

MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR EL EMPRESARIO

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

MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR EL EMPRESARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. LA ACTUACIÓN DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- III. LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- IV. OBLIGACIONES DE LOS FABRICANTES, IMPORTADORES Y SUMINISTRADORES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- V. INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- VI. LA RESPONSABILIDAD LABORAL DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**
- VII. ESQUEMA DE LAS MODALIDADES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

VIII. DEFINICIÓN DE FUNCIONES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN

2. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN

IX. RESPONSABLES DE LAS DIFERENTES UNIDADES FUNCIONALES DE LA EMPRESA

1. LA DIRECCIÓN

2. LOS MANDOS INTERMEDIOS

3. LOS TRABAJADORES

4. EL TRABAJADOR DESIGNADO

X. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN

2. EL DELEGADO DE PREVENCIÓN

- a. CONCEPTO**
- b. DESIGNACIÓN**
- c. COMPETENCIAS Y FACULTADES**
- d. DEBERES PROFESIONALES**

3. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

- a. CONCEPTO**
- b. FUNCIONES**

XI. MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN PROPIOS

2. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS

- a. CONCEPTO**
- b. REQUISITOS**
- c. FUNCIONES**
- d. CONTRATO O CONCIERTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LA EMPRESA Y EL SPA**
- e. PROCEDIMIENTO Y SOLICITUD DE ACREDITACIÓN COMO SPA**

3. TRABAJADORES DESIGNADOS

4. SERVICIOS DE PREVENCIÓN MANCOMUNADOS

5. PRESENCIA EN EL CENTRO DE TRABAJO DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS

XII. COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. REQUISITOS

2. OBJETIVOS

3. RESPONSABLE DE LA COORDINACIÓN

4. MEDIDAS EN CASO DE CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS

5. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS EN UN CENTRO DE TRABAJO DEL QUE UN EMPRESARIO ES TITULAR

6. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS EN UN CENTRO DE TRABAJO CUANDO EXISTE UN EMPRESARIO PRINCIPAL

XIII. ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIOLABORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

XIV. ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. MARCO LEGISLATIVO

2. ALEMANIA

3. FRANCIA

4. PAISES BAJOS

5. ITALIA

6. REINO UNIDO

7. AUSTRIA

- 8. BELGICA**
- 9. DINAMARCA**
- 10. FINLANDIA**
- 11. GRECIA**
- 12. IRLANDA**
- 13. LUXEMBURGO**
- 14. PORTUGAL**
- 15. SUECIA**

XV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE 2017**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2017**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2017**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016**
- 7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016**
- 8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2016**
- 9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE ABRIL DE 2016**
- 10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE 2016**

**11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO
DE 2016**

**12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE
DICIEMBRE DE 2015**

XVI. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

El empresario deberá garantizar la salud y seguridad de los trabajadores a su cargo, de los empleados, las contratas y subcontratas que realicen trabajos en sus instalaciones o bajo su dependencia y de los empleados de las empresas de trabajo temporal que le presten servicios, para lo cual deberá evaluar los riesgos, evitarlos y planificar y aplicar la actividad preventiva.

El empresario podrá desarrollar personalmente la actividad de prevención, con excepción de las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores, si se cumplen las siguientes condiciones:

- Cuando se trate de empresas de hasta diez trabajadores, o que tratándose de empresa que ocupe hasta veinticinco trabajadores, disponga de un único centro de trabajo.

- Que las actividades desarrolladas en la empresa no estén consideradas de riesgo especial (Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención).

- Cuando de forma habitual desarrolle su actividad profesional en el centro de trabajo.

- Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con la regulación establecida.

La vigilancia de la salud de los trabajadores, así como aquellas otras actividades preventivas no asumidas personalmente por el empresario, deberán cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva previstas.,

También podrá designar trabajadores de la plantilla con la formación suficiente para desarrollar la actividad preventiva cuando la empresa tenga menos de 500 trabajadores o entre 250 y 500 si la actividad es de riesgo; para lo que les facilitará el tiempo y los medios necesarios.

Las empresas deberán constituir un servicio de prevención propio cuando cuenten con más de 500 empleados o entre 250 y 500 si la actividad es de riesgo. Estos

servicios deberán contar con las instalaciones, medios materiales y humanos necesarios para el desarrollo de su actividad. Deberá contar al menos con dos de las disciplinas preventivas siguientes:

Medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada.

El empresario deberá recurrir a un servicio de prevención ajeno cuando la designación de uno o varios trabajadores no sean suficientes para desarrollar la actividad preventiva y no tengan obligación de crear un servicio propio; cuando por la peligrosidad o siniestralidad de la actividad lo decida la Autoridad Laboral o cuando el servicio de prevención propio no cubra todas las disciplinas preventivas.

PALABRAS CLAVES

Actividad preventiva, actividad empresarial, salud y seguridad de los trabajadores, evaluación de riesgos, medidas preