las que 197.009'33 € corresponden a capital coste de renta y 2.248'81 corresponden a intereses (folio 150).

Decimoséptimo.- El actor tiene reconocido por el Departament d'Acció Social i Ciutadania en Dictamen Técnico Facultativo de fecha 06-06-07 un grado de disminución del 44 %. (folio 829).

Decimoctavo.- FREUDENBERG ESPAÑA, S.A. tiene contratado el Servicio de Prevención con CATALANA DE PREVENCIÓN, S.L. y ADECCO TT, S.A. dispone de un Servicio de Prevención Mancomunado (folio 850, vuelto).

Decimonoveno.- FREUDENBERG ESPAÑA, S.A., tiene concertada con la aseguradora ZURICH ESPAÑA, una póliza de seguro por responsabilidad civil patronal que garantiza 3.000.000 € por siniestro y año de seguro con un sub-límite por víctima de 150.000 € (folio 941) y que cubre, de forma expresa ...exclusivamente la responsabilidad civil que pueda ser exigida al asegurado por los daños corporales ocasionados a sus propios trabajadores en el ejercicio de la actividad asegurada por la póliza nº NUM001 y solo cuando los trabajadores accidentados se encuentren dados de

alta en el momento de ocurrir el accidente de trabajo en el Régimen General de la Seguridad Social (folio 941).

Vigésimo.- ADECCO T.T., S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, tiene suscita con la aseguradora AXA AURORA IBÉRICA, S.A., una póliza de seguro por responsabilidad civil patronal que garantiza 3.000.000 € por siniestro y año de seguro con un sub-límite por víctima de 150.000 € (folio 997)."

Así como ordenar el complemento de nuestra sentencia para dar respuesta a la petición formulada por el recurrente en relación a la incorporación de un nuevo apartado a la relación de hechos probados de la resolución recurrida y que figuraría con el ordinal décimo-quinto bis bien que para desestimar dicha petición.

El hecho probado décimo-quinto bis que se ha omitido quedará redactado del siguiente modo:

Décimo-quinto bis: El actor fue reconocido por médico forense del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mollet del Vallés que emitió informe de sanidad en fecha 25/10/2006 con las siguientes secuelas: parálisis del brazo derecho, pérdida de masa muscular y gran deformidad tanto en el brazo como en el resto del cuerpo y extremidades inferiores, cicatrices deformantes en pectoral dret (sic) (30x2), omoplato derecho (10x15), pierna izquierda (150xe), alteraciones cromáticas (60x20) todas en ambas piernas. También presenta un cuadro de ansiedad reactiva secundario al traumatismo (síndrome de estrés postraumático)"».

SEGUNDO.- Por la representación de D. Aníbal se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 9 de diciembre de 2014. Se aporta como sentencias contradictorias con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 7 de octubre de 1994 (Rec. 592/1994) y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 21 de diciembre de 2009 (Rec. 4769/2008).

TERCERO.- Con fecha 16 de julio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación

procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE.

CUARTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La representación letrada del actor D. Aníbal recurre en casación para la unificación de la doctrina la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de mayo de 2014, recaída en el recurso 4117/2013 . Esta resolución estimó los recursos de suplicación formulados por la empresa Freudenberg España, S.A. y por la aseguradora Zúrich España Compañía de Seguros S.A. a las que absolvió de la demanda formulada por el actor, cuyo recurso de suplicación también fue desestimado. En definitiva, el fallo de la sentencia aquí combatida desestimó la demanda inicial en reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el actor hoy recurrente.

El recurso se articula en dos motivos en los que, al amparo del artículo 207.e) LRJS se denuncia infracción de normas jurídicas que el recurrente entiende aplicables.

Los hechos relevantes a efectos de analizar la contradicción en cada uno de los motivos que se derivan de la sentencia recurrida son los siguientes: 1) El actor Sr. Anibal sufrió un accidente de trabajo al quedarle atrapada la mano y el brazo derecho entre el rodillo punzante y la placa de inducción de la máquina en la que trabajaba. 2) El accidente se produjo de esta forma: trabajando en una máquina que procesa la tela sin tejer a una velocidad aproximada de 40 metros por minuto, se atascó la tela en su paso por la máquina por lo que el actor y otros dos procedieron a parar la máquina y retirar la carcasa metálica de protección para proceder a reparar la avería limpiando el rodillo punzante con una herramienta consistente en un punzón metálico con el que se retiraban, uno a uno, los restos de tela adheridos al rodillo. Por uno de los trabajadores se propuso continuar la limpieza del rodillo con la máquina en marcha (con velocidad

reducida de 20 metros por minuto) y limpiar el rodillo con un cepillo de púas que se fue a buscar a otras máquinas, lo que así se hizo, produciéndose el accidente. 3) El actor y los restantes compañeros que formaban el equipo de la máquina habían recibido cursos de formación sobre riesgos generales y específicos, habiendo sido informados que las operaciones de limpieza y mantenimiento debían llevarse a cabo con la máquina parada y bloqueando los interruptores de corriente eléctrica y las válvulas mediante los candados con llave y, concretamente, en fecha 30-12-04, el actor realizó un curso de prevención de riesgos laborales para las funciones de trabajos de la sección de acabados especialmente en el coating set siguiendo las indicaciones del encargado de la sección. 4) La Inspección de Trabajo giró visita al centro de trabajo donde ocurrió el accidente de trabajo objeto del presente pleito y, previas las comprobaciones pertinentes concluye su informe en el sentido de que no se aprecia falta de medidas de seguridad en el equipo de trabajo; que los trabajadores habían sido debidamente formados sobre la forma segura de realizar el trabajo, no solo de realizarlo con la máquina parada sino de asegurar que la misma no pueda ser puesta en marcha; el supervisor estuvo observando que todo se hacía correctamente y fue en su ausencia cuando se puso en marcha la máquina. 5) La STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2009 confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, que desestimó la imposición del recargo estableciendo que se debía descartar la existencia de cualquiera omisión de medidas de seguridad imputable a la empresa y confirmar, como hace la sentencia de instancia, que la única explicación razonable del accidente remite a situar en la propia negligencia del trabajador accidentado la causa del accidente en cuestión. La aplicación del precepto legal al que remite el recurso exige que no se hayan observado las medidas generales y particulares de seguridad en el trabajo, lo que no puede tenerse por acaecido en el presente caso.

La sentencia recurrida desestima la reclamación de daños y perjuicios formulada por el actor por entender la Sala -tras rechazar la modificación de hechos probados propuesta-, que las circunstancias del accidente de trabajo que aparecen descritas en los hechos probados de la sentencia, son las mismas sobre las que se pronunció la Sala en sentencia que descartó la procedencia de imponer recargo alguno a la empresa, descartando como había hecho la Inspección de Trabajo, la concurrencia de cualquier

infracción en materia de normas de seguridad y salud en el trabajo, ya que: 1) La empresa tenía como protocolo de actuación, que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada; 2) Los tres operarios iniciaron la actuación con la máquina parada, siendo en ese estado como el supervisor de la línea encuentra a los trabajadores; decidiendo después un trabajador, sin objeción de los restantes, a realizar la limpieza poniendo en marcha la máquina, habiendo recibido formación precisa al efecto y conociendo que estaban contraviniendo claramente los mandatos de la empresa; 3) El Centro de Seguridad y Condiciones de Salud en el Trabajo, emitió informe en el que se descartaba expresamente que hubiera causas del accidente susceptibles de corrección técnica; 4) La Inspección de Trabajo también descartó que se hubiera producido infracción alguna en materia de seguridad en el trabajo imputable a la empresa, indicando expresamente que debía descartarse la concurrencia de "culpa in vigilando" de la misma; 5) Como ya se afirmó en sentencia anterior sobre recargo de prestaciones, el accidente se produjo por una negligencia del trabajador.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, el recurrente denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC. Para viabilizar el motivo propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Cantabria de 7 de octubre de 1994, Rec. 592/1994, que contempla un supuesto en el que: 1) el actor oficial de 2ª prestaba servicios para un Ayuntamiento. 2) Sufrió accidente de trabajo al ir a cargar una caseta metálica de obra entre cuatro personas sin desmontarla en un camión de la obra por indicación del Oficial de Primera. 3) Se tramitó recargo por falta de medidas de seguridad que finalizó, tras diversos avatares por desistimiento del trabajador.

La Sala cántabra revocó la sentencia de instancia para condenar al Ayuntamiento a abonar al actor 4.000.000 ptas. como consecuencia del accidente sufrido, teniendo en cuenta que aunque en los hechos probados no se dice que quien encargó que se cargara la caseta sin desmontarla fuera encargado de la empresa, sí consta que "indicó" que realizara el trabajo, asumiendo de hecho, como presumiblemente lo venía haciendo, la jefatura de la obra en aquellas circunstancias, pues era el delegado del empresario, ya que existía una diferencia jerárquica puesto que el actor era albañil oficial de segunda, y el ordenante albañil oficial primera, debiendo justificar la empresa que niega la

condición de encargado de la obra, quién asume dicha función. Añade la Sala que el hecho de que el actor asumiera por economía de trabajo la carga sin desmontar de la caseta metálica, no implica que se pueda eximir de responsabilidad a la empresa, al tratarse de un supuesto de concurrencia causal y no de responsabilidad única de la empresa. Por último, señala la Sala que a diferencia del recargo, no es preciso en reclamación de indemnización de daños y perjuicios, alegar la vulneración de una norma específica, sino el incumplimiento de las obligaciones generales de diligencia conforme a criterios de común apreciación, como serían el no cargar un peso que puede exceder de las posibilidades físicas de quienes pretenden levantarlo, con el resultado que se hizo efectivo de lesiones.

El examen de ambas sentencias pone de relieve la inexistencia de contradicción. En efecto, no cabe apreciar la existencia de contradicción entre las resoluciones comparadas en los términos del artículo 219 LRJS, por cuanto que en la sentencia recurrida lo que consta es que el supervisor de línea comprobó que los trabajos se realizaban con la máquina parada, siendo después cuando uno de los trabajadores propuso continuar la limpieza con la máquina en marcha, continuando el trabajo el actor. Por el contrario, en la sentencia de contraste no consta que existiera un supervisor que comprobara que los trabajos se ejecutaban conforme a lo ordenado por la empresa, ya que un trabajador que ostentaba la categoría de oficial 1ª es el que indicó que se cargara la caseta metálica sin desmontarla, siendo el trabajador accidentado oficial 2ª. En atención a ello es por lo que en la sentencia de contraste se condena a la empresa a indemnizar al trabajador, al entender la Sala que la empresa tiene que asumir las consecuencias de las órdenes de las personas que asumen las funciones de encargado de la obra (puesto que no ha probado que existiera otro), mientras que en la sentencia recurrida se exime de la indemnización, teniendo en cuenta que los trabajadores estaban formados e informados de los riesgos, y además que la empresa tenía un protocolo de actuación según el que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada.

Además de las reseñadas diferencias fácticas que, en todo caso, impiden la contradicción, debe tenerse en cuenta, por un lado, que la sentencia recurrida en ningún momento se pronuncia sobre el posible efecto de cosa juzgada que la parte ahora alega su inexistencia en casación unificadora, y sobre el que la sentencia de contraste tampoco

se pronuncia; y, por otro, que la recurrente construye el recurso sobre hechos que no constan probados, y respecto de los que reconoce que aunque se solicitó la modificación, ésta no fue aceptada por la Sala, indicando incluso (folio 3 del escrito de interposición) que "los hechos de comparación entre la sentencia recurrida y las sentencias de contraste serán no solo los que se indiquen dentro del apartado de "hechos probados" sino también los hechos o afirmaciones de hechos que se contengan en los fundamentos de derecho y los que se haya intentado la revisión pero que fueron rechazados por la Sala de suplicación exclusivamente por considerarlos irrelevantes y que ofrecen prueba avalatoria [extremo sobre el que el Tribunal Supremo puede entrar complementando el relato de hechos probados de la instancia]" .

En definitiva, la parte recurrente lo que pretende es que esta Sala proceda a revisar los hechos probados o valorar nuevamente la prueba, lo que no es posible, ya que la Sala ha señalado con reiteración que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba (SSTS de 14 de marzo de 2001 (R. 2623/2000), 7 de mayo de 2001 (R. 3962/1999), 29 de junio de 2001 (R. 1886/2000), 2 de octubre de 2001 (R. 2592/2000), 6 de marzo de 2002 (R. 2940/2001), 30 de septiembre de 2002 (R. 3828/2001), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 25 de septiembre de 2008 (R. 1790/07), 23 de febrero de 2009 (R. 3017/07), 22 de diciembre de 2010 (R. 1344/10) y 12 de abril de 2011 (R. 3169/10) pues «es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, como se desprende de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral , y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta» (SSTS de 9 de febrero de 1993 (R. 1496/1992), 24 de abril de 2007 (R. 107/2006), 29 de mayo de 2007 (R. 429/2006), 2 de julio de 2007 (R. 1251/2006), 25 de septiembre de 2007 (R. 3137/2006), 5 de diciembre de 2007 (R. 3071/2006), 17 de junio de 2008 (R. 67/2007), 30 de junio de 2008 (R. 1385/2007), 30 de junio de 2008 (R. 2639/2007), 17 de julio de 2008 (R. 2929/2007), 15 de diciembre de 2008 (R. 178/2008), 29 de enero de 2009 (R. 476/2008), 23 de febrero de 2009 (R. 3017/2007),

2 de febrero de 2010 (R. 2033/09), 27 de septiembre de 2011 (R. 4299/2010) y 5 de diciembre de 2011 (R. 905/2011).

TERCERO.- En el segundo motivo de recurso, se alega infracción de los artículos 1101 al 1108 CC y arts. 14 a 19 LPRL. Para viabilizar el recurso invoca como sentencia de comparación la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 4769/2008), que estima parcialmente el recurso interpuesto por el actor y condena solidariamente a la UTE formada por diversas empresas y a sus respectivas aseguradoras, al abono de correspondiente indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo.

En dicha sentencia, resultan relevantes los siguientes hechos: 1) El accidentado había estado realizando la instalación eléctrica en el interior del hueco de la plataforma de montaje del ascensor, que se accionaba con una botonera interior de subida y bajada, sin que existiera botonera exterior. 2) Tras terminar la instalación interior dejaron cerradas las puertas de acceso a la plataforma, y unos empleados de otra empresa preguntaron al trabajador accidentado y a su encargado si habían finalizado sus trabajos, a lo que el encargado respondió que sí. 3) Posteriormente el encargado dio instrucciones al trabajador para que continuase su trabajo en el exterior de la plataforma de montaje, instalando las pantallas de luz sobre la puerta del futuro ascensor. La puerta que accedía a la plataforma de montaje estaba abierta y el trabajador introdujo el brazo izquierdo en el hueco de la plataforma, que en este momento estaba siendo utilizada por los operarios de la otra empresa. Al subir la plataforma le seccionó el brazo. 4) El trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total cualificada.

Solicitaba en esta sentencia referencial el recurrente la nulidad de la sentencia de instancia por entender que violaba la tutela judicial la apreciación efectuada de la cosa juzgada, aun en su efecto positivo, en la medida en que en el pleito sobre recargo de prestaciones no se resolvió sobre la existencia o no de responsabilidad civil con la concurrencia de sus requisitos propios, sino solamente sobre el recargo de prestaciones por la violación de medidas de seguridad. La Sala se remite a doctrina propia anterior que rechaza la inexistencia de vinculación del proceso por responsabilidad civil respecto de la declaración previamente efectuada de inexistencia de falta de medidas de

seguridad, y, en consecuencia, la aplicación de la excepción de cosa juzgada, por ser el recargo independiente y compatible con la indemnización por daños. No obstante todo ello, señala que en el presente caso, la apreciación del efecto positivo de la cosa juzgada no puede conllevar de nuevo su nulidad. Añade la Sala que conforme a la doctrina general sobre responsabilidad contractual, se exigen como requisitos para su existencia la de un acto doloso o imprudente, un resultado dañoso y una relación de causalidad adecuada entre el acto y el resultado en orden a la producción del mismo. Y la cuestión debatida en el presente caso es, pues, si existió culpa o negligencia en la actividad de la contratista y las empresas principales en el hecho que produjo el accidente, que por relación de causalidad dé lugar a indemnización de los perjuicios solicitados, entendiendo la Sala que existe relación de causalidad entre el acto y el daño, por lo que existe responsabilidad civil por los daños causados y ha de condenarse a las empresas codemandadas por la negligencia en la forma de controlar el trabajo, eminentemente peligroso, realizado por su cuenta, en calidad de empleadora y empresas principales, así como en los respectivos límites, a las aseguradoras.

No puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya que si bien en ambos casos se trata de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo, en los que se analiza lo resuelto en una sentencia anterior relativa al recargo de prestaciones de Seguridad Social derivado del mismo accidente, existen notables diferencias que obstan a la contradicción, ya que en la sentencia recurrida se analiza la existencia de responsabilidad empresarial o no en el procedimiento sobre indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, como por otra parte se hizo en la sentencia que resolvió sobre el recargo, aludiendo la Sala a dicha sentencia pero no para aplicar el efecto de cosa juzgada, sino para fundamentar, a mayor abundamiento, su conclusión, a la vista de los hechos que constan probados del incumplimiento de medidas de seguridad por parte de la empresa; por el contrario, en la sentencia de contrate, la sentencia sobre el recargo excluyó la violación de preceptos reglamentarios pero no analizó la existencia de culpa empresarial, que es lo que se analizó posteriormente en el procedimiento de

indemnización por daños y perjuicios en que a la vista de los hechos que constan probados, la Sala entiende que se incumplieron medidas de seguridad por lo que procede imponer la responsabilidad de las empresas en la indemnización.

Dichas diferentes conclusiones que derivan en que en la sentencia recurrida se exima a la empresa de responsabilidad y se imponga en la de contraste, proceden además de la existencia de diferentes hechos probados, ya que en la sentencia recurrida lo que consta es que los trabajadores estaban formados e informados de los riesgos, además de que la empresa tenía un protocolo de actuación de que la limpieza del rodillo tenía que hacerse con la máquina parada, habiendo comprobado el supervisor que los trabajos se realizaban en dichas circunstancias, siendo posteriormente cuando uno de los trabajadores indicó que se realizaran los trabajos con la máquina en funcionamiento sin que los otros objetaran nada, mientras que en la sentencia de contraste lo que consta tras la modificación de hechos probados, es que tras terminar la instalación eléctrica en el interior del hueco de la plataforma de montaje del ascensor, otros empleados de otra empresa preguntaron al trabajador accidentado y a su encargado si habían finalizado los trabajos, a lo que el encargado respondió que sí, dando posteriormente instrucciones el encargado al trabajador para que continuase su trabajo estando la plataforma de montaje abierta, introduciendo el accidentado el brazo en el hueco de la plataforma que en ese momento estaba siendo utilizada por los operarios de otra empresa.

Tales diferencias impiden que pueda prosperar el motivo y con él, la totalidad del recurso, por lo que, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe, procedería la inadmisión del recurso que, en este trámite, comporta su integra desestimación.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Anibal , representado y asistido por el letrado D. Agustín López Anadón. 2) Confirmar la sentencia dictada el 12 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 4117/2013, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Granollers, de fecha 7 de mayo de 2012 , recaída en autos núm. 389/2007, seguidos a instancia de D. Anibal , contra Freudenberg Telas Sin Tejer, SA; ADECCO T.T., SA, Empresa de Trabajo Temporal; Axa Aurora Ibérica, SA de Seguros y Reaseguros y Zurich España Compañía de Seguros, SA, sobre reclamación de cantidad. 3) No efectuar ninguna imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- El día 30 de diciembre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 582/2013 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, en los autos nº 1277/2010, seguidos a instancia de Don Gema contra las empresas "Agio TT Gestores de Empleo ETT, S.A." y "Taller de Cartón, S.A." y las aseguradoras "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros" y "Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." sobre procedimiento de responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: " Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la Letrado D./Dña. José Javier Donate Valera, en nombre y representación de D./Dña. Gema , contra la sentencia de fecha 08/10/2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid en sus autos número Demanda 1277/2010, seguidos a instancia de D./Dña. Gema frente a Taller del Cartón SA, Allianz CIA de Seguros y Reaseguros SA, Agio ETT Gestores de Empleo ETT SA y Axa Seguros Generales SA, y en consecuencia, debemos confirmar y

confirmamos la sentencia de instancia. Sin hacer expresa declaración de condena en costas”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 8 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: " Primero.- La demandante Doña Gema con DNI nº NUM000 , nacida el NUM001 .1967, trabajadora de la empresa de trabajo temporal Agio TT Gestores de Empleo ETT SA (anteriormente denominada Agio ETT SA) suscribió tres contratos de trabajo para prestar servicios en la empresa usuaria Taller del Cartón SA para el puesto de trabajo de manipuladora:-un primer contrato el 21.02.2005 de obra o servicio determinado para la 'Campaña para la elaboración de expositores del cliente Telefónica'.-un 2º contrato el 22.08.2005 bajo la misma modalidad contractual para 'Campaña cliente Rotoatlántica'.- el 19.09.2006 de un contrato de trabajo de puesta a disposición en la modalidad de obra o servicio 'campaña para cliente BMW'. La demandante el día 15.06.2007 sufre un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo, a consecuencia del que la Dirección Provincial del INSS le declara en junio de 2009 en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peón manipuladora, con base reguladora de 860,29 euros y porcentaje de pensión en el 55% .El salario percibido por la trabajadora ascendía a 996,76 euros/mes con prorrateo de pagas y la relación laboral se extinguió el 31.10.2008 por fin de servicio. (Folios nº 444 a 460, 836 a 862, 902 a 909, 969 a 971 de autos).Segundo.- La empresa usuaria se dedica a la actividad de fabricación y diseño de todo tipo de material de cartón, en el momento de producirse el accidente el 15.06.2007 alrededor de las 15:00 h, la demandante desarrollaba sus funciones en una máquina contra coladora Tüinkers -que poseía Informe de adecuación de 06.09.2002 conforme al RD 1215/97 realizada por la empresa Entecoi SL-.Máquina que constaba de unos rodillos que prensan el cartón, disponiendo por delante de los rodillos, a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm, de una placa de metal de protección, cuando ocurrió el accidente en la maquina estaban trabajando 4 personas, distribuidas: -Un oficial.-Dos (una de ellas la demandante) los plegaban y lo introducían en la máquina para su prensado.-Otra estando detrás de la máquina recogía la pieza terminada.(Folios nº 955 a 962, 1057 de autos y Testifical de).Tercero.- El puesto de trabajo de Manipulado estaba evaluado por la sociedad de

prevención de riesgos laborales Fremap para los puestos entre otros de manipulado y contra colado: Evaluación que formaba parte como Anexo al contrato de puesta a disposición, el citado anexo contiene la ficha de información de prevención, el citado anexo contiene la ficha de información de prevención de riesgos laborales, en cuyo punto 1 Bajo el título de 'Breve descripción de las tareas' figura que además de las operaciones generales que se realizan en el puesto de manipulado (mover material, encintar, colocar los productos en cajas, etc.) los ' Operarios del manipulado trabajan como ayudantes de contra colado'. En el Informe de Investigación de cómo se produjo el accidente elaborado por la sociedad de Prevención FREMAP constan los siguientes datos: El 15.06.2007 la trabajadora sin que se conozca la causa -se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección alcanzándola los rodillos la mano y quedando atrapada. La máquina posee a cada lado de la misma unos botones para parar la misma en casos de emergencia, un trabajador paró la máquina y la trabajadora comenzó a tirar de su mano para sacarla de entre los rodillos pero como la abertura era muy pequeña, los trabajadores tuvieron que subir los rodillos al máximo pero aun así no era suficiente por lo que tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo. El perito de la parte actora ha elaborado el informe por él aportado partiendo del Informe de investigación del accidente elaborado por FREMAP.(Folios nº 826 a 832, 876 a 897, 910 a 924, 941 a 954, 956 a 962, 972 a 991, 992 a 994, 1000 a 1019, 1020 a 1025 de autos, pericial practicada a instancia de la parte actora).Cuarto.- La Inspección de Trabajo, tras denuncia de la actora emite Informe el 26.10.2010, manifiesta que realiza visita al centro de trabajo el 09.06.2010, dos años después del accidente comprobando que la máquina que causó el accidente ya no está en el centro de trabajo, según las manifestaciones de los representantes de la empresa como de los Delegados de Prevención. Que en cuanto a la máquina causante del accidente se comprueba documentalmente que disponía de declaración de Conformidad al RD 1215/97 (nº de Informe SM-02-00798-2) realizada por la empresa Entecoi SL en fecha 06.09.2002.(Folios nº 964, 965, 1029 de autos).Quinto.- La demandante había recibido de su empleadora AGIO ETT SA la formación e información de Prevención de riesgos laborales referidas a las tareas de manipulado exigida para desempeñar las tareas correspondientes al citado puesto de trabajo. En la empresa usuaria los trabajadores con

categoría de Oficiales dan la formación a los manipuladores para el uso de la máquina contra coladora, como así efectúo la oficial Clemencia con la demandante.(Folios nº 863 a 875, 898 a 901, 995 a 999 de autos y Testifical de la citada practicada a instancia de la empresa usuaria). Sexto.- Agio TT Gestores de Empleo SA en el periodo 08.08.2006 a 08.08.2007, es decir, en la fecha de ocurrencia del accidente era titular de una póliza de seguro con AXA Seguros SA con cobertura entre otras, de las responsabilidades civiles de explotación y patronal con un límite máximo de indemnización por siniestro y año de 600.000 euros y sub-límite por víctima (todas las coberturas) de 150.000 euros 'cantidad que el asegurador se compromete a satisfacer, como máximo, por cada una de las víctimas del siniestro', con franquicia general (aplicable por siniestro a los daños materiales, personales y todos los gastos) de 300 euros; póliza que entre las condiciones establece respecto del ámbito temporal que 'La presente póliza ampara los daños ocurridos durante la vigencia de la misma y reclamados durante esos mismo periodo o en el plazo máximo de 1 año a contar desde la terminación de la última de sus prórrogas o, en su defecto, de su periodo de duración, así como desde la anulación o rescisión de la póliza'. El 07.06.2007 Agio comunicó su decisión de anulación de la póliza a partir del próximo vencimiento día 08.08.2007. Taller del Cartón SA suscribió una póliza de seguro con Allianz SA con duración desde 01.04.2007 a 16.03.2008 con descripción de los riesgos cubiertos entre los que incluye la responsabilidad civil de explotación por actuación de sus empleados....etc y responsabilidad civil patronal, es decir, la que para el asegurado resulte de lesiones o muerte sufridas por sus empleados a su servicio como consecuencia de un accidente de trabajo que reúna las características que en la póliza se detallan: -Incumplimiento por el asegurado de alguna obligación en materia de seguridad.-Relación directa de causalidad entre la medida de seguridad y el accidente.-Existencia de un procedimiento sancionador previsto en el art 123 LGSS (Folios nº 1030 a 1050 y 1080 a 1095 de autos). Séptimo.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Navacarnero en Diligencias Previas 460/08 iniciadas en virtud de denuncia de la demandante de fecha 15.10.2007 en las que figuran las diversas declaraciones de los representantes de la empresa empleadora y de trabajadores de la usuaria ha dictado Auto el 18.04.2012 de sobreseimiento de las actuaciones y actuación judicial que incluye el Informe Forense cuyo contenido se da aquí por reproducido.(Folio nº 331, 461 a 593 a 600, 601, 825, 1077, 1078 de

autos).Octavo.- La demandante con anterioridad al accidente ya había trabajado en dicha máquina, en concreto cuando ocurrió el accidente llevaba una semana realizando la misma función; la demandante al igual que los demás trabajadores con categoría de manipuladores eran formados en la empresa por los oficiales, en concreto la demandante fue formada por D^a Clemencia ; en el momento del accidente había 4 operarios trabajando en la maquina: un oficial echando el pliego, dos manipuladoras (la actora) una frente a la otra pegando y otra detrás recogiendo el producto. La máquina tiene una protección metálica que estaba puesta cuando ocurrió el accidente, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego; a su vez, la máquina está provista de 2 botones laterales para en caso de emergencia pararla, en el momento del accidente la máquina fue parada por D^a Milagrosa. Tras el accidente la máquina ha sufrido cambios pero los rodillos continúan usándose en la empresa, habiendo pasado inspecciones y revisiones. (Testifical de D Julián, practicada a instancia de la trabajadora, y de D.^a Amalia, de Juliana, de Milagrosa practicadas a instancia de la empresa taller del cartón SA). Noveno.- Mutua Fremap ha abonado a la demandante la prestación de incapacidad temporal en régimen de pago delegado a través de la empresa por un importe de 10.245,82 euros, y cuantía igual a la prestación de desempleo en pago directo por Fremap en importe de 4.941,64 euros, totalizando 15.187,46 euros. Además: -860 euros por desplazamientos desde su domicilio a las clínicas.-300 euros de carácter graciable.-86.752 euros ingresados en TGSS a favor de la trabajadora en concepto de capital coste renta de la IPT.(Folio n° 350 de autos).Décimo.- La trabajadora tras el accidente acredita las siguientes situaciones de alta en el sistema de la Seguridad Social como empleada de la Consejería de Educación de la CAM:-16.11.2009 a 09.12.2009.- 10.02.2010 a 02.03.2010.-06.03.2010 a 28.07.2010.-23.09.2010 a 18.08.2012.- 03.09.2012 en adelante. Prestación de servicios en la que la trabajadora percibe un salario mensual de 1000 euros.(Interrogatorio de la demandante a instancia de la empresa usuaria y vida laboral emitida por la TGSS).Undécimo.- Se ha celebrado el intento conciliatorio previo.(Folio n° 11 de autos) ".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y de falta de acción, y desestimando la demanda interpuesta por DOÑA Gema frente a Agio TT Gestores de Empleo ETT SA

(anteriormente denominada Agio ETT SA), empresa usuaria Taller del Cartón SA, Axa Seguros SA y Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros SA, absuelvo a las citadas empresas de la reclamación frente a las mismas formulada en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido el 15.06.2007 ".

TERCERO.- Por el Letrado Don José Javier Donate Valera, en nombre y representación de Doña Gema, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 4-octubre-2013 (rollo 416/2013). SEGUNDO.- Por el cauce procesal del art. 207.e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, alega infracción de los arts. 1101, 1104, 1106 y 1183 del Código Civil, en relación con los arts. 4.2.d) y 19.1 y 4 del Estatuto de los Trabajadores (ET); arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 24 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 18 de julio de 2014, se admitió a trámite el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del mismo a la parte recurrida, las empresas "Agio TT Gestores de Empleo ETT, S.A.", representada y defendida por la Letrada Doña M^a Jesús González Martín y "Taller de Cartón, S.A.", representada por la Procuradora Doña M^a Teresa Abad Salcedo y las aseguradoras "Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros", representada por la Procuradora Doña Andrea Dorremochea Guiot y "Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.", representada por la Procuradora Doña M^a Teresa Abad Salcedo para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar la improcedencia del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 17 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar. Se han cumplido en la

tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia por acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar el alcance de la responsabilidad de los deudores de seguridad, las atenuaciones existentes para la exigencia de culpa, el grado de diligencia exigible al deudor de seguridad y como debe probarse o acreditarse haberse agotado la diligencia exigible y a quien incumbe la carga de la prueba.

SEGUNDO.- 1.- La sentencia recurrida (STSJ/Madrid 30-diciembre-2013 -rollo 582/2013) rechaza el recurso de suplicación la trabajadora accidentada, ahora recurrente en casación unificadora, confirmando la sentencia de instancia (SJS/Madrid nº 10 de fecha 8-octubre-2012 - autos 1277/2010) que desestimó la demanda en la que se pretendía una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido en fecha 15-06-2007.

2.- En los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, se parte, en esencia, de que:

a) La demandante era trabajadora de ETT codemandada y suscribió tres contratos de trabajo para prestar servicios en la empresa usuaria codemandada para el puesto de trabajo de manipuladora (HP 1º);

b) El día 15-06-2007 sufre un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo, a consecuencia del que se le declara en junio de 2009 en situación de IPT para su profesión habitual de peón manipuladora ((HP 1º), contando en el informe médico forense del Juzgado de instrucción, -- obrante a folio 330 de las actuaciones cuyo contenido se da por reproducido en el HP 7ª --, que las lesiones que sufrió la trabajadora a consecuencia del accidente fueron las consistentes en " herida abierta de codo, herida abierta de muñeca complicada, herida abierta de antebrazo complicada, lesión por aplastamiento de codo y antebrazo, úlcera crónica de la piel ";

c) La empresa usuaria se dedica a la actividad de fabricación y diseño de todo tipo de material de cartón, en el momento de producirse el accidente la demandante desarrollaba sus funciones " en una máquina contra coladora Tünkers -que poseía Informe de adecuación de 06.09.2002 conforme al RD 1215/97 realizada por la empresa E.... " (distinta de la constructora de la máquina), máquina que constaba de unos rodillos que prensan el cartón, disponiendo por delante de los rodillos, a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm., de una placa de metal de protección, cuando ocurrió el accidente en la maquina estaban trabajando 4 personas (HP 2º);

d) " El puesto de trabajo de Manipulado estaba evaluado por la sociedad de prevención de riesgos laborales Fremap para los puestos entre otros de manipulado y contra colado: Evaluación que formaba parte como Anexo al contrato de puesta a disposición " (HP 3º);

e) " En el Informe de Investigación de cómo se produjo el accidente elaborado por la sociedad de Prevención Fremap constan los siguientes datos: El 15.06.2007 la trabajadora sin que se conozca la causa -se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección alcanzándola los rodillos la mano y quedando atrapada. La máquina posee a cada lado de la misma unos botones para parar la misma en casos de emergencia, un trabajador paró la máquina y la trabajadora comenzó a tirar de su mano para sacarla de entre los rodillos pero como la abertura era muy pequeña, los trabajadores tuvieron que subir los rodillos al máximo pero aun así no era suficiente por lo que tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo " (HP 3º);

f) " La Inspección de Trabajo, tras denuncia de la actora emite Informe el 26.10.2010, manifiesta que realiza visita al centro de trabajo el 09.06.2010, dos años después del accidente comprobando que la máquina que causó el accidente ya no está en el centro de trabajo ...Que en cuanto a la máquina causante del accidente se comprueba documentalmente que disponía de declaración de Conformidad al RD 1215/97 ...realizada por la empresa E... en fecha 06-09-20012 " (HP 4º);

g) " La demandante había recibido de su empleadora AGIO ETT SA la formación e información de Prevención de riesgos laborales referidas a las tareas de

manipulado exigida para desempeñar las tareas correspondientes al citado puesto de trabajo " (HP 5°); y

h) " La demandante con anterioridad al accidente ya había trabajado en dicha máquina, en concreto cuando ocurrió el accidente llevaba una semana realizando la misma función; la demandante al igual que los demás trabajadores con categoría de manipuladores eran formados en la empresa por los oficiales, en concreto la demandante fue formada por D^a ...; en el momento del accidente había 4 operarios trabajando en la maquina: un oficial echando el pliego, dos manipuladoras (la actora) una frente a la otra pegando y otra detrás recogiendo el producto " y " La máquina tiene una protección metálica que estaba puesta cuando ocurrió el accidente, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego; a su vez, la máquina está provista de 2 botones laterales para en caso de emergencia pararla, en el momento del accidente la máquina fue parada por D^a ... Tras el accidente la máquina ha sufrido cambios pero los rodillos continúan usándose en la empresa, habiendo pasado inspecciones y revisiones " (HP 8°).

3.- La sentencia de instancia parte de la base que la carga de la prueba del incumplimiento empresarial incumbía a la trabajadora demandante, con expresa invocación del art. 217 LEC , lo que no había logrado demostrar (" deberá analizarse si en el presente supuesto la demandante ha acreditado - art. 217 nº 2 de LEC - que en la relación laboral mantenida con la usuaria a través de su empleadora, éstas hubiesen incurrido en alguna falta de cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al ET, Ley de Prevención de Riesgos Laborales y demás disposiciones de aplicación ... " -FD 2°) y se apoya para llegar a tal conclusión, entre otros, en el informe de investigación emitido por la sociedad de prevención, a cuyos folios expresamente se remite, y, del mismo, es dable destacar que la perito, aunque no se refleje íntegramente en los hechos probados, afirma que " el accidente se produjo en la última hora de la jornada de trabajo del viernes por lo que puede ser que la trabajadora presentara fatiga mental y física como consecuencia del trabajo realizado durante la semana ", que " según refiere la empresa el accidente pudo producirse como consecuencia de una distracción o falta de atención

por parte de la accidentada " y " por no respetar la limitación impuesta por la protección fija, al introducir la mano por debajo de la misma ".

4.- La sentencia de suplicación confirmatoria de la de instancia, sobre la responsabilidad empresarial aplica la tesis que denomina culpabilista, señalando que la << responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 Código Civil], por concurrir culpa o negligencia empresarial y que, en consecuencia, precisa de la concurrencia de esa culpa en el agente y sea causa del daño, entendida por la jurisprudencia en los siguientes términos "... en sentencia de 2 de febrero 1998 (recurso 124/97) afirmando que "en el ámbito de actuación empresarial que es objeto de examen (es decir, el del citado artículo 97.3), la responsabilidad del empresario (responsabilidad llamada civil y depurada en el marco de la Jurisdicción Social), con fundamento en la cual pueda hacerse efectiva la indemnización postulada en la demanda, es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional" ... >>. Concluyendo que si la máquina era la adecuada y la trabajadora había recibido la correspondiente formación e información no existía base para la exigencia de la responsabilidad por daños, afirmando que << En el presente caso tenemos un supuesto en que se produce un accidente como consecuencia del uso por la trabajadora de una máquina profesional puesta a su disposición, como instrumento de trabajo, por el empleador. La responsabilidad empresarial puede establecerse desde dos perspectivas alternativas, en disyunción, exclusiva, bien por el dato objetivo de deficiencias, de cualquier índole, en la máquina, bien desde el subjetivo de la deficiente información y formación al trabajador -en ambos supuestos con nexo de causalidad entre la deficiencia y el accidente-. Pues bien, se establece en la sentencia que no existía deficiencia alguna en la máquina, adecuada y coherente con el trabajo, que estaba evaluada a estos efectos, por la sociedad de prevención de riesgos laborales Fremap ... y que la actora había recibido la correspondiente formación e información de prevención de riesgos laborales para las tareas de manipulado que realizaba ..., tareas que además ya había realizado antes del accidente No hay base para establecer la responsabilidad civil que se pretende >>.

TERCERO.- 1.- En la sentencia que se invoca como contradictoria (TSJ/Aragón 4-octubre-2013 -rollo 416/2013) por la trabajadora accidentada recurrente se analiza un

supuesto en el que también la máquina en la que se produjo el accidente estaba homologada (" A la fecha del accidente la máquina constaba de las medidas de seguridad y no presentaba anomalías " - HP 4), el trabajador había recibido la correspondiente formación ("El actor recibió curso de formación de su puesto de trabajo y equipo de protección individual para evitar los riesgos de su puesto de trabajo " -HP 2) y, a pesar de ello, como en el caso enjuiciado acontece, pudo introducir la mano y el brazo en la máquina ("El día 5-03-2.008, el actor se encontraba realizando las funciones propias de su oficio cuando en un momento determinado la máquina trituradora se atascó con una astilla de madera de un metro de largo aproximadamente. El actor apagó la máquina para sacar la astilla, pero al sobresalir un trozo, encendió de nuevo la máquina y con la ayuda del brazo derecho la intentó sacar, pero no pudo hacerse con ella y la cinta transportadora succionó la madera y el brazo " y como consecuencia el trabajador " sufrió lesión consistente en fractura de tercio medio de cubito y radio derechos " -HP 7 y 8). En ella se afirma que " Consta acreditado, en el relato fáctico de la sentencia de instancia, que la máquina que el trabajador manejaba -con un mando a distancia- contaba con medidas de seguridad y no presentaba anomalías, y resulta evidente la imprudencia del trabajador al poner nuevamente en marcha la máquina, volviendo a situar en su lugar la llave de contacto y conectando la batería, con el resultado del atrapamiento la parte de la astilla de madera que sobresalía y de su propio brazo, en lugar de continuar desatascándola en la situación anterior de paro, con la llave de contacto retirada y la batería desconectada. Pero tal imprudencia no determina, por sí sola, la producción del resultado dañoso " y afirmando aplicar la nueva doctrina jurisprudencial social establecida en la STS/IV 30-junio-2010 (rcud 4123/2008), -- en la que se establece, en esencia, que la deuda seguridad determina que actualizado el riesgo, para enervar responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de exigencias reglamentarias y que no incurre en responsabilidad cuando resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario, pero en estos casos también corresponde a empresario acreditar concurrencia posible causa exoneración --, establece que << No cabe sino concluir, respecto a la existencia o no de responsabilidad contractual por parte de las empresas demandadas, que estas no han acreditado haber

agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias respecto de la deuda de seguridad. Resulta inadmisibles la posibilidad de que la máquina trituradora de madera que el actor manejaba estuviera desprovista de un mecanismo de seguridad que impidiera de forma total y absoluta su puesta en marcha tanto en el momento de producirse un atasco del material a triturar cuanto la posibilidad de su reinicio sin haber sido solucionado satisfactoriamente el atasco. Si la labor de actor era vigilar el funcionamiento de la máquina y solucionar los atascos, se deriva evidente la repetición o habitualidad de estos. Habitualidad que imponía la adopción de medidas de seguridad no previstas; en suma el empleador -los demandados- no evaluaron correctamente los riesgos, no evitaron lo evitable y no protegieron frente al riesgo detectable y no evitable >>.

2.- Concorre, por lo expuesto, el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 219.1 LRJS , para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues partiendo de hechos análogos las consecuencias jurídicas a que han llegado las sentencias objeto de comparación han sido distintas al aplicar distintas tesis sobre el alcance de la responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y sobre la carga de la prueba; por lo que procede entrar a conocer del recurso, invocando la recurrente, por el cauce procesal del art. 207.e) LRJS (" Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate "), infracción de los arts. 1101, 1104, 1106 y 1183 Código Civil, en relación con los arts. 4.2.d) y 19.1 y 4 ET y de los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 24 Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

CUARTO.- 1.- A partir de la STS/IV 30-junio-2010 (rcud 4123/2008), dictada en Pleno, -- en la que se fundamenta la sentencia de contraste, como se ha indicado --, se clarifica la anterior doctrina de esta Sala y se establecen las nuevas bases de la jurisprudencia, basadas en normas preexistentes del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Estatuto de los Trabajadores y normativa de prevención de riesgos laborales, reconociendo que << Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101 , 1.103 y 1.902 CC . Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad

civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional» (SSTs 02/02/98 -rcud 124/97 ; 18/10/99 -rcud 315/99 ; 22/01/02 -rcud 471/02 ; y 07/02/03 -rcud 1648/02), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTs 18/07/08 -rcud 2277/07 ; 14/07 / 09 -rcud 3576/08 ; y 23/07/09 -rcud 4501/07), siquiera también en ocasiones se hayan efectuado afirmaciones más próximas a la postura que en esta sentencia mantendremos (así, entre otras, las SSTs 08/10/01 -rcud 4403/00 ; y 17/07/07 -rcud 513/06) >>. Se razona, en esencia:

a) Sobre la deuda de seguridad, su contenido y consecuencias, que << El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [art. 4.2.d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene » [art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8/Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2 , 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (STS 08/10/01 -rcud 4403/00 , ya citada) >>; por lo que, derivadamente, << Existiendo ... una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC , que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia >>.

b) Respecto a las atenuaciones, que entiende notables, para la exigencia de culpa, señala que << No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral»de los trabajadores (art. 14.1 LPRL) >> y destacando, como punto esencial, que << La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias >>.

c) En orden a cómo debe probarse o acreditarse haberse agotado " toda " la diligencia exigible y a quien incumbe la carga de la prueba, se establece que << Sobre el primer aspecto [carga de la prueba] ha de destacarse la aplicación -analógica- del art. 1183 CC , del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv , tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta] >>.

d) Sobre el grado de diligencia exigible al deudor de seguridad se afirma su plenitud, razonándose que << Sobre el segundo aspecto [grado de diligencia exigible], la afirmación la hemos hecho porque la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2 , 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo; y también porque los imperativos términos con los

que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... deberá garantizar la seguridad ... en todo los aspectos relacionados con el trabajo ... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador»], que incluso parecen apuntar más que a una obligación de medios a otra de resultado, imponen una clara elevación de la diligencia exigible, siquiera -como veremos- la producción del accidente no necesariamente determine la responsabilidad empresarial, que admite claros supuestos de exención >>; añadiendo que << Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL)>>.

e) En cuanto a los supuestos de exención de responsabilidad del deudor de seguridad y la carga de la prueba de los hechos en que se fundamente, se interpreta que << el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente >>, sin que lo anterior comporte la aplicación << en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado >>.

2.- La expuesta doctrina jurisprudencial, -- como recuerdan, entre otras, las SSTs/IV 24-enero-2012 (rcud 813/2012) y 9-junio- 2014 (rcud 871/2012) --, se ha reflejado fielmente en la posterior y ahora vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10-octubre -LRJS), en cuyo el art. 96.2 se preceptúa que " En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la

producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”.

3.- La anterior doctrina se ha seguido en múltiples sentencias de esta Sala, entre otras, las SSTS/IV 18-mayo-2011 (rcud 2621/2010), 16-enero-2012 (rcud 4142/2010), 24-enero-2012 (rcud 813/2011), 30-enero-2012 (rcud 1607/2011), 1-febrero-2012 (rcud 1655/2011), 14-febrero-2012 (rcud 2082/2011), 18-abril-2012 (rcud 1651/2011), 25-abril-2012 (rcud 436/2011), 17-julio-2012 (rcud 1841/2011), 18-julio-2012 (rcud 1653/2011), 30-octubre-2012 (rcud 3942/2011), 5-marzo-2013 (rcud 1478/2012) o 27-enero- 2014 (rcud 3179/2012).

4.- En materia de deuda de seguridad y de las correlativas obligaciones de empresario y trabajador, ya se destacaba en la STS/IV 26-mayo-2009 (rcud 2304/2008) que << La propia normativa laboral parte de la diferente posición del trabajador frente al empresario en esta materia , pues no es el trabajador quien debe organizar el trabajo y se atribuye en exclusiva al empresario la "dirección y control de la actividad laboral" (art. 20 ET), imponiendo a éste el cumplimiento del "deber de protección" mediante el que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, -- e incluso, aunque concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, ello no le exime "del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona" (art. 14.2 y 4 LPRL) -- y, en suma, preceptuarse que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador" (art. 15.4 LPRL) >>, que << Es el empresario el que tiene la posición de garante ("empresario garante") del cumplimiento de las normas de prevención (arts. 19.1 ET y 14 LPRL) >> y que << El trabajador tiene también sus obligaciones, pero más matizadas y menos enérgicas: debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET), pero "según sus posibilidades", como dice expresamente el art. 29.1 LPRL . Tiene que utilizar correctamente los medios de protección proporcionados por el empresario, pero

el trabajador no tiene la obligación de aportar estos medios, ni de organizar la prestación de trabajo de una manera adecuada >>.

QUINTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado evidencia que el empresario, como deudor de seguridad, no ha cumplido con su obligación de proporcionar a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad e higiene al no acreditar ha adoptado " las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueren " para impedir el accidente, puesto que aunque el deudor de seguridad concierte con entidades especializadas en prevención complementaria, no protegió a la trabajadora " frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias ", no acreditando haber agotado " toda " la diligencia exigible, evidenciándose el " fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable] ".

2.- En efecto, de los inmodificados hechos declarados probados anteriormente referidos y en cuanto más directamente afecta a la forma de producirse el accidente, resulta que la trabajadora " sufre un accidente de trabajo con grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo " y, en concreto " herida abierta de codo, herida abierta de muñeca complicada, herida abierta de antebrazo complicada, lesión por aplastamiento de codo y antebrazo, úlcera crónica de la piel "; que estaba trabajando " en una máquina contra coladora Tüinkers -que poseía Informe de adecuación de 06.09.2002 conforme al RD 1215/97 realizada por la empresa E.... " (distinta de la constructora de la máquina) y que dicha máquina " constaba de unos rodillos que prensan el cartón, disponiendo por delante de los rodillos, a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm., de una placa de metal de protección " y " tiene una protección metálica que estaba puesta cuando ocurrió el accidente, existiendo bajo dicha protección una abertura para meter el pliego "; que la trabajadora " sin que se conozca la causa -se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección alcanzándola los rodillos la mano y quedando atrapada "; que " La máquina posee a cada lado de la misma unos botones para parar la misma en casos de emergencia, un trabajador paró la máquina "; y que los compañeros de trabajo de la accidentada " tuvieron que subir los rodillos al máximo pero aun así no era suficiente

por lo que tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo ".

3.- De tales datos fácticos es dable, como mínimo, deducir que el deudor de seguridad no ha acreditado haber adoptado las medidas de protección necesarias para impedir el accidente, puesto que:

a) Aunque fuera por lugar inadecuado (la abertura destinada a meter los pliegos de cartón), la actora pudo introducir la mano y al menos parte del brazo (" aplastamiento de codo y antebrazo ") por debajo de la protección y sin levantar la placa de metal de protección, ubicada a una distancia aproximada de unos 20 a 30 cm. de los rodillos, aprisionándole la mano los rodillos la muñeca, el antebrazo y el codo, y tras el accidente sus compañeros de trabajo " tuvieron que hacer palanca para separar los rodillos hasta que la trabajadora pudo sacar el brazo ";

b) La máquina no disponía de mecanismos no solo para impedir tal acceso de mano y brazo de los trabajadores sino tampoco para su detención automática cuando se atascara;

c) Aunque existían dos botones de detención manual de la máquina no se acredita que estuvieran en una ubicación adecuada para que la actora pudiera haberlos utilizado y se constata que fue uno de los compañeros de trabajo el que tuvo que parar la máquina; y

d) El motivo de la conducta de la trabajadora " se supone que para meter bien la pieza de cartón- introdujo la mano por debajo de la protección".

4.- De lo anterior procede, además, deducir que:

a) El tamaño de la abertura (que no consta probado, aunque las normas que luego indicaremos consideran que existe accesibilidad del brazo hasta la articulación del hombro si la abertura es $30 < e = 40$ mm) en relación con la distancia de seguridad mínima entre el resguardo fijo y la zona de peligro (rodillos) era menor (unos 20 a 30 cm.) que la recomendada en la sucesivas guías de buenas prácticas (entre otras, la NTP 552: protección de máquinas frente a peligros mecánicos: resguardos, en especial en su

apartado " Dimensionamiento de resguardos para impedir el alcance a través de aberturas en la protección ", que fija una distancia de unos 85 cm. si puede introducirse el brazo hasta la axila) publicadas en la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social o el contemplado en la reglas de la Unión Europea, entre otras, en la UNE-EN ISO 13857:2008 (" Seguridad de las máquinas. Distancias de seguridad para impedir que se alcancen zonas peligrosas con los miembros superiores e inferiores " - DOCE 22-08-2008 y BOE 15-01-2009) como derivadas del denominado <<Programa de Normalización Europea como soporte de la Directiva 98/37/CE "Seguridad de las máquinas" Modificada (Texto Refundido de la Directiva 89/392/CEE y sus modificaciones) y de la Nueva Directiva 2006/42/CE >>;

b) Aunque conste en los HPs 2º y 4º que la máquina en que aconteció el accidente disponía de una Declaración de conformidad al RD 1215/97 emitida por una empresa, distinta de la constructora de la máquina, en fecha 06-09-2002 (el AT aconteció en fecha 15-06-2007), de los propios HPs relativos a la forma de producirse el accidente se evidencia que existían fallos de seguridad ya que, de lo contrario, no se podría haber introducido por la abertura referida una parte del brazo de la trabajadora llegando su codo, que fue atrapado, hasta los rodillos; y, además, en el citado Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, la normativa que contiene se refiere a " las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo ".

c) No se ha acreditado que en el caso concreto que la máquina estuviera provista de dispositivos de parada de emergencia fácilmente accesibles por medio de los cuales el propio trabajador que utilizaba la máquina pudiera evitar situaciones peligrosas que puedan producirse de forma inminente o que se estén produciendo (Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas, reformado por el Real Decreto 56/1995, de 20 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, relativo a las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, sobre máquinas; y sustituidos, por el no vigente en la fecha de los hechos, Real Decreto

1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas).

SEXTO.- No es aceptable jurídicamente, conforme a nuestra jurisprudencia, el criterio sustentando en la sentencia recurrida para exonerar de responsabilidad para lo que le basta con que " no existía deficiencia alguna en la máquina, adecuada y coherente con el trabajo, que estaba evaluada a estos efectos, por la sociedad de prevención de riesgos laborales ... " unido a que " la actora había recibido la correspondiente formación e información de prevención de riesgos laborales para las tareas de manipulado que realizaba ..., tareas que además ya había realizado antes del accidente ", -- pues sin efectuar comparaciones con analogía a otro tipo de accidentes, como los de tráfico, en los que los vehículos están habitualmente homologados y los conductores disponen de permiso adecuado para su conducción y ello no impide la existencia de supuestos de responsabilidad por daños --, dado que, como se deduce de los diversos supuestos enjuiciados por esta Sala, si bien la trabajadora debe observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19.2 ET) " según sus posibilidades " (art. 29.1 LPRL), el deudor de seguridad debe efectuar una vigilancia idónea sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención, no tratándose de una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son efectivamente aplicados y que los concretos trabajadores han sido plenamente instruidos, ni basta con entregar equipos de protección u otros medios adecuados si no se vigila eficazmente su utilización tolerando su no empleo o su inadecuada utilización.

SÉPTIMO.- Finalmente, partiendo de los datos contenidos en los inalterados hechos probados y en los documentos a los que se remiten, no existe base fáctica para entender que ha concurrido una " fuerza mayor o caso fortuito " o el accidente se ha originado " por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario " que exoneraría de responsabilidad al deudor de seguridad, - aun dejando aparte que la carga de la prueba de la concurrencia de tal factor excluyente de la responsabilidad incumbía también a los deudores de seguridad (arg. ex STS/IV 30- junio-2010 y art. 96.2 LRJS)-, pues de haber existido imprudencia por parte del accidentado por utilizar unos instrumentos que

de ordinario no manejaba, no tiene la trascendencia suficiente para alcanzar la calificación de temeraria, pudiendo estar basada en la confianza en el exigible normal funcionamiento de tales instrumentos (arg. ex arts. 115.5.a LGSS ; SSTS/IV 30-junio-2010 y 27-enero-2014 , citadas; art. 96.2 LRJS); sin que ello obste, entendemos, que cuando se trate de exigencia de responsabilidad por daños puedan tenerse en cuenta para su determinación, en su caso, todas las circunstancias concurrentes (en especial, las relativas a las conductas de los implicados y a la forma de producirse el accidente y sus resultados) que pudieran incidir en la producción y gravedad del daño y en su reparación, fijando los adecuados criterios de moderación del importe indemnizatorio si procede.

OCTAVO.- Procede, por tanto, casar y anular la sentencia de suplicación impugnada, sin imposición de costas (art. 235.1 LRJS); y resolviendo el debate suscitado en suplicación debemos:

a) Con relación a la determinación de responsabilidad de los deudores de seguridad, de la doctrina expuesta se deduce que no se ha acreditado por los codemandados, empresa de trabajo temporal y empresa usuaria, " haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias ", lo que es predicable, por una parte, de la no justificación por la empresa de trabajo temporal de la existencia de una formación adecuada para el caso y trabajo concreto que le fue encomendado (información sobre los riesgos o sobre la " existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos " y " formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir " - art. 28.2 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales y " La empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo " art. 28.5 LPRL y art. 6 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero , sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal), para lo que no ha bastado con la formación teórica y práctica que consta efectuada; y por otra parte, tampoco se acredita el agotamiento de toda la diligencia exigible, por parte de la empresa usuaria, en la real utilización de una máquina, que aunque formalmente

pareciera idónea, no se detiene automáticamente cuando se atasca y que permite introducir, aunque sea por lugar inadecuado, hasta un brazo de la trabajadora sin detenerse. Concurso de incumplimientos y derecho de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal a " disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios " (art. 28.1 LPRL desarrollado por el RD 216/1999) que comporta la declaración de responsabilidad solidaria de las citadas empresas.

b) Con respecto a lo planteado por "AXA SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", llamada a juicio como aseguradora de "AGIO T.T. GESTORES DE EMPLEO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A.", procede su estimación y consecuente absolución, a la vista del contenido y alcance de la póliza suscrita entre dichas partes y de la fecha prevista para reclamaciones en la misma, la que fue denunciada expresamente por el asegurado sin reserva alguna y sin que le pusiera en comunicación el accidente acaecido en fecha 15-06-2007 hasta que no se amplió la demanda contra la aseguradora en el presente procedimiento en fecha 09-02-2012 (folio 332), tal como consta en el HP 6ª de la sentencia de instancia (" Agio TT Gestores de Empleo SA en el periodo 08.08.2006 a 08.08.2007, es decir, en la fecha de ocurrencia del accidente era titular de una póliza de seguro con AXA Seguros SA con cobertura entre otras, de las responsabilidades civiles de explotación y patronal con un límite máximo de indemnización por siniestro y año de 600.000 euros y sub-límite por víctima (todas las coberturas) de 150.000 euros 'cantidad que el asegurador se compromete a satisfacer, como máximo, por cada una de las víctimas del siniestro', con franquicia general (aplicable por siniestro a los daños materiales, personales y todos los gastos) de 300 euros; póliza que entre las condiciones establece respecto del ámbito temporal que 'La presente póliza ampara los daños ocurridos durante la vigencia de la misma y reclamados durante esos mismo periodo o en el plazo máximo de 1 año a contar desde la terminación de la última de sus prórrogas o, en su defecto, de su periodo de duración, así como desde la anulación o rescisión de la póliza'.- El 07.06.2007 Agio comunicó su decisión de anulación de la póliza a partir del próximo vencimiento día 08.08.2007 "), sin que la empresa de trabajo temporal asegurada en su escrito de impugnación del recurso de suplicación ni en el casación formule objeción alguna a tal pretensión, como

tampoco la trabajadora accidentada, a pesar del claro contenido del transcrito hecho declarado probado, lo que únicamente efectúa la empresa usuaria, lo que, sin embargo, no reproduce luego en la impugnación del recurso de casación, y, además, la trabajadora recurrente en el suplico de su recurso de casación únicamente parece pretender la condena de la aseguradora "ALLIANZ" (modificando el suplica de su recurso de suplicación claramente dirigido a ambas aseguradoras) sin referencia alguna a la problemática de la responsabilidad de "AXA", por lo que, dado el planteamiento procesal expuesto, debe ser absuelta la entidad "AXA".

c) Con respecto a lo planteado por la aseguradora "ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." en la impugnación de los recursos de suplicación y de casación, debe partirse de lo declarado probado en la sentencia de instancia e inalterado en suplicación consistente en que << Taller del Cartón SA suscribió una póliza de seguro con Allianz SA con duración desde 01.04.2007 a 16.03.2008 con descripción de los riesgos cubiertos entre los que incluye la responsabilidad civil de explotación por actuación de sus empleados....etc. y responsabilidad civil patronal, es decir, la que para el asegurado resulte de lesiones o muerte sufridas por sus empleados a su servicio como consecuencia de un accidente de trabajo que reúna las características que en la póliza se detallan: -Incumplimiento por el asegurado de alguna obligación en materia de seguridad.- Relación directa de causalidad entre la medida de seguridad y el accidente.-Existencia de un procedimiento sancionador previsto en el art 123 LGSS (Folios n° 1030 a 1050 y 1080 a 1095 de autos) >> (HP 6°), agrega dicha aseguradora (en impugnación al recurso de suplicación efectuado conjuntamente con la asegurada "Taller del Cartón, S.A. ") que la cantidad asegurada únicamente asciende por víctima a 90.000, con una franquicia de 300 , lo que se deduce del punto 3.3 de dicha póliza, por lo que debe ser estimado.

d) A efectos de determinar el importe de los daños y perjuicios sufridos, la trabajadora en su recurso de suplicación, y ahora en casación, insta la cantidad global de 433.351,83, más los intereses legales correspondientes, en su caso, los del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro. En su recurso de casación no hace alegación alguna para intentar contrarrestar las efectuadas de contrario en sus escritos de impugnación del recurso de suplicación. La empresa de trabajo temporal no efectúa alegación sobre el

tema indemnizatorio en su impugnación ni en suplicación ni en casación. La aseguradora "AXA" lo efectúa, pero no se tienen en cuenta sus alegaciones al haberse absuelto. Aunque en la impugnación del recurso de suplicación conjunto de " Taller del Cartón, S.A." y la aseguradora "ALLIANZ" se abordaba este tema, sin embargo en la impugnación de la casación no se hace referencia al mismo y se limitan a instar la confirmación de la sentencia de suplicación recurrida. Aun sin citarla, la trabajadora insta la aplicación del baremo existente en la fecha de presentación de la demanda (año 2010), contenido en la Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; conforme al mismo parece ajustado al referido baremo, como de hecho reconoce la empresa usuaria y su aseguradora en la impugnación a la suplicación, la cantidad de 129.111,56 €, por días de hospitalización, días de incapacidad sin hospitalización, 35 puntos de secuelas funcionales y 35 puntos de perjuicio estético, más el factor de corrección. De la cantidad económica que reclama por lucro cesante, la referida demandada, como máximo, le reconoce la cantidad de 54.910,19. Para resolver la cuestión hechos de limitarnos al contenido de los hechos declarados probados que pueden incidir sobre esta cuestión, en los que únicamente consta que la actora nació en fecha 26-04-1967, el accidente aconteció el día 15-06-2007, que sufrió " grave traumatismo por aplastamiento del miembro superior izquierdo, a consecuencia del que la Dirección Provincial del INSS le declara en junio de 2009 en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peón manipuladora, con base reguladora de 860,29 euros y porcentaje de pensión en el 55% " y que " El salario percibido por la trabajadora ascendía a 996,76 euros/mes con prorrata de pagas y la relación laboral se extinguió el 31.10.2008 por fin de servicio " (HP 1º), que " El Juzgado de Instrucción nº 2 de Navalcarnero en Diligencias Previas 460/08... ha dictado Auto el 18.04.2012 de sobreseimiento de las actuaciones y actuación judicial que incluye el Informe Forense cuyo contenido se da aquí por reproducido (Folio nº 331, 461 a 593 a 600, 601, 825, 1077, 1078 de autos) " (HP 7º), que " MUTUA FREMAP ha abonado a la demandante la prestación de incapacidad temporal en régimen de pago delegado a través de la empresa por un

importe de 10.245,82 euros, y cuantía igual a la prestación de desempleo en pago directo por Fremap en importe de 4.941,64 euros, totalizando 15.187,46 euros.- Además: -860 euros por desplazamientos desde su domicilio a las clínicas.- 300 euros de carácter graciable - 86.752 euros ingresados en TGSS a favor de la trabajadora en concepto de capital coste renta de la IPT " (HP 9º) y que " La trabajadora tras el accidente acredita las siguientes situaciones de alta en el sistema de la Seguridad Social como empleada de la Consejería de Educación de la CAM: - 16.11.2009 a 09.12.2009.- 10.02.2010 a 02.03.2010.- 06.03.2010 a 28.07.2010.- 23.09.2010 a 18.08.2012.- 03.09.2012 en adelante.- Prestación de servicios en la que la trabajadora percibe un salario mensual de 1000 euros " (HP 10º). De tales datos contenidos en los hechos probados, y dado el contenido procesal en que se ha planteado y desarrollado esta cuestión, no existe base para fijar en cantidad global superior a 184.021,75 € (129.111,56 + 54.910,19) la condena por daños y perjuicios, más los intereses legales (art. 1108 Código Civil) desde la fecha de presentación de la demanda, partiendo de lo expresamente reconocido por las referidas codemandadas y al no suministrarse en el presente litigio argumentos para fijar otro superior aplicando criterios de moderación teniendo en cuenta las conductas que han confluído y a la forma de producirse el accidente y sus resultados, que han quedado anteriormente expuestas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos en la forma expuesta el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Doña Gema , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 30-diciembre-2013 (rollo 582/2013), recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la referida trabajadora contra la sentencia de fecha 8-octubre-2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Madrid (autos 1277/2010), en procedimiento de responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo seguido a instancia de la citada recurrente contra las empresas "AGIO T.T. GESTORES DE EMPLEO EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, S.A." y "TALLER DEL CARTÓN, S.A." y las aseguradoras "AXA SEGUROS

GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" y "ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.". Casamos y anulamos la sentencia de suplicación impugnada, declarando la existencia de responsabilidad empresarial en la producción del accidente, sin imposición de costas; y, resolviendo el debate suscitado en suplicación absolvemos a la codemandada "AXA SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", limitamos la responsabilidad de "ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." a la cantidad de 90.000 € (con una franquicia de 300) y condenamos solidariamente a los codemandados no absueltos, con la limitación de la aseguradora indicada, a abonar a la trabajadora demandante la cantidad de 184.021,75 € más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2014

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de octubre de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 13 de Barcelona dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de Falta de Litisconsorcio Pasivo necesario y la prescripción de la acción, excepciones alegadas por las codemandadas y estimando parcialmente la demanda presentada por Paloma frente a HILTON INTERNACIONAL HOTELS, S.A., HOTELERA DIAGONAL, S.L. Y AIG EUROPE, S.A., en reclamación de CANTIDAD (DAÑOS Y PERJUICIOS ACCIDENTE TRABAJO), debe declararse el

derecho de la actora a percibir una indemnización por daños y perjuicios de 228.782,68 euros, debiendo, así mismo, declarar la responsabilidad de la empresa HILTON INTERNATIONAL HOTELS (UK LIMITED SUCURSAL ESPAÑA) en el abono de la indemnización fijada por daños y perjuicios a favor de la actora, con la condena a la codemandada A.I.G. EUROPE al abono a la actora de dicha indemnización; debiendo absolver a la empresa HOTELERA DIAGONAL, S.L. de las pretensiones deducidas en su contra."

SEGUNDO .- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:" PRIMERO.- Que la actora DOÑA Custodia , titular de DNI nº NUM000 , nacida el NUM001 -1963, afiliada a la seguridad social con el nº NUM002 , presto sus servicios, desde el 12-12-1994 al 04-03-2002, como camarera de pisos para la empresa HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S.A., empresa dedicada a la actividad de explotación de cadena hotelera y entre cuyos establecimientos se encuentra el Hotel Hilton de Barcelona; así mismo, conforme al documento 19 del ramo de prueba de las codemandadas HOTELERA DIAGONAL, S.A. HILTON INTERNATIONAL BARCELONA, consta ya en escritos de fecha 1998 (ahora consta S.L. folio 67), siendo no obstante dirigidas todas las comunicaciones a la empresa y por la empresa únicamente como HILTON INTERNATIONAL HOTELS. (UK LIMITED) SUCURSAL EN ESPAÑA; todas las demandas y las sentencias que se aportan en las mismas se condena a HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S.A. o a HILTON INTERNATIONAL HOTELS (UK) LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA con domicilio en Londres (U.K.), entre ellas todas las que se refieren a la trabajadora en las que en ningún momento por Hilton se ha alegado falta de Litisconsorcio Pasivo Necesario y ha sido condenada la empresa HILTON INTERNATIONAL HOTELS.- SEGUNDO.- Tienen suscrito documento asociativo para la cobertura profesional de sus productores, encontrándose al corriente en el pago de las cuotas HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S.A. con la MATEPSS FREMAP y a efectos de la Responsabilidad de Daños y Perjuicios tiene asegurado el riesgo con la Entidad codemandada AIG EUROPE, SUCURSAL DE ESPAÑA EN LA COMPAÑÍA MIEMBRO DE LA COMPAÑÍA FRANCESA DE SEGUROS Y REASEGUROS Y COMPAÑÍA MIEMBRO DE AMERICAN INTERNATIONAL GROUP. (AIG

EUROPA).- TERCERO.- La empresa RENTOKIL INITIAL, S.A. y la empresa HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S.A. habían concertado un contrato para actividades de mantenimiento de desratización y desinsectación en el año 1995, que se iban prorrogando anualmente. En fecha 04-03-1999 se remitió fax a la Dirección del Hotel Hilton notificando la necesidad de realizar tratamientos químicos con insecticidas en las instalaciones del hotel para el control de chinches. Se prevé a indicación de HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S.A., la aplicación los días 8 y 9 de marzo entre las 12 y las 18 horas en las plantas 8, 9 y 10 utilizando un producto denominado Ficam W.- Los días 8 y 9 de marzo de 1999 la empresa Rentokil realizó una desinsectación en habitaciones, pasillo y office de los pisos 8 y 9, habitaciones y office del piso 10 pero no los pasillos al existir una comunicación con los pasillos de la planta 11 y habitación 523 del Hotel; el día 8 se hizo en las plantas 8 y 9 y el día 9 en la planta 10 y en la habitación 523 de la planta 5. Para ello se utilizaron los productos denominados SOLFAC WP 10 el cual contienen el principio activo cyfluthrin, y DIACAP 300 CS (diazinon), mezclados con compuestos derivados de piretinas naturales y butóxido de piperonil. La aplicación, que fue por pulverización, que se llevo a cabo de forma perimetral, disolviendo 1 sobre de polvo mojable en cinco litros de agua. Los aplicadores de Rentokil son los que procedieron a la pulverización, y una vez, hecha, enjuagan tres veces con agua la botella para limpiarla, y una vez hecha, enjuagan tres veces con agua la botella para limpiarla (sic), utilizando la bomba; concluyó en la planta 8 el día 8 a las 16:00 horas, en la planta 9 el mismo día a las 18,00 horas y en las plantas 10 y 5 el día 9 a las 13,00 horas.- CUARTO.- El servicio de fecha 8 y 9 de marzo de 1999 fue una aplicación extraordinaria, con independencia de las 4 aplicaciones anuales que en el año 1999 fueron en fecha febrero, mayo, agosto y noviembre. Era no obstante normal que además de las aplicaciones ordinarias programadas se produjeran aplicaciones extraordinarias. El sistema utilizado en el Hotel por la empresa aplicadora RENTOKIL solía tener habitualmente las mismas pautas.- QUINTO.- En fecha 04-03-99 la empresa Rentokil remitió un fax a la dirección del Hotel Hilton además de comunicando que el tratamiento químico se prevé para los días 8 y 9 de marzo, la empresa en el referido fax se le indicó al Hotel las medidas de precaución de obligado cumplimiento y que fueron las siguientes: "No utilizar las dependencias/instalaciones hasta pasadas como mínimo 48 horas, después de realizado

el tratamiento. Antes de utilizar dichas dependencias/instalaciones se deberá ventilar adecuadamente cada zona tratada.- El tratamiento deberá llevarse a cabo en ausencia de alimentos, por consiguiente se deben retirar los alimentos de la zona a tratar.- Se tomarán todas las medidas necesarias para que los utensilios expuestos en la zona tratada se limpien, para que no contengan residuos de ningún ingrediente activo utilizado.- En caso de que alguna persona deba acceder a las zonas tratadas antes de transcurrido el plazo de seguridad, deberá realizarlos con el equipo de protección individual adecuado (consultar con nuestros servicios técnicos).- Si se precisa fregar los suelos, la 1ª limpieza deberá ser sólo con agua sin añadir jabón, lejía ni detergentes y no utilizando máquinas de vapor.- Se cortará la ventilación forzada (aire acondicionado) en las zonas a tratar. No conectarla de nuevo hasta haber transcurrido el plazo de seguridad.- No está permitida la presencia en la zona a tratar de personas ajenas a nuestro personal técnico.- No se podrá realizar ningún tratamiento insecticida si no se receptiona este documento firmado por el cliente en nuestra delegación.".- SEXTO.- Rentokil puso avisos por las plantas a tratar, informando del plazo de 48 horas que había que respetar para entrar en las dependencias tratadas, (conforme al anterior punto), indicando también las advertencias de que antes de utilizarlas deberían ventilarse adecuadamente y que al hacer la primera limpieza no debía fregarse el suelo con jabón, lejías o detergentes y que no podían utilizarse máquinas de vapor.- SÉPTIMO.- El producto que se utilizó finalmente a solicitud del hotel fue el SOLFAC WP 10.- OCTAVO.- El 10.03 se realizó la primera entrada en el piso 8 por personal masculino a las 16:00 horas, sin respetar el plazo de seguridad, para mover los muebles y mantenimiento, entrando las camareras a las 18:00 horas a limpiar. A las 18:00 horas del mismo día entró en la planta 9 personal masculino para mover muebles, entrando a limpiar las camareras a las 20:00 horas. El día 11.03 se terminó el piso 9 y se empezó con el piso 10, entrando el personal masculino a las 13:00 horas y las camareras más tarde. Las habitaciones se ocuparon el día 11. El día 11 Doña. Paloma trabajó en la planta 8 por la mañana.- NOVENO.- Cuando entró el personal de limpieza no se había ventilado adecuadamente la zona tratada, pues al menos se necesitaban unas cinco renovaciones de aire y tan solo se podían haber realizado dos renovaciones, desde que se abrió el sistema de ventilación y entró el personal. Las renovaciones se realizaron a través del sistema del aire acondicionado ya que las ventanas de las habitaciones no son

practicables. La renovación completa de aire en cada habitación cuesta 1 hora 13 minutos y 35 segundos y la de los pasillos 38 minutos y 15 segundos. Las referidas operaciones de limpieza posteriores al tratamiento se realizaron por personal del propio hotel y por personal contratado a la empresa PEOPLE TRABAJO TEMPORAL ETT, S.A.- Durante las tareas de limpieza existían en las habitaciones tratadas residuos en forma de polvo de los insecticidas aplicados. Las trabajadoras utilizaban ropa de trabajo que dejaba al descubierto el cuello, brazos y piernas, utilizándose sólo como medio de protección guantes. El día 11 se facilitaron mascarillas.- Doña. Paloma no utilizó mascarilla, sólo guantes. La limpieza de las habitaciones, pasillo, office fue exclusivamente con agua a temperatura ambiente.- DÉCIMO.- La actora estuvo prestando sus servicios los días 8 a 11 de marzo en turno de mañana, el día 11 en habitaciones previamente desinfectadas, el día 12 en la planta 6 y en las plantas 8 y 9, no trabajo del 13 al 16 y del 17 al 22 se realizaron tareas de limpieza con máquinas de vaporización. La trabajadora inicia una IT por laringitis del 21-12-1999 al 02-01- 2000 y otro periodo de IT del 03-04-2000 al 04-04- 2000.- DECIMOPRIMERO.- Gran parte de las personas que estuvieron realizando la limpieza de las plantas tratadas con SOLFAC WP 10 los días 10, 11 y 12 de marzo tuvieron que ser atendidas médicamente por presentar cuadros de tipo irritativo en cara y zonas descubiertas del antebrazo, prurito y eritema, escozor en los ojos, rinitis, escozor ocular. Parte de estas personas han sido declaradas en situación de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo.- DECIMOSEGUNDO.- En la planta novena del hotel se hallaron muestras de un producto denominado DIAZINON que es el principio activo del insecticida denominado DIACAP que fue aplicado en el Hotel el día 01-03-99 en la habitación 902 como aplicación también extraordinaria.- DECIMOTERCERO.- En el Hotel se había aplicado en alguna ocasión un producto denominado NEBUFUM, a través de la empresa Corporación Internacional Ratin, S.A., empresa esta que mantuvo contratos de control de plagas con el Hotel hasta que fue absorbida por Rentokil. La composición del insecticida NEBUFUM es la quede TETRAMETRINA 0,25%, BUTOXIDO DE PIPERONILO 0,50%.

DECIMOCUARTO.- En enero de 1995 Rentokil comunicó a la Subdirección general de Sanidad Ambiental del Ministerio de Sanidad y Consumo que renunciaba al

registro de NEBUFUM por lo tanto el referido insecticida no se encuentra inscrito en el registro de plaguicidas de la Dirección General de Salud Pública por lo que su comercialización y uso son ilegales.- DECIMOQUINTO.- En relación con los productos detectados por El Centro de Segut i Condicions de Salut en el Treball el 12 y 25 de marzo, que se recogieron muestras de las habitaciones 902, 523 y 1018 del Hiltón de Barcelona, para determinar los ingredientes activos de los plaguicidas utilizados, se detectó en la habitación 1018 Ciflutin y Diazinón y en la 523 y 902 Ciflutrin, Diazinon, Permetrina, Tetrametrina y Butóxido de Piperonil, los datos de los mismos son los siguientes: Ciflutrin Es el ingrediente activo del SOLFAC WP 10 de la empresa BAYER. Es una sustancia altamente activa que pertenece a los piretroides sintéticos, que actúan por contacto y por ingestión. Es un producto clasificado como nocivo. Plazo de seguridad 48 horas. Los datos toxicológicos conocidos son efecto irritante sobre piel y mucosas Diazinon Es el principio activo de DIACAP 300 CS. Es un insecticida del grupo de los organofosforados. La continua difusión de la sustancia activa a través de las paredes de las micro cápsulas hace que tenga una acción residual de más de seis meses. En condiciones de calor y humedad elevadas, el diazinon puede incrementar la toxicidad. El diazinon es considerado una sustancia muy toxica para la salud de las personas que es absorbida por inhalación, ingestión y vía dérmica. Los síntomas de una exposición aguda son: cefalea, visión borrosa, temblores, diarrea, dolor y opresión en el pecho. Cuando la exposición es severa puede llegar a producir la muerte. En caso de intoxicaciones crónicas la absorción a través de las vías respiratorias y dérmicas es acumulativa. Puede originar depresión del estado inmunológico, respiración alérgica, disminución de la agudeza visual y síntomas similares a los de una exposición aguda: cefaleas, mareos, náuseas, parestesias, transpiración, anemia, trastornos de coordinación, parálisis e impotencia. La exposición a diazinon ha estado asociada a polineuropatías y daños al sistema nervioso central. Exposiciones repetidas han originado cambios de personalidad, depresión, ansiedad e irritabilidad.- Tetrametrina y Permetrina Son insecticidas que forman parte de la familia de los Piretroides (Compuestos derivados de las piretrinas naturales).- En contacto dérmico y la inhalación puede ocasionar irritación que se manifiesta con dermatitis, rinitis, tos. Si se produce una sensibilización con piretroides es frecuente encontrar, entre otros síntomas, rinitis vasomotora, asma, alteraciones cutáneas e incluso puede

desencadenarse una reacción anafiláctica.- Butóxido de Piperonilo.- Es un producto con efecto sinérgico y suele utilizarse en las formulaciones que contienen piretrinas naturales o los primeros piretroides degradables como la tetrametrina.- DECIMOSEXTO.- No consta la compatibilidad de los distintos productos utilizados. Se desconoce la toxicología de dos o más de estos productos, no recomendándose su aplicación conjunta dado que puede originar un efecto sinérgico que incremente los efectos toxicológicos de cada uno de ellos.- DECIMOSÉPTIMO.- Desde el 24-05-95 hasta el 25-03-98 se han producido en el Hotel un total de 3 aplicaciones en el año 1995, 16 aplicaciones en el año 1996, 20 aplicaciones en el año 1997 y otras 15 aplicaciones entre el 12-01-1998 y el 18-02- 1999 empleando otros principios activos, constando únicamente la aplicación de productos insecticidas en la habitación 1002 y la aplicación de insecticida denominado Diacap en cocina y comedores. En la habitación 902 se aplicó Diacap el 01-03-2009. Con posterioridad a marzo de 1999 se aplicó el 21-01-2000 en el Hotel Hilton en el salón el insecticida Fendona (piretroide), no constando Doña. Paloma en los cuadrantes en la empresa hasta el 24-01-2000. El 25-05-2000 se aplicó en la suite presidencial de la planta 11 Fendona, cuyo principio activo es el piretroide denominado a-Cipermetrina, no prestando sus servicios en el hotel la trabajadora hasta el día 27-05-2000. El día 04-07-2000 se aplicó en la habitación 1006 Empire 20 (organofosforado), trabajando en el hotel Doña. Paloma a partir del 05-07-2000. Consta no obstante que se han utilizado diversos productos como Fondona, Solfac, Empire 20, Incerit, Ficam, ZZCoopera 33, Ficam W entre otros siendo la materia activa también entre otras: el Ciflutrin, Clorpirifos, Bendiocarp, Fipronill, Hidrametilnona.- DECIMOCTAVO.- Hilton no comunicó a los representantes de los trabajadores las aplicaciones de los días 8 y 9 de marzo, ni a los delegados de prevención de manera previa sobre dicha actuación, riesgos y medidas de protección. Hilton carece de documentación que acredite la existencia de una previsión o protocolo de actuación en materia de seguridad y salud laborales a los efectos de coordinación con las empresas externas que prestan sus servicios en el centro de trabajo.- DECIMONOVENO.- Se desprende que ha existido una exposición a plaguicidas del personal de limpieza que presta sus servicios en el Hotel Hilton y en concreto a la exposición de organofosforados como consecuencia de no realizarse una ventilación adecuada posterior de las dependencias tratadas antes del acceso del personal de

limpieza y del personal que tuvo que mover mobiliario. La exposición a los organofosforados tiene por tanto su origen ya como mínimo desde el año 1995.-

VIGÉSIMO.- El Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball emitió informe a instancia de la Inspección de Trabajo de fecha 11-11-1999 y en relación al sistema de ventilación expone que es improbable que la ventilación de las plantas tratadas con posterioridad a la aplicación se hiciera de forma suficiente (mínimo cinco renovaciones completas del aire en cada habitación).-

VIGÉSIMO PRIMERO.- Los efectos de los compuestos organofosforados sobre el organismo humano pueden tener diversas variables, que van desde efectos inmediatos en casos de exposición aguda a los casos de efectos permanentes cuando hay una exposición crónica, pasando por otros efectos intermedios.- Por lo que respecta a los efectos permanentes en la exposición aguda/crónica cabe destacar entre otros los siguientes: Dolores de cabeza, Pesadillas, Alteraciones del Sueño, Fatiga, Sudoración aumentada, Mareos, Nerviosismo, irritabilidad y cambios de humor. Así mismo alteraciones psiquiátricas como reacciones esquizoides, depresiones, disminución de memoria y concentración y en algún caso con interferencia grave en su trabajo y capacidad de lectura. De un examen neuropsicológico se revela una disminución de distintas funciones y habilidades de tipo intelectual, capacidades de tipo cognitivo. Así pues los compuestos organofosforados pueden producir efectos neuropatológicos crónicos, especialmente neuropsicológicos, neurocomportamentales en sujetos que han estado expuestos.-

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por la Inspección de Trabajo se levantaron en fecha 16-12-1999 actas de infracción contra Hilton (Acta nº NUM003) aprecia la Inspección los siguientes incumplimientos: No se respetó el plazo de seguridad y la ventilación adecuada posterior de las dependencias tratadas antes del acceso del personal de limpieza y del personal masculino que debía mover muebles. No se informó previamente a la empresa de trabajo temporal de los riesgos de las actividades especiales de limpieza que se debían efectuar. Tampoco se informó a los trabajadores ni directamente ni a través de sus representantes de los riesgos que entrañaba para su seguridad y salud la limpieza que se debía efectuar, ni se puso a su disposición y se veló por el efectivo uso de medios de protección personal y ropa de trabajo adecuada. Falta de coordinación entre la empresa aplicadora y la titular del acta en relación a desconocimiento de productos aplicados, falta de control efectivo de las distintas aplicaciones realizadas y aplicación

de productos cuyo uso se encuentra prohibido (Nebufum desde 1995). Este acta de infracción fue impugnada por la empresa demandada Hilton, el Departamento de Trabajo desestimó la impugnación, interponiendo el pertinente recurso que fue desestimado por el Conseller de Treball e Industria en fecha 07-02-2006, habiendo interpuesto recurso contencioso administrativo...- VIGÉSIMO TERCERO.- La Inspección de trabajo propuso en fecha de 05-05-2004 recargo de prestaciones del 50% a cargo de Hilton, tramitándose el correspondiente expediente administrativo, suspendido por prejudicialidad penal, que fue notificado a Rentokil. El INSS dictó Resolución el 26-1-2004 por la que se declara la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por Paloma el 12-03-1999 y declara la procedencia de que las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo sean incrementadas en un 50% a cargo de Hilton, responsable del accidente y solidariamente a la empresa Rentokil.- Dictándose sentencia en fecha 22 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona en Autos sobre impugnación de recargo de prestaciones derivado de accidente de trabajo, confirmada por la sentencia de fecha 7 de octubre del 2008 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya , en las que se indica que resulta acreditado que el accidente se produce por la exposición de la trabajadora a un organofosforado, el diazinón, (hecho no controvertido por las partes) que en la última sentencia (firme) se recogen las patologías que padece la trabajadora y que estas patologías que presenta concuerdan con la sintomatología que resulta de la exposición al DIAZINON; considera acreditado que la empresa: "no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar la exposición de la trabajadora al organofosforado pues no comunicó a los representantes de los trabajadores las aplicaciones de los días 8 y 9 de marzo, ni a los delegados de prevención de manera previa sobre dicha actuación, riesgos y medidas de protección. Hilton no respetó el plazo de seguridad de 48 horas pues personal del hotel entró en las habitaciones fumigadas antes de ese plazo para empezar a montar los muebles, y la ventilación no fue adecuada tal y como dictamina el Centro de Seguretat, pues se requieren como mínimo cinco renovaciones completas del aire den cada habitación tardando cada renovación completa de aire 1:13.35, existiendo durante las tareas de limpieza en las habitaciones tratados residuos en forma de polvo de los insecticidas aplicados. La trabajadora no tuvo un equipo de protección adecuado para

protegerse de la exposición, pues únicamente tenía unos guantes, y no se le dio ninguna información sobre los riesgos existentes, y aunque el día 11 se facilitó mascarillas la trabajadora ya había estado expuesta ya que había prestado sus servicios el día 8 y 9. Además con posterioridad a tales aplicaciones se ha empleado Diacap en el Hilton mientras la trabajadora ha estado empleada. Por todo ello es cierto que existe una relación de causalidad entre la falta de medidas de seguridad y la exposición al organofosforado sufrida por la Sra. Custodia. La infracción de las medidas de seguridad son las recogidas por la propia Inspección de Trabajo. De esta manera se ha infringido lo dispuesto en los artículos 14. 1 a 4 , 16.1 y 2 y 28.5 ley 31/95, de 8 de noviembre , en relación con los artículos 1.1 , 3 , 4 , y 5 RD 39/97 de 17 de enero en relación al artículo 10.3.1 RD 3349/83 de 30 de noviembre , al no respetarse el plazo de seguridad y la ventilación adecuada posterior de las dependencias tratadas antes del acceso del personal de limpieza y del personal masculino que debía mover muebles; así como lo dispuesto en los artículos 14.1 , 17.1 y 18.1 Ley 31/95 , en relación con el apartado 3 del Anexo II del Real Decreto 486/97 de 14 de abril, al no informarse previamente a la empresa de trabajo temporal de los riesgos de las actividades especiales de limpieza que se debían efectuar, tampoco se informó a los trabajadores ni directamente ni a través de sus representantes de los riesgos que entrañaba para su seguridad y salud la limpieza que se debía efectuar, ni se puso a su disposición y se veló por el efectivo uso de medios de protección personal y ropa de trabajo adecuada..."; así mismo declara en su Fundamento Noveno que: "... no existe relación empresarial alguna de la trabajadora con Rentokil..."; en el Fallo de la misma se declara que "Estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Mutua Fremap y desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Hilton y Rentokil, desestimo la demanda interpuesta por Hilton Internacional UK Limited sucursal en España contra el INSS, TGSS, Mutua Asepeyo, Mutua Fremap, Rentokil Initial España, S.A. y Paloma y estimo la demanda interpuesta por RENTOKIL INITIAL ESPAÑA, S.A. contra INSS, TGSS, MUTUA ASEPEYO, MUTUA FREMAP, Paloma Y HILTON INTERNACIONAL HOTELS UK LIMITED SUCURSAL en ESPAÑA, revocando la resolución del INSS de fecha 26-10-2004 en el sentido de que el recargo de prestaciones del 50% procede única y exclusivamente sobre Hilton y no sobre Rentokil.".- VIGÉSIMO CUARTO.- Inicio (la actora) proceso de incapacidad temporal con efectos de 05-09-2000, y, tras de

que los servicios médicos del ICS, cursasen parte de baja por contingencia común, la actora interpuso demanda en solicitud de declaración de que la misma y las siguientes bajas por recaídas derivan de la contingencia de accidente de trabajo, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Barcelona en el que se declaraba que el proceso de Incapacidad Temporal iniciado por la actora en fecha 05-09-2000 y los siguientes acumulados por recaída fueron causados por la contingencia de accidente de trabajo.- VIGÉSIMO QUINTO.- Agotado el plazo máximo legal de duración del proceso de incapacidad temporal emitió dictamen el CRAM el 11-03-2002 que recogía como dolencias: "INTOXICACIÓN CRÓNICA POR ORGANOFOSFORADOS, PERSISTEN CEFALÉAS, FATIGA Y POLIARTRALGIAS.", y que concluía con presunción de incapacidad permanente por contingencia de ACCIDENTE DE TRABAJO. Resolviendo la Dirección Provincial del INSS en Barcelona el 05-02-2003 declaro que la actora no esta afecta a incapacidad permanente en ninguno de sus grados derivada de accidente de trabajo.- VIGÉSIMO SEXTO.- Resolución frente a la que interpuso reclamación previa y posterior demanda que fue estimada por el Juzgado de lo Social 16 de Barcelona en sentencia de fecha 25-05-2004 que es firme al ser confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha 5 de Septiembre de 2006 , que fue declarada firme en fecha 19-10-2006 , ello conforme a los documentos del ramo de prueba de la parte actora folios 7 a 32. Siendo el tenor literal de la citada sentencia de fecha el siguiente: "HECHOS PROBADOS...6º.- Las lesiones acreditadas por la parte actora son: Síndrome neuropsicológico crónico inducido por organofosforados con alteración amnésica verbo/visual y déficit de la atención de carácter moderado/severo, cefaleas, astenia y parestesias. Síndrome disrupción endocrina, con alteraciones en la menstruación, hipotiroidismo, déficit severo de las reservas de hierro, anticuerpos Antiesptein Barr positivos y ha tenido tres abortos espontáneos en 6/99, 4/2001 y 8/2002. Síndrome de afectación de las mucosas, con ardor y sequedad de boca, opresión de garganta, disfonía, halitosis, disnea al hablar, nauseas, vómitos y ardor de estómago, dolor en epigastrio, hinchazón abdominal. Intolerancia ambiental idiopática: agudización de la sintomatología cuando entra en contacto con productos de limpieza de carácter profesional y domésticos (champús, colonias, detergentes, aerosoles, humos, tabaco, productos plásticos, etc.). Síndrome de fatiga crónica y astenia crónica. Síndrome depresivo asociado. Discreta discopatía degenerativa L5-S1 de predominio

preforaminal derecho. Discopatía degenerativa incipiente L4-L5. Artrosis de la articulación interapofisaria izquierda L5-S1. Artropatía degenerativa en columna cervical y en L5. 7º.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 15326,30 euros anuales, existiendo conformidad de las partes..." "FALLO: Que desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y estimando la demanda formulada por DOÑA Custodia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP Y HILTON INTERNACIONAL HOTELS, S.A., debo declarar y declaro a la actora en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA PARA TODO TRABAJO, derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir una pensión mensual, equivalente al 100% de su base reguladora de 15326,30 € anuales, con efectos de 05- 03-2002, más las revaloraciones y mejoras que le correspondan, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la Mutua Fremap al pago de la prestación.", confirmando dicha sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que fue declarada firme en fecha.- VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Conforme a los folios 117 a 119, 125, 173 y 174 cantidades percibida actora: abonadas por la Mutua FREMAP por Incapacidad Temporal 17.554,57 €, por incapacidad Permanente Absoluta: Capital Renta ingresado: 234.753,50 €: 70% a cargo de la Mutua (164.327,45€) y 30% a cargo de la TGSS; Seguro 15.927 euros abonado por la compañía aseguradora LA ESTRELLA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A. y por el 50% del Recargo de las Prestaciones por Incapacidad Temporal la cantidad de 8777,29 euros y por Incapacidad Permanente Absoluta Capital Renta ingresado: Hilton 66940,44 y Rentokil 66940,44 € (folio 173), este último pago dejado sin efecto y deberá ingresarlo las empresas HILTON u HOTELES DIAGONAL, S.L; derivado todo ello de la contingencia de accidente de trabajo reconocida a la actora.- VIGÉSIMO OCTAVO.- Conforme el informe del Médico Forense son consecuencia de la intoxicación por organofosforados: El Síndrome neuropsicológico crónico. El Síndrome disrupción endocrina. El Síndrome de afectación de las mucosas. La Intolerancia ambiental idiopática: agudización de la sintomatología cuando entra en contacto con productos de limpieza de carácter profesional y domésticos. El Síndrome de fatiga crónica y astenia crónica. El Síndrome depresivo asociado. Indica que son por causa degenerativa: Discreta discopatía degenerativa L5-S1 de predominio preforaminal derecho. Discopatía

degenerativa incipiente L4-L5. Artrosis de la articulación interapofisaria izquierda L5-S1. Artropatía degenerativa en columna cervical.- VIGÉSIMO NOVENO.- Reclama la actora en la demanda y escrito de ampliación de la demanda frente a la empresa HOTELERA DIAGONAL, S.L. y la aclaración y/o ampliación de algunos hechos de la demanda, entre ellos la actualización de los importes indemnizatorios conforme a la Ley 30/1995 y Resolución de 20 de enero de 2009 la cantidad de 492.056,05 euros o subsidiariamente 327.156,96 euros (solicitado en demanda 314.344,57 euros) ambos con el 10% de interés por mora, solicitando se declare la responsabilidad y se condene al abono de dicha cuantía e intereses de HILTON INTERNACIONAL HOTELS UK, LIMITED SUCURSAL EN ESPAÑA o, en su caso, de HOTELERA DIAGONAL, S.L. y a la codemandada AIG EUROPE a abonar a la actora dicho importe e intereses, por subrogación de la obligación de su asegurado HILTON o, en su caso, HOTELERA DIAGONAL, S.L., ello en concepto de Daños y Perjuicios por el Accidente de Trabajo que sufrió a consecuencia de la exposición de productos tóxicos derivados de la fumigación en las Instalaciones del Hotel Hilton los días 8 y 9 de marzo de 1999.-

TRIGÉSIMO.- Que se celebró el previo acto de conciliación ante el CMAC, con el resultado de intentado sin Avenencia, presentando la papeleta de conciliación en fecha 19 de septiembre de 2007, frente a las codemandadas y la demanda ha sido presentada en fecha 17-09-2009 ante el Juzgado Decano de Barcelona.- TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que las codemandadas alegan las siguientes excepciones procesales: la Falta de Litisconsorcio Pasivo Necesario por cuanto no ha sido llamada la empresa RENTOKIL INITIAL ESPAÑA, SA, la Prescripción de la acción habiéndose conocido la patología de la actora el 25-11-2003 por la contingencia de accidente de trabajo, que el 05-09-2006 se dicta sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que reconoce la Incapacidad Permanente Absoluta derivada de accidente de trabajo y se notifica la última sentencia en fecha 19-09- 2007 por lo que ha transcurrido más de un año desde que pudo iniciarse la acción y por último alega la excepción de Plus Petitum la codemandada AIG EUROPE entidad aseguradora de HILTON INTERNATIONAL HOTELS, contestando la parte actora a dichas excepciones en cuanto a la Falta de Litisconsorcio Pasivo Necesario indica que no procede llamar a RETOKIL INITIAL ESPAÑA, S.A., por cuanto las sentencias firmes indican que el único responsable fue la

empresa HILTON, en cuanto a la prescripción se opone a la misma no procede al no haber transcurrido el año y, así mismo, se opone a la Plus Petición alegada de contrario."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a. Custodia , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2012 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuestos por Doña Custodia y estimando parcialmente los recursos formulados por AIG EUROPE y HILTON INTERNATIONAL HOTELS, S. A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de los de Barcelona de fecha 8 de octubre de 2.010 , dictada en los autos nº 773/2008, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de fijar el importe de la indemnización en concepto de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por la trabajadora demandante en la cantidad de CIEN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS, CON OCHENTA Y CUATRO CENTIMOS DE EURO, más el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la papeleta de conciliación hasta la de la presente resolución, y, a partir de dicha fecha, el interés legal del dinero más dos puntos, confirmando los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida en cuanto a la atribución de responsabilidad a las demandadas. Sin costas".

CUARTO.- Por la representación procesal de D^a. Custodia se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 1 de junio de 2010 y del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.007 (Rec. 4367/2005).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de febrero de 2.014, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por sentencia de 8/Octubre/2008 , el J/S nº 13 [autos 773/08] de los de Barcelona estimó parcialmente la demanda presentada por D^a Custodia , declaró el derecho de la misma a ser indemnizada por el accidente de trabajo que determinó la declaración de IPA, imputando la responsabilidad a la Empresa demandada «Hilton International Hotels-UK Limited Sucursal España» y el abono de la indemnización a la aseguradora codemandada «A.I.G. Europe», por un importe total de 228.782,68 € y con el siguiente desglose: 2642,24 € por salarios dejados de percibir en IT; 174.445,44 € por las secuelas; y 51.695 € «por perjuicio agravado teniendo en cuenta su privación en el ámbito personal y familiar».

Decisión parcialmente revocada por la STSJ Cataluña 28/Junio/2012 [rec. 4622/11], que redujo la indemnización a 100.479,84 €, a distribuir en los siguientes apartados: 15.768,48 € por daño moral en la situación de IT; 80.638,76 € por valoración de secuelas; y 20.000 € como factor de corrección de la IPA; y ello tras deducir los 15.927 € ya percibidos a cargo de la póliza suscrita por la demandada con la empresa aseguradora «La Estrella», en aplicación del art. 45 Convenio Colectivo [BOGC 10/12/98].

SEGUNDO.- 1.- En el recurso de casación interpuesto por la representación de la trabajadora, el primer motivo incurre en clara causa de inadmisión, como acertadamente destaca el Ministerio Fiscal, por las siguientes causas:

a).- El art. 224.1.a) LRJS exige que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina contenga una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, lo que impone una comparación de los hechos de las sentencias y el objeto de las pretensiones, siendo nuestra inveterada doctrina al respecto resumible en los términos que siguen: «1) el principio jurídico que ha inspirado el establecimiento de este requisito es el de equilibrio procesal ... de acuerdo con el cual el recurrente no puede imponer a la parte recurrida o a la Sala una investigación sobre la concurrencia de la contradicción de sentencias si no ha cumplido esta inexcusable carga, cuyo gravamen se ha de ponderar caso por caso [STS 07/10/92 -rcud 200/92 -]; 2) más concretamente, la finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o

relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que esta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos [STS 27/05/92 -rcud 1324/91 -]; 3) el análisis o argumento de contradicción ha de consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento [SSTS 12/07/94 -rcud 4192/92 -]; 4) La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada [SSTS 27/02/92 -rcud 1376/91 -]; y 5) el análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito [STS 02/02/05 -rcud 5530/03]» (así, entre tantas anteriores, SSTS 14/12/10 -rcud 1050/10 -; 27/12/11 -rcud 1061/11 -; y 24/09/12 -rcud 3643/11 -).

En el caso de que tratamos el examen comparativo que la jurisprudencia requiere -en los términos indicados- no se lleva cabo, sino que únicamente se hace un relato -análisis lo denomina el recurrente- detallado de lo pretendido y resuelto en las dos sentencias contrastadas, pero la contradicción que formalmente sostiene el recurso parece reducirse a que para la sentencia de contraste la valoración de secuelas y determinación de la indemnización corresponden por regla general al Juzgador de instancia y «sólo con carácter extraordinario podrá entrar a conocer la segunda instancia cuando se evidencia una desproporción entre daño real e indemnización»; en tanto que la recurrida ha procedido a variar el montante indemnizatorio y varios de sus presupuestos jurídicos y fácticos. Diferencia que a todas luces supone insuficiente explicación de la contradicción que la normativa legal y su interpretación jurisprudencial exigen.

b).- Pero es que a mayor abundamiento, esas mismas diferencias evidencian que tampoco concurre la contradicción que se pretende y que exige -como presupuesto de viabilidad del recurso- el art. 219 LRJS , por lo que con ello entramos de lleno en la comparación abstracta de doctrinas que constantemente rechaza la Sala como integrante de esa exigible contradicción (SSTS 27/01/92 -rcud 824/91 -; ... 24/10/13 -rcud 3310/12 -; y 31/10/13 -rcud 2438/12 -), pues se trata -en autos- de dos supuestos que en manera alguna pueden ser comparados, por ser distintos los perjuicios a indemnizar, y la valoración de los mismos que se hacen en la instancia y en trámite de suplicación; aparte de que -además- el recurso prescinde de las numerosas explicaciones que en justificación de su criterio rectificador hace la sentencia ahora recurrida en su fundamento décimo y que tan siquiera han sido específicamente combatidas; explicaciones que -con independencia de su razonabilidad, que no entramos a enjuiciar- obedecen a circunstancias no concurrentes en la sentencia referencial.

c).- Y en último término tampoco puede pasarse por alto que el motivo no contiene específica denuncia de infracción normativa o jurisprudencial, por no ser aceptable como tal la que se refiere a «las infracciones ... que giran en torno a lo preceptuado en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil , en relación al Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 »; infracciones que no llegan a especificarse.

2.- A estos defectos ha de aplicarse nuestra doctrina respecto de que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (SSTS 03/04/92 -rcud 1439/91 -; ... 16/09/13 -rcud 302/12 -; y 17/09/13 -rcud 515/12 -). Y de que en concreto, la exigencia de relación precisa y circunstanciada es presupuesto indispensable para la viabilidad del recurso (recientes, SSTS 16/04/13 -rcud 1331/12 -; 16/04/13 -rcud 2203/11 -; y 23/05/13 -rcud 2406/12 -); y que el incumplimiento de la obligación que imponen los arts. 224.b LRJS y 481.1 LECiv , de «fundamentar la infracción legal denunciada» con la necesaria extensión, constituye causa de inadmisión del recurso, conforme al art. 483.2.2º LECiv , o en su caso -tras el señalamiento,

votación y fallo- de desestimación (últimas, SSTS 23/05/13 -rcud 2406/12 -; 09/07/13 -rcud 2737/11 -; y 17/09/13 -rcud 4021/10 -).

TERCERO.- 1.- En su segundo motivo el recurso señala como contradictoria la STS 17/07/07 -rcud 4367/05 -, y aunque se vuelve a incurrir en el mismo defecto de no expresar infracción normativa concreta [nuevamente se insiste en «las infracciones ... que giran en torno a lo preceptuado en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil , en relación al Anexo ... »], lo cierto es que bien pudiera entenderse que la infracción va referida a la propia doctrina jurisprudencial que sienta la sentencia señalada como contraste.

2.- Ahora bien, lo que tampoco cumple este segundo motivo es la exigencia de contradicción, porque aún teniendo por sustancialmente idénticas las situaciones de los trabajadores afectados [accidente de trabajo; declaración de IP; incumplimiento empresarial del deber de seguridad; exigencia de responsabilidad civil adicional; y cuestión relativa al cómputo de indemnizaciones ya percibidas], lo cierto es que ni el problema jurídico que se suscita en una y otra decisión es el mismo, ni la doctrina mantenida por nuestra sentencia de contraste es contradictoria -antes al contrario- con la mantenida por la decisión que se recurre. Efectivamente:

a).- En la presente litis el debate que se suscita gira en torno a si la indemnización que es consecuencia de aseguramiento impuesto por convenio colectivo por IP [BOGC 10/12/1998] puede o no ser tenida en cuenta -computada- a la hora de fijar los daños y perjuicios exigibles al empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de riesgos laborales, en tanto que nuestra decisión de contraste la cuestión que se suscita versa sobre diversa materia, pues conforme al apartado 1 del fundamento tercero, «mantiene el recurso que, para evitar un enriquecimiento injusto del actor, es preciso descontar de la misma el importe del capital coste de la prestación por incapacidad permanente total reconocida al trabajador y el importe de las prestaciones por incapacidad temporal cobradas por el mismo».

Y aunque en el apartado 3 del mismo fundamento se trata la misma cuestión que en los presentes autos [la trascendencia que en orden a la indemnización fijada como responsabilidad haya de tener la ya percibida a consecuencia de mejora de prestaciones

pactada colectivamente], más parece que se trate -pese a la frase «no son de recibo las alegaciones...»- de afirmaciones efectuadas «obiter dicta» y que carecen de virtualidad a los efectos de la contradicción entre sentencias que prevé el art. 217 de la LPL , puesto que tan sólo la «ratio decidendi» del fallo (recientes, SSTS 23/11/10 -rcud 4143/09 -; 12/03/12 -rcud 1748/11 -; y 20/11/12 -rcud 431/12 -), pues la contradicción sólo existe cuando es «real y no hipotética» (así, STS 24/02/09 -rcud 3654/07 -).

b).- Pero es que en todo caso, la doctrina que en principio sostiene nuestra sentencia de contraste -en obiter dicta o con eficacia casacional- es precisamente la misma que ha aplicado la decisión que se recurre. En efecto, aunque la redacción pueda ofrecer algún párrafo o afirmación que invite a dudas interpretativas, lo cierto es que inequívoca en su doctrina respecto de que « lo percibido por prestaciones sociales y mejora sólo puede compensarse con lo cobrado por lucro cesante... lo que obliga a imputar la mejora sólo a lo debido por las indemnizaciones reconocidas además de las prestaciones sociales, conforme al artículo 127-3 de la L.G.S.S. ».

3.- Por lo demás, esa doctrina -mantenida por la sentencia de contraste y seguida por la recurrida- es manifestación del principio «compensatio lucri cum damno» que de forma constante mantiene esta Sala desde antiguo [así, ya las SSTS 30/09/97 -rcud 22/97 ; 02/02/98 -rcud 124/97 -; y 02/10/00 -rcud 2393/99 -] y que de manera inequívoca se aplica desde dos sentencias - dictadas por el Pleno de la Sala- de 17/07/07 [-rcud 4367/05 -; y - rcud 513/06 -]. Compensación derivada del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro y que se traduce en que, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden compatibles pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. Doctrina, por otro lado, que ha de ser objeto de dos matizaciones: a).- Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable»; y b).- Si todos los conceptos del daño [lesiones físicas; lesiones psíquicas; secuelas que

dejan unas y otras; daños morales en toda su extensión; daño económico emergente; y lucro cesante] deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real (aparte de las citadas de Sala General, entre las recientes SSTS 14/12/09 -rcud 715/09 -; 15/12/09 -rcud 3365/08 -; y 24/11/10 -rcud 651/10 -).

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que el recurso ha de ser desestimado, por defectos formales en su planteamiento y por falta de contradicción. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a Custodia y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Cataluña en fecha 28/Junio/2012 [recurso de Suplicación nº 4622/11], que a su vez había revocado en parte la resolución -parcialmente estimatoria de la demanda- que en 08/Octubre/2010 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Trece de los de Barcelona [autos 773/08], frente a HILTON INTERNACIONAL HOTELS, S.A., HOTELERA DIAGONAL, S.L. Y AIG EUROPE, S.A.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE
2009

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de febrero de 2005, dictó sentencia el Juzgado de lo Social número 2 de los de Avilés, declarando como probados los siguientes hechos: PRIMERO. La empresa ADECCO TT S. A. DE TRABAJO TEMPORAL (ADECCO) y PUERTAS ACORAZADAS ASTURMADI , S.L. suscribieron el 11.01.2002 un contrato de puesta a disposición y posterior utilización y cesión del trabajador demandante, D. Jesús María , con D.N.I. número NUM000 , nacido el 03.04.1977, siendo la modalidad contractual la de acumulación de tareas, suscribiendo ADECCO y el actor el correspondiente contrato de trabajo con una duración inicial entre el 11 de enero y el 1 de febrero de 2002, siendo prorrogado hasta el 8 de marzo del indicado 2002. En el referido contrato consta que la cualificación del trabajador es la de peón y como funciones a desempeñar la ayuda al montaje de puertas y demás tareas auxiliares. En el acuerdo de coordinación en materia de seguridad entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria, se valora como riesgo el de la caída de objetos en manipulación, estableciendo como medida preventiva, entre otras, la de utilizar siempre que sea posible medios mecánicos para la manipulación de cargas, realizando el agarre adecuado entre las mismas.- SEGUNDO El 8 de febrero de 2002 sobre las 17 horas el referido trabajador sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba cargando en un contenedor de transporte marítimo diversas puertas acorazadas de un peso de 130 kilogramos cada una, y el método empleado consistía en introducirlas verticalmente en el contenedor donde se quedaban en dicha posición sujetadas manualmente por un trabajador hasta que formasen un grupo de 3 o 4 puertas, que es cuando procedían a flejarlas, quedando de esta forma sujetas y estabilizadas dentro del recinto del contenedor.- TERCERO.- El accidente tuvo lugar en el momento en que D. Jesús María estaba sujetando un grupo de dos o tres puertas con ambas manos apoyadas aproximadamente en la parte central de las mismas cuando notó que la más cercana a él comenzó a resbalar, viniéndosele encima, y ante la imposibilidad de sujetarlas, dado su enorme peso, tiene que dejarlas caer, atrapándole encima a la altura de la cintura. Las dimensiones del contenedor y puertas hacen que la única posibilidad de salir del radio

de acción de la caída de las puertas sea en la misma dirección por donde se introducen. No se adoptó medida alguna tendente a la utilización de medios mecánicos para evitar la manipulación directa de las puertas por el trabajador que resultó accidentado.- CUARTO. Como consecuencia del anterior siniestro, D. Jesús María sufrió fractura de rama isquiopubiana izquierda, con diastasis púbica y subluxación sacro-ilíaca izquierda, iniciando un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, permaneciendo hospitalizado hasta el 18.03.2002 Y siendo dado de alta el 22.11.2002 con propuesta de incapacidad permanente parcial por FREMAP, M.A.T.E.P.S.S. nº 61. Iniciadas actuaciones administrativas sobre incapacidad permanente, se dictó Resolución por la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL el 28.08.2003, previo Dictamen Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 11.07.2003, en la que se declaró al actor afectado de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, en función del siguiente cuadro clínico residual: "Fractura de isquiopubiana derecha, diastasis púbica y diastasis y subluxación de articulación sacroilíaca izquierda en accidente laboral el 08.02.2002. Ahora secuelas de diastasis púbica con báscula pélvica", con derecho a percibir una pensión del 55% de una base reguladora de 1.089,04 ? mensuales, con efectos económicos al 22.11.2002. La indicada base reguladora fue fijada en 1.082,01 ? mensuales por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo de 29.06.2004 (Autos nº 487 /2004), cuya firmeza no consta.- QUINTO.- Con fecha 22.08.2002 por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se extendió el Acta de Infracción número 1304/2002, en relación con el accidente de trabajo que nos ocupa, obrante en actuaciones y que se da por reproducida (folios 327 a 334), en la que tras calificar la conducta empresarial como infracción grave, y apreciar la sanción resultante en su grado mínimo, se propone la sanción de 2.554,30 ? a PUERTAS ACORAZADAS ASTURMADI S.L., Acta que fue confirmada por Resolución de 13.11. 2002 del Ilmo. Sr. Consejero de Trabajo y Promoción de Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, impugnada en vía contencioso-administrativa.- SEXTO.- Asimismo se inició expediente en materia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad contra la referida empresa recayendo resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 14 de abril de 2003 en los siguientes términos.- 1 Declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad

e higiene en el trabajo por el accidente sufrido por el trabajador D. Jesús María en fecha 8 de febrero de 2002.- 2. Declarar la procedencia de que las prestaciones de incapacidad temporal derivadas del accidente de trabajo citado, y de todas aquellas prestaciones de Seguridad Social que se pudieran reconocer en el futuro derivadas del mismo accidente de trabajo, sean incrementadas en el 40% con cargo exclusivo a la empresa "Puertas Acorazadas Asturmadi, S.L." que deberá constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste necesario para proceder al pago de dicho incremento, durante el tiempo en que aquellas prestaciones permanezcan vigentes, calculando el recargo en función de la cuantía inicial de las mismas y desde la éstas se hayan declarado causadas.- SÉPTIMO.- Formuladas sendas reclamaciones previas frente a la anterior Resolución del INSS por el trabajador y la empresa a la que se le impuso el recargo, fueron desestimadas, interponiéndose las correspondientes demandas que, acumuladas, dieron lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, de 12.05.2004 (Autos nº 1178/2003), desestimatoria de ambas demandas, cuya firmeza tampoco consta.- OCTAVO. - El capital coste de la pensión de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo declarada a favor del actor asciende a 127.895,75 ?. La cantidad percibida por el trabajador en concepto de subsidio de incapacidad temporal durante el período 08.02.2002 a 21.11.2002 asciende a 4.705,64 ?.- NOVENO.- PUERTAS ACORAZADAS ASTURMADI, S.L. y ADECCO tienen concertadas sendas pólizas de responsabilidad vigentes al menos desde el accidente de trabajo que nos ocupa, con FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA, y con la ESTRELLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, respectivamente.- DÉCIMO.- Presentada papeleta de conciliación frente a ADECCO y PUERTAS ACORAZADAS ASTURMANDI, S.A., fue celebrado el acto el 30.09.2003, el cual terminó con el resultado de sin avenencia".

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. Jesús María, frente a la empresa PUERTAS ACORAZADAS ASTURMADI, S.L., ADECCO T.T. S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, FIATC MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA Y LA ESTRELLA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, debo condenar y condeno a PUERTAS ACORAZADAS ASTURMADI,SL. y a FIATC

MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA a abonar solidariamente al actor la cantidad de TREINTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA EUROS CON NOVENTA Y UN CÉNTIMOS (31.180,91 ?), absolviendo a los demás demandados de los pedimentos contra ellos dirigidos".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Jesús María , y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia el 17 de noviembre de 2006 , con el siguiente fallo: "Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Jesús María , y por FIATC Mutua de seguros y Reaseguros a Prima Fija contra la sentencia dictada el 16 de Febrero de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Avilés en los presentes autos seguidos sobre indemnización de daños y Perjuicios derivados de accidente de trabajo, a instancias de D. Jesús María y siendo demandados PUERTAS ACORAZADAS ASTURMENDI,S.L., ADECCO T.T. S.A. EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL, FIATC-MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA Y SEGUROS LA ESTRELLA, S. A., se revoca la misma en el sentido de desestimar la demanda del actor absolviendo de la pretensión contenida en la demanda a dicha Mutua y a la empresa Puertas Acorazadas Asturmadi, manteniendo la absolución de las restantes codemandados acordada en la sentencia impugnada y desestimando el recurso interpuesto por la parte demandante".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Jesús María , se preparó recuso de casación para la unificación de doctrina , contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso, señalando como contradictoria con la recurrida, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 2005, recurso 1505/03, firme en el momento de publicación de la recurrida.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el recurso, y no habiéndose impugnado el mismo por la recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de enero de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Avilés dictó sentencia el 16 de febrero de 2005, autos 457/04 , estimando parcialmente la demanda formulada por D. Jesús María frente a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., Adecco T.T.S.A., empresa de trabajo temporal, Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija y La Estrella S.A. de Seguros y Reaseguros, condenando a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. y a Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija a abonar solidariamente al actor la cantidad de 31.180'91 euros, absolviendo a los demás demandados de los pedimentos en su contra deducidos. Tal y como resulta de dicha sentencia la empresa Adecco TT S.A. suscribió con Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. un contrato de puesta a disposición y cesión del trabajador D. Jesús María , siendo la cualificación del trabajador la de peón y sus funciones la ayuda al montaje de puertas y demás tareas auxiliares. El 8 de febrero de 2002 el trabajador sufrió un accidente de trabajo, a consecuencia del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total por resolución de 28-8-03 de la Dirección Provincial del INSS, con derecho al percibo de una pensión del 55% de una base reguladora de 1089'04 euros mensuales -fijada en 10892'01 euros por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo- ascendiendo el capital- coste de la citada pensión a 127.895'75 euros, habiendo percibido el trabajador, en concepto de subsidio por incapacidad temporal de 8-2-02 a 21-11-02 4.705'64 euros. El 22-8-02, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió Acta de infracción en la que, tras calificar la conducta empresarial como infracción grave, propuso la sanción en su grado mínimo de 1554'30 euros a Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., acta confirmada por Resolución del Consejero de Trabajo y Promoción de Empleo, estando pendiente de resolución del recurso contencioso-administrativo que contra la misma se ha interpuesto. La sentencia fijó la cantidad a indemnizar en 31.180 '91 euros, aplicando el Anexo a la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su actualización para el año 2003, razonando que el sistema de baremo permite excluir la consideración de la pérdida económica derivada de la incapacidad temporal, después definitiva, de manera que la cuantía resultante sea la misma que si el perjudicado no realiza actividad lucrativa alguna, cuya pérdida es la que causa las prestaciones económicas de Seguridad Social, por lo que al suprimir dicho

factor del cálculo de la indemnización no procede volver a restar posteriormente la cuantía capitalizada de las prestaciones económicas, puesto que se duplicaría la minoración de las mismas. En resumen, no procede restar de la cuantía final el importe capitalizado de las prestaciones de Seguridad Social. La sentencia cuantifica la cantidad final tomando en cuenta los siguientes importes: 2088'31 euros, correspondientes a 38 días de hospitalización, desde el accidente al 18-3-02; 5.987'62 euros, correspondientes a 249 días de baja médica restantes, considerándose como término final el alta médica con propuesta de invalidez de 22-11-02; 23.104'98 euros correspondientes a la valoración de las secuelas, consistentes en "disyunción pública y sacroiliaca, según afectación estática vertebral y función locomotriz", que se valora en el máximo del arco posible, 12 puntos, a los que han de añadirse otros 12 del perjuicio estético, lo que supone 24 puntos, a 962,707353 euros el punto, teniendo en cuenta la edad de la víctima en la fecha del siniestro, sin que hayan de aplicarse factores de corrección por razón de la incapacidad, dado que la misma viene compensada por el sistema de Seguridad Social, ni tampoco los relativos a perjuicios económicos por el principio de rentabilidad.

Recurrida en suplicación por el actor D. Jesús María y por la demandada Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 17 de noviembre de 2006, recurso 2998/05, estimando el recurso formulado por Fiatc-Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, desestimando el formulado por el actor y desestimando la demanda en su día interpuesta. la sentencia entendió, en aplicación de la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de fecha 9 de febrero de 2005 , que las prestaciones de Seguridad Social, si bien no agotan la indemnización total que pudiera proceder en concepto de responsabilidad civil por culpa o negligencia del empresario en la producción de un accidente de trabajo, se integran en ese total indemnizatorio y son, por lo tanto, deducibles del importe que hubiera tenido que abonarse en el supuesto de que no hubieran existido tales prestaciones, siendo deducible el capital coste de la pensión de invalidez permanente. En consecuencia, la sentencia concluye que al constar que el capital-coste a favor del actor asciende a 127.895'75 euros y que la cantidad percibida por subsidio de incapacidad temporal asciende a 4705'64, excediendo la suma de ambas

cantidades con mucho, de la indemnización fijada en la sentencia, no procede fijar cantidad alguna en concepto de indemnización.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 21 de abril de 2005 , recurso 1505/03, firme en el momento de publicación de la recurrida, ya que fue declarada firme en virtud de providencia de 1 de junio de 2005.

Las demandadas Puertas Acorazadas Asturmadi S.L. y Fiatc Mutua de Seguros a prima fija han impugnado el recurso habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el 21 de abril de 2005 , recurso 1505/03, estimó parcialmente el recurso formalizado por la representación letrada del trabajador D. Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Albacete, de fecha 3 de marzo de 2003 , autos 513/01, seguidos a instancia del recurrente frente a la Excm. Diputación Provincial de Albacete, Zúrich Internacional S.A., Banco Vitalicio de España y Consorcio Cultural Albacete, en reclamación de indemnización por daños derivados de accidente de trabajo y con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda, procedió a reconocer al actor el derecho a percibir, como indemnización derivada del accidente laboral, la cantidad de 6.000 euros, condenando solidariamente a la empresa demandada y a la aseguradora Banco Vitalicio de Seguros y Reaseguros. Consta en dicha sentencia que el actor, contratado el 7-12-98 por la empresa Umano ETT y puesto a disposición del Consorcio Cultural de Albacete para la descarga, preparación y mantenimiento de una obra teatral sufrió un accidente de trabajo el 15 de diciembre de 1998, al caer al vacío desde el falso techo del teatro donde

había sido enviado por un superior, empleado de ETT, para que realizara el empalme eléctrico de un cañón de luces. Como consecuencia de las secuelas del accidente el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total, ascendiendo el capital coste de la prestación reconocida a 108.460'91 euros. El Consorcio Cultural de Albacete, entidad con personalidad jurídica propia, integrado por la Diputación, la Junta de Comunidades, cuatro Ayuntamientos de la Provincia -incluido el de Albacete- y cuatro Cajas de Ahorro- tienen suscrito con el Banco Vitalicio una póliza de responsabilidad civil, en vigor en el momento del accidente. La sentencia entendió que medió culpa empresarial - por omisión- en el accidente acaecido, concretada en falta de formación y culpa "in vigilando" en el uso de medios de protección, que incidió de manera relevante en la producción del siniestro laboral. Respecto a la fijación de la indemnización la sentencia razona, citando sentencias tanto de dicha Sala como de esta Sala de lo Social, y del Tribunal Constitucional, que la utilización del baremo de accidente de tráfico para la fijación de la indemnización por accidente de trabajo, aunque no existe un especial argumento normativo para ello, salvo cierta posibilidad analógica, discutible, como es el Anexo de la Ley de Seguros Privados, tiene una razón de ser claramente distinta de la que puede surgir de un accidente de tráfico, pues existe una especial responsabilidad entre el propietario de la instalación empresarial donde se presta el trabajo y el trabajador, por lo que no procede -como ha hecho la juzgadora de instancia- aplicar el anexo de la Ley del Seguro Privado y descontar la capitalización de la prestación de incapacidad permanente total reconocida al trabajador ya que, de realizarse tal operación, tras establecer la responsabilidad del empresario incumplidor, se llegaría a fijar una indemnización "cero" (consecuencia del descuento de la capitalización de la cantidad fijada como indemnización de daños y perjuicios). Finaliza la sentencia señalando que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, a la existencia comprobada de omisión de falta de formación en materia de Seguridad y Salud y de falta de cuidado y vigilancia de los medios de protección, así como la existencia de una indemnización por parte de Winterthur, procede la fijación de la indemnización, ya que sería una figura nueva la existencia de culpa sin responsabilidad, estableciendo la misma en 6000 euros.

Entre la sentencia comparada y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto en ambas

sentencias se examina el supuesto de un trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo,. a consecuencia del cual ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total, con derecho al percibo de la correspondiente prestación, en ambas se estima que existe el derecho a una indemnización de daños y perjuicios y se aplica el baremo de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero mientras en la sentencia recurrida de la indemnización total de daños y perjuicios reconocida, en aplicación del citado baremo, se descuenta el capital- coste de la prestación de la incapacidad permanente total reconocida al trabajador -lo que arroja indemnización "cero"- en la de contraste no se efectúa dicha detracción, fijándose una cantidad, ponderando las circunstancias concurrentes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente alega infracción de los artículos 1101 del Código civil en relación con el 1104 y concordantes.

La cuestión debatida se ciñe a determinar si procede o no detraer de la indemnización de daños y perjuicios, derivados de un accidente de trabajo, el capital coste de la pensión de incapacidad permanente total, reconocida a consecuencia de dicha contingencia.

La cuestión ha sido unificada por esta Sala, reunida en Sala General, rectificando el criterio anterior, en dos sentencias de 17 de julio de 2007, recursos 4367/05 y 513/06, seguidas de las de 2 y 3 de octubre de 2007, recursos 3945/06 y 2451/06, de 21 y 30 de enero de 2008, recursos 4017/06 y 414/07 de 20 de septiembre de 2008, recurso 1141/07. Nuestra doctrina al respecto, a cuyo fundamentación "in extenso" nos remitimos, puede resumirse, tal como lo hace la precitada sentencia de 21 de enero de 2008, en los siguientes términos: "1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el

daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable.

2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante".

Por todo lo razonado aplicando la doctrina transcrita al asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina con el limitado alcance que luego se dirá, No procede detraer de la indemnización de daños y perjuicios fijada, aplicando los parámetros y criterios contenidos en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguridad en la circulación de vehículos de motor -baremo orientativo cuya aplicación analógica ha sido expresamente admitida por esta Sala, entre otras, en sentencia de 17-2-99, recurso 2085/98, con cita de la de 2-2-99 , recurso 124/97- el capital-coste de la pensión de

incapacidad permanente total reconocida al trabajador accidentado, procediendo la fijación de la pertinente indemnización por el Juzgado, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, lo que ha sido efectuado de forma pormenorizada por la juzgadora de instancia, aplicando, por razones cronológicas, el Anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor en la redacción dada por la ley 30/1995 y actualización en 2003, estableciendo la cantidad de 31.180 '91 euros, en concepto de indemnización.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos parcialmente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, en nombre y representación de D. Jesús María contra la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias , en el recurso de suplicación núm. 2998/05, interpuesto por D. Jesús María y por Fiatc-Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Avilés, de fecha 16 de febrero de 2005, autos 457/04, seguidos a instancia de D. Jesús María , contra Puertas Acorazadas Asturmadi S.L., Adecco TT.S.A., empresa de trabajo temporal, La Estrella S.A. y Fiatc Mutua de Seguros, en reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. Casamos la sentencia recurrida anulando sus pronunciamientos y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar los recursos de esta clase interpuestos por el actor y por Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a prima fija, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2008

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DOÑA Juana , representada y defendida por el Letrado D. Juan Eusebio Rodríguez Delgado y el interpuesto por la empresa PERSONAL 7 ETT, S.L., representada y defendida por el Letrado D. José Pérez Mejías, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 19 de enero de 2007 (autos nº 136/2006), sobre DESPIDO. Es parte recurrida ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA S.L.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. ANTONIO MARTÍN VALVERDE

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido abordada y resuelta por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre el alcance de las responsabilidades laborales de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria cuando en el curso de la prestación de servicios se han producido incumplimientos de las obligaciones legales contraídas con el trabajador enviado por aquélla al servicio de ésta.

En concreto, el incumplimiento acreditado en el caso se refiere a la obligación legal establecida en el art. 6 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) de emplear al trabajador en misión en los trabajos temporales previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET), constando en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida que la empresa usuaria no destinó a la demandante a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición sino a otras distintas. Las responsabilidades reclamadas en la demanda tanto a la empresa de trabajo temporal como a la empresa usuaria son las derivadas de despido declarado nulo por haber sido

efectuado durante la suspensión del contrato de trabajo por descanso maternal [art. 55.5.a) ET]; en particular se solicita de la jurisdicción social que "se condene a las empresas demandadas a readmitir a la actora en su puesto de trabajo" y "al abono de los salarios de tramitación". El objeto de debate de unificación de doctrina se centra exclusivamente en si la empresa usuaria (Endesa) ha de responder de forma solidaria o de forma subsidiaria con la empresa de trabajo temporal (Personal 7 ETT) de las consecuencias del despido nulo declarado en la instancia y confirmado en suplicación.

La sentencia de suplicación recurrida, revocando en este punto la dictada por el Juzgado de lo Social, ha resuelto que la declaración de nulidad del despido afecta únicamente a la ETT, aplicando al caso el art. 16.3 LETT, que parece restringir la responsabilidad solidaria en supuestos de empleo a través de empresas de trabajo temporal, a las obligaciones salariales y de Seguridad Social con incumplimiento de los artículos 6 y 8 LETT. Mientras que la sentencia aportada para el juicio de contradicción, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) ha llegado a la conclusión contraria en un supuesto sustancialmente igual, declarando la responsabilidad solidaria por despido nulo de la ETT y de la empresa usuaria por incumplimiento de obligaciones legales relativas al trabajador en misión.

Han recurrido la sentencia de suplicación impugnada en casación unificadora tanto la ETT como la trabajadora en misión afectada por el despido nulo. La petición es en ambos recursos que se extienda la responsabilidad solidaria por despido nulo a la empresa usuaria. Pero, sin perjuicio de que el interés de la trabajadora pueda ser satisfecho en los términos que se verán, su recurso de casación unificadora debe ser desestimado por falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, al carecer de una exposición comparativa pormenorizada de los hechos y fundamentos de la sentencia recurrida y de las invocadas para el juicio de contradicción.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión controvertida hay doctrina unificada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en sentencias de 4 de julio de 2006 (rec. 1077/05) y 28 de septiembre de 2006 (rec. 2691/05). De acuerdo con esta línea jurisprudencial, que mantenemos en la presente resolución, la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario que establece el art. 43 ET "por infracción de

las obligaciones contraídas con los trabajadores" se aplica a los supuestos de incumplimiento de las "obligaciones legales" derivadas del contrato de trabajo cuando la cesión del trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria derivada de un contrato de puesta a disposición no se ha ajustado a "los términos que legalmente se establezcan" (art. 43.1 ET). Siguiendo esta misma doctrina jurisprudencial, la aplicación del art. 43.2 ET a los supuestos en que se utiliza la intermediación de la ETT de una manera distinta a la legalmente establecida se contrae a las obligaciones legales y no comprende "determinaciones reglamentarias" o "elementos accesorios que no alcancen la sustancial regulación efectuada por la Ley" (STS 28-9-2006, citada).

Las razones expresadas en las sentencias precedentes en favor de la solución a la cuestión planteada se pueden resumir como sigue: 1) la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta; 2) los incumplimientos de las obligaciones contraídas con el trabajador en estos casos pueden derivar bien de una decisión adoptada por la ETT, bien de un ejercicio irregular del poder de dirección atribuido a la empresa usuaria, bien de la combinación de actos de infracción de una y otra; y 3) la formulación literal del precepto del art. 43.1 ET , donde se acepta en principio la licitud de la intermediación de las empresas de trabajo temporal, precisa que tal intermediación para ser lícita obliga a que ambas empresas implicadas se atengan "a los términos que legalmente se establezcan".

TERCERO.- La proyección de la doctrina anterior sobre el presente litigio conduce a estimar el recurso de la trabajadora. Nos encontramos con un incumplimiento de la empresa usuaria de la obligación legal de destinar al trabajador en misión a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición; y este incumplimiento sobrevenido de obligación legal convierte en ilícita la cesión del trabajador en misión, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente (despido nulo en el caso).

Teniendo en cuenta el signo estimatorio de la demanda de la sentencia de instancia, la resolución del debate de suplicación con arreglo a doctrina unificada ha de consistir en la desestimación del recurso de Endesa.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de abril de 2005 el Juzgado de lo Social de Bilbao nº 3 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por Bartolomé contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y MUTUA UNIVERSAL MUGENAT debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones deducidas frente a ellos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El actor D. Bartolomé, mayor de edad con DNI nº NUM000 afiliado al Régimen General de la Seguridad social con nº NUM001 ha prestado servicios para la entidad Vedior Trabajo Temporal ETT S.A. en distintos periodos, entre otros desde el 10-9-04 a 12-10-04, 13-1-05 a 28-2-05 y 1-3-05 a 3-4-05. SEGUNDO.- La entidad Vedior Trabajo Temporal ETT S.A. tenía cubierta las contingencias comunes con Mutua Universal Mugenat. TERCERO.- El actor el 20 de septiembre de 2004 inició proceso de incapacidad temporal por enfermedad común en virtud de parte médico de baja emitido por Osakidetza-SVS, permaneciendo en esta situación hasta el 12 de enero de 2005 que es dado de alta por mejoría que permite realizar su trabajo. CUARTO.- La prestación de IT venía siendo abonada por Mutua Universal que en tal concepto ha abonado las siguientes cantidades:

FECHA DE PAGO EUROS DIAS DESDE HASTA

01.12.04 1347,62 43 15.10.04 26.11.04

01.01.05 626,80 20 27.11.04 16.12.04

QUINTO.- Con fecha 25-11-04 Mutua Universal entregó al actor una carta de citación con el siguiente contenido: "Que encontrándose Ud. actualmente en situación de incapacidad temporal y en cumplimiento de lo establecido en los arts. 3 y 6 del RD 575/1997 de 18 de Abril , esta Mutua le requiere por medio de este escrito para que el próximo día 16 de Diciembre a las 12.00 horas, comparezca en nuestro centro asistencial sito en Bilbao, C/Elcano nº 17, al objeto de realizarle un reconocimiento médico. Igualmente le informamos que, en virtud de lo dispuesto en el art. 131. bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , en la redacción dada por el art. 34.4 de la Ley 24/01, de 27 de diciembre, Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el caso de no comparecer y no justificar fehacientemente su incomparecencia en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha de la citación, esta entidad procederá a EXTINGUIR la prestación económica que pudiera estar recibiendo como consecuencia de su situación de baja médica por IT, con efectos del día siguiente a la fecha señalada para reconocimiento. Contra este acuerdo podrá interponerse escrito de Reclamación Previa a la vía jurisdiccional ante esta Mutua en el plazo de 30 días contados a partir del siguiente a la fecha de su recepción, de conformidad con lo establecido en el art. 71 del Texto Refundido de la Ley de procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de Abril (BOE 11 de Abril). Atentamente, NOTA: LE AGRADECERIAMOS QUE EN CASO DE DISPONER DE INFORMES MEDIOS ETC, LOS APORTARA A NUESTROS SERVICIOS MEDICOS. IGUALMENTE SI USTED SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE ALTA, LE ROGAMOS NOS LOS COMUNIQUE (94.4794570/64), ASI COMO DISCULPE LAS MOLESTIAS OCASIONADAS." SEXTO.- El actor no acudió a la cita señalada para el día 16-12-04 dejando la mutua de abonar la prestación. SEPTIMO.- El 5-1-05 el actor presentó escrito ante la Mutua indicando que se había comunicado que había faltado a una cita con el médico el 16-12-04 y que no se le había abonado en la nómina la totalidad de la prestación solicitando se procediera a su abono alegando que se faltó a la cita porque le habían sido hurtado su teléfono móvil desconociendo la fecha de la cita. Esta solicitud fue desestimada por Acuerdo "del

director General de la Mutua de 17-1-05 ratificando el acuerdo de extinción del derecho a percibir la prestación del subsidio de IT por incomparecencia al reconocimiento. OCTAVO.- El actor solicitó cita para su médico de cabecera el día 7-1-05 concediéndosele cita para el día 10. NOVENO.- La base reguladora de la prestación de IT es de 52,01 euros diarios".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la cual dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2005 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Bartolomé contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm 3 de Bilbao, de 19 de abril de 2005, dictada en sus autos núm. 126/05, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente a Mutua Universal-Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 10, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre extinción de prestación de incapacidad temporal; en consecuencia, con revocación de su pronunciamiento y estimando la demanda interpuesta, dejamos sin efecto la decisión de la Mutua demandada dando por extinguido, desde el 16 de diciembre de 2004, el derecho del demandante a la prestación de incapacidad temporal que tenía reconocida, declarando su derecho a la misma hasta el 12 de enero de 2005, condenando a dicha demandada a pagársela en función de la base reguladora de 52,01 euros/día".

CUARTO.- Por la representación procesal de Mutua Universal-Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 10 se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de fecha 7 de octubre de 2004.

QUINTO.- Por providencia de fecha 31 de octubre de 2006 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e

instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5 de julio de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina si una Mutua Patronal, que asume la gestión de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, está o no facultada para extinguir la prestación cuando el asegurado deja de acudir a un reconocimiento médico para el que es convocado, sin justificar su ausencia.

En el caso de la sentencia ahora recurrida, dictada el 13 de diciembre de 2.005 por la Sala de lo Social del País Vasco, consta probado que: A) El actor, afiliado al Régimen General que tenía cubierta la citada contingencia con la Mutua Universal, inició situación de incapacidad temporal (IT) derivada de enfermedad común el 20 de septiembre de 2.004, que concluyó, con alta por mejoría, el 12 de enero siguiente. B) El día 16 de diciembre de 2004, el actor dejó de acudir al control médico ante los servicios de la Mutua al que fue convocado por carta entregada en mano, sin que justificase cumplidamente su incomparecencia. En dicha carta la Mutua le había advertido, que "en caso de no comparecer y no justificar fehacientemente su incomparecencia en el plazo de 10 días naturales desde la fecha de la citación, esta entidad procederá a extinguir la prestación económica" en aplicación de lo dispuesto en el art. 131 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).C) La Mutua dejó de abonar al actor el subsidio de IT el día 16 de diciembre de 2.004.

El actor interpuso demanda contra dicha decisión, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao por sentencia de 19 de abril de 2.005, absolviendo a todas las entidades demandadas de los pedimentos efectuados contra ellas. Recurrida en suplicación la sentencia fue revocada por la que ahora se recurre, de 13 de diciembre de 2.005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 27 de diciembre de 2005 (recurso 2034/05), tras razonar, en síntesis, que desde el 14 de diciembre de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley 45/2002, cuyo art. 5, apartado siete, modificó el contenido del art. 47-1-b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), la extinción de la prestación de incapacidad

temporal por causa de incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, "pasa a configurarse como una sanción, por lo que inevitablemente ha de acordarse en el correspondiente procedimiento sancionador y adoptarse por quién está legalmente facultado para ello (arts. 1-2 y 47-5 LISOS)".

SEGUNDO.- El pronunciamiento de suplicación es recurrido en casación para la unificación de doctrina por la Mutua condenada, alegando la infracción del art. 131 bis.1 de la LGSS e invocando como sentencia referencial la dictada por la Sala de lo Social La Rioja el 7 de octubre de 2004 , (recurso 255/04). Esta última resuelve el supuesto de trabajador, también afiliado al Régimen General, que tenía cubierta la contingencia de incapacidad temporal con una Mutua y que tras, incomparecer injustificadamente a un reconocimiento médico el 1 de diciembre de 2003, vio extinguida la prestación por Acuerdo de la Mutua con efectos de ese mismo día. La sentencia referencial, confirmando la dictada en la instancia, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el demandante tras razonar que la decisión extintiva de la prestación se tomó por la Mutua en el ejercicio de sus facultades de gestión de la propia prestación y que, en definitiva, "la resolución impugnada no era un acto sancionador, sino un acto de gestión de la prestación económica, dictada no en aplicación de la LISOS, sino en aplicación del art. 131 bis 1 de LGSS".

Concorre pues entre la sentencia recurrida y la referencial la contradicción que exige el art. 217 de la LPL dada la identidad, tanto subjetiva y objetiva de los supuestos contemplados, como del debate jurídico planteado, que en ambos casos se centra como ya anticipamos en el fundamento primero en determinar si la Mutua que cubre la contingencia de incapacidad temporal por enfermedad común está facultada, al gestionar la prestación, para declarar por sí misma la extinción del derecho al subsidio cuando el asegurado incomparece injustificadamente a un reconocimiento médico al que había sido citado por sus propios facultativos.

TERCERO.- La cuestión ha sido ya abordada y unificada recientemente por las sentencias de esta Sala de 7-3-07 (rcud 5410/05) y 15-3-07 (rcud 375/06), al resolver asuntos idénticos al presente, provenientes ambos de la misma Sala de lo Social y en los que también se invocó como referencial la misma sentencia de La Rioja que en este

caso. A su doctrina, que asumimos íntegramente, debemos pues estar, por lógicas razones de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica, al no concurrir circunstancia alguna que conduzca a su modificación.

Los argumentos de las referidas sentencias, que comienzan por hacer suyos los expuestos en las de 5 y 9-10-06 (rscud 2966 y 2905/05) pueden resumirse del siguiente modo:

I. El nº 1 del art. 131 bis LGSS, según la redacción dada por el art. 34.Cuatro de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2002 (Disp. Final 3ª.Uno), expresamente dispone que el derecho al subsidio se extingue "por la incomparecencia injustificada a (. . .) los reconocimientos (. . .) médicos". El Texto Refundido de la LISOS, vigente desde el 1 de enero de 2001 según la Disposición Final Única del Real Decreto Legislativo que lo aprobó, configura esa misma conducta de los beneficiarios, en su art. 25.2, como una infracción grave. Y aunque el precepto que luego regula las sanciones que pueden imponerse (art. 47) haya sufrido una muy concreta y restringida modificación a través de la nueva redacción dada por el artículo 5.7, de la Ley 45/2002, de ello no puede deducirse que el legislador haya querido suprimir las facultades de gestión que se derivan de la clara y contundente redacción del art. 131. Bis. 1 LGSS.

II. Pero es que aunque se pretendiera primar el criterio de la modernidad normativa, como parece desprenderse de la sentencia recurrida, porque la redacción actual del art. 47 de la LISOS es obra de la Ley 45/2002 mientras que el art. 131 bis de la LGSS se introdujo por una Ley anterior (la Ley 24/2001), tampoco esa sola circunstancia permite eludir el precepto concreto (art. 131.bis.1 LGSS), porque la norma más moderna únicamente afecta a la sanción (art. 47 LISOS) pero mantiene incólumes las conductas tipificadas (en este caso, el art. 27 LISOS).

III. Así pues la capacidad de gestión de la Mutua -- se trata de contingencias comunes -- alcanza a todos los supuestos contemplados en el repetido art. 131 bis LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que

indudablemente se encuentra la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva.

CUARTO.- Cabe pues concluir, en atención a lo dicho, que ha sido la sentencia referencial y no la recurrida la que ha resuelto conforme a derecho. Por tanto, de conformidad con el mandato del art. 226.2 LPL y con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, procede que esta Sala estime el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por Mutua Universal, case y anule la sentencia recurrida y resuelva el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a la doctrina unificada. Lo que comporta el rechazo del recurso de tal clase interpuesto en su día por el actor, con la íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre las costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por MUTUA UNIVERSAL. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco , y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por DON Bartolomé y confirmamos la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao el 19 de abril de 2.005. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 15 de diciembre de 2005, dictó sentencia el Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia, declarando como probados los siguientes hechos: "1º.- La trabajadora demandada Dª Constanza , nacida el 6-6-1963, con nº de afiliación a la Seguridad Social NUM000 , ha prestado servicios para la empresa demandada Alta Gestión S.A. ETT, con la categoría profesional de peón agrícola en almacén de envasado 2º.- El día 26-03-2004, cuando prestaba servicios para la empresa demandada, la trabajadora referida sufrió accidente "in itinere", y acudió a los servicios médicos de Mutua Asepeyo, con la cual la empresa demandada tenía cubierto el riesgo derivado de accidente de trabajo, que le expidieron parte de baja médica con el diagnóstico de "esguince cervical; latigazo cervical", situación en la que estuvo hasta el 30-05-2004, en que le fue extendido parte de alta médica por mejoría que permite el trabajo habitual; dicha alta fue impugnada, dictándose sentencia en fecha 2-12-2004 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Murcia, proceso nº 569/2004, por la que desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora y confirmó el alta emitida por Mutua Asepeyo, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia mediante sentencia de fecha 28-02-2005. 3º.- En fecha 31-05-2004 > la trabajadora causa nueva baja médica que le fue expedida por el facultativo .los Servicios Públicos de Salud, con el diagnóstico de latigazo cervical, molestias y vértigos. 4º.- La Inspección Médica de la Consejería de Sanidad y Consumo emitió informe en fecha 14-06-2004; tramitado expediente, de determinación de contingencia del EVI emitió informe en fecha 3-02-2005 en el que indica que la mencionada baja médica deriva de accidente de trabajo y que la trabajadora está afectada de "latigazo cervical". 5º.- La Dirección Provincial del INSS, mediante resolución de fecha 28-02-2005, acordó determinar que, la baja médica de 31-05-2004 deriva de accidente de trabajo y declara a Mutua Asepeyo entidad responsable del pago de las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de dicha baja. 6º.- Disconforme con dicha resolución la Mutua interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 31-05-2005;" Y el fallo fue del tenor literal siguiente: "Desestimo la demanda interpuesta por Mutua Asepeyo frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Servicio

Murciano de Salud, Da Constanza y la empresa Alta Gestión S.A. ETT, a quienes absuelvo de la pretensión en su contra deducida."

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda interpuesta por MUTUA ASEPEYO frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO MURCIANO DE SALUD, D^a Constanza y la empresa ALTA GESTIÓN S.A.ETT, a quienes absuelva de la pretensión en su contra deducida".

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recursos de suplicación por el INSS, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia el 3 de abril de 2006, con el siguiente fallo: "Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua ASEPEYO frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 15 de diciembre de 2005 , en virtud de demanda interpuesta por Mutua ASEPEYO contra la trabajadora doña Constanza , la empresa Alta Gestión, S.A., E.T.T., el Servicio Murciano de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación de que se declare la nulidad de pleno derecho de las resoluciones de la Entidad Gestora que declararon que la baja médica de 31 de mayo de 2004 derivaba de accidente de trabajo por falta de competencia de la misma, o, subsidiariamente, se declare que tal baja médica emana de enfermedad común; y revocar, como revocamos, el pronunciamiento de instancia, y con estimación de la demanda, se declara la nulidad de las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 28 de febrero y 31 de mayo de 2005.- Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal".

CUARTO.- Por el Letrado D. Juan Ignacio del Valle Joz, en nombre del INSS, se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Murcia y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso aportando como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 19 de abril de 2005.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado el recurso por la recurrida ASEPEYO, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar el recurso procedente. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de mayo de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se relata en los hechos declarados probados que la trabajadora sufrió un accidente "in itinere" el 26 de marzo de 2004; los servicios médicos de la Mutua que cubría los riesgos profesionales expidieron parte médico de baja con diagnóstico de "esguince cervical; latigazo cervical", permaneciendo en incapacidad temporal hasta el 30 de mayo de 2004, en que fue dada de alta médica; el parte de alta fue impugnado en vía judicial y por sentencia firme se desestimó la demanda.

El 31 de mayo de 2004 los facultativos de los Servicios Médicos de Salud expidieron nuevo parte de baja médica, con el mismo diagnóstico que en la ocasión anterior; la Inspección Médica emitió informe el 14 de junio de 2004 y el 3 de febrero de 2005 el EVI emitió informe indicando que la mencionada baja médica derivaba de accidente de trabajo. La Dirección Provincial del INSS mediante resolución de 28 de febrero de 2005, declaró que la baja médica de 31 de mayo de 2004 derivaba de accidente de trabajo y que la Mutua Asepeyo era la entidad responsable del pago de las prestaciones por la incapacidad derivada de dicha baja.

La Mutua Asepeyo, una vez agotada sin éxito la vía administrativa previa, formuló demanda frente a la trabajadora, contra la empresa para la que ésta prestaba servicios, el INSS, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Murciano de Salud, solicitando que se declare la nulidad de la resolución del INSS de 28 de febrero de 2005, por carecer esta entidad gestora de competencia para declarar el origen común o profesional de la contingencia que originó la baja médica de 31 de mayo de 2004. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, pero la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en sentencia de 3 de abril de 2006, estimó el recurso de suplicación de la Mutua y de demanda en todos sus pedimentos.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo ha interpuesto el INSS, para denunciar la infracción del artículo 126.4 de la Ley General de la Seguridad Social, los artículos 1 y 3 del R.D. 1300/95, de 21 de julio, el artículo 87 del RD 1993/95, de 7 de diciembre y la jurisprudencia de esta Sala que cita. Para acreditar la contradicción ha seleccionado el recurrente la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia de 19 de abril de 2005 , con la que, en efecto, entra en contradicción la recurrida pues, como hace ver el Ministerio Fiscal en su dictamen, en ambos casos se trata de trabajadores situados en incapacidad temporal debida a contingencia profesional y posteriormente dados de alta; al día siguiente los servicios públicos de Salud expidieron nuevos partes médicos de baja, resolviendo el INSS que las lesiones originarias de la baja se debieron a accidente de trabajo, con la consiguiente responsabilidad de la Mutuas de Accidentes de Trabajo por el abono de las prestaciones, pero en tanto que la sentencia referente reconoció a la entidad gestora competencia para declarar el origen común o profesional de la contingencia, la recurrida aquí la ha negado, con lo que se quebranta la unidad de la doctrina; en esta situación está llamado a unificar la doctrina el extraordinario recurso de casación que analizamos.

TERCERO.- Como ya hemos indicado anteriormente, el tema de debate se refiere a la competencia que pueda ser atribuida al INSS para determinar el carácter común o profesional de los contingencias que originan una incapacidad temporal, competencia que la Mutua demandante y la sentencia recurrida niegan de manera expresa, con lo que se apartan de la reiterada doctrina de esta Sala, proclamada en los sentencias de 15 de noviembre de 2006 (Recurso 1982/2005), las que en ella se citan y la de 18 de abril de 2007 que trata un supuesto de esencial coincidencia con el presente, en el que estaban implicados una trabajadora de la misma empresa que la demandada en este proceso, la propia Mutua que aquí demanda, con absoluta similitud en los hechos, hasta el punto de que en ambos casos ha servido como referente la misma sentencia de Valencia de 19 de abril de 2005 , así es que, por razones de coherencia y de seguridad jurídica, debemos estar a los razonamientos que repetidamente veníamos exponiendo .

El recurso tiene que merecer una favorable acogida como así lo tiene establecido ya esta Sala en una copiosa jurisprudencia de la que son de citar dos Sentencias dictadas en Sala General el 26 de enero de 1998 (rec. 548/1997 y 1730/1997), así como en las

Sentencias posteriores de 27 de enero de 1998 (rec. 1351/1997); 28 de enero de 1998 (rec. 1582/1997); 2 de febrero de 1998 (rec. 2152/1997); 6 de marzo de 1998 (rec. 2654/1997); 28 de abril de 1998 (rec. 3053/1997); 12 de noviembre de 1998 (rec. 708/1998); 1 de diciembre de 1998 (rec. 1694/1998); 26 de enero de 1999 (rec. 2040/1998); 19 de marzo de 1999 (Rec. 1725/1998) y 22 de noviembre de 1999 (rec. 3996/1999). La doctrina contenida en estas sentencias se resume así:

1.- El artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio) reafirmó la competencia omnicompreensiva que tradicionalmente incumbió al INSS al afirmar que corresponde al INSS "la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social...". Se le confiere así el rango de entidad de base para la organización y vigilancia y, en su caso, dispensación, de las prestaciones, siendo el papel de Mutuas Patronales y Empresas, meramente auxiliar, habiendo destacado siempre este carácter secundario al ser designadas por todas las disposiciones rectoras del sistema de Seguridad Social, como "Entidades Colaboradoras".

2.- El papel rector de la Entidad Gestora ya aparecía en el artículo 1.1 del Real Decreto Ley 36/1978 , y aparece ratificado en las prestaciones de incapacidad en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre y, hoy, de manera general, en el artículo 1.1 a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio , norma que atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas.

3.- Esta atribución competencial no aparece modificada por precepto alguno con rango suficiente para hacerlo. Es más, el mandato del artículo 5 de la O.M. de 13 de octubre de 1.967 que desarrolló reglamentariamente las prestaciones de ILT, al atribuir a Mutuas y empresas colaboradoras el reconocimiento del derecho a las prestaciones, no contradice aquella facultad rectora del INSS, sino que meramente la completa.

Negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total

igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir -aunque sea de manera no definitiva- la responsabilidad por una contingencia.

CUARTO.- El carácter de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social que -constituyen hoy día ya Administración Pública según se desprende del artículo 41 de la Constitución Española y de los artículos 1 y 2 y DA Sexta d de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común lo que se viene a ratificar por el artículo 59 del RDL 1/1994, de 20 de junio , por el que se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley de seguridad Social obliga a entender que ha de ser el INSS al que corresponda la competencia para determinar la naturaleza de la contingencia de la que deriva una Incapacidad Temporal, y no, en cambio, a la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales que no tiene aquel carácter de Administración Pública ni es Entidad Gestora, sino meramente, Colaboradora de la Seguridad Social -artículos 67 y 68 del expresado Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social -, por más que puedan tener amplias competencias en materia de bajas y altas en relación con la Incapacidad Temporal.

Tanto el artículo 1.1.a) y d) del RD 1300/1995, de 21 de julio , referido a la incapacidad permanente, atribuyen esa facultad de calificación al INSS y si bien el RD 428/2004, en su artículo Único 9 , al hacer referencia a la modificación del artículo 80 del RD 1993/1995 , pareciera que quiere asignar tal facultad a las Mutuas Patronales, al decir "previa declaración por la Mutua", sin embargo, el más reciente RD 1041/2005, de 5 de septiembre, al haber excluido de su redacción "previa determinación de la contingencia causante", no deja ya la menor duda de que la competencia discutida debe ser atribuida, sin género de duda alguna, al INSS.

QUINTO.-Los razonamientos expuesto determinan, conforme a la propuesta del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso para casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en trámite de implicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por Mutua Asepeyo, confirmando en todos sus pronunciamientos la sentencia de instancia y sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSS, contra la Sentencia dictada el día 3 de Abril de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el Recurso de suplicación 328/06 , que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que con fecha 15 de diciembre de 2005 pronunció el Juzgado de lo Social número cuatro de Murcia el Proceso 583/05 , que se siguió sobre baja médica, a instancia de DOÑA Constanza y ASEPEYO, contra la expresada recurrente. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate en trámite de suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua Asepeyo, confirmando la sentencia de instancia, sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE MARZO DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 31 de diciembre de 2004, dictó sentencia el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santander, declarando como probados los siguientes hechos: PRIMERO.-El actor, Juan María, afiliado a la Seguridad Social con el núm. NUM000, ha venido prestando sus servicios profesionales para la empresa euro empleo ETT, S.L. en varios periodos. Dicha empresa tiene concertada la Incapacidad Temporal por contingencias comunes y profesionales con la Mutua Cyclops. SEGUNDO .- El último

de los citados periodos en que el trabajador ha permanecido de alta en la Seguridad Social por cuenta de la citada empresa ha sido desde el 17 de noviembre a 23 de noviembre de 2003 en que el Sr. Juan María causa baja por Fin de Contrato. A dicha fecha el actor tenía derecho a un día de vacaciones no disfrutadas.- TERCERO.- La empresa Euroempleo ETT procedió a dar de nuevo de alta en Seguridad Social al actor el 24 de noviembre de 2003 y posteriormente comunicó a la TGSS con fecha 11 de diciembre de 2003 dicha alta, se debió a un error administrativo.- CUARTO.- El demandante inició un proceso de Incapacidad Temporal por Enfermedad Común el 24 de noviembre de 2003.- QUINTO. - Solicitado el abono de la prestación de Incapacidad Temporal, le ha sido denegado por resolución de la Mutua Cyclops de fecha 8 de febrero de 2004, que además le reclama la cantidad abonada hasta el 11 de marzo de 2004 y que asciende a 1.700,66 euros.- SEXTO.- La Base Reguladora del subsidio Incapacidad de Temporal por contingencias comunes asciende a 51,84 euros diarios.- SEPTIMO.- Se ha agotado la vía administrativa previa".

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Estimo la demanda formulada por Juan María contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUAL CYCLOPS y EUROEMPLO ETT, y en consecuencia declaro el derecho del actor a percibir la prestación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común con efectos desde el 24 de noviembre de 2003 y sobre una base reguladora de 51,84 euros diarios condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la Mutua Cyclops a su abono, con responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la Mutua".

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de suplicación por MUTUAL CYCLOPS, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cantabria, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2005 , con el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación formulado por MUTUAL CYCLOPS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Santander y Cantabria, de fecha 31 de

diciembre de 2004, (autos 385/04) en virtud de demanda instada por D. Juan María contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutual Cyclops y Euroempleo ETT, y, en consecuencia, confirmamos en su integridad dicho pronunciamiento".

CUARTO.- Por el Procurador D. Francisco de Paula Martín Fernández, en nombre de MUTUAL CYCLOPS, se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso aportando como contradictorias las sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 24 de septiembre de 2003 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de fecha 16 de noviembre de 2004 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado el recurso por las recurridas, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar el recurso improcedente. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 22 de marzo de 2.007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En la demanda se plantea la cuestión relacionada con la imputación de responsabilidad (a la Mutua de Accidentes de Trabajo o al INSS) para el abono de las prestaciones derivadas de incapacidad temporal, en supuestos como el presente. Se relatan cómo probados los siguientes extremos: el actor prestaba servicios para una empresa de trabajo temporal, permaneciendo en alta en la Seguridad Social del 17 al 23

de noviembre de 2003; en esta fecha causó baja por finalización del contrato; al extinguirse la relación laboral no había disfrutado de un día de vacaciones a que tenía derecho; la empresa le dio de alta en la Seguridad Social el 24 de noviembre de dicho año, aunque después (el 11 de diciembre de 2003) comunicara a la Tesorería General de la Seguridad Social que el alta se debió a un error. La empresa tiene concierto con la Mutua Cyclops para la cobertura de las contingencias comunes y profesionales. El demandante inició un proceso de incapacidad temporal, por enfermedad común, el 24 de noviembre de 2003: solicitó de la Mutua el abono de las prestaciones por incapacidad temporal, que fueron denegadas y, además, le reclamó al solicitante el reintegro de las percibidas. En la demanda se reitera la misma pretensión, que tuvo favorable acogida por la sentencia de instancia, resolución que fue confirmada por la Sala de lo Social al desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina lo ha interpuesto Mutual Cyclops, desarrollado en dos motivos, para los que ha seleccionado sendas sentencias de contraste. En el primer motivo se niega la responsabilidad de la recurrente en el pago de la prestación solicitada porque, habiéndose resuelto el contrato de trabajo, el demandante ya no era trabajador de la empresa asociada cuando se inició la incapacidad temporal, ni tampoco el periodo de vacaciones posterior a la extinción del contrato puede considerarse como situación asimilada de alta. Para justificar la contradicción en este punto ha seleccionado la recurrente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 24 de septiembre de 2003 pero, como advierte el Ministerio Fiscal, no son contradictorias las doctrinas proclamadas en las resoluciones comparadas, porque la recurrida apoya su fallo en la parte modificada de los artículos 209 y 210 de la Ley General de la Seguridad Social , por la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre , en tanto que la referente, al resolver un supuesto en el que la baja médica se había producido el 1 de julio de 2002, no tuvo en cuenta la nueva regulación del período de vacaciones en relación con el desempleo, por evidentes razones cronológicas. Con esto se demuestra la ausencia en este caso de las sustanciales identidades entre las sentencias contrastadas para dar por acreditada la contradicción, en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de

Procedimiento Laboral. En cualquier caso, el tema de debate que plantea el motivo primero del recurso de casación para la unificación de doctrina guarda una estrecha relación con el segundo, como se pondrá de manifiesto seguidamente, motivo en el que sí concurre la contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social de Burgos el 16 de noviembre de 2004 , pues en ambos casos se ha debatido sobre en quien ha de recaer la responsabilidad del pago de la prestación por incapacidad temporal, una vez finalizado el disfrute de las vacaciones anuales e iniciada la situación legal de desempleo, y en tanto que la sentencia recurrida imputa dicha responsabilidad a la Mutua aseguradora, la referente entendió que el responsable del pago de la prestación es el INSS, con el quebranto que para la unidad de doctrina suponen dos respuestas judiciales de signo contrario a una misma cuestión.

TERCERO.- El recurso es prolijo en la cita de las infracciones que imputa a la sentencia recurrida, pues son nueve los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social los aludidos, cinco del Real Decreto 1993/1995 y otro del Real Decreto 1251/2001, planteando como tema de debate, al igual que lo había hecho en suplicación, la determinación de la entidad responsable de las prestaciones económicas de incapacidad temporal, por contingencia común, de un trabajador que ya no pertenece a la empresa y no está bajo la cobertura de la Mutua, cuando ha pasado a la situación legal de desempleo; en el recurso se sostiene que esa responsabilidad recae sobre el INSS, en contra del criterio de la Sala de suplicación que la imputa a la recurrente. La doctrina, en lo sustancial, ya ha sido unificada en las sentencias de esta Sala de 12 de julio de 2006 (recurso 1493/05) y 19 de julio de 2006 (recurso 5471/04), figurando como recurrente en la primera de ellas la misma Mutua que recurre aquí, argumentando en el mismo sentido en ambos casos, y denunciando idénticas infracciones legales.

Al igual que entonces, debemos advertir de nuevo que la cita de las sentencias de esta Sala de 27 de febrero de 2001 (recurso 1225/00) y 31 de mayo de 2001 (recurso 4092/00), no avala la tesis que sostiene la recurrente, porque en aquellos casos se debatió una cuestión distinta, enmarcada en las previsiones del artículo 69.1 del Real

Decreto 1993/1995 , en cuanto dispone que cuando el empresario opte por la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de su personal con cargo a una Mutua, dicha opción "comprenderá la totalidad de los trabajadores", expresión que da a entender la consagración del principio de unidad e integridad de aseguramiento que proclama el artículo 70.2 de la Ley General de la Seguridad Social y que el propio Reglamento expresa en su artículo 61, modificado por el Real Decreto 50/1997, de 21 de febrero , para las contingencias profesionales, que tiene por finalidad impedir que la protección se disperse entre varias Mutuas, afirmando las sentencias citadas que, en cualquier caso, es claro que el precepto no excluye la opción a los trabajadores ya en baja, sino que los trabajadores en esta situación de incapacidad temporal en el momento del cambio de cobertura, pero que seguían en la plantilla de la empresa, quedaban también incluidos en el bloque los trabajadores afectados por el cambio de aseguradora, situación que difiere sustancialmente de la que ahora analizamos, porque no estamos a presencia de un cambio asegurador del riesgo, sino de otro asunto distinto, como ya hemos apuntado.

CUARTO.- La doctrina correcta es la que aplica la sentencia impugnada, en primer lugar, porque se acomoda a la reiteradamente proclamada por este Tribunal, y de otra parte porque ninguno de los preceptos citados en el recurso ha sido vulnerado. Antes de abordar en plenitud el problema debatido es preciso poner de manifiesto algunas circunstancias trascendentales para decidir el conflicto; no se han cuestionado ni el derecho del demandante al percibo de prestaciones que reclama, ni la base reguladora de la misma, sino solamente si debe satisfacer la prestación reclamada la recurrente o la entidad gestora. Por lo demás, también debe significarse que el actor no llegó a estar en situación legal de desempleo, porque el día 24 de noviembre se había fijado para el disfrute de un día de vacaciones correspondiente al tiempo trabajado, y en tal fecha fue declarado en situación de incapacidad temporal.

La base del acertado razonamiento de la sentencia recurrida está en la reforma operada en los artículos 209 y 210 de la Ley general de la Seguridad Social por la Ley

45/2000 , que dio un nuevo tratamiento a la situación del trabajador en vacaciones a la luz de la acción protectora del sistema público de Seguridad Social; el artículo 209.3 precisa que en "el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral.... la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de quince días siguientes a la finalización del mismo"; de manera más precisa, en lo que ahora interesa, el artículo 210.4 establece que "El período que corresponde a las vacaciones, al que se refiere el apartado 3 del artículo 209, se computará como período de cotización a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo y en el apartado 2 del artículo 216 , y durante dicho período se considerará al trabajador en situación asimilada a la de alta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125.1 de esta Ley ". De esas normas se deducen varias conclusiones, al contrastarlas con los hechos probados: que el 24 de noviembre de 2003 el demandante se encontraba de baja por enfermedad común, cuando el contrato de trabajo se había extinguido el día anterior, habiéndose llegado a esta situación sin solución de continuidad desde el día en que se extinguió el contrato de trabajo, y que en esas circunstancias se considera al trabajador en situación asimilada a la de alta. La recurrente parte de una base para la que no da pie el relato de hechos probados; se dice y afirma que "el trabajador cesa en la relación laboral, liquidándose en esa fecha la cantidad correspondiente a vacaciones no disfrutadas (sentencia recurrida en hecho probado segundo)", cuando en esa parte de la sentencia se dice únicamente que "El último de los citados períodos en que el trabajador ha permanecido de alta en la Seguridad Social por cuenta de la citada empresa ha sido desde el 17 de noviembre a 23 de noviembre de 2003, en que el Sr. Juan María causa baja por fin de contrato. A dicha fecha el actor tenía derecho a un día de vacaciones no disfrutadas", pero en absoluto se afirma que las vacaciones hubieran sido compensadas en metálico, sino más bien se deduce del fundamento de derecho primero, párrafo segundo, la conclusión contraria. La realidad a tomar en cuenta es, entonces, que el contrato se extinguió el 23 de noviembre, que el trabajador tenía derecho al disfrute de un día de vacaciones y que fue precisamente el 24 de noviembre cuando se extendió el parte médico de baja, lo que por lógica da a entender que en esta última fecha el trabajador no se había desvinculado por completo de la empresa, y buena prueba de ello

es que le dio nuevamente de alta en la Seguridad Social el 24 de noviembre, aunque posteriormente afirmara que se había cometido un error, de cuyos pormenores no hay constancia alguna en las actuaciones. En resumen, el parte de baja por enfermedad común se extendió en el tiempo designado para el disfrute de las vacaciones aunque, por esa causa, no se llegara a producir realmente el descanso.

QUINTO.- Llegando a este punto del discurso debemos recordar la doctrina de la Sala, para atenernos a ella al resolver el recurso; en la sentencia de 12 de julio de 2006, pusimos de manifiesto que la extinción de la relación laboral de un trabajador en situación de incapacidad temporal no rompe el vínculo de aseguramiento con la entidad que cubría el riesgo al sobrevenir la contingencia. La obligación de cotizar al sistema de Seguridad Social no condiciona el derecho a prestaciones ni determina el sujeto obligado a satisfacerlas; las sentencias de esta Sala de 18 de noviembre de 1997, de Sala General, 16 de mayo de 2000 y 14 de junio de 2002 , referidas a supuestos de colaboración con las empresas en la gestión de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, declararon que las reglas de los artículos 126.1 de Ley General de la Seguridad Social y 5 y 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967 , responden al principio general, vigente en el ámbito del seguro mercantil, a cuya virtud está obligada a asumir la cobertura del siniestro la entidad aseguradora con la que estaba concertado el aseguramiento del riesgo en el momento de actualizarse éste, pues es esa aseguradora la que ha percibido las primas que constituyen la contraprestación económica de aquella cobertura; por otra parte, añaden las sentencias citadas que no puede aceptarse que la empresa quede liberada del pago de la prestación causada porque a partir de la extinción del contrato de trabajo ya no exista una cotización individualizada por el trabajador en situación de incapacidad temporal; la "responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. No se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo. Y, desde luego, es contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al Instituto Nacional de la Seguridad Social la

responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas". No habría que forzar el argumento para aplicar a las Mutuas de Accidentes de trabajo esa doctrina proclamada respecto de las empresas colaboradoras, porque lo que en definitiva se declara en las sentencias reseñadas es que la entidad que asumía el pago de la prestación por incapacidad temporal debe seguir abonando el subsidio, pese a haberse extinguido la relación laboral después de haber comenzado la situación protegida. Como refuerzo de esta tesis podrá argumentarse que, si el trabajador en incapacidad temporal extingue la relación laboral con la empresa y continúa recibiendo el subsidio correspondiente a esta contingencia, la ley no exige al beneficiario que curse una nueva solicitud de pago de la prestación, porque no se trata de un nuevo reconocimiento del derecho, sino de una continuación del mismo, esto es, la situación que permanece sin cambios es la originada en el momento del hecho causante.

SEXTO.- La conclusión de cuanto venimos diciendo no puede ser otra que la asumida por la sentencia recurrida y la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, con la pérdida del depósito constituido y la condena en costas a la Mutua recurrente, pues era la entidad que cubría la contingencia de incapacidad temporal del demandante que, al ser dado de baja médica, aún pertenecía a la empresa y estaba en alta en la Seguridad Social o, cuando menos, en situación asimilada a la de alta, y por eso debe responder de las prestaciones derivadas de tal incapacidad.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutua Cyclops, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 18 de julio de 2005 , que resolvió el recurso de suplicación seguido a instancia de dicho recurrente, contra la sentencia dictada por el

Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander, 31 de diciembre de 2003 , en autos seguidos a instancia de D. Juan María , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Euroempleo E.T.T. y Mutua Clyclops. Con expresa condena en costas a la recurrente y declarando la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El actor D. Erasmo ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa demandada "Nova Notio SL" con las siguientes circunstancias personales:

Antigüedad: 9-12-2004.

Categoría profesional: Programador de Aplicaciones Informáticas.

Salario mensual: 1.911,06 euros con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias.

Centro de trabajo: Indra Sistemas en Torrejón de Ardoz (Madrid).

SEGUNDO.- El actor prestó servicios en las instalaciones de Indra Sistemas SA hasta el 22-10-2013.

En fecha 23 de octubre de 2013, la empresa "Nova Notio SL" entrega al trabajador carta de la misma fecha, del siguiente tenor:

"Nuestro cliente nos ha comunicado la finalización de los servicios que venía prestando por finalización de las tareas asignadas. Por tanto a partir de hoy 23 de octubre de 2013, pasa a estar pendiente de un nuevo proyecto al que podamos asignarle. Su nuevo centro de trabajo es el domicilio de la empresa, c/ Ramírez de Arellano, 17 4ª planta de Madrid.

Dado que actualmente no tenemos ningún proyecto al que asignarle ni tarea para que desempeñe, la empresa le ofrece la posibilidad de disfrutar de permiso con sueldo hasta el viernes 25 de octubre de 2013."

Dicho permiso retribuido fue prorrogado hasta la fecha de la comunicación de despido.

TERCERO.- Mediante burofax de fecha 6-11-2013 se comunica al actor la extinción de su contrato de trabajo, por causas objetivas, al amparo del art. 52 c) del ET, siendo el contenido de la carta remitida el siguiente:

"Muy Sr. Nuestro:

Por la presente le comunicamos que esta Empresa, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 52 letra c) del RO Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su nueva redacción dada por el RO 3/2012 de 10 de Febrero, se ve en la necesidad de amortizar objetivamente el puesto de trabajo que usted tiene asignado. En consecuencia, el contrato que le une a esta empresa, quedará totalmente extinguido con fecha de efectos del día 6 de noviembre de 2013.

La desaparición de su puesto de trabajo obedece a causas de producción y económicas que obligan a la amortización de su puesto de trabajo como consecuencia de la reestructuración que la Dirección de esta Empresa se ha visto obligada a llevar a cabo en su plantilla, por causas ajenas a la misma

Las causas de producción tienen su origen en la situación actual de nuestros clientes, que abandonan o paralizan los proyectos para los que estamos trabajando. Como usted conoce nuestra empresa tiene como actividad principal, el desarrollo de proyectos informáticos de nuestras empresas clientes, desarrollo que realizamos en las propias instalaciones de los clientes, para una mayor efectividad de nuestro trabajo, que, en ocasiones, puede ser parte de un todo, es decir, parte del proyecto, que necesita de su ensamblaje. Pues bien nuestro cliente Indra, nos comunica con fecha 22 de octubre que el servicio para el que a usted teníamos asignado no necesita de nuestro concurso y, consecuentemente, usted se queda sin proyecto en el que trabajar.

Nuestra empresa ha invertido en formar un grupo de desarrollo y seguridad informática para ejecutar proyectos para nuevos clientes en el sector PYME a los que se pudiera asignar el personal excedente de nuestros clientes, invirtiendo en el año pasado y en curso en torno a los 395.000 Euros. ; La verdad es que no hemos tenido éxito en los proyectos, nos pusimos en contacto con más de 200 empresas y conseguimos una facturación durante el periodo de 51,541 C. Durante el año 2013 no conseguimos ni un solo proyecto teniendo que prescindir del personal destinado a los mismos.

Durante las últimas semanas hemos repasado las solicitudes de personal para los servicios en curso, y no vemos ninguna a la que usted pudiera adaptarse en base a sus conocimientos. Es decir, no tenemos ningún trabajo en el que colocarle, poniéndolo en una disposición de total inactividad, por lo que le hemos ofrecido pasar a la situación de permiso con sueldo que actualmente disfruta.

Como consecuencia de lo anterior que se ha dado de forma repetitiva, la empresa le significa que las causas económicas se concretan en el descenso, que se viene produciendo de forma insistente, de las ventas cuyo importe en los primeros diez meses del presente año respecto al año pasado son:

Año 2012 Año 2013

- Ventas: 4.454.908 € 3.836.357 €

- Resultado antes de impuestos: -51.280 € -199.851€

Todo lo anterior ha conllevado a que los resultados económicos de la empresa en el año pasado hayan sido negativos siendo las pérdidas antes de impuestos de 107.454,43 euros. Y en este año las pérdidas acumuladas al mes de octubre son, de -199.851 euros, advirtiendo que esta última cifra puede sufrir leves modificaciones.

Adicionalmente a lo anterior, esperamos que las pérdidas se intensifiquen a partir del mes de octubre del presente año. Esto es debido a un proceso de rebaja de costes que ha emprendido nuestro cliente Indra y que ha llamado COST-DOWN. En este proceso, nos ha impuesto como condición para la continuación de los servicios unos descuentos entre el 3% y el 4%. En nuestro caso el descuento acordado ha sido de un 3,44% que se está aplicando a partir de este 1 de octubre. Dado que la facturación anual con este cliente es de aproximadamente 3.400.000 € el impacto económico será de unos 115.000 € anuales que estarán en igual medida nuestros resultados.

La presente medida se entiende pues, adecuada para la superación o al menos, para la paliación de la situación indicada, contribuyendo a adaptar la plantilla a través de una mejor reorganización de los recursos, equilibrando de este modo los costes de los recursos humanos de la empresa a los ingresos. Por otro lado, tampoco hay previsión a corto o medio plazo de una mayor actividad o aumento de la facturación que pudiera hacer viable su puesto de trabajo.

Conforme a lo dispuesto en el art. 53 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, procedemos a:

1. Hacerle entrega de esta comunicación escrita cuyos efectos extintivos serán con fecha del día de hoy, 6 de noviembre de 2013.

2. Poner a su disposición, mediante transferencia urgente vía Banco de España a la cuenta en que recibe habitualmente sus haberes, la cantidad correspondiente a la

indemnización legal prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el supuesto de extinción contractual por causas objetivas, es decir por el equivalente de veinte días de salario por año de servicio, prorratee por meses de los períodos inferiores al año, con un máximo de doce mensualidades, cuyo importe asciende a 11.364,08 euros.

3. En cuanto a la fecha de efectos de la extinción de su contrato de trabajo y considerando que la misma lo es desde la fecha de recepción de la presente comunicación, de acuerdo con lo prevenido en el Artículo 53.1.c) del RD Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Empresa pone a su disposición la cantidad total de € 819,00 € brutos en concepto de sustitución en metálico de los quince días de preaviso previsto legalmente, así como de su correspondiente liquidación, saldo y finiquito de haberes y partes proporcionales devengadas hasta la fecha de la efectividad de la medida extintiva.

Sin otro particular y agradeciéndole los servicios prestados para esta compañía."

CUARTO.- Constan acreditados documentalmente los siguientes extremos:

A.- Que el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, en materia de cesión ilegal de trabajadores, en fecha de 9-10-2013. Tuvieron conocimiento de aquella, las empresas demandadas en fechas de 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente.

B.- En fecha de 31-10-2013 se remite burofax por el sindicato CNT a la empresa demandada Nova Notio SL comunicando la constitución de la sección sindical de CNT en dicha empresa y nombrando al actor como Delegado Sindical.

QUINTO.- Nova Notio SL es una empresa que cuenta con estructura propia constituida por un Director General de Operaciones, una Directora de Recursos Humanos, una Directora Financiera, una Directora de selección, dos Coordinadores, dos trabajadores en selección de personal y alrededor de 80 trabajadores que desarrollan los proyectos que esta contrata con sus clientes, entre los que se cuenta Telefónica I+D, Hewlet Packar, GMV, Wincor Nixdorf y Software AG.

Existe un contrato marco entre Indra Sistemas SA y Nova Notio SL de 1 de enero de 2006, cuyo objeto es "Proveer servicios de consultoría, asesoramiento y/o

soporte informático tanto técnico como administrativo que Indra pueda solicitarle a través de las correspondientes Peticiones de servicios". En desarrollo de éste contrato, Nova Notio SL tiene en el momento actual 10 trabajadores de su plantilla realizando trabajos en el centro de Indra Sistemas SA de Torrejón de Ardoz, adscritos a 7 servicios que la empresa identifica como:

1.- Servicio NN 575 con objeto: "Control del tráfico aéreo a través del sistema ICAS, pruebas funcionales de coordinación interna".

2.- Servicio NN576 con objeto "Integración de módulos de software para control de tráfico aéreo, parte de métricas.

3.- Servicio NN550 con objeto: desarrollo de módulos concretos del sistema FIDS (pantallas para información de vuelos en aeropuertos).

4.- Servicio TGP-RG 4.1 con objeto: "Redacción de especificaciones"

5.- Servicio TGP-RG 902 con objeto: "Estadísticas del sistema Cometa" como parte del sistema de comunicación por voz.

6.- Servicio SSL MAR con objeto: "Interfaz gráfico de EWE 8.000 (sistema que emite señales radioeléctricas para simulaciones de guerra electrónica) y cableado del EWE 8.000.

7.- Servicio TGP-RG37.3 con objeto: "Pruebas de Certificación de los sistemas de comunicación por voz FAT (pruebas en fábrica) y SAT (pruebas en el centro de control aéreo) y "Optimización de radares en emplazamiento".

SEXTO.- El actor prestaba servicios en base a la petición de Servicios SSL-MAR-12 que se incorpora como anexo al acuerdo marco.

SÉPTIMO.- Mediante la prueba testifical practicada en el acto de juicio oral queda acreditado:

1.- Que en fecha 30 de septiembre de 2013, la Dirección de Compras de Indra Sistemas, decidió que la petición de servicios SSL-MAR-12 de Novanotio, quedase

finalizada a lo largo del mes de octubre de 2013. La prórroga de tal petición de servicios sólo alcanzaba hasta el 31 de octubre de 2013.

2.- Que en fecha 1 de octubre de 2013, Doña Clemencia, del departamento de relaciones con empresas subcontratas, comunica telefónicamente al Sr. Torcuato, responsable de Novanotio, que en el día anterior, 30 de septiembre, el departamento de compras le había indicado que a lo largo de octubre se iba a finalizar esta petición de servicios y que seguramente, aunque aún no se sabía la fecha, la finalización se produjese en la segunda quincena del mes.

3.- Que ese mismo día 1 de octubre, el Sr. Torcuato acudió al centro de Indra de Torrejón y tras una reunión con Alfonso, en la cual estuvieron hablando de la extinción de la petición de servicios, se marchó a hablar con el actor para informarle que se terminaba el contrato con Indra donde prestaba servicios.

OCTAVO.- El actor estaba asignado a tareas auxiliares del departamento, tales como encargarse de la remisión y recepción de las piezas objeto del servicio. Realizaba los envíos hacia bases aéreas o del Ministerio de Defensa o incluso a bases en el extranjero. Dichos envíos eran confidenciales, restringidos y de alta seguridad por lo que el responsable de Indra comunicaba al actor lo que debía de hacer y este lo llevaba a efecto. Lo mismo ocurría con las recepciones en las que el actor seguía el método específico que le era conocido.

El actor utilizaba un ordenador de Indra, con aplicaciones informáticas específicas de dicha empresa.

NOVENO.- De la prueba documental obrante en autos se acredita:

1.- Que el actor en sus correos simplemente informa de sus vacaciones a Indra. Igualmente de los permisos que disfrutaba.

2.- Que el actor, efectivamente, tenía una tarjeta de acceso a las instalaciones de Indra, pero consta acreditado que existen dos tipos de tarjetas a tal fin, la del propio personal de Indra y la de personal externo (de color blanco y verde respectivamente).

3.- El actor no tiene el mismo acceso a internet, ni el mismo correo electrónico, ni el mismo acceso a la Indraweb y las aplicaciones que el personal de plantilla de Indra.

DÉCIMO.- Consta en autos informe pericial técnico, ratificado en el acto de juicio oral, junto con las cuentas presentadas en el Registro Mercantil, que acreditan que la empresa "Nova Notio SL" obtuvo pérdidas en los años 2012 y 2013.

En los gastos de la compañía se refleja en la partida de gastos de personal un porcentaje cercano al 100 % de lo facturado, y un descenso de facturación (40% en el año 2010).

UNDÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- En fecha de 13-12-2013 se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de Sin Avenencia».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que DESESTIMANDO la demandada interpuesta por D. Erasmo contra NOVA NOTIO SL, INDRA SISTEMAS SA y FOGASA, siendo parte el Ministerio Fiscal, en materia de despido y cesión ilegal debo absolver y absuelvo a las empresas demandadas de las pretensiones en su contra ejercitadas por el actor en su escrito de demanda, declarándose PROCEDENTE la decisión extintiva empresarial por encontrarse ajustada a derecho».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Erasmo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 20 de julio de 2015 , en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

«Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Erasmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 22 de Madrid con fecha 6 de octubre de 2014 en autos 7/2014, sobre despido, seguidos a instancia de la recurrente

contra las empresas NOVA NOTIO SL e INDRA SISTEMAS SA y en su consecuencia confirmamos la citada resolución. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de D. Erasmo se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 22 de octubre de 2015. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 9 de septiembre de 2010 (R. 1604/2010).

CUARTO.- Con fecha 9 de mayo de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si existe acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interposición de la demanda, el actor ya no estaba prestando servicios en la empresa presuntamente cesionaria, ni tampoco en la presuntamente cedente, por haber sido extinguido su contrato de trabajo y, también la contrata de prestación de servicios que vinculaba a las dos empresas, pero si estaban vigentes ambas relaciones -la laboral y la mercantil- cuando el actor presentó papeleta de conciliación reclamando la reseñada cesión ilegal. En definitiva, se plantea el problema de determinar en qué momento debe estar vigente la situación de cesión ilegal para poder efectuar la oportuna declaración judicial en supuestos en los que se produce el despido del trabajador presuntamente sometido a tráfico ilegal.

2.- La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, desestimó la demanda y declaró la procedencia del despido del actor al no

haberse combatido las causas alegadas en su despido objetivo y al haber desestimado la existencia de cesión ilegal. Recurrida en suplicación, tal recurso fue desestimado por la sentencia ahora recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 2015, recaída en el recurso 107/2015. El fundamento de la desestimación lo resume la sala madrileña señalando expresamente que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que cita "debemos entender que efectivamente el actor carece de acción y consecuentemente desestimamos este motivo y con ello el recurso de suplicación".

Las circunstancias relevantes a efectos de efectuar el oportuno juicio de contradicción y que dieron lugar al debate jurídico y a la sentencia recurrida fueron, en síntesis, las siguientes: 1) El actor prestó servicios para la entidad NOVA NOTIO, SL desde el año 2004 en el centro de trabajo de INDRA SISTEMAS, S.A. (en adelante INDRA) sito en Torrejón de Ardoz. 2) Con fecha 9 de octubre de 2013, el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC en materia de cesión ilegal de trabajadores contra las dos referidas empresas que tuvieron conocimiento de la misma los días 16 y 17 de octubre de 2013, respectivamente. 3) El actor prestó servicios en las instalaciones de INDRA hasta el 22 de octubre de 2013. 4) Al día siguiente, el 23 de octubre, NOVA NOTIO le entregó un escrito al actor en el que le decía que INDRA había rescindido la contrata por finalización de las tareas asignadas, por lo que pasaba a estar pendiente de la asignación de un nuevo proyecto y, como de momento no tenían proyecto al que asignarle, le ofrecían la posibilidad de disfrutar permiso sin sueldo hasta el 25 de octubre, permiso que después fue prorrogado hasta el 6 de noviembre. 5) Mediante burofax de 6 de noviembre de 2013, NOVA NOTIO comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del artículo 52.c ET.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la existencia de la imprescindible contradicción doctrinal, la recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de septiembre de 2010, recaída en el recurso 1604/2010. En ella se aprecian como circunstancias relevantes a efectos del examen de la referida contradicción, las siguientes circunstancias: 1) La actora fue contratada por una Empresa de Trabajo Temporal mediante un contrato para obra o servicio determinado y fue, por tal motivo, puesta a disposición de la empresa INDRA;

habiéndose prorrogado el mencionado contrato hasta el 22 de noviembre de 2008. Dos días más tarde fue suscrito nuevo contrato entre la misma ETT y la actora para obra o servicio determinado y puesta a disposición de INDRA nuevamente. 2) La actora, que estaba embarazada, inició un proceso de incapacidad temporal el 9 de febrero de 2009. 3) Ese mismo día INDRA comunicó a la ETT que los servicios que venía prestando la actora finalizarían por terminación de las tareas asignadas con efectos del día 17 de febrero de 2009. 4) El 23 de febrero la ETT comunicó a la actora la extinción de su relación laboral por finalización del contrato al haberse terminado la obra a la que estaba adscrita la trabajadora en la empresa usuaria INDRA. 5) la actora formalizó demanda por despido y cesión ilegal.

La sentencia de instancia estimó la demanda de la trabajadora declarando al nulidad del despido y condenando a ambas empresas solidariamente tras acreditar la existencia de cesión ilegal. Dicha sentencia fue íntegramente confirmada por la referencial que examinó específicamente el problema de la falta de acción que la codemandada INDRA sostenía argumentando que no podía declararse la existencia de cesión ilegal dado que la misma debería existir en el momento de plantearse y, en el caso, INDRA había comunicado a la ETT que los servicios en los que prestaba servicio la actora finalizaban el 17 de febrero, habiéndose comunicado la extinción a la actora por parte de la ETT el 23 de febrero. La sentencia referencial no estimó tal planteamiento y sostuvo que sí se podía ejercitar la acción de cesión ilegal, pues la previsión jurisprudencial según la que tal acción solo puede ejercitarse si la cesión está viva, en el supuesto contemplado no podía constituir obstáculo para ello el que la empresa INDRA comunicara a ETT el 9 de febrero de 2009 que los servicios que prestaba la actora finalizarían por terminación de la obra el 17 de febrero de 2009 y sin embargo la empresa de trabajo temporal comunicara a la actora la extinción del contrato con efectos de 23 de febrero de 2009, pues en la carta en la que se comunicaba la extinción del contrato se decía expresamente que el motivo era la extinción de la obra para la que se le había contratado en la empresa INDRA, no habiendo prestado la actora una vez realizada la comunicación por esta última empresa servicios para ninguna otra empresa usuaria.

2.- La comparación entre ambas sentencias pone de relieve que entre la sentencia referencial y la recurrida concurren las siguientes identidades: a) En las dos resoluciones comparadas se examinan sendas reclamaciones por despido de trabajadores que estaban formalmente contratados por sus respectivas empresas y que prestaban servicios para la empresa INDRA en virtud de contratos mercantiles suscritos entre ésta última y las respectivas empleadoras. b) Las dos reclamaciones por despido se dirigían contra cada empresa formalmente empleadora y contra INDRA bajo la común alegación de que en ambos casos los actores habían sido sometidos a cesión ilegal. c) También en los dos supuestos comparados, el despido se llevó a cabo días después de que INDRA hubiera rescindido los respectivos contratos mercantiles con cada una de las empresas codemandadas en cada supuesto bajo la alegación de que habían finalizado las obras o servicios objeto de dichas contrataciones. d) Cuando los respectivos trabajadores formulan sus demandas, la cesión ya no existía porque, en ambos casos, días antes del despido, ya no se prestaron servicios laborales porque INDRA había rescindido los respectivos contratos mercantiles por finalización de su objeto.

Con estas coincidencias en los hechos, las pretensiones y los respectivos fundamentos, las sentencias comparadas llegan a conclusiones diferentes en relación a un aspecto clave de las respectivas reclamaciones: la existencia o no de acción para reclamar por cesión ilegal. En efecto, en la sentencia referencial, se admite expresamente la concurrencia de acción para reclamar por la indebida sesión a la que el trabajador alegaba haber estado sometido, a pesar de que ya había dejado de prestar servicios para la empresa presuntamente cesionaria con anterioridad a su despido y a la presentación de la demanda judicial. Por el contrario, en la sentencia recurrida, en idénticas circunstancias, se niega expresamente la existencia de acción porque en ningún caso la cesión podía estar vigente en el momento de la presentación de la demanda. Por ello la Sala, oído el Ministerio Fiscal, entiende que la contradicción resulta evidente pues se cumplen las exigencias contenidas en el artículo 219 LRJS tal como han sido interpretadas por nuestra jurisprudencia, puesto que, respecto de unos hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales, las sentencias objeto de comparación han llegado a soluciones totalmente contrarias.

3.- No resulta obstáculo para la contradicción que en un caso -el de la sentencia recurrida- la contratación mercantil entre ambas empresas sea una contrata de prestación de servicios; y, en la referencial, se contemplase un supuesto de contrato a disposición a través de una ETT; ya que, con fundamento en las distintas relaciones interempresariales, las partes en cada supuesto suscribieron un contrato laboral para obra o servicio determinado cuyas ejecuciones se llevaron a cabo en las instalaciones de INDRA. Tales diferentes circunstancias que se refieren, como se ha visto exclusivamente a las relaciones entre las mercantiles codemandadas, en nada influyen sobre la posible existencia de cesión y, lo que a los presentes efectos resulta más decisivo, sobre la acción de los trabajadores para efectuar la reclamación sobre la hipotética existencia de tráfico ilícito de trabajadores.

Tampoco resulta obstáculo para la apreciación de la contradicción el que, en el caso de la sentencia recurrida, conste expresamente que, con anterioridad a las extinciones de las relaciones mercantil y laboral, la actora hubiera planteado la oportuna papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, mientras que tal dato no consta en la referencial. Esta diferencia refuerza la existencia de contradicción dado que el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que ese hecho estuviera presente en la de contraste. Existe, respecto de este dato concreto contradicción a fortiori dado que la sentencia recurrida niega la existencia de acción a pesar de haberse iniciado el itinerario preprocesal de la reclamación, mientras que la referencial la niega aún sin ese dato.

TERCERO.- 1.- La exigencia combinada de que la cesión ilegal esté viva en el momento en el que la acción se ejercita ha sido una constante en nuestra jurisprudencia. En efecto, desde antiguo hemos venido señalando que el tenor del artículo 43.3 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión", de modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal". (SSTS de 8 de julio de 2003, Rec. 2885/2002 y de 12 de febrero de 2008, rec. 61/2007, entre otras). Sin embargo, también ha sido una constante jurisprudencial que hayamos afirmado que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el

trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues la aplicación del art. 43 ET requiere, como requisito 'sine qua non', que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (además de las citadas, SSTS de 14 de octubre de 2009, rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012, rec. 4409/2011 , entre otras).

2.- Admitida, por tanto, que a las demandas por despido puede acumularse la que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última situación estaba viva en el momento de producirse la unilateral rescisión de la relación laboral, nuestra STS de 7 de mayo de 2010 (rec. 3347/2009) se enfrentó -ante una reclamación por cesión ilegal aisladamente considerada- con el problema derivado del hecho de que la cesión estaba vigente en el momento de producirse la demanda, pero ya no en el acto de la celebración del juicio. Ante esa realidad fáctica, con apoyo en diversas sentencias de la Sala Primera establecimos la siguiente doctrina:

a) reiterar la doctrina tradicional de la Sala en el sentido de reafirmar que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal".

b) matizar la anterior doctrina para afirmar que el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 ET no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410 , 411 y 413.1 LEC cuando se producen los efectos de la litispendencia.

Y al respecto razonaba la citada sentencia que «si es el momento en que procesalmente se ejercita de forma hábil la pretensión a través de la demanda en el que se produce la litispendencia - art. 411 LEC - de ello se desprende que no se ha producido la pérdida sobrevenida de objeto a que se refiere el artículo 22 de la misma norma cuando hay alteraciones posteriores, como ocurrió en el caso presente, puesto que, según se dice en el número 1 de aquél precepto, no cabe "que se tengan en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas". Lo que equivale a que, fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese momento concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza que se postula por los demandantes, en este caso a ser fijos en la empresa cesionaria, como consecuencia de esa situación de cesión ilegal, cuya realidad corresponde analizar desde el momento en que se pide, teniendo en cuenta también que el artículo 43.2 ET dice que se entiende que concurre esa cesión ilegal cuando se produzca alguna de las circunstancias previstas en el precepto, de lo que no cabe desprender que esa situación descrita en presente de indicativo, que ha de referirse al momento en que se ejercita la acción, haya de tener una proyección de futuro suficiente como para alcanzar el acto de juicio oral o el momento en que se dicta la sentencia».

3.- Aplicando la anterior doctrina, nuestra sentencia de 29 de octubre de 2012, rec. 4005/2011 , respecto de la cuestión relativa a la determinación de la fecha en que deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración de cesión de cesión ilegal, planteándose la disyuntiva entre el momento de presentación de la demanda o el de la papeleta de conciliación, entendió que la cuestión había sido resuelta por la sentencia anteriormente citada de 7 de mayo de 2010 y aplicando su doctrina -que transcribe- acabó determinando que el momento en el que la cesión debía estar viva era el de la presentación de la demanda. Obsérvese que, al igual que ocurría en la sentencia de 7 de mayo de 2010, la que ahora se examina contemplaba un supuesto de reclamación de fijeza por cesión ilegal sin que estuviera el despido de la reclamante. En la STS de 28 de

junio de 2016 (Rcud. 160/2015) se analizó la misma problemática pero no se pudo entrar por ausencia de necesaria contradicción.

CUARTO.- 1.- De lo expuesto hasta el momento se desprende que la exigencia de que la cesión ilegal esté presente en el momento de la presentación de la demanda es una exigencia jurisprudencial que se proyecta sobre los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la reclamación de su situación de fijeza, tal como prevé el artículo 43.2 ET. Sin embargo, tal doctrina no puede proyectarse, directamente, sobre los supuestos en los que, constante la cesión, se produce el despido del trabajador lo que provoca una demanda judicial en la que se acumula la relación contra el despido y la declaración de existencia de cesión ilegal para que ésta última tenga las consecuencias pertinentes sobre las consecuencias de la unilateral decisión extintiva adoptada por el empresario. En estos casos, dada la efectividad inmediata que tiene el despido sobre la existencia de la relación laboral que queda rota por efecto de aquella decisión extintiva, resultaría materialmente imposible exigir que la cesión estuviese viva en el momento de la presentación de la demanda, pues la cesión habría finalizado con el despido. Por ello hemos mantenido de manera constante -como se anticipó- que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido (SSTS de 8 de julio de 2003, Rec. 2885/2002, de 12 de febrero de 2008, rec. 61/2007, de 14 de octubre de 2009, rec. 217/2009 y de 19 de octubre de 2012, rec. 4409/2011, entre muchas otras).

2.- La aplicación de cuanto se lleva señalado al supuesto que examinamos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que admitió el examen de la acción de cesión ilegal en el supuesto -coincidente en ambas sentencias comparadas, en el que la extinción del contrato de produce como consecuencia de la extinción de la relación mercantil que la empresa presuntamente cesionaria comunica a la presuntamente cedente y en el que la reclamación por despido se produce, obviamente, cuando ya aquella relación mercantil ha cesado y el trabajador ha dejado de estar sometido al presunto tráfico ilegal que denuncia. Para ello, resulta irrelevante que la extinción del contrato laboral se haya producido en ambos casos días después de la extinción del contrato mercantil que daba soporte a la presunta situación

de cesión, pues en el escaso tiempo transcurrido ninguno de los trabajadores estuvo prestando servicios para ninguna otra empresa.

Cabe concluir entonces que la sentencia recurrida infringió los preceptos denunciados en el recurso (artículo 43 ET) al no llevar a cabo un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de cesión ilegal del trabajador demandante desde la empresa NOVA NOTIO a la codemandada INDRA como elemento integrador de la propia decisión de fondo y de las consecuencias que derivarían al respecto de la declaración correspondiente a la calificación del despido. Y ello con independencia de las conclusiones a las que se llegasen tanto sobre la existencia de tal fenómeno de interposición de empleadores, como sobre la calificación que debiera otorgarse a la decisión extintiva; lo decisivo y determinante, en este caso, el actor había interpuesto, con anterioridad a la extinción de su contrato y de la relación mercantil entre las empresas codemandadas la oportuna papeleta de conciliación, previa a la vía judicial, para que se declarase la existencia de cesión ilegal; acto preprocesal que, como es sabido, constituye exigencia insoslayable para la admisión de la demanda judicial.

3.- Procede, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso con los efectos que en el mismo se piden de devolución de los autos a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva el recurso de suplicación formulado por la parte actora resolviendo sobre la pretensión relativa a la cesión ilegal sobre el resto de cuestiones que en el mismo se plantearon. Sin que proceda la imposición de costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Erasmo, representado y asistido por el letrado D. Pedro Martí García. 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 20 de julio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 107/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de fecha 6 de octubre de 2014 , recaída en autos núm. 7/2014, seguidos a instancia de D.

Erasmus , contra Nova Notio SL; Indra Sistemas SA; FOGASA y el Ministerio Fiscal, sobre Despido. 3.- Devolver las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva todas las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, teniendo en cuenta que deberá pronunciarse sobre la cesión ilegal invocada por la recurrente. 4.- No efectuar declaración alguna sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 9 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.- Wincor Nixdorf, S.L. y Unitono Servicios Externalizados, S.A., suscribieron el 18 de diciembre de 2003 un contrato de servicio de atención al cliente (Call Center) que se incorpora como documento 1 de aquella para atender todas las llamadas entrantes en el Help Desk Técnico de Wincor Nixdorf, S.L.

2º.- Don Romualdo suscribió el 3 de diciembre de 2007 con la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción para prestar servicios como tele operador en el servicio de atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc., según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf el 18 de diciembre de 2003.

3°.- El 1 de febrero de 2008 suscribieron ambas partes nuevo contrato de trabajo duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinada identificada como atención de Call Center de Wincor Nixdorf en primera línea de help desk, recogida de solicitud de información y resolución de las mismas, seguimiento y resolución de cualquier tipo de incidencia técnica, manejo del aplicativo CRM oracle, asg, ast, elaboración de estadísticas, report..., etc, según contrato firmado entre Unitono Servicios Externalizados SAU y Wincor Nixdorf.

4°.- Durante su vinculación con Unitono Servicios Externalizados, S.A Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica y por correo electrónico de averías sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, dando la incidencia cuando por el tenor del asunto correspondía.

5°.- Wincor Nixdorf, S.L. dio por concluido el contrato suscrito con Unitono Servicios Externalizados, S.A. con efectos de 18 de diciembre de 2009 ante la decisión de la compañía de centralizar el servicio del Call Center en Alemania para toda Europa, a través de otra entidad, comunicándoselo el 23 de octubre de 2009.

6°.- Unitono Servicios Externalizados, S.A. comunicó a Don Romualdo el 23 de noviembre de 2009 la terminación de su contrato de trabajo con efectos de 18 de diciembre de 2009, haciéndose efectiva la terminación del vínculo.

7°.- El 23 de diciembre de 2009 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización del soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos por acumulación de tareas en el área de monitoring por el cambio de call center a Alemania, con duración hasta el 22 de junio de 2010.

8°.- Don Romualdo suscribió el 23 de diciembre de 2009 con la empresa Profesional Staff ETT, S.A. un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de eventual a tiempo completo por circunstancias de la producción por acumulación de tareas en el área de Monitoring por el cambio de Call Center a Alemania para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de

trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de diciembre de 2009 a 22 de junio de 2010.

9º.- Durante su vinculación con Profesional Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf atención telefónica residual y a través de informática monitorizaba, en relación con incidencias sobre cajeros automáticos de todos los clientes de ésta, trasladando la incidencia informáticamente cuando por el tenor del asunto correspondía.

10º.- El 23 de junio de 2010 Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. suscribieron contrato de puesta a disposición para monitorización de soporte técnico y gestión de incidencias relativas a redes de cajeros automáticos para cubrir la obra contratada por Wincor Nixdorf, S.L. para monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contra de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), con duración hasta fin de obra.

11º.- El 23 de junio de 2010 Profesional Staff ETT, S.A. y Don Romualdo suscribieron un contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio determinado identificada como "monitorizar las incidencias producidas en los dispositivos instalados en Carrefour (contrato de servicio del 5 de mayo de 2005), Deutsche Bank (contrato de servicios del 1 de enero de 2005) y la Caixa, (contrato de servicio de 1 de enero de 2007), para prestar servicios como Oficial de Servicio Técnico, en el centro de trabajo de la entidad Wincor Nixdorf, S.L. en la calle Valportillo Primera, 11, de Alcobendas, con duración de 23 de junio de 2010 a fin de obra.

12º.- Durante su vinculación con Profesionalidad Staff ETT, S.A. por el anterior contrato Don Romualdo realizaba en relación con Wincor Nixdorf, para los clientes de ésta Carrefour, Deutsche Bank y la Caixa, la atención informática de incidencias sobre cajeros automáticos, monitorizando la incidencia, intentado solventarla si era posible desde su puesto y trasladando en caso de no ser posible la incidencia informáticamente para su resolución por el servicio técnico.

13º.- El 21 de junio de 2013 Profesional Staff ETT, S.A. comunicó a Don Romualdo en el curso de su jornada de trabajo la finalización del contrato de trabajo con efectos de 22 de junio de 2013.

14º.- En la misma fecha de 21 de junio de 2013 Don Romualdo remitió burofax a las entidades Wincor Nixdorf, S.L. y Profesional Staff ETT, S.A. que ejercía sus derechos de reducción de jornada y la subsiguiente concreción horaria por guarda legal de menores entre los días 6 de julio de 2013 y 26 de agosto de 2014, con horario de 00:00 a 7:00 horas. No consta la recepción por las empresas de los mencionados burofax.

15º.- Don Romualdo venía percibiendo una retribución anual de 15.768 euros.

16º.- El 4 de julio de 2013 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose sin avenencia el preceptivo acto el 23 de julio de 2013.

17º.- Wincor Nixdorf, S.L. tiene Convenio Colectivo propio que es el se incorpora como documento 5 de su ramo de prueba.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando como estimo la demanda formulada por Don Romualdo, contra la empresa Profesional Staff ETT, S.A. debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad de 5.265,69 euros; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 43,25 euros; y estimando en parte como estimo a demanda formulada por Don Emilio, contra la empresa Wincor Nixdorf, S.L, debo declarar y declaro la responsabilidad subsidiaria de ésta respecto de la indemnización por despido. Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Don Romualdo, contra la empresa Unitono Servicios Externalizados, S.A., debo absolver y absuelvo a éstas de los pedimentos de aquella.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Romualdo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de julio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid , en autos nº 982/2013, seguidos a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A. WINCOR NIXDORF S.L., PROFESIONAL STAFF ETT S.A. y MINSITERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, declaramos la existencia de cesión ilegal pudiendo el actor optar por prestar servicios en WINCOR NIXDORF S.L., o en PROFESIONAL STAFF ETT S.A., y manteniendo la declaración de improcedencia del despido del actor y el salario diario fijado, condenamos solidariamente a las empresas mencionadas a que, en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 18.035,25 euros. En caso de optar por la readmisión deberá abonarse al trabajador los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y posterior al despido y se prueba por el empleador lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. De no optar expresamente se entiende que lo hace por la readmisión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 111.1.b) de la LRJS y de que si se hubiese optado por la indemnización y abonado cantidad alguna en concepto de la indemnización fijada por la sentencia de instancia se realicen las compensaciones que procedan legalmente.».

Por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid se dictó con fecha 15 de octubre de 2014 auto , en el que consta la siguiente parte dispositiva: «Que aclaramos el fallo de la sentencia dictada por esta Sección de Sala el día 21 de julio de 2014, al resolver el recurso de suplicación 343/2014, en el procedimiento seguido a instancia de Romualdo contra UNITONO SERVICIOS EXTERNALIZADOS S.A., WINCOR NIXDOF SL, PROFESIONAL STAFF SA y MINISTERIO FISCAL, en reclamación por DESPIDO, en el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, autos nº 982/2013, en el sentido que donde

dice "el abono de una indemnización de 18.035,25 euros" debe decir "el abono de una indemnización de 10.293,50 euros", manteniendo el resto de los pronunciamientos.».

TERCERO.- Por la representación de Wincor Nixdorf SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en fecha 28 de septiembre de 2011 .

CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida personada para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de febrero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

ÚNICO.- 1. En el presente recurso de casación para unificación de doctrina, se cuestiona la existencia de cesión ilegal de mano de obra.

La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador que prestó, del 3 de diciembre de 2007 al 18 de diciembre de 2009, sus servicios, como tele operador, a una empresa del Call Center que prestaba servicios de atención al cliente a otra, Wincor Nixdorf SL, que los había externalizado. Finalizada la contrata que condicionaba la duración del contrato de trabajo el 18 de diciembre de 2009, el siguiente día 23 la empresa principal celebró un contrato de puesta a disposición con profesional Staff ETT SA, para que le facilitara personal a fin de realizar el mismo servicio y la ETT empleó al actor para ese contrato a partir del mismo día 23 con un contrato eventual por circunstancias de la producción que finalizó el 22 de junio de 2010, fecha en la que se suscribió otro hasta fin de obra. El 21 de junio de 2013 la empleadora dio por finalizado el contrato con efecto del siguiente día 22.

Frente a esta decisión, se presentó por el actor demanda que dió lugar a que recayera sentencia en la instancia declarando la improcedencia de su despido con las consecuencias legales inherentes a esa declaración con cargo a la empresa empleadora, así como la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en orden al pago de la indemnización por despido. Contra esta sentencia se presentó por el trabajador recurso de suplicación que fue estimado por la sentencia hoy recurrida que declaró que había existido cesión ilegal, que el actor podía optar por incorporarse a una u otra empresa y que de las consecuencias económicas de esa declaración eran responsables solidarias las dos empresas. Este pronunciamiento se basó en que se entendió que el trabajador, desde el primer día, había realizado las mismas labores para la empresa usuaria en virtud de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley por la ETT para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria.

2. Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso que nos ocupa, conforme al art. 219 de la LJS, se trae la dictada por el mismo Tribunal el día 28 de septiembre de 2011 (RS 3192/2011). Se contempla en ella el caso de unas trabajadoras de la recurrente que prestaron sus servicios a la primera empresa con la que esta externalizó el servicio de Call Center hasta el 18 de diciembre de 2009 en que terminó la contrata que tenía con ella. Las trabajadoras presentaron demandas por despido que fueron desestimadas en la instancia por la sentencia que confirma en suplicación la de contraste. Esta sentencia fundó su decisión en que sólo había existido un contrato de trabajo para obra determinada que se había extinguido normalmente, al finalizar la obra.

3. Por el Ministerio Fiscal y por la parte actora se ha alegado que no concurre el requisito de existencia de resoluciones contradictorias que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la LJS, pues se trata de un requisito de orden público procesal sin cuya concurrencia debe inadmitirse el recurso. En tal sentido conviene recordar la doctrina de esta Sala, según ella, la contradicción "requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales"

(sentencias de 27 y 28-1-92 [recs. 824/91 y 1053/91], 18-7 , 14-10 y 17-12-97 [recs. 4067/96, 94/97 y 4203/96], 17-5 y 22-6-00 [recs. 1253/99 y 1785/99], 21-7 y 21-12-03 [recs. 2112/02 y 4373/02] y 29-1 y 1-3-04 [recs. 1917/03 y 1149/03] y 28-3-06 [2336/05] entre otras muchas).

Por esa razón, el término de referencia en el juicio de contradicción, ha de ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. Sentencias de 13-12-91 [rec. 771/91], 5-6 y 9-12-93 [recs. 241/92 y 3729/92], 14-3-97 [rec. 3415/96], 16 y 23-1-02 [recs. 34/01 y 58/01]. 26-3-02 [rec. 1840/00], 25-9-03 [rec. 3080/02] y 13-10-04 [rec. 5089/03] entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 [rec. 2876/94], 17-4-96 [rec. 3078/95], 16-6-98 [rec. 1830/97] y 27-7-01 [rec. 4409/00] entre otras)".

La aplicación de la anterior doctrina lleva a estimar que las sentencias comparadas no son contradictorias en los términos requeridos por el artículo 219 LJS, ya que contemplan hechos diferentes que dieron lugar a debates distintos. En efecto, en el caso de la sentencia de contraste la contratista era una empresa cuya actividad consistía en prestar los servicios de telemarketing que le contrataran y, además, se celebró un solo contrato para obra determinada. El supuesto de la sentencia recurrida es distinto porque la empleadora era una empresa de trabajo temporal que tenía contratos de puesta a disposición en virtud de los que celebró sucesivos contratos temporales con el actor. Estas diferencias fácticas dieron lugar a un debate diferente: el fraude en la celebración de sucesivos contratos temporales que no se dió en el caso de la sentencia de contraste. Además, como la ETT no era una empresa dedicada a prestar servicios de telemarketing, se produjo otro debate, cual es el de la existencia de cesión ilegal de mano de obra por la ETT que es el que, realmente, interesa a la recurrente, como empresa usuaria y beneficiaria de esa cesión. Consecuentemente, no existe contradicción doctrinal porque las sentencias comparadas contemplan supuestos de hecho distintos en los que se plantearon cuestiones jurídicas diferentes y el debate fue

distinto. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 3957/2014), dictada en un supuesto como el de autos.

4. La falta de contradicción doctrinal habría justificado en su día la inadmisión del recurso por no cumplir un requisito de orden público procesal, cual ha informado el Ministerio Fiscal, es causa fundada para desestimar el recurso con imposición a la recurrente de las costas causadas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de Wincor Nixdorf SL contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 343/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, en autos núm. 982/2013. 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Condenar al recurrente al pago de las costas y decretar la pérdida de los depósitos y en cuanto a las consignaciones constituidas para recurrir se les dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE FEBRERO DE 2012

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 18 de octubre de 2.007, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente

tenor literal: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Doña Milagros contra Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Contactel Teleservicios S.A. debo declarar que se ha producido una cesión ilegal del trabajador por parte de Contactel Teleservicios S.A. al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, teniendo derecho a optar entre ser trabajador indefinido no fijo de cualquiera de las demandadas como teleoperadora especialista con antigüedad desde el 3 de Mayo de 2004 y salario conforme a lo establecido para los trabajadores del Ayuntamiento, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y asimismo debo condenar y condeno a los demandados a que abonen solidariamente al actor la cantidad de 1.942,52 Euros".En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.-La actora ha prestado sus servicios contratada por Contactel Teleservicios S.A. en la actividad de telemarketing desde el 3 de Mayo de 2004 como teleoperadora especialista con un salario de 47,90 Euros/día conforme al siguiente iter contractual: tras realizar en el mes de Abril de 2004 un curso en Contactel y realizar un examen psicotécnico, contrato Eventual por circunstancias de la producción, sin establecer en el contrato causa legal alguna, siendo modificado posteriormente en el anexo al mismo, y cuya duración fue desde el día 3 de Mayo de 2.004 al 17 de Mayo de 2.004 por y siendo modificado en anexo al mismo para sustituir por Vacaciones a Mari Luz; contrato de trabajo Eventual por Circunstancias de la Producción, con la misma Empresa y para el mismo servicio de la Policía Local del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, sin establecer causa alguna, siendo modificado en anexo al mismo, para sustituir por Vacaciones a la Sra. Camino , desde el día 19 de Mayo al 2 de Junio de 2.004; contrato Eventual por Circunstancias de la Producción con efectos desde el día 3 de Junio al 17 de Junio de 2.004, ahora en anexo al mismo para sustituir por Vacaciones a D. Nicolás; contrato Eventual por Circunstancias de la producción con efectos desde el día 19 de Junio al 3 de Julio de 2.004, y anexo aparte para sustituir por Vacaciones a la Sra. Estibaliz ; contrato Eventual por Circunstancias de la producción con efectos desde el día 5 de Julio al 19 de Julio de 2.004, para sustituir por Vacaciones a la Sra. Julieta; contrato Eventual por Circunstancias de la producción con efectos del día 22 de Julio al 25 de Julio de 2.004, por Vacaciones de Doña. Mari Luz; contrato por Obra o Servicio Determinado de 26 de Julio de 200 4 para la realización del servicio de atención de demandas del centro de comunicaciones de la Policía Local del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana,

contrato que en la actualidad continúa vigente entre las partes. Con fecha de 1 de Agosto de 2.005, pasa a tener categoría de teleoperadora-especialista.- 2º.-Las funciones que realizan la actora y sus compañeros de trabajo contratados por Contactel son en el Centro Municipal de comunicaciones de la Policía local del Ayuntamiento de San Bartolomé; de Tirajana calle Touroperador Mundicolor nº 2 de Maspalomas. Habiendo firmado un documento de confidencialidad que le entregó el Jefe de la Policía Local, sobre la información que iba a manejar en el desempeño de su trabajo.- Dichas funciones consisten, durante 39 horas semanales prestadas de Lunes a Domingos en horarios de mañana, tarde y nocturnos y durante 8 horas cada día de trabajo, en la atención telefónica de las llamadas a la Policía Local al 092-928723429, distribuyendo las que son para otros Departamentos de la Policía y atendiendo a las llamadas de urgencia. Este tipo de llamadas las atienden las Tele operadoras obteniendo toda la información del ciudadano e inmediatamente poniéndola en conocimiento del Jefe de Servicio (Cabo o Sargento de la Policía Local) que prestan servicios junto a las Tele operadoras en la misma sala de comunicaciones y este Jefe de Servicio ordena a las Tele operadoras a qué unidad se le va a comunicar que realice el servicio solicitado por la Emisora de la Policía. Además lleva a cabo el registro de los partes en la recepción de avisos a la Policía, indicando qué Unidad ha realizado el servicio y en cuánto tiempo, así como el resultado que les indica la Unidad encargada de llevar a cabo el servicio; el envío de Fax de avisos a otros Departamentos del Ayuntamiento sobre anomalías en la vía pública y la distribución de los fax que llegan de cada uno de los Departamentos de la Policía; acudir a la oficina del Servicio de grúas a retirar los traslados de vehículos y se procede a su informatización mediante un registro de vehículos que se han hecho durante el turno de trabajo y se registren en el libro correspondiente, los sellan y envían a la Administración de la Policía Local; atención al público en el mostrador cuando lo ordena el Policía si se trata de nacionales o extranjeros ya que las tele operadoras tienen conocimientos de idiomas, haciendo labores de información y traducción con los turistas; se realizan partes de aviso por orden de los Policías haciendo constar las ausencias al trabajo de alguna compañera, una avería en un vehículo oficial, se solicitan al 112 a petición de la Policía información sobre el seguro obligatorio de circulación vehículos; se informatiza en el programa pertinente la entrada y salida de vehículos del depósito municipal.- Dicho trabajo lo realiza bajo la dirección y supervisión directa del

responsable supervisor del servicio y un jefe de sala por cada turno, miembros de la Policía Local con cargos de sargentos o cabos, en una Sala de la Jefatura de la Policía Local junto a las mesas de las operadores restantes que está al lado de la del Jefe de Servicio o de Sala dirigida siempre por un Policía Local con cargo de Cabo o Sargento, al que hay que informar de todas las llamadas recibidas y este decide y ordena dependiente de cada caso lo que deben hacer las tele operadores con cada caso.- Dichas funciones, con anterioridad al contrato con Contactel se realizan por la plantilla del Ayuntamiento codemandado.- 3º.-El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Contactel Teleservicios S.A. tienen suscrito contrato de 9 de Enero de 2003 que consta en autos y se da por reproducido para la prestación del servicio de operadores de atención de demandas del centro de comunicación del Ayuntamiento, prorrogado hasta la actualidad conforme a los pliegos de condiciones económico administrativas y técnicas que constan en autos y se dan por reproducidos. En cuanto al precio del servicio, está fijado en los pliegos de condiciones y es un precio cerrado.- La empresa demandada tiene suscrito desde el 1-10-05 con Fraternidad Muprespa servicio de prevención de riesgos laborales sean distintos centros de trabajo, incluido el de la actora, existiendo evaluación de riesgo laborales de los puesto de trabajo realizada por Asepeyo, propuesta de planificación de la actividad preventiva de 28-12-05 constando negativas a realización de reconocimiento médico.- En la empresa existen las siguientes categorías: tele operador, tele operador especialista, gestor telefónico o, coordinador de servicio, que es el máximo responsable en el servicio que se da para el Ayuntamiento y responsable del servicio fuera de la plataforma.- Julieta es la coordinadora del servicio, que despacha diariamente con los responsables de la Policía local y así, si hay alguna baja o hay que presentar algún documento o existe algún problema hay que contactar con ella para que informe a Contactel, coordinándose las vacaciones con ella dependiendo de las necesidades del servicio de la Policía. La coordinadora habla con Doña Agustina, responsable de recursos humanos de la empresa para las vicisitudes que surgen, como solicitudes de contratación de nuevo personal por indicación de la Policía. Dicha trabajadora realizó la evaluación del desempeño el 21-11-05 sobre ocho empleados.- 4º.-Los elementos materiales utilizados por la trabajadora como la ropa de trabajo y los teléfonos móviles pertenecen a Contactel, mientras que la centralita y el resto de medios de producción como ordenadores, impresoras, emisoras,

fotocopiadoras, material fungible, correos electrónicos teléfonos fijos y materiales de oficinas pertenecen al Ayuntamiento.- 5º.-La forma de entrada de empleados en Contactel para prestar sus servicios en el servicio del Ayuntamiento consiste en una primera entrevista en Contactel y una posterior entrevista por la señora Julieta , siendo siempre contratados bajo la supervisión del Ayuntamiento. Habiéndose realizado el despido de dos compañeros de la actora, Daniel y Emma por indicaciones del Ayuntamiento codemandado. En Mayo de 2006 contrató a través de dos ETT's a Doña Inocencia , Doña Mariola , Doña Regina y Doña Trinidad .- 6º.-Si la parte actora tuviera derecho al cobro de las diferencias salariales entre la categoría que ostenta y la correspondiente a un conserje del Ayuntamiento demandado se le adeudaría la cantidad de 1.942,52 Euros por el período de Febrero de 2006 a enero de 2007.- 7º.-Se agotó la vía previa".

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2.010 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA contra la sentencia dictada el día 18.10.2007 por el Juzgado de lo Social nº Siete de los de Las Palmas de Gran Canaria, debemos confirmar como confirmamos dicha sentencia".

TERCERO.-Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 6 de abril de 2.011, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de mayo de 2001 , así como la infracción de lo establecido en los arts. 42 y 43 ET.

CUARTO.-Por providencia de esta Sala de 6 de octubre de 2.011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.-Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso, sin haberlo verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 21 de febrero de 2.012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La demandante ha venido prestando servicios en virtud de sucesivos contratos temporales en los que se alternaba como causa de temporalidad el carácter de contrato eventual y el de sustitución de otra trabajadora en vacaciones. El contrato era celebrado con Contactel Teleservicios SA. y las funciones eran desempeñadas en el centro municipal de comunicaciones de la policía local y oficinas municipales del ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana sitas en las dependencias de la policía local del ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, consistiendo en la atención telefónica de las llamadas a la policía local del 092- 928 723 429 distribuyendo las que son para otros departamentos de la policía y atendiendo las llamadas de urgencia. Este tipo de llamadas las atienden las teleoperadoras obteniendo toda la información del ciudadano e inmediatamente poniéndola en conocimiento del jefe de servicio (cabo o sargento de la policía local) que prestan servicios junto a las tele operadoras en la misma sala de comunicaciones y este Jefe de Servicio ordena a las tele operadoras a qué unidad se eleva comunicar que realice el servicio solicitado por la emisora de la policía, así como otras funciones siempre bajo la dirección y supervisión directa del responsable supervisor del servicio y un jefe de sala por cada turno, miembros de la policía local con cargos de sargentos o cabos, en una sala de la Jefatura de la Policía Local. Junto a las mesas de las operadoras restantes que están al lado de la del jefe de servicio de sala siempre dirigida por un Policía Local con cargo de cabo o sargento que hay que informar de todas las llamadas recibidas y éste es quien decide y ordena independientemente de cada caso lo que deben hacer las tele operadoras. Prosigue dicho relato histórico dando cuenta de que existe una coordinadora del servicio, que despacha diariamente con los responsables de la Policía Local y así, si hay que presentar alguna baja, presentan algún documento o existe algún problema contactar con ella para que

informe o Contactel, coordinándose las vacaciones con ella dependiendo de las necesidades del servicio la policía. La coordinadora habla a su vez con otra persona, responsable de recursos humanos de la empresa para las vicisitudes que surgen, como solicitudes de contratación del nuevo personal por indicación de la policía. Esa persona al servicio de la empresa realizó la evaluación del desempeño el 21 noviembre 2005 sobre ocho empleados. Consta asimismo que la empresa demandada tiene suscrito desde el uno de octubre de 2005 con Fraternidad Muprespa servicio de prevención de riesgos laborales con distintos centros de trabajo incluido el de la actora, existiendo evaluación de riesgos laborales de los puestos de trabajo realizada por ASEPEYO, propuesta de planificación de la actividad preventiva de 28 diciembre 2005, constando negativas a la realización del reconocimiento médico. Dichas funciones, con anterioridad al contrato del ayuntamiento con Contactel se realizaban por la plantilla del Ayuntamiento demandado. Formulada demanda de cesión ilegal frente al Ayuntamiento y Contactel Teleservicios S.A., la sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda, condenando a los demandados al pago de una cantidad resultante de las diferencias salariales entre la categoría que la demandante ostenta en la empresa con la que celebró contrato y la que correspondería a un conserje del ayuntamiento demandado. La anterior sentencia fue confirmada en suplicación íntegramente.

Recorre en casación para la unificación de doctrina el ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y ofrece como sentencia del contraste la dictada el 29 mayo 2001 por el tribunal superior de justicia de Galicia.

En la sentencia de comparación se resuelve acerca del despido de un trabajador que prestaba servicios en virtud del contrato celebrado con una Sociedad Anónima denominado eventual por circunstancias de la producción, habiendo suscrito la empresa de mudanzas un contrato de servicios de transporte para la administración número 15/05 de Santiago de Compostela, de la Tesorería General de la Seguridad Social. Los servicios contratados por la dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social con la empresa de mudanzas consistían en porteo de documentación y paquetería dentro y entre todos los centros dependientes de esta dirección Provincial, porteo y acarreo de mobiliario y enseres de dentro de los edificios dependientes de la dirección Provincial, así como de unos a otros, y cualquier otro servicio referido a los trabajos de

correo, telefonía, reprografía, apertura y cierre de edificios, mensajería colocación y archivo de documentación de otros análogos. La actora había desempeñado sus servicios en las dependencias de la Tesorería General de la seguridad social funciones que consistieron en recogida de llamadas telefónicas, reparto de correspondencia, abrir la puerta, dar números e información al público e indicación de los documentos aporta. Fue instruida por un ordenanza de la Tesorería General de la Seguridad Social, cumpliendo el mismo horario que el personal de la Tesorería General, habiendo reclamado por despido, la sentencia del Juzgado de lo Social condenó solidariamente a la empresa de mudanzas ya la Tesorería General de la Seguridad Social. En suplicación, fue estimado recurso de la Tesorería General de la Seguridad Social absolviendo la de los pedimentos de la demanda, razonando que si bien la actora realizaba tareas habituales de la administración, lo cierto es que ello constituía justamente el objeto de la contratación administrativa, siendo, por otra parte, lógico que si la actora prestaba sus servicios en las dependencias de la Tesorería General de la Seguridad Social fuese el personal de la Tesorería quién la instruyese las funciones a realizar, le diese órdenes e instrucciones de las funciones a realizar dentro de las propias objeto la contratación administrativa y sin que ello pueda entenderse como determinante de la existencia de una cesión ilegal de mano de obra. Y, siendo de señalar que en el supuesto de autos la Sala estima que no puede considerarse que haya existido dicha cesión, que la contratación administrativa entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa demandada se haya realizado en fraude de ley, y ello por cuanto que la actora fue contratada por la empresa privada para sustituir a otro trabajador de mudanzas que venía desempeñando las funciones recogidas en el contrato administrativo celebrado entre la empresa y la Tesorería General de la Seguridad Social. Añade que inicialmente la contratación se realiza a través de una empresa de trabajo temporal y posteriormente se suscribió directamente con la condena con demandada, y es esta empresa la que abonaba a la actora los salarios, la que ha cumplido con las obligaciones de la seguridad social y la que ha estado cumpliendo lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable. Estiman irrelevante a efectos de una posible cesión ilegal el hecho de que el gerente de la demandada no apareciese por las oficinas donde prestaba servicios la actora, teniendo en cuenta que se trata de una oficina abierta al público y la circunstancia de que el horario de la actora coincidiese con el que realizaban los funcionarios de la Tesorería

General de la Seguridad Social, parece lógico para el adecuado funcionamiento de servicio público. Por último, la sentencia alude a que en el marco de la contratación administrativa la administración conserva las prerrogativas necesarias, justificadas por la prevalencia del interés público al que se destina al objeto del contrato, alterándose la igualdad de las partes, de manera que una de ellas, la administración, asume cierta situación de primacía en el contorno de la relación contractual; prerrogativas que incluyen la facultad de dictar instrucciones para el contratista, las facultades que tiene la potestad disciplinaria, recordando que la ley de contratos de las administraciones públicas otorga la administración los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, partiendo de que la titularidad del servicio público gestionado mediante contrato es suya, al igual que la responsabilidad última por la buena marcha de servicio, pudiendo llegar a intervenirlo.

Contando con la salvedad de las diferentes funciones desempeñadas en cada caso por los trabajadores demandantes, habida cuenta del diferente contenido de las contrataciones objeto de adjudicación, entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la ley de procedimiento laboral .

SEGUNDO.-Por el Excelentísimo ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana se interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina alegando la infracción de los artículos 43 y 42 del estatuto de los trabajadores al objeto de impugnar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, objeto de la demanda promovida. La recurrente alude como requisitos que se encuentran presentes en la actividad desempeñada por la demandada como trabajadora de contar de Contactel Servicios S.A., en virtud de la adjudicación de la contrata hecha por el ayuntamiento, la existencia de empresa real en relación a Contactel Servicios S. A. justificación técnica de la contrata y el control y dirección del trabajo realizado, considerando que la sentencia ha confundido la dependencia respecto de personal del Ayuntamiento, cuya finalidad última es la lógica de supervisar los trabajos subcontratados con la de dirección inmediata de los referidos trabajos que corresponde a los coordinadores de contacto entre servicios

Sociedad anónima, de los que afirma, la parte actora recibía las órdenes directas. Insiste en que aún en el caso de que se entendiera que el ente municipal hubiera impartido las órdenes de trabajo, tampoco ello conllevaría la existencia de cesión ilegal con mención al respecto de lo resuelto por sentencia de la Tribunal Superior de Justicia de Galicia citada de contraste.

TERCERO.-Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de una contrata distinta suscrita por el mismo Ayuntamiento si bien con objeto diferente dado que en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011 , 28 de abril de 2011 y 4 de mayo de 2011 , entre otras, la contrata con PERFALER CANARIAS S.L. venia referida a actividades complementarias, en tanto que la de Contactel Teleservicios S.A. es una contrata para una actividad con trascendencia en el orden y la seguridad públicos por cuanto el curso debido a las llamadas requiere el ejercicio de atribuciones propias de la función pública, lo que justifica la permanente presencia de miembros de la policía en la toma de decisiones acerca de la atención final a las llamadas. No obstante lo anterior, la Sala considera que en la relación empresa-trabajador deben estar presentes otras atribuciones cuya existencia no ha sido acreditada derivando así a la consecuencia de que la nota de dependencia no se producía entre Contactel Teleservicios S.A. y la demandante, sino entre ésta y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana.

Por esa razón, es de reiterar la doctrina de la Sala en relación a la misma entidad local "se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que nose haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito.

"Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus

responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato (arts. 232 y 255 de la citada Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra."

CUARTO.-Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, contra la sentencia de 2 de diciembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas en el recurso de suplicación núm. 1348/2008, formulado frente a la sentencia de 18 de octubre de 2007 dictada en autos 288/2007 por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria seguidos a instancia de D^a Milagros contra el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Contactel Teleservicios S.A. sobre derechos. Con imposición de Costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 2011

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de abril de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda rectora del presente procedimiento, absolviendo a los demandados de las acciones ejercitadas frente a ellos".

SEGUNDO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.-Los actores han venido trabajando para la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. con las siguientes circunstancias: D. Carlos Antonio con D.N.I. nº NUM000 , antigüedad de 2 de septiembre de 1998, categoría profesional de peón especializado - jefe de equipo y salario de 50,22 € diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias.- D. Pedro Jesús , con DNI NUM001 , antigüedad de 1 de noviembre de 1998, categoría profesional de mozo y salario de 43,68 € diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias.- D. Argimiro , con DNI NUM002 , antigüedad de 9 de diciembre de 1998, categoría profesional de mozo y salario de 43,68 € diarios incluida la prorrata de pagas extraordinarias. 2º.-Los contratos suscritos por los actores con la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SL. incluían como cláusula adicional lo siguiente: ``El trabajador realizará sus servicios en la empresa COOPAMAN SCL ... El contrato quedará rescindido si se extinguiese el contrato de arrendamiento entre ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU y COOPAMAN SCL. 3º.-Junto con el contrato de trabajo los actores formalizaron con ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES un anexo al contrato laboral en el que consta la retribución a percibir por el trabajador, el horario de trabajo así como las consecuencias de la extinción de la relación laboral cuando la misma sea consecuencia de la voluntad del trabajador. 4º.-Con fecha 30 de noviembre de 2008 la mercantil ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES notifica por escrito a los actores la finalización de la

relación laboral por la finalización con dicha fecha del contrato suscrito entre ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU y COOPAMAN SCL. 5º.-COOPAMAN SCL, empresa dedicada a empaquetado y comercialización de ajos, contrató con ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU, el 1 de mayo de 2002 la prestación del servicio de envasado de piñas, bandejas y trenzas de diferentes pesos de ajos en las contadoras, grapadoras no automáticas así como el corte de ajos para dichas máquinas. 6º.-La contraprestación que percibía ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU por los servicios arrendados se fijaba según número de piñas, bandejas y ristras con o sin corte teniendo designado desde el principio de la relación arrendaticia la mercantil ATLAS a una persona coordinadora, siendo ésta al inicio de la relación D^a Érica. 7º.-Los servicios de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES para COOPAMAN se prestaban en las instalaciones de COOPAMAN, en zona delimitada distinta del resto de trabajadores de COOPAMAN, no llevando el mismo uniforme unos trabajadores y otros y utilizando el personal de ATLAS distintas máquinas de COOPAMAN como las envasadoras contadoras, grapadoras con línea automática, máquina de enmallado de tubos y línea completa para confección de piñas, descontándose económicamente del precio pactado por el arrendamiento la parte correspondiente a esta disposición de maquinaria. 8º.-La formación, prevención, resto de material, número de trabajadores, determinación de la jornada, vacaciones, permisos, nóminas, salarios, obligaciones de seguridad social y fiscales, contrataciones y despidos eran decididos por ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU. 9º.-Los Trabajadores que prestan servicios para COOPAMAN rigen sus relaciones laborales por el convenio de comercio, los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU se rigen por el convenio de empresa. 10º.-Los trabajadores de COOPAMAN no desarrollan las mismas funciones que los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU. Los trabajadores de ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SAU no desarrollan las mismas funciones que los trabajadores de COOPAMAN. 11º.-Con fecha 1 de septiembre de 2008 por la Inspección de Trabajo se levantó acta de infracción nº I22008000040413 en materia de relaciones laborales en la empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES SA tras haber girado visita el 28 de marzo de 2008 al centro de trabajo de la mercantil COOPAMAN SCL sito en crta. Peñas km. 1,7. Dicha acta no es firme. 12º.-El día 8/1/09 se celebró en el UMAC acto de conciliación por

despido entre los actores y los demandados que terminaron sin avenencia respecto a uno de los demandados y como intentados sin efecto por incomparecencia en otro".

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Carlos Antonio, D. Argimiro y D. Pedro Jesús ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2009 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso formulado por la representación legal de DON Carlos Antonio , DON Argimiro y DON Pedro Jesús , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Albacete, de fecha 13 de abril de 2009 , en los autos número 31/09, sobre despido, siendo recurridos ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A. y SOCIEDAD COOPERATIVA "COOPAMAN, DE C.L.M.", y revocando la expresada resolución, debemos declarar y declaramos que el cese de los demandantes constituye despido improcedente, condenando a las empresas codemandadas Atlas Servicios Empresariales S.L. y Coopaman SCL, de forma conjunta y solidaria, a que opten a su elección, entre la readmisión de los trabajadores o a que les indemnicen con las cantidades establecidas en la fundamentación jurídica de esta sentencia; y, en todo caso, con los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (28/11/2008) hasta la notificación de la presente resolución, conforme a los salarios diarios acreditados por cada uno de los actores".

CUARTO.-Por el Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de SOCIEDAD COOPERATIVA DE CASTILLA LA MANCHA DE SEGUNDO GRADO "COOPAMAN" se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 9 de marzo de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 31 de enero de 2006.

QUINTO.-Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la representación legal de los recurridos, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se

declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de marzo de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-Los actores interpusieron demanda contra la empresa ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.L. por entender que habían sido objeto de cesión ilegal a la empresa COOPAMAN SCL y que, en consecuencia, la extinción de su contrato de trabajo basada en la finalización del contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas era en realidad un despido que debería ser declarado improcedente. La sentencia de instancia desestimó la demanda pero fue revocada en suplicación por la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28-9-2009 (R. Sup. 704/09) que, estimando la existencia de tal cesión ilegal, declara el despido improcedente condenando a ambas empresas codemandadas, a su opción, a readmitir a los trabajadores o a indemnizarles en la cuantía legalmente procedente. Contra esta sentencia recurren en casación unificadora las empresas codemandadas pero, finalmente, solo la empresa COOPAMAN SCL, presunta cesionaria, ha mantenido el recurso.

SEGUNDO.-El recurso de unificación aporta como sentencia contradictoria la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 901/2006, de 31 de enero de 2006 (R. Sup. 7634/2005) y denuncia como infringidos los artículos 42 y 43 del ET . Procede, en primer lugar, analizar si se da la contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la LPL. Esta Sala tiene establecido que es muy difícil que dicha contradicción se dé en materia de cesión ilegal de trabajadores, habida cuenta de la gran variedad de supuestos fácticos que hacen poco probable que entre los mismos se dé la igualdad sustancial que exige dicho precepto procesal. Así, la STS de 17-1-2007 (RCUD 4039/05) afirma que "La comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones substancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de

circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico".

Pero, en el presente caso, como acertadamente observa el informe del Ministerio Fiscal, sí concurren circunstancias suficientemente iguales para apreciar la contradicción, habida cuenta de que las pretensiones y los fundamentos jurídicos son idénticos y que la respuesta judicial dada en la sentencia recurrida es que existe cesión ilegal y despido improcedente, mientras que en la de contraste se declara que dicha cesión es inexistente, y declara válida la extinción del contrato.

TERCERO.-Dichas circunstancias fácticas sustancialmente iguales son las siguientes. En primer lugar, tanto en el caso de la sentencia recurrida como en la de contraste los trabajadores desarrollan su actividad laboral en las instalaciones de la empresa presuntamente cesionaria, a la que pertenecen los medios de producción, es decir, toda la maquinaria utilizada en la actividad productiva. En segundo lugar, ni en uno como en otro caso hay mandos de la empresa cedente que encarnen el poder de dirección de ésta sino que lo único que existe es "una persona coordinadora" de la empresa cedente, sin más especificaciones (caso de la sentencia recurrida), o bien que tenía categoría de peón y se ponía en contacto con el encargado de la empresa cesionaria (caso de la sentencia de contraste). Nada se dice en los hechos probados, ni en uno ni en otro caso, del ejercicio del poder disciplinario. En tercer lugar, en el caso de la sentencia de contraste esa actividad se desarrolló anteriormente con sus propios trabajadores (hecho probado 8º), lo que no consta explícitamente en los hechos probados de la sentencia recurrida aunque sí en su escrito de formalización del recurso donde se relata cómo la empresa, "cuyo objeto principal es la producción y comercialización de ajos", en un momento dado decide "externalizar el servicio del corte y envasado de ajos en el centro de trabajo. Para ello contacta y contrata inicialmente con Addeco, empresa de trabajo temporal, para que lleve a cabo la contratación externa... Y posteriormente... contacta con Atlas Servicios Empresariales S.A. para que desde el año 2001 realice la contratación del personal para llevar a cabo el servicio de corte y envasado de ajos". En cuarto y último lugar, tanto en uno como en otro caso, la empresa cedente se ocupa de todo lo derivado de la contratación de ese personal: básicamente, la determinación de la jornada (incluidos permisos) y la

confección de nóminas y pago de los salarios (incluida la ropa de trabajo); y también de formación y prevención, según se dice sin mayores especificaciones en los hechos probados de ambas sentencias. Y hay que añadir que la empresa presuntamente cedente es la misma en ambos casos: Atlas Servicios Empresariales SA.

CUARTO.-Una vez comprobado que concurre la contradicción legalmente requerida, procede enjuiciar el fondo del asunto. Debemos para ello recordar que, la jurisprudencia de esta Sala Cuarta en la materia es extensísima y puede resumirse así. Existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiéndolo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente.

A partir de ahí, procede analizar los concretos hechos probados del caso planteado que, como ya hemos adelantado al examinar la contradicción y constan en el Antecedente de Hecho Segundo de esta sentencia, que confirma los hechos declarados probados en la instancia, son los siguientes: los medios de producción pertenecen a la empresa cesionaria (hecho probado 7º), de tal forma que la cedente abona un precio por el uso de esta maquinaria; no hay constancia alguna de que la empresa cedente ejerza el

poder de dirección y el poder disciplinario, pues no existe más que una "persona coordinadora" (hecho probado 6º) entre la cedente y la cesionaria, en cuyas instalaciones se desarrolla toda la actividad productiva (hecho probado 7º) y es de presumir -aunque nada se dice en un sentido ni en otro- que bajo la dirección de su propio personal técnico y directivo. De estos hechos se deduce que la empresa cedente en absoluto pone en juego su propia organización productiva puesto que la misma, simplemente, no existe. En efecto, el hecho de que sea la misma empresa cedente la que opera para la cesionaria de la empresa recurrida, cuyo objeto social es la producción y comercialización de ajos, y para la empresa de la sentencia de contraste, que es Bitron Industrie España, SA, una multinacional del sector del metal, que arrienda los servicios de la cedente para "la actividad de Premontaje y Fase final del producto" (sin mayores especificaciones), demuestra que no existe tal organización empresarial en el sentido propio de organización productiva sino una mera entidad interpuesta cuya única finalidad es contratar a un determinado número de trabajadores para realizar una parte de la actividad productiva principal de las respectivas empresas cesionarias, actividades productivas absolutamente heterogéneas. Abunda en esta idea, el hecho de que, en un primer momento, la empresa recurrida procede a esa "externalización" (más correcto sería hablar de "internalización": todo se hace dentro de la propia empresa cesionaria y con sus propios medios de producción) a través de una empresa de trabajo temporal, único tipo de empresas a las que el legislador permite esa actividad interpositoria (a cambio de exigir ciertas garantías y requisitos), demuestra que estamos ante esa interposición que el artículo 43 prohíbe para cualquier empresa que, insistimos, no sea una empresa de trabajo temporal. De tal forma que la empresa cedente -que carece de cualquier actividad productiva propia- solo contrata a esos trabajadores "para cederlos temporalmente a otra empresa" pues, en caso contrario, es evidente que no los contrataría: es decir, se cumple de forma rigurosa la concurrencia del "tipo" de infracción que diseña el artículo 43.1 del ET. Al obviar la intervención de una ETT - insistimos: único tipo de empresa legalmente autorizada a la interposición- y sustituirla por una denominada "empresa de servicios", se incumplen todas las previsiones de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, entre ellas la contenida en su artículo 11.1: "Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a

percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable en la empresa usuaria...". En efecto: en el caso de la sentencia recurrida se aplica a los trabajadores cedidos el Convenio Colectivo de la empresa cedente y no el de la cesionaria o usuaria (hecho probado 9º). Finalmente, cabe reseñar que la Inspección de Trabajo, que observó sobre el terreno el desarrollo real de la actividad, levantó acta de infracción en materia de relaciones laborales a la empresa cedente, por apreciar la existencia de cesión ilegal. Contra todos estos elementos fácticos tiene poca relevancia el hecho de que -como es obvio- sea la empresa cedente quien paga los salarios y quien controla la realización de la jornada de trabajo (se supone - porque nada consta en autos al respecto- que a través de los propios elementos mecánicos de control de la empresa, tales como relojes, etc.) o que sea corresponsable de la prevención de riesgos -pues ello viene legalmente establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales- o incluso que haya podido impartir alguna formación a los trabajadores contratados (tampoco se especifica nada concreto en autos respecto a tal formación).

QUINTO.-Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando afirma que "puede concluirse que la empresa arrendataria Atlas Servicios Empresariales SL se limita a aportar trabajadores para la realización de actividades de la empresa arrendadora del servicio Coopaman SCL.." y que "en consecuencia, se ha producido entre las empresas codemandadas una cesión ilegal de trabajadores, definida en el art. 43.2 del ET , para lo cual es indiferente que las empresas en cuestión sean entidades reales, pues lo decisivo en este caso es que la empresa que contrató a los trabajadores actúa <de facto> como si se tratase de una empresa de trabajo temporal, limitándose a aportar mano de obra, sin poner en juego los materiales necesarios para realizar la actividad". Y concluye también con acierto: "Por tanto, el cese de los trabajadores debe calificarse de despido improcedente, puesto que los contratos temporales suscritos con la entidad arrendataria del servicio, bajo la modalidad para obra o servicio determinados, no respondían a la naturaleza temporal que les es propia, sino como mero instrumento jurídico para realizar el tráfico de trabajadores prohibido por la ley". Procede, pues, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida. Con costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de COOPAMAN, S.C.L., contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso de suplicación núm. 704/09, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete, de fecha 13 de abril de 2009 , recaída en autos núm. 31/09, seguidos a instancia de D. Carlos Antonio , D. Pedro Jesús y D. Argimiro contra COOPAMAN, S.C.L. y ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES, S.A., sobre DESPIDO. Decretamos la pérdida depósito constituido para recurrir y condenamos en costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ENERO DE 2011

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 9 de octubre de 2008, el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Justo frente a la empresa PERFALER CANARIAS S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOME DE TIRAJANA, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO - CESION ILEGAL DE TRABAJADORES, en el sentido de declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo el derecho del trabajador, al haberse realizado la opción, a ser considerado como personal laboral indefinido del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con la antigüedad indicada en el hecho primero y conforme a la categoría profesional propia de un Oficial grupo D, oficios varios y salario que le correspondan, si bien estos únicamente hasta el momento en que trabajó de manera efectiva para la demandada, condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración, existiendo asimismo responsabilidad solidaria de las mismas de cualquier otra obligación que se pudiera haber contraído con la actora y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan, y debiendo en todo caso estar y pasar las partes por la presente resolución."

SEGUNDO.-Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "1º.- El actor con D.N.I. NUM000, con antigüedad de 01.09.1996, y categoría profesional reconocida de Oficial grupo D - oficio varios, y un salario según Convenio, ha trabajado ininterrumpidamente para la demandada, en base a contrato temporal por obra o servicio determinado, mediante contrato suscrito para la empresa Perfaler Canarias, S.L. en la modalidad de duración determinada al amparo del artículo 15 ET , siendo la causa del mismo según tenor literal del propio contrato, "cubrir necesidades de la empresa durante su vigencia", y el posterior con fecha de efectos de 01.01.1998 con causa "la duración del contrato es indeterminada y viene condicionada por la adjudicación del servicio que nos ha dado el Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, según el pliego de condiciones económico-administrativas aprobado por el mencionado ayuntamiento en sesión celebrada el día 24 de mayo de 1996...". 2º.- El actor ha prestado siempre sus servicios en las oficinas municipales de la Corporación codemandada, concretamente en la Concejalía sitas en el Estadio Municipal de Maspalomas, realizando de forma permanente las funciones propias de su categoría profesional, estando siempre y en todo caso sometido a las

órdenes directas emanadas del propio personal del Ayuntamiento, en concreto de la propia Alcaldesa o de un superior directo funcionario o personal laboral del Ayuntamiento, no llevando distintivo alguno en su vestimenta como trabajador de Perfaler Canarias, no habiéndose reunido en ocasión alguna con personal de Perfaler Canarias S.L., teniendo el mismo horario que el personal del Ayuntamiento, y utilizando en todo caso el material y las instalaciones que a su disposición igualmente ha puesto siempre el ayuntamiento, y siendo el único cometido llevado a cabo por PERFALER respecto a la actora la autorización del periodo vacacional, una vez éste ha sido discutido y acordado con el Ayuntamiento codemandado bajo los criterios del personal del propio Ayuntamiento, y previo visto bueno del Ayuntamiento a Perfaler Canarias. Desde hace algún tiempo el actor trabaja en la vigilancia de un colegio, recibiendo las órdenes directamente del Director del colegio. 3º.- La empresa Perfaler Canarias posee más de 500 trabajadores, constando la asunción de contratas con la Administración Pública. 4º.- El salario le es abonado a la actora por la codemandada Perfaler Canarias S.L. 5º.- Se cumplió el trámite de intento de conciliación y la reclamación previa."

TERCERO.-Contra la anterior sentencia, el Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia en fecha 14 de diciembre de 2009, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso interpuesto por Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2008 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de esta provincia, demanda 657/06, que confirmamos".

CUARTO.-Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el procurador D. José Luis Ferrer Recuero, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 29 de mayo de 2001, recurso 1882/01.

QUINTO.-Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.-Se señaló para la votación y fallo el día 11 de enero de 2011, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 5 de los de las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 9 de octubre de 2008, autos 657/06, estimando la demanda formulada por D. Justo , frente a la empresa Perfaler Canarias S.L. y al Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana sobre reconocimiento de derecho-cesión ilegal de trabajadores, declarando la existencia de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo el derecho del actor, al haberse realizado la opción, a ser considerado como personal laboral indefinido del Excmo. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, con la categoría de oficial grupo D, oficios varios, y antigüedad que figura en el hecho probado primero, declarando la responsabilidad solidaria de las demandadas de cualquier otra obligación que se pudiera haber contraído con la actora y con la Seguridad Social. Tal y como consta en la citada sentencia el actor ha trabajado ininterrumpidamente para la demandada mediante contrato temporal suscrito con la empresa Perfaler Canarias S.L., para obra o servicio determinado, siendo la causa "cubrir necesidades de la empresa durante su vigencia", siendo su duración indeterminada condicionada por la adjudicación del servicio del Ilustre Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, habiendo prestado siempre sus servicios en las oficinas municipales, realizando permanentemente las funciones propias de su categoría profesional sometido a las órdenes dictadas del personal del Ayuntamiento, no llevando distintivo alguno en su vestimenta como trabajador de Perfaler Canarias S.L., teniendo el mismo horario que el personal del Ayuntamiento, utilizando las instalaciones y material de la Corporación, siendo Perfaler S.L. quien autorizaba el periodo vacacional, una vez este había sido discutido y acordado con el Ayuntamiento, bajo los criterios y visto bueno del mismo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana recurso de suplicación, habiendo dictado sentencia la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, el 14 de diciembre de 2009, recurso 35/09, desestimando el recurso formulado. La sentencia entendió, compartiendo los argumentos de la sentencia de instancia, que existe cesión ilícita de trabajadores, ya que la empresa Perfaler Canarias S.L. exclusivamente ha realizado la actuación laboral de contratar al actor para cederlo al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para que este pueda cubrir sus necesidades permanentes en las diferentes áreas municipales, no habiendo puesto en juego su organización ni su entramado empresarial que, aunque existe, no ha servido de unión con el trabajador, no asumiendo Perfaler Canarias S.L. riesgo alguno, no controlando la actividad del trabajador, no empleando maquinaria ni instrumentos propios, sino los concedidos por el propio Ayuntamiento, con el que incluso trata los días de vacaciones, limitándose Perfaler Canarias S.L. a autorizarlas, una vez han sido discutidas y acordadas con el Ayuntamiento codemandado.

Contra dicha sentencia se interpuso por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el 29 de mayo de 2001, recurso número 1882/01, firme en el momento de publicación de la recurrida.

El Ministerio Fiscal ha informado que considera improcedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 29 de mayo de 2001, recurso número 1881/01 , estimó el recurso de suplicación interpuesto por la TGSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, de fecha 19 de diciembre de 2000 , en autos nº 809/00, seguidos entre Doña Elvira frente a la empresa Mudanzas Coruña S.A. y la TGSS, absolviendo a la TGSS de todos los pedimentos contenidos en la

demanda en su contra formulada. Consta en dicha sentencia que la actora prestaba servicios por cuenta y bajo la dependencia de Mudanzas Coruña S.A., en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción, de 1-9-00 a 31-12-00, con la categoría profesional de botones, modificándose posteriormente el contrato, figurando el trabajador con la categoría de auxiliar administrativo. La actora suscribió un contrato con Ader Recursos Humanos ETT S.A. el 24-7-00 hasta el 14-8-00, de interinidad, en sustitución de D. Bienvenido, como auxiliar administrativo, celebrando un segundo contrato con duración hasta el 31 de agosto de 2000. La empresa Mudanzas Coruña S.A. suscribió un contrato de transporte para la Administración de Santiago de Compostela para el ejercicio 1999, consistiendo los servicios contratados por la Dirección Provincial de la TGSS en el porteo de documentación y paquetería dentro y entre todos los centros dependientes de la Dirección Provincial, así como servicios de correos, telefonía, reprografía, apertura y cierre de edificios, mensajería, colocación y archivo de documentación y otros análogos. La actora desempeñó sus servicios en las dependencias de la TGSS, consistentes en recogida de llamadas telefónicas, reparto de correspondencia, abrir la puerta, dar números de información al público, indicar los documentos a aportar.... habiendo sido instruida de sus funciones por un ordenanza de la TGSS, teniendo el mismo horario que el personal de la TGSS, habiendo sido despedida mediante telegrama de 28 de septiembre de 2000. En el contrato entre la TGSS y la empresa se hace constar que el personal de la adjudicataria no tendrá relación ni derecho alguno frente a la TGSS, sin que dicha entidad resulte responsable, reservándose la facultad de dirigir la prestación de servicios, interpretar lo convenido, modificar la prestación etc., según las conveniencias del servicio y suspender su ejecución, conforme a las normas de contratación de las administraciones públicas. La sentencia, citando en su apoyo la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1997, recurso 3211/1996 , entendió que la contratista no es una empresa ficticia sino una empresa real que ha cumplido sus obligaciones en orden al abono de salarios y respecto a la Seguridad Social, con lo que no hay propósito fraudulento ni interpositorio. Añade la sentencia de contraste que las tareas de la actora eran las que constituían el objeto de la contratación administrativa y que es lógico que si prestaba sus servicios para la TGSS fuese ésta la que le diera las órdenes e instrucciones en su trabajo, teniendo además en cuenta que en el marco de la contratación administrativa la Administración tiene prerrogativas para

cursar instrucciones en orden a la ejecución del contrato, aparte de las facultades de inspección y disciplinaria.

TERCERO.- Entre las sentencias comparadas existen las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , procediendo la desestimación del recurso, al igual que se ha efectuado en las sentencias dictadas por esta Sala en fecha 17 de diciembre de 2010 en supuestos análogos, en los recursos 1647/2010, 1673/2010, 2114/2010, 2094/2010, 2121/2010, 2412/2010, 1655/2010, 1656/2010, 2093/2010, 1815/2010 y 1814/2010.

El recurrente denuncia vulneración de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo ser desestimado el recurso ya que el criterio de la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina de la Sala recogida, entre otras, en las SSTS/IV de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 4 de mayo de 2008 y 25 de junio de 2009.

Razona la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2009, recurso 1814/2010, refiriéndose a la doctrina recogida en las sentencias de la Sala citadas en el párrafo anterior lo siguiente: " 2.-Establecen estas sentencias que la contrata, cuya licitud se reconoce en el art. 42 ET, se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, que en ocasiones no es fácil diferenciar de la cesión; dificultad que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia 7-marzo-1988); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias 12-septiembre-1988, 16- febrero-1989, 17-enero-1991 y 19-enero-1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en

relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva).

3.- Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevante, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16-febrero-1989 señala que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19-enero-1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12-diciembre-1997 ; y se recuerda en la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 150/2010), la que, con cita de la STS/IV 5-diciembre-2006 (rcud 4927/2005), destaca que "con las sentencias de 14 de septiembre de 2001 ,17 de enero de 2002 ,16 de febrero de 2003 y3 de octubre de 2002 la Sala ha destacado la naturaleza interpositoria que tiene toda cesión ilegal, subrayando el hecho de que la interposición cabe también en la relación establecida entre empresas reales, y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante, en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia".

4.- De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata, sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que

quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

5.- El error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento. Pero, como ya se ha señalado, el ámbito de la cesión del art. 43 ET es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 ET es -como dice la sentencia de 14-septiembre-2001 - un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

6.- La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores.

TERCERO.- 1.-En el caso decidido es claro que lo que ha existido es una cesión del contrato de trabajo que no puede ampararse en el art. 42 ET en el marco de una descentralización productiva lícita, pues las tareas realizadas por la demandante como "Animadora sociocultural"-en el asunto ahora enjuiciado las tareas de oficial, grupo D, oficios varios - se han ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece formalmente como contratista, la cual no ha puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. Esa gestión ha sido la meramente interpositoria de

abonar formalmente los salarios. La prestación de servicios se ha realizado en los locales del ente público cesionario, utilizando sus medios y bajo las órdenes de personas del Ayuntamiento. Por ello, es irrelevante que no se haya acreditado el carácter ficticio de la empresa contratista, pues la interposición existe por el mero de hecho sustituir esa empresa al empleador real -el Ayuntamiento- en el contrato de trabajo suscrito.

2.- Frente a ello no cabe alegar los términos del contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa cedente, en orden a exonerar al primero de sus responsabilidades, pues es obvio que tales cláusulas ni pueden obligar a terceros (art. 1257 Código Civil), ni pueden vulnerar preceptos legales imperativos. Por otra parte, no cabe confundir las denominadas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos y, en concreto, las facultades de dar instrucciones al contratista (art. 213 y 281 Ley de Contratos del Sector Público) y de vigilar la ejecución del contrato(arts. 232 y 255 de la citada Ley) con lo que aquí se ha producido: la dirección directa y exclusiva de la prestación de trabajo por el Ayuntamiento recurrente. Tampoco puede hablarse de una justificación técnica de la contrata cuando lo único que ha habido es un mero suministro de mano de obra."

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas por no haber comparecido el trabajador ni la codemandada Perfaler Canarias S.L., como parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede las Palmas) de fecha, 14 de diciembre de 2009, recurso número 35/09, recaída en el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de fecha 19 de octubre 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 657/06) en

procedimiento seguido a instancia de Justo , contra el ahora recurrente, Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y la entidad Perfaler Canarias S.L. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2009

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 19 de junio de 2006 el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda que en materia de reconocimiento de derechos y cantidades, ha sido interpuesta por Doña Herminia, contra H.F. MIX ETT, S.L., y contra ADER RECURSOS HUMANOS ETT, S.A., absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1.La actora Doña Herminia , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , licenciada en Ciencias de la Información presta servicios con la categoría profesional de redactora, con un salario mensual de 1374,90 euros, incluido el prorrateo de pagas extras, suscribiendo los siguientes contratos desde el año 1999:

El 4 de octubre de 1999, suscribió contrato temporal por obra o servicio determinado, hasta el 31 de diciembre de 1999, para la realización de informativos de TVG teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y ello con Productora Faro S.A.

El 1 de enero de 2000, suscribió contrato de trabajo por circunstancias de la producción hasta el 30 de junio de 2000, para trabajos de control y dirección de programas en la empresa usuaria Productora Faro S.A., siendo realizado el contrato por la empresa H.F. Mix ETT S.L...

El 1 de julio de 2000, suscribió contrato temporal de obra o servicio determinado hasta el 21 de junio de 2002, para la realización de funciones de redactor en la elaboración de los servicios informativos de la TVG en la empresa usuaria Productora Faro S.A., siendo realizado el contrato por la empresa H.F. Mix ETT S.L.

El 19 de agosto de 2002, suscribió contrato temporal por interinidad, para sustituir a la trabajadora Alicia, hasta el 8 de octubre de 2002 siendo la causa baja por IT, siendo la empresa usuaria Radio Televisión de Galicia, S.A., siendo realizado el contrato por la empresa Ader Recursos Humanos ETT S.A.

El 9 de octubre de 2002, suscribió contrato temporal por interinidad, para sustituir a la trabajadora Lidia , hasta el 15 de noviembre de 2002, siendo la causa disfrute de vacaciones, y siendo la empresa usuaria Radio Televisión de Galicia, S.A., siendo realizado el contrato por la empresa Ader Recursos Humanos ETT, S.A. .

El 29 de noviembre de 2002, suscribió contrato temporal por obra o servicio determinado, para sustituir a la trabajadora Alicia , por periodo de disfrute de vacaciones, hasta el 16 de enero de 2003, y siendo la empresa usuaria Radio Televisión de Galicia, S.A., siendo realizado el contrato por la empresa Ader Recursos Humanos ETT, S.A.

El 17 de enero de 2003, suscribió contrato temporal por interinidad, para sustituir a la trabajadora Alicia, por periodo de disfrute de vacaciones, hasta el 20 de enero de 2003, y siendo la empresa usuaria Radio Televisión de Galicia, S.A., siendo realizado el contrato por la empresa Ader Recursos Humanos ETT, S.A.

El 21 de enero de 2003, suscribió contrato de obra o servicio determinado para prestación de servicios como redactora para Radio Galega, hasta el 30 de septiembre de 2004, siendo realizado el contrato por la empresa Ader Recursos Humanos ETT, S.A.

El 1 de octubre de 2004, suscribió contrato de obra o servicio determinado, para la prórroga informativos TVG hasta nueva adjudicación, siendo realizado el contrato por Productora Faro, S.A. y prorrogado el contrato hasta el 26 de junio de 2006, por la prórroga con Productora Faro, del contrato de Servizo de Novas en galego na cidade de Vigo e a sua zona de influencia para RTG S.A.

2. El 7 de octubre de 1995, se constituyó la entidad Productora Faro, S.A., cuyo objeto es la producción de video en todas sus vertientes y cualquier otra actividad relacionada con la anterior y con los medios audiovisuales.

El 31 de diciembre de 1999, se celebró contrato entre Radiotelevisión Galicia S.A. y Productora Faro S.A., constituyendo el objeto de la prestación por parte de la empresa para RTG, S.A., del servicio consistente en la grabación y transmisión de sonido, recociendo entrevistas y novedades de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todas aquellas significativas para Galicia, acontecidas primordialmente en la ciudad de Vigo y en su zona de influencia realizando de hecho y con los medios precisos para su emisión por radio, conforme a lo señalado en el pacto accesorio primero, señalando en el pacto accesorio 1.1 que deberá remitir tantas grabaciones o transmisiones como se le solicite, valiéndose de los recursos humanos y técnicos de que dispongan (pacto 1.2), siendo fijado de común acuerdo los recursos humanos (pacto 1.6.).

El 27 de diciembre de 2000 se celebra nuevo contrato entre Radiotelevisión Galicia S.A. y Productora Faro S.A., constituyendo el objeto la prestación por parte de la empresa para RTG, S.A., del servicio consistente en la grabación y transmisión de sonido, recociendo entrevistas y novedades de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todas aquellas significativas para Galicia, acontecidas primordialmente en la ciudad de Vigo y en su zona de influencia realizando de hecho y con los medios precisos para su emisión por radio, conforme a lo señalado en el pacto accesorio primero, señalando en el pacto accesorio 1.1 que deberá remitir tantas

grabaciones o transmisiones como se le solicite, valiéndose de los recursos humanos y técnicos de que dispongan (pacto 1.2), siendo fijado de común acuerdo los recursos humanos (pacto 1.6).

El 28 de diciembre de 2001, el 15 de marzo de 2002, se acuerda la prórroga del contrato.

Como consecuencia de solicitud pública de oferta para la contratación de servicios realizado por resolución del Director General de la Compañía de Radio Televisión de Galicia, el 23 de diciembre de 2002, y de la adjudicación a Producciones Faro, se estipula contrato entre Radiotelevisión Galicia, S.A y Productora Faro, constituyendo el objeto el servicio de novas en galego, servicio consistente en la grabación y transmisión de sonido, recociendo entrevistas y novedades de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todas aquellas significativas para Galicia, acontecidas primordialmente en la ciudad de Vigo y en su zona de influencia realizado de hecho y con los medios precisos para su emisión por radio, con estricta sujeción a las condiciones que se establecen en los pliegos de prescripciones técnicas y bases jurídicas que rigen para este contrato, con una duración del 23 de diciembre de 2002 al 22 de diciembre de 2004.

El 22 de diciembre de 2004 y el 22 de diciembre de 2005, se acuerda la prórroga del contrato, este último hasta el 22 de junio de 2006.

Mensualmente RTG S.A. abonó a Productora una cantidad que fue incrementado en 916,67 euros, el 30 de diciembre de 2004, por acuerdo del Director General de RTG, S.A.

3. El 1 de enero de 2000, y el 1 de julio de 2000, H.F. Mix ETT, S.L., celebró contrato de puesta a disposición con Productora Faro en relación a la actora, cesando la relación entre la actora y la empresa temporal el 21 de junio de 2002.

El 19 de agosto de 2002, el 9 de octubre de 2002, el 29 de noviembre de 2002, el 17 de enero de 2002, y el 17 de enero de 2003, Ader Recursos Humanos, celebró contrato de puesta de disposición de la actora, con Radio Televisión de Galicia, S.A.

4. Productora Faro S.A. es propietaria de una nave, de vehículos, de material audio visual y de grabación dispone de trabajadores a su servicio, y realiza la producción de programas.

Productora Faro S.A. abona la nómina a la actora.

5. La actora realizaba funciones de redactora con contenido y funciones semejantes a los demás redactores de Radio Televisión Galicia, S.A., enviando las previsiones a Santiago que elegían las noticias, coordinándose con los compañeros para solicitar las vacaciones, si bien a diferencia de los demás redactores Herminia no las solicitaba por escrito a Santiago de Compostela, ni se las autorizaba desde Santiago, utilizando taxis y vehículos de Productora Faro para cubrir la información.

Productora Faro S.A. provee las sustituciones de la actora.

Los redactores de RTG S.A. habían accedido por concurso oposición.

El sueldo mensual de un redactor en RTG en el año 2004, era el de 1656,06 euros y en el año 2005, 1690,06 euros.

La actora percibía en el año 2004 la cantidad mensual de 1166,64 euros y en el año 2005 y 2006, la cantidad mensual de 1375 euros.

6.El 29 de noviembre de 2005 la actora presentó papeleta de conciliación solicitando la incorporación de la trabajadora a la plantilla de RTVG S.A. como fija, abonando las diferencias devengadas desde el 1 de octubre de 2004 al 26 de junio de 2005 y desde el 16 de octubre de 2005 al 30 de octubre de 2005, en cuantía de 11.142,23 euros, así como las cantidades que se devenguen a partir del 1 de noviembre de 2005, por cumplir un bienio a partir de dicha fecha, debiéndosele abonar por dicho complemento un porcentaje del 15% sobre su salario base y por tanto la cantidad de 1956,14 euros, celebrándose el acto sin avenencia."

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dª Herminia , Productora Faro, S.A. y Radio Televisión Galicia, S.A. (RTVG, S.A.), ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la

sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos los recursos de suplicación formulados por los letrados D. José Antonio González Iglesias y Dña. María José Seoane Pesqueira, en nombre y representación de Productora Faro, S.A. y de RTVG, SA., respectivamente y estimando en parte el recurso de suplicación formulado por el letrado D. Matías Movilla García, en nombre y representación de Dña. Herminia , contra la sentencia de instancia de fecha diecinueve de junio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, en el procedimiento número 1012/05 , debemos revocar, parcialmente, la expresada resolución en el sentido de que la cantidad adeudada a la actora por las diferencias salariales de noviembre de 2004 a mayo de 2006 asciende a 16.843,10 euros (en lugar de 15.422,2), fijando como salario base y antigüedad la cantidad de 1.871,08 (en lugar de 1.810,05 euros), teniendo en cuenta como fecha de antigüedad la de 4-10-1999; confirmándola en cuanto al resto. Dese a los depósitos y consignaciones el destino legal. Se condena a la codemandada Radio Televisión de Galicia, S.A. y a Productora Faro S.A., al abono de 300 euros (150 euros cada uno), en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante".

CUARTO.-Por el Letrado D. Matías Movilla García, en nombre y representación de Doña Herminia, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de octubre de 2003, recurso nº 4623/03. Por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Radio Televisión Galicia, S.A. (RTVG, S.A.), se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de noviembre de 2007, recurso nº 5828/07.

QUINTO.-Por providencia de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2009 se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedentes los dos recursos, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de julio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia de suplicación recurrida, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 12 de mayo de 2008 (R. 310/07) en asunto sobre cesión ilegal de la trabajadora demandante, ha desestimado los recursos de las entidades demandadas RTVG S.A. (TVG en adelante) y PRODUCTORA FARO S.A., y ha estimado en parte el recurso de la propia trabajadora, "en el sentido de que la cantidad adeudada a la actora por las diferencias salariales de noviembre de 2004 a mayo de 2006 asciende a 16.843,10 euros (en lugar de 15.422,2), fijando como salario base y antigüedad la cantidad de 1.871,08 (en lugar de 1.810,05 euros), teniendo en cuenta como fecha de antigüedad la de 4-10-1999".

Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada, con la salvedad anterior, en todos sus pronunciamientos, estimó parcialmente la demanda, "reconociendo a la actora la calidad de trabajadora de carácter indefinido de Radio Televisión Galicia SA, hasta la cobertura reglamentaria de dicha plaza, condenando a Radio Televisión Galicia SA y a Productora Faro SA a que abonen solidariamente a la actora la cantidad de 15.422,2 Euros, y fijando como salario bruto que debe corresponder a la actora por todos los conceptos retributivos de salario base y de antigüedad, la cantidad de 1810,05 euros, teniendo en cuenta como fecha de antigüedad a todos los efectos el de 21 de enero de 2003, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración".

La actora y la entidad TVG han formalizado sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. La demandante, en un solo motivo, pretende, al igual que hizo en suplicación, que se le declare fija de plantilla, en lugar de trabajadora por tiempo indefinido. Televisión de Galicia, articula su recurso en cinco motivos, postulando en cuanto al fondo del asunto que se declare la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores.

SEGUNDO.- El recurso de la demandante formula un único motivo en el que denuncia la violación de los arts. 15 y 43 del Estatuto de los Trabajadores , entendiendo que no cabe aplicar a la Televisión Gallega las específicas previsiones que regulan la incorporación de trabajadores a la Administración Pública, solicitando se declare su situación de trabajadora fija. Aunque en el escrito de interposición invocaba como

contradictorias dos sentencias de suplicación, en el escrito de formalización solo señala como sentencia referencial la dictada por la propia Sala de Galicia el 15 de octubre de 2003, R. 4623/03. Esta resolución desestimó el recurso de suplicación que la demandante había interpuesto frente a la sentencia de instancia que, a su vez, había desestimado la demanda de despido. Y, si bien es verdad que en esa sentencia se contiene doctrina acerca de la naturaleza de la relación entre las partes, lo verdaderamente cierto y, sobre todo, relevante es que, como ya hemos precisado al analizar la misma resolución referencial en otras ocasiones (por todas, STS 23-6-2009, RCUD 311/08), desestimó la demanda.

El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral establece, como presupuesto necesario para la admisión a trámite de este excepcional recurso, que en las dos sentencias comparadas, ante hechos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. Como dijimos en el mencionado precedente, "no es relevante la diferencia de procedimientos -cesión ilegal la recurrida, despido la invocada de contradicción- pero impide la existencia de la contradicción el hecho de que, cualquiera que fuera la doctrina que contiene la sentencia recurrida, su pronunciamiento absolutorio, no ratifica argumento alguno en orden a la readmisión, como trabajador sujeto a contrato indeterminado o como fijo. En consecuencia este pronunciamiento no es contradictorio con el de la recurrida". Concorre por tanto causa de inadmisión del recurso de la actora que, en el actual momento procesal, supone su desestimación.

Pero es que, aunque a efectos puramente dialécticos admitiéramos la existencia de contradicción en razón a algún obiter que contiene la sentencia referencial, también habríamos de desestimar el recurso de la actora porque la buena doctrina al respecto es la que se contiene en la resolución recurrida, tal como se deduce, entre otras, de la sentencia dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 12 de mayo de 2008 (R. 1956/07) en la que, tratándose de una entidad perteneciente al mismo sector y de igual naturaleza que la Televisión Gallega (Radio Nacional de España), entendimos que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza sino a la indefinición temporal de la relación.

Procede, pues, en cualquier caso, desestimar el recurso de la demandante y, en este caso, sin costas (art. 233.1 LPL) por tener reconocido el beneficio de justicia gratuita.

TERCERO.- 1. Los motivos primero y tercero del recurso formalizado por TVG, en los que se denuncia la infracción de los art. 97.2 y 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, muestran su disconformidad con el rechazo a la revisión fáctica interesada en suplicación y señalan como sentencias de contraste, respectivamente, la dictada por la Sala del TSJ de Cataluña el 22 de noviembre de 2007 (R. 5828/07) y por esta misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo del 26 de diciembre de 1995 (R. 1854/05).

Ambos motivos, además de carecer de una relación precisa y circunstanciada en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia (por todas, STS 1-3-2007, R. 4514/05), pues se limitan a comentar el contenido de las sentencias referenciales, sin efectuar el legalmente exigido análisis comparativo y pormenorizado de sus hechos y fundamentos con los de la recurrida, no cumplen tampoco el requisito de la contradicción. Ciertamente, los temas procesales planteados -rechazo en la sentencia de suplicación de las modificaciones de hechos probados solicitadas en dicho trámite- aparecen también en ambas sentencias de contraste, pero además de que las circunstancias concurrentes son muy distintas en unos y otros casos, tratándose como se dijo de problemas procesales, los dos motivos carecen de contenido casacional porque en realidad pretenden una nueva valoración de la prueba, cuestión ésta que, como tantas veces ha declarado esta Sala, no tiene cabida en la casación para unificación de doctrina. Cuando la contradicción alegada verse sobre una cuestión de naturaleza procesal, no sólo es necesario que las irregularidades invocadas sean homogéneas, sino que, además, es preciso que los hechos, los fundamentos y las pretensiones sobre el fondo del asunto sean sustancialmente iguales, pues, con carácter general, el alcance de la infracción procesal no puede aislarse de la configuración sustantiva de la controversia, aparte de que admitir lo contrario supondría desvirtuar la finalidad de este recurso, convirtiéndolo en un recurso de casación por quebrantamiento de forma (por todas, STS 21-11-2000, R. 234/2000, dictada en Sala General; 15-12-2000, R. 2298/2000; y 28-2-2001, R. 1902/2000). Y en el caso que hoy resolvemos, no coinciden los supuestos de hecho

planteados ya que en la sentencia recurrida resuelve sobre la impugnación de una cesión ilegal de trabajadores y las invocadas como contradictorias en los dos motivos analizados han sido dictadas, la primera (TSJ Cataluña 22-11-2007, R. 5828/07) en un procedimiento por despido disciplinario en el que se imputaba al trabajador la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza, y la segunda (TS 26-12-1995, R. 1854/07) también en un proceso por despido que se pronuncia sobre una conducta irregular del director de una sucursal bancaria y los efectos de los plazos de prescripción. Obviamente no existe entre la sentencia impugnada y las ofrecidas de contraste la triple igualdad exigida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral. Concorre, pues, causa de inadmisión que en este trámite determina la desestimación de ambos motivos.

2. En el segundo motivo, la entidad recurrente aduce que la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina sobre motivación de las sentencias, al pronunciarse en el fallo sobre unos hechos que no han sido analizados en sede jurídica, causándole grave indefensión al desconocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión. Para cumplir el presupuesto procesal de la contradicción invoca la sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (R. 151/2002) que anuló una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por motivación insuficiente.

Además de que el motivo no contiene una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, pues se limita a transcribir algunos párrafos de la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste, sin referencia alguna a sus hechos, fundamentos y pretensiones, y sin mencionar siquiera cuál fue el defecto concreto advertido en la sentencia de la Audiencia Nacional, omitiendo así una efectiva comparación con respecto a lo que acontece en la sentencia recurrida a los efectos de evidenciar y poner de relieve la identidad sustancial que la Ley exige para apreciar la contradicción, la situación contemplada en la sentencia de contraste es por completo distinta a la que concurre en la recurrida, y para comprobarlo basta con destacar, en primer lugar, que la sentencia de contraste se dictó en un proceso de impugnación de convenio colectivo, mientras que la recurrida decide sobre una denuncia de cesión ilegal de la trabajadora demandante, por lo que no se trata de hechos, fundamentos ni

pretensiones iguales, identidad que también se exige por esta Sala cuando se denuncian infracciones procesales. Pero es que, además, en segundo lugar, tampoco existe identidad en el plano estrictamente procesal porque en el caso de la resolución referencial no se transcribe otra sentencia de la propia Audiencia Nacional, sino una sentencia del Tribunal Supremo que había anulado una resolución anterior de la Audiencia en la que se había dejado imprejuizado el fondo del asunto por acoger la falta de legitimación ad causam del sindicato demandante; la sentencia referencial transcribió los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo y pretendió apoyar en ellos la solución del fondo del asunto, cuando, como vimos, nuestra sentencia no se había ocupado en absoluto de resolver sobre el fondo porque se limitó a tratar sobre la legitimación del sindicato demandante.

3. Los motivos cuarto y quinto invocan la infracción de los art. 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, combatiendo la existencia de cesión ilegal de trabajadores e invocando como sentencias referenciales, respectivamente, las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 16 de marzo de 2007 (R. 6146/06) y de Canarias/Las Palmas el 29 de junio de 2005, R. 814/04.

En realidad, el recurrente ha llevado a cabo en estos dos motivos una descomposición artificial de la controversia, y a tal efecto, esta Sala ha señalado que este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia, dentro de un mismo pleito, de distintos puntos de decisión que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario (STS 5-3-1998, R. 2407/1997; 21-4-1998, R. 3288/1997; 20-7-2001, R. 4207/1999; 25-10-2002, R. 2096/2000; 20-7-2004, R. 540/2003; 31-1-2005, R. 4715/2003; 15-3-2005; R. 5793/2003). Es por ello que, como ya hemos hechos en ocasiones anteriores en procesos prácticamente idénticos (por todas: TS 5-5-2009, R. 761/08), únicamente resolveremos sobre la más moderna de las sentencias invocadas de contradicción: la del Tribunal Superior de Galicia de 16 de marzo de 2007, R. 814/04.

Aun así, ambos motivos adolecen del mismo defecto insubsanable arriba detectado: falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, remitiéndonos al respecto a lo dicho con anterioridad. Es patente la falta de este requisito, cuando la recurrente, admitiendo que los hechos enjuiciados en ambas resoluciones son diferentes, no realiza análisis comparativo que justifique los fallos contradictorios, sin hacer alusión alguna al hecho básico de la controversia.

Tampoco existe contradicción entre la sentencia impugnada en el recurso y la más moderna de las invocadas de contradicción, pues los hechos que sirven de fundamento a la decisión judicial en ambos casos son diferentes en aspectos esenciales. La referencial resuelve la inexistencia de cesión ilegal en un supuesto en el que la empresa contratista, Desoxidados y Pinturas Industriales S.A., realizaba tareas de pintura en un barco en construcción por la empresa principal Navantina S.A., teniendo la contratista un encargado permanente en los talleres de pintura en la que se realizaban los trabajos contratados, vigilando los trabajos y el empleo de los equipos de protección individual, como mono y botas de trabajo propiedad de la contratista, concluyendo la sentencia que el trabajador actuó siempre en el ámbito y poder de dirección de su empleadora.

El caso de autos es completamente distinto, y no solo por la diferente actividad desarrollada sino porque la actora realizaba las mismas funciones que los redactores de RTG, confeccionando las previsiones que eran enviadas desde Santiago de Compostela, desde donde se determinaban y ordenaba las noticias que había de cubrir y el modo de actuar técnicamente, sin que la Productora codemandada haya acreditado las actividades concretas que implicaban la contrata, ni función alguna de supervisión, dirección y control de los cometidos de la demandante. A la actora se la identificaba como personal de Radio Televisión de Galicia, que es quién controla y dirige la actividad del demandante.

En definitiva, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, se impone también la desestimación de todos los motivos del recurso de RTG, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por las representaciones procesales de Dña. Herminia y TELEVISIÓN DE Galicia, S.A., contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 12 de mayo de 2007 , por la que se resuelven los recursos de suplicación interpuestos por los mismos litigantes frente a la sentencia de 19 de junio de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en los autos nº 1012/2005 seguidos por Dña. Herminia contra las empresas demandadas PRODUCTORA FARO, SA y RADIOTELEVISIÓN DE Galicia, S.A., sobre CESION ILEGAL. Con imposición de costas y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir a TV Galicia S.A.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JUNIO DE 2009

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Con fecha 6 de julio de 2007 el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela nº 1 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por las representaciones de las empresas Ader Recursos Humanos ETT.S.A. y Voz Audiovisual S.A., desestimando la excepción de prescripción del derecho a reclamar formulada por la representación de la empresa Voz Audiovisual S.A., desestimando la excepción de

caducidad de la acción formulada por la representación de Televisión de Galicia S.A., estimando parcialmente la demanda formulada por D. Evaristo contra las empresas Televisión de Galicia S.A. y la Región S.A., debo declarar y declaro el derecho del actor a ser considerado trabajador laboral fijo de la empresa Televisión de Galicia S.A., en virtud de la opción realizada y por existir cesión ilegal de mano de obra, y a que le abonen, de forma solidaria, la cantidad de mil ciento sesenta y dos euros y cincuenta y tres céntimos (1.162,53 euros), en concepto de diferencias retributivas del periodo comprendido entre el uno de octubre de dos mil cinco y el treinta de junio de dos mil siete, más las que pudieran generarse a partir del uno de julio de dos mil siete, absolviendo a las demandadas de las diferencias de cuantía reclamadas y desestimando la demanda formulada contra la Compañía de Radiotelevisión de Galicia y las empresas Ader Recursos Humanos EIT S.A. Y Voz Audiovisual S.A., debía absolverlas y las absolvía de los pedimentos contenidos en la misma".

SEGUNDO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Que el actor, Licenciado en Ciencias de la Información y colegiado del Colegio Profesional de Periodistas de Galicia, comenzó a prestar servicios para la empresa Ader Recursos Humanos ETI S.A., dedicada a la actividad de trabajo temporal y con domicilio en Santiago de Compostela, Rúa Nova de Abaixo nº 26, 1ºA, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, a tiempo completo, suscrito en fecha diez de junio de mil novecientos noventa y ocho, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el diez de junio de mil novecientos noventa y ocho hasta el veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho. El contrato tenía por objeto la sustitución por maternidad de la trabajadora Yolanda , siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.- SEGUNDO.- Que en fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho. El contrato tenía por objeto la sustitución por vacaciones de la trabajadora

Yolanda , siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho.- TERCERO.- Que en fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el trece de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. El contrato tenía por objeto la sustitución por vacaciones de la trabajadora Fermina desde el doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y ocho y la sustitución por vacaciones del trabajador Carlos Antonio desde el uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el trece de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el trece de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.-CUARTO.- Que en fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. El contrato tenía por objeto la sustitución por vacaciones del trabajador Darío , siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.- QUINTO.- Que en fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el diez de enero de mil novecientos noventa y nueve. El contrato tenía por objeto la sustitución por vacaciones de la trabajadora Yolanda , siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el diez de enero de mil novecientos noventa y nueve.- SEXTO.- Que en fecha dieciocho de enero de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el dieciocho de enero de mil

novecientos noventa y nueve hasta fin de obra. El contrato tenía por objeto la realización de tareas como reportero para el programa "O Agro" " Labranza" hasta el comienzo de la programación verano 99, siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el cuatro de julio de mil novecientos noventa y nueve.- SÉPTIMO.- Que en fecha cinco de julio de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el cinco de julio de mil novecientos noventa y nueve hasta fin de obra. El contrato tenía por objeto la realización de tareas como reportero para el programa "O Agro" " Labranza" durante la programación verano 99, siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.- OCTAVO.- Que en fecha veinte de septiembre de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el veinte de septiembre de mil novecientos noventa y nueve hasta fin de obra. El contrato tenía por objeto la realización de tareas como reportero para el programa "O Agro" " Labranza" hasta el comienzo de la programación verano 2000, siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el veintiséis de junio de dos mil.- NOVENO.- Que en fecha veintisiete de junio de dos mil las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, por obra o servicio determinado, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Reportero, con idéntica categoría profesional y con duración desde el veintisiete de junio de dos mil hasta fin de obra. El contrato tenía por objeto la realización de tareas como reportero para el programa "O Agro" " Labranza" hasta la finalización de la programación verano 2000, siendo el actor dado de baja en la seguridad social con efectos desde el dos de octubre de dos mil.- DÉCIMO.- Que todos estos contratos se suscribieron para la prestación de servicios por el actor en la empresa Televisión de Galicia S.A., habiendo suscrito ésta con Ader Recursos Humanos ETT S.A. los correspondientes contratos de puesta a disposición.- DECIMO PRIMERO .- Que el actor suscribió con la empresa Agrela Multimedia S.A., dedicada a la actividad de Audiovisual y que tuvo su domicilio en Lugar de Gambrinus 97, A Coruña, hoy Voz

Audiovisual S.A., dedicada a la misma actividad y con el mismo domicilio, en fecha uno de noviembre de dos mil, contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Redactor, con Grupo profesional IV, en el centro de trabajo situado en La Grela (A Coruña), a tiempo completo y con duración desde el uno de noviembre de dos mil hasta la finalización de la obra objeto del contrato. El objeto del contrato era el compromiso que la empresa tenía para TVG S.A. de la prestación de servicio consistente en la grabación de imágenes y sonidos referidos a entrevistas, acontecimientos y noticias de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todos aquellos significativos para Galicia, todo ello de acuerdo con el contrato suscrito por ambas sociedades el uno de enero de dos mil, siendo dado de baja el actor en la seguridad social, con efectos desde el día treinta y uno de diciembre de dos mil.-DECIMO SEGUNDO.- Que en fecha uno de enero de dos mil uno las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Redactor, con categoría de redactor, en el centro de trabajo situado en La Grela (A Coruña), a tiempo completo y con duración desde el uno de enero de dos mil uno hasta la finalización de la obra objeto del contrato. El objeto del contrato era el compromiso que la empresa tenía para TVG S.A. de la prestación de servicio consistente en la grabación de imágenes y sonidos referidos a entrevistas, acontecimientos y noticias de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todos aquellos significativos para Galicia, todo ello de acuerdo con el contrato suscrito por ambas sociedades el uno de enero de dos mil uno, siendo dado de baja el actor en la seguridad social, con efectos desde el día treinta de septiembre de dos mil dos.-DECIMO TERCERO.- Que en fecha uno de octubre de dos mil dos el actor suscribió con la empresa Vídeo Voz TV S.A., hoy Voz Audiovisual &A., dedicada a la misma actividad y con el mismo domicilio que la anterior, contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Redactor, con categoría de redactor, a tiempo completo y con duración desde el uno de octubre de dos mil dos hasta la finalización de la obra objeto del contrato. El objeto del contrato era el compromiso que la empresa tenía para TVG S.A. de la prestación de servicio consistente en la grabación de imágenes y sonidos referidos a entrevistas; acontecimientos y noticias de interés cultural, político, económico, social,

deportivo y todos aquellos significativos para Galicia, acontecidos primordialmente en el eje Coruña-Ferrol y su zona de influencia, todo ello de acuerdo con el contrato suscrito por ambas sociedades el uno de octubre de dos mil dos. El actor solicitó en fecha dieciocho de mayo de dos mil cuatro la rescisión de la relación laboral, con efectos desde el treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.- DECIMO QUINTO.- Que el actor prestaba servicios en la Delegación de Madrid de TVG S.A. al menos desde el veintiocho de mayo de dos mil cuatro y en fecha uno de junio de dos mil cuatro el actor y la empresa Ader Recursos Humanos EIT S.A., dedicada a la actividad de trabajo temporal y con domicilio en Santiago de Compostela, Rua Nava de Abaixo nº 26, suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, para la prestación de servicios como Redactor, con grupo profesional 1 y con duración desde el uno de junio de dos mil cuatro hasta el treinta y uno de agosto de dos mil cuatro. El contrato fue suscrito para la prestación de servicios por el actor en la empresa Televisión de Galicia S.A., habiendo firmado ésta con Ader Recursos Humanos EIT S.A. los correspondientes contratos de puesta a disposición, tenía por objeto la acumulación de Tareas con motivo de los procesos electorales en el año 2004, fue prorrogado el uno de septiembre de dos mil cuatro hasta el treinta de septiembre de dos mil cuatro y siendo dado de baja el actor en la seguridad social con efectos desde el treinta de septiembre de dos mil cuatro. El actor estuvo acreditado en la caravana del PSOE como miembro de la TVG S.A. en las elecciones europeas de 2004, abonándole TVG S.A. los gastos y anticipas.- DECIMO SEXTO.- Que el actor suscribió con la empresa La Región S.A., dedicada a actividad editorial y con domicilio en San Ciprián de Viñas (Ourense), en fecha dos de octubre de dos mil cuatro, contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, a tiempo completo, para la prestación de servicios como Redactor, con idéntica categoría profesional y con duración desde el cuatro de octubre de dos mil cuatro hasta fin de obra. El objeto del contrato era la ejecución del contrato correspondiente al expediente nº 20581 T consistente en el servicio de noticias en gallego en la comunidad autónoma de Madrid y provincial limítrofes, mediante contrato firmado entre TVG y La Región S.A. de fecha uno de octubre de dos mil dos, continuando vigente y referenciándose posteriormente al contrato correspondiente al expediente nº 929/2004, mediante contrato firmado entre las dos empresas el uno de

enero de dos mil cinco.- DECIMO SÉPTIMO.- Que el actor percibe un salario mensual de dos mil quinientos noventa y un euros y ochenta y cinco céntimos (2.591,85 euros), en doce pagas, por los siguientes conceptos: mil doscientas ochenta y un euros y siete céntimos (1.281,07 euros) de salario base; doscientos siete euros y noventa y seis céntimos (207 ,96 euros) de plus dominical Y mil ciento dos euros y ochenta y dos céntimos (1.1 02,82 euros) de complemento mejora voluntaria.- DECIMO OCTAVO.- Que desde el uno de junio de dos mil cuatro el actor presta servicios en Madrid; en los locales que la FORTA tiene en la c/ Bocangel nº 26, donde se encuentra ubicada la delegación de TVG S.A. en Madrid, en la que prestan servicios tres personas - Delegado, Productor y Redactora-de la plantilla de TVG S.A. y ocho personas contratadas por la Región S.A. - tres redactores, tres reporteros gráficos y dos Ayudantes de Cámara- además de una persona - redactora-, contratada por la empresa Producciones Audiovisuales Sete Media S.L., para servicios en la Radiotelevisión de Galicia S.A.- DECIMO NOVENO.- Que la empresa La Región S.A. dispone para su personal contratado en Madrid de diverso material reseñado en un listado que obra en su ramo de prueba y que se tiene por reproducido a efectos probatorios, entre el que se encuentran cinco coches, haciéndose cargo del mantenimiento y reparación del citado material.- VIGÉSIMO.- Que la empresa La Región S.A. se hacía cargo de los gastos de viaje, dietas, etc., del personal contratado en Madrid, salvo los del actor, que eran abonados, hasta fecha reciente por el Productor de la Delegación de Madrid, abonándoselos hoy La Región &A.- VIGÉSIMO PRIMERO.- Que el actor, mientras prestó servicios en Madrid realizaba su trabajo de lunes a viernes, salvo una semana de cada tres, en la que realizaba servicio de guardia. Ha estado acreditado por TVG S.A. en distintos eventos, entre los que se encuentra la XV Cumbre Iberoamericana celebrada en Salamanca en Octubre de 2005.-VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que desde que empezó a prestar servicios en Madrid hasta finales de septiembre de 2006 las directrices e instrucciones de trabajo se las daba al actor el Delegado de TVGS.A. en Madrid, quien fijaba los horarios y la forma de cobertura de las informaciones, y concedía permisos y vacaciones, previa consulta a Santiago; cuando el Delegado estaba de descanso o permiso, las instrucciones y ordenes de trabajo se daban desde Santiago; el trabajo 10 realizaba con medios materiales de titularidad de TVG S.A. -mesa, silla, ordenador, micrófonos, etc.- y en la sede de la Delegación de TVG S.A. en Madrid'; tiene a su

disposición un teléfono móvil facilitado por TVG S.A .. El actor nunca tuvo relación con personal de La Región S.A., salvo para la firma de contratos, que le eran remitidos y devueltos por correo y el pago de las nóminas. VIGÉSIMO TERCERO.- Que a partir de octubre de dos mil seis se designa coordinador de La Región S.A. en Madrid a D. Donato , quien vive fuera de Madrid y los fines de semana no se encuentra en dicha ciudad, dándose las instrucciones y ordenes de trabajo al actor directamente desde Santiago, o a través de D. Donato , a quien se llama por teléfono y este se pone en contacto por la misma vía con el trabajador.- VIGÉSIMO CUARTO.- Que para hacer las escaletas de los informativos, los directores hablan con los redactores, sean o no de la plantilla de TVG S.A., estos confeccionan la noticia y el director las controla.- VIGÉSIMO QUINTO.- Que el actor tiene clave de acceso a sistema NPS de TVG S.A., para trabajar en red, utilizando para ello un ordenador de titularidad de TVG S.A.- VIGÉSIMO SEXTO.- Que el actor ha tenido siempre acreditación de TVG S.A., firmada por el Director de Recursos Humanos.-VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que en la guía de comunicación de la Secretaría Xeral para as Relations cos Medios Informativos de la Conselleria de Presidencia de la Xunta de Galicia de los años. 2000 y 2001, figuraban delegaciones de la TVG S.A. en A Coruña, Burela, Ferrol, Lugo, Ourense, Vigo, Pontevedra, Madrid, Bruselas y Portugal.- VIGÉSIMO OCTAVO.- Que el actor se dirigía a directamente a entidades para solicitar permisos para filmaciones a realizar por TVG S.A.- VIGÉSIMO NOVENO.- Que el actor estaba incluido en las escalillas y ordenes de trabajo de la Delegación de TVG S.A. en A Coruña, fijándole el Delegado las guardias de festivos.- TRIGÉSIMO.- Que el salario de un redactor de la TVG S.A. con seis años de antigüedad, plus de distancia y complemento de disponibilidad, en 2006 y 2005 fue e siguiente:

Salario prorata mensual 2006

CONCEPTO IMPORTES UNIDADES TOTAL

SALARIO BASE -1.723,86 € 14 24.134,04 €

COMP ANTIGUEDAD 3b al 15% 258,58 € 14 3.620,13 €

PLUS DISTANCIA 30,05 € 11 330,55 €

COMP. DISPONIBILIDAD 517,16 € 11 5.688,76 €

3ª PAGA EXTRA (DICIEMBRE) 2.413,40 € 1 2.413,40 €

SALARIO AÑO 36.186,87 €

SALARIO PRORRATA MES: 3.015,57 €

SALARIO PRORRATA MENSUAL 2.005

CONCEPTO IMPORTES UNIDADES TOTAL

SALARIO BASE 1.690,06 € 14 23.600,84 €

COMP. ANTIGUEDAD 3b al 15% 253,51 € 14 3.549,14 €

PLUS DISTANCIA 30,05 € 11 330,55 €

COMP. DISPONIBILIDAD 507,02 € 11 5.577,22 €

3ª PAGA EXTRA (DICIEMBRE) 2.366,08 € 1 2.366,08

SALARIO AÑO 35.483,83 €

SALARIO PRORRATA MES: 2.956,98 €

CANTIDADES QUE TENDRÍA QUE HABER PERCIBIDO:

Periodo de 01/octubre/2005 a 31/diciembre/2.005

CONCEPTO IMPORTES UNIDADES TOTAL

SALARIO BASE 1.690,06 € 4 (3 meses naturales + 1 paga Extra) 6.760,24 €

COMP. ANTIGUEDAD 3b al 15% 253,51 € 4 (3 meses naturales + 1 paga Extra) 1.014,04 €

PLUS DISTANCIA 30,05 € 3 (meses naturales) 90,15 €

COM. DISPONIBILIDAD 507,02 € 3 (meses naturales) 1.521,06 €

3ª PAGA 2.366,08 € 1 (se abona en diciembre) 2.366,08 €

TOTAL TENÍA QUE PERCIBIR 11.751,57 €

Periodo de 01/01/2.006 a 30/09/2.006

CONCEPTO IMPORTES UNIDADES TOTAL

SALARIO BASE 1.723,86 € 10 (9 meses naturales + 1 paga Extra) 17.238, €

COMP. ANTIGUEDAD 3b al 15% 258,58 € 10 (9 meses naturales + 1 paga Extra) 2.585,80 €

PLUS DISTANCIA 30,05 € 8 (9 meses naturales + 1 vacaciones) 240,45 €

COM. DISPONIBILIDAD 516,16 € 8 (9 meses naturales + 1 vacaciones) 4.137,28 €

TOTAL TENÍA QUE PERCIBIR 24.212,13 €

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha trece de noviembre de dos mil seis tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago de Compostela, en materia de derecho y cantidad, con el resultado de celebrado sin avenencia respecto a la Compañía de Radiotelevisión de Galicia, Televisión de Galicia S.A. y Voz Audiovisual S.A. y de intentada sin efecto respecto a Ader Recursos Humanos ETT S.A. Y La Región S.A., por incomparecencia de las mismas.- TRIGÉSIMO SEGUNDO.-Que Radiotelevisión de Galicia S.A. y La Región S.A. suscribieron, en fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y seis, contrato para la prestación del servicio consistente en la grabación y transmisión de sonidos, recogiendo las entrevistas y noticias de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todas aquellas significativas para Galicia, acaecidas primordialmente en la ciudad de Madrid y su zona de influencia.- TRIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete, Televisión de Galicia S.A. y la Región S.A., suscribieron contrato, con vigencia entre el uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, para la prestación del servicio consistente en la grabación de imagen y sonidos referidos a las entrevistas y noticias de interés cultural, político, económico, social, deportivo y todas aquellas significativas para Galicia, acaecidas

primordialmente en la ciudad de Madrid y su zona de influencia. Dicho contrato fue renovado, en fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, con efectos desde el uno de enero de mil novecientos noventa y nueve hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, con efectos desde el uno de enero de dos mil y hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil; el veintiocho de diciembre de dos mil, con efectos desde el uno de enero de dos mil uno, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil uno. En fecha veintisiete de septiembre de dos mil dos, se suscribió nuevo contrato, con duración desde el uno de octubre de dos mil dos, hasta treinta de septiembre de dos mil cuatro, con el contenido que obra en el mismo y que fue prorrogado hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro y en el mismo y con duración desde el uno de enero de dos mil cinco, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis".

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Radiotelevisión de Galicia Sociedad Anónima ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia la cual dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2008 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil Compañía de Radiotelevisión de Galicia Sociedad Anónima contra la Sentencia de 6 de julio de 2007 del Juzgado de 10 Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de Don Evaristo contra la Entidad Mercantil Compañía de Radiotelevisión de Galicia Sociedad Anónima, la Entidad Mercantil Televisión de Galicia Sociedad Anónima, la Entidad Mercantil La Región Sociedad Anónima, la Entidad Mercantil VOZ Audiovisual Sociedad Anónima y la Entidad Mercantil Recursos Humanos ETT Sociedad Anónima, la Sala la revoca parcialmente, declarando el carácter indefinido, y no fijo, de la relación laboral, con devolución total del depósito para recurrir y sin imponer las costas".

CUARTO.-Por la representación procesal de Televisión de Galicia, S.A. y D. Evaristo se preparó recurso de casación para unificación de doctrina.

QUINTO.-Admitidos a trámite los citados recursos y, tras ser impugnados, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó el informe que obra en autos,

e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de junio de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La sentencia que el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela dictó el 5 de febrero de 2.007 en el procedimiento nº 867/06 sobre cesión ilegal de trabajadores, estimó parcialmente la demanda interpuesta por el actor, Sr. Jose María , contra las empresas "Compañía de Radiotelevisión de Galicia S.A.", "TELEVISIÓN DE GALICIA S.A.", (en adelante, "TVG S.A."), "La Región S.A.", "Voz Audiovisual S.A." y "Recursos Humanos ETT S.A.", y lo declaró trabajador laboral fijo de la empresa "TVG S.A.", al haberse producido por parte de la codemandada "La Región S.A." y en beneficio de aquella, la cesión ilegal de mano de obra que se denunciaba en demanda; y así mismo, condenó solidariamente a las dos empresas citadas a abonar solidariamente al actor determinadas diferencias salariales correspondientes al periodo 1-10-2005 a 30-6-2007 "más las que pudieran generarse a partir del 1 de julio de 2.007"; finalmente absolvió de la demanda a la "Compañía de Radiotelevisión de Galicia S.A.", a "Voz Audiovisual S.A." y a "Recursos Humanos ETT S.A.".

La sentencia fue recurrida en suplicación exclusivamente por "TVG, S.A.". Y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 12 de marzo de 2008 (rec. 5925/07) estimó en parte su recurso y declaró que el vínculo laboral que le unía con el Sr. Jose María era indefinido, no fijo.

Esta última sentencia es recurrida en casación para la unificación de doctrina tanto por "TVG S.A." como por el actor; ambas partes han impugnado el recurso de la contraria; y el Ministerio Fiscal propone en su muy detallado y extenso informe la desestimación de los dos recursos.

SEGUNDO.-El único motivo del recurso del trabajador, en el que se denuncia la infracción, entre otras, de los arts. 15 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, está encaminado a obtener que se declare su condición de fijo en lugar de la de contratado por tiempo indefinido que le ha sido reconocida.

El recurso interpuesto por "TVG S.A." aparece articulado en cuatro motivos dedicados, el primero dedicado a poner de manifiesto, una supuesta falta de fundamentación de la sentencia recurrida; el segundo, para combatir su rechazo a la revisión de hechos probados solicitada en suplicación; con los dos motivos restantes trata la recurrente de combatir la calificación de cesión ilegal que ha efectuado la sentencia recurrida y pretende acreditar la existencia de una legítima descentralización.

Se trata de cuestiones, tanto la planteada por el actor, como las formuladas por "TVG S.A." que ya han sido resueltas por esta Sala, resolviendo anteriores recursos de análogo contenido, en sus recientes sentencias de 7 de abril (rcud. 3228/08), 8 de abril (rcud. 61/08), 23 de abril (rcud. 70/08), 28 de abril (rcud. 66/08), 5 de mayo de 2.009 (rcud. 761/08) y 14-5-09 (rcud. 1206/08), cuyas soluciones debemos reiterar ahora por evidentes razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley.

TERCERO.-El recurso del trabajador no es viable. Es cierto que existe la contradicción exigida por el art. 217 LPL entre la sentencia recurrida, que reconoce la existencia de una cesión ilegal pero rechaza la condición de fijeza con "TVG S.A." que postulada por el trabajador, en atención al carácter de empresa pública que ésta ostenta, y la invocada como referencial, la dictada por la misma Sala de Galicia el 13 de octubre de 2.003 (rec. 4623/2003) que es firme y si reconoce dicha fijeza en caso análogo de cesión ilegal, pese a la condición de empresa pública de la, entonces demandada, "Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia", empresa de la que la Xunta de Galicia es la titular del 100% del capital social, al igual que ocurre en el caso de la "TVG S.A.".

No obstante el recurso debe ser desestimado. "Es función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina la de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. Y de ahí que carezcan de contenido casacional de unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo" (autos de 21 de mayo y 7 de octubre de 1.992 y sentencias de 14-12-96(rcud.3344/1995), 21 Y 23-9-98 (rscud. 4273/97 y 2431/97), 27-10-98 (rcud. 3616/97), 16-6-03 (rcud. 2835/01), 18-11-04 (rcud. 5193/03),

3-12-04 (rcud. 6052/03), 25-1-05 (rec. 5515/03) y 30-9-05 (rec. 3824/04), entre otras muchas).

Pues bien, de acuerdo con nuestra doctrina unificada, en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo (ss. de 17-9-02, (rcud. 3047/01) y 19-11-02 (rcud. 909/02) y otras varias posteriores). Y en el supuesto enjuiciado, TVG S.A. es, como es notorio, una empresa propiedad de una Administración Pública, en la que la contratación del personal ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito.

CUARTO.-Igual suerte adversa debe correr el recurso de "TVG S.A.".

Como ya hemos dicho en ocasiones anteriores, el primer motivo, además de carecer de una relación precisa y circunstanciada en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia (por todas, sentencia de 1 de marzo de 2007, rcud. 4514/05), no cumple tampoco el requisito de la contradicción. Ciertamente, el tema procesal planteado en el mismo -- carencia de motivación suficiente de la sentencia recurrida -- aparece también en la sentencia de contraste, que es la de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (rec. 151/2002); pero, en lo sustantivo, los hechos, fundamentos y pretensiones de las sentencias comparadas no tienen nada que ver, por lo que deviene imposible el juicio de contradicción que abriría la puerta al tratamiento del tema propuesto, de acuerdo con jurisprudencia constante (por todas, sentencia, de Sala General, de 21-11-2000 (rcud.2856/99) que cita precedentes, y ha sido seguida luego por otras muchas resoluciones). En efecto, la sentencia aportada para comparación en este motivo resuelve en casación ordinaria sobre una impugnación de convenio colectivo, y no sobre un pleito de cesión ilegal en un medio de comunicación de titularidad pública.

Otro tanto hemos afirmado ya respecto del segundo motivo de impugnación del recurso de "TVG S.A.", que se refiere al rechazo en suplicación de la solicitud de modificación de hechos probados solicitada. Se trata también, como es evidente, de un

tema procesal, y para su sustanciación se aporta asimismo la sentencia de esta Sala IV dictada el 26 de diciembre de 1995 (rcud. 1854/95). La inviabilidad del motivo radica aquí en las mismas causas de inadmisión señaladas para el anterior, a las que se ha de añadir la falta de contenido casacional del tema propuesto. No hay relación precisa y circunstanciada en los escritos de formalización del recurso, que se limitan a comentar el contenido de la sentencia de contraste, sin efectuar el legalmente exigido análisis comparativo pormenorizado de sus hechos y fundamentos con los de la sentencia recurrida. Tampoco tales hechos y fundamentos, relativos a un proceso de despido disciplinario, son sustancialmente idénticos a los de la resolución impugnada. Y, en fin, la propuesta impugnatoria de este motivo carece de contenido casacional, en cuanto que pretende una nueva valoración de la prueba, siendo así que "la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba" (sentencias de 14-3-01 (rcud. 2623/00), 7-5-01 (rcud. 3962/99), 29-6-01 (rcud. 1886/00), 2-10-01 (rcud. 2592/00), 6-3-02 (rcud. 2940/01), 17-4-02 (rcud. 2890/01), 30-9-02 (rcud. 3828/01), 18-2-03 (rcud. 597/02), 27-1-05 (rcud. 939/04 y 28-2-05 (rcud. 1591/04), y las que en ella se citan).

QUINTO.-Los dos últimos motivos del recurso de "TVG S.A." tampoco pueden ser acogidos. En primer lugar, porque como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, tampoco éstos cumplen con el requisito del art. 222 LPL en cuanto que no contienen una relación precisa y circunstanciada de la contradicción al limitarse a señalar la identidad de hechos, fundamentos y pretensiones, pero sin precisar suficientemente en que consiste tal identidad mediante una argumentación sobre la concurrencia de las identidades del art. 217 LPL a través de un examen que sea suficiente para ofrecer a la contraparte y a la propia Sala los términos en que las recurrentes sitúan la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de estas. Y ello constituye defecto insubsanable que conlleva la desestimación del recurso (ss. de 27 de mayo 1.992 (rcud. 1324/91) y 20 de julio de 2.000 (rcud. 1248/99) y 26 de enero de 2001 (rcud. 1805/00), entre otras).

En segundo, porque como también hemos advertido en ocasiones precedentes, "TVG S.A." al plantear dos motivos sobre el mismo tema, la cesión ilegal, invocando en ambos la infracción de los mismos preceptos legales, los artículos 42 y 43 ET, ha llevado a cabo una descomposición artificial de la controversia. Y esta Sala ha señalado que este proceder no es correcto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario (sentencias de 5 de marzo de 1998 (rcud. 2407/97), 21 de abril de 1998 (rcud. 3288/97), 20 de julio de 2001 (rcud. 4207/99), 25 de octubre de 2002 (rcud. 2096/00), 20 de julio de 2004 (rcud. 540/03), 31 de enero de 2005 (rcud. 4715/03) y 15 de marzo de 2005 (rcud. 5793/03) entre otras muchas). Y ello permitiría a la Sala examinar a efectos de contradicción solo la sentencia más moderna de las dos elegidas como referenciales, la de 16 de marzo de 2007 del TSJ de Galicia, que no puede calificarse de contradictoria con la recurrida, como luego veremos.

Y finalmente, porque aun obviando tal deficiencia, en ninguno de los dos motivos puede considerarse acreditado el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL, como vamos a ver. Lo que, por cierto, no es anormal en los casos de cesión ilegal de trabajadores del art. 43 ET, pues como ha señalado repetidamente esta Sala "la comparación de los supuestos de las sentencias, cuando se trata de resolver sobre la existencia de una cesión ilegal para establecer el presupuesto de la contradicción, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que la calificación de la cesión se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permiten la generalización de decisiones fuera de su ámbito específico" (sentencias, por todas, de 20-9-03, rcud. 1741/02 y 17-1-07, rcud. 4039/05).

SEXTO.-La sentencia invocada como referencial para el tercer motivo, es la de la Sala Social del TSJ de Galicia de 16 de marzo de 2.007 (rec. 6146/06).

La sentencia ahora recurrida en casación unificadora, que mantuvo inalterado el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, contiene los datos siguientes: a) el actor estaba sometido a las directrices e instrucciones de trabajo que le daba el Delegado de "TVG S.A." que era la empresa principal; y era éste quien fijaba su horario de trabajo y le concedía los permisos y las vacaciones; b) el trabajo lo realizaba con medios materiales de titularidad de dicha empresa y en la sede de esta, teniendo a su disposición un teléfono móvil facilitado por "TVG S.A."; c) tenía acreditación de dicha empresa, firmada por su Director de Recursos Humanos; y d) estaba incluido en las escalillas y ordenes de trabajo de "TVG S.A." y era su Delegado quien le fijaba las guardias de festivos.

Por su parte, en la sentencia de 16 de marzo de 2.007 consta que el trabajo del actor consistía en el pintado de piezas previamente montadas en el correspondiente banco de construcción, actividad que se desarrollaba fundamentalmente en el taller de pintura de la empresa principal, "Navantia S.A.". Pero la empresa empleadora "Doxosidados y Pinturas Industriales S.A." tenía allí un jefe de obra que pasaba a lo largo de la mañana a vigilar el trabajo de su personal, y por tanto, el del actor; y en los últimos meses, la empleadora tenía además un encargado permanente en los talleres de pintura a quien se dirigía el encargado de Navantia S.A. si observaba algún defecto en el trabajo, siendo la empleadora la que aportaba el equipo de protección personal, como mono y botas de trabajo. Con base en todo ello, la sentencia referencial concluye que el trabajo del actor se desarrolló siempre en el ámbito y poder de dirección de su empleadora "Doxosidados y Pinturas Industriales S.A.".

La comparación de los datos expuestos pone de manifiesto que son muy distintos los datos fácticos de los partió la sentencia recurrida, de aquellos que tuvieron en cuenta las sentencias referenciales. Son mucho más claros y evidentes los indicios de cesión ilegal en el caso de la sentencia recurrida, en la que aparece casi desdibujada la dependencia de las actoras respecto de su empleadora y es pleno el protagonismo de la empresa principal, que en el caso contemplado por la sentencia de contraste en el que la empresa principal tiene un papel secundario. Y ello explica que las sentencias sometidas al juicio de comparación hayan llegado a pronunciamientos que siendo dispares, no pueden considerarse distintos, con el alcance exigido por el art. 217 LPL.

SEPTIMO.-Para el denominado cuarto motivo, "TVG S.A." ha elegido como sentencia referencial la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en Las Palmas de 29 de junio de 2005 (rec. 814/04). Pero los hechos, fundamentos y pretensiones de que parte esta sentencia son también muy distintos de los del caso, a pesar de que el litigio resuelto se refiere también a actividades coordinadas en el marco de la Televisión Pública de esta Comunidad Autónoma, ya que las circunstancias de la prestación de servicios difieren igualmente en aspectos sustanciales: así, es la empresa empleadora "Canaria de Televisión Regional (Socater)" la que ejerce efectivamente el poder de dirección, emitiendo órdenes de trabajo (aun cuando "a veces" el personal directivo de la Televisión Pública regional también lo hacía); y es también dicha empresa la que elabora por sí misma "la propuesta de parrilla de programación" que constituye la principal función laboral del demandante despedido; finalmente corresponde a la propia Sociedad Canaria de Televisión Regional (Socater) y no al Ente Público Radiotelevisión Canaria el pago de la retribución y la concesión de vacaciones, permisos, etc..

Nos remitimos pues a lo dicho en el último párrafo del fundamento anterior. La disparidad de situaciones fácticas impide apreciar la concurrencia del presupuesto exigido por el art. 217 LPL.

OCTAVO.-La conclusión que se desprende de los razonamientos anteriores es que los dos recursos interpuestos deben ser desestimados; lo que acarrea para la empresa recurrente la pérdida del depósito efectuado para recurrir y el mantenimiento de las consignaciones o aseguramientos que se hubieren prestado para cumplir con su fin (art. 226.3 LPL); y la condena de "TVG S.A" al pago de las costas causadas en este sede, exonerando de ellas al trabajador al gozar del beneficio de justicia gratuita (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos en nombre y representación de Televisión de Galicia, S.A. y D. Evaristo

contra sentencia de 12 de marzo de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 6 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela nº 1. Condenamos a "TVG S.A" al pago de las costas causadas en esta sede y a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

XXVII. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, páginas. 55-61.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.

- BAYLOS, A., Derecho del Trabajo: modelo para armar, Trotta, Madrid, 1991.
- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 345.
- CRUZ VILLALÓN, J., «La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español», Relaciones Laborales, tomo I-2005, pág. 151.
- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la

Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», Relaciones Laborales, tomo II-1996, pág. 184

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA MURCIA, J., «La actividad sindical y los criterios de representatividad (y II)», Relaciones Laborales, tomo II-1987, pág. 181.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las

conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R, Estabilidad en el empleo y contratación temporal, MTSS, Madrid, 1983.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una

empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- OJEDA AVILÉS, A., y GORELLI HERNÁNDEZ, J., Los contratos de trabajo temporales, Iustel, Madrid, 2006.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PÉREZ REY, J., Estabilidad en el empleo, Trotta, Madrid, 2004.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- PRADOS DE REYES, F. J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», Relaciones Laborales, tomo I-1991, pág. 181.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J., «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical», Relaciones Laborales, tomo I-1987, pág. 81.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número. 2, 1998.

- ROMAGNOLI, U., «Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo», Revista de Derecho Social, número 2, 1998.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RE, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST OPUS
ET SACRIFICIUM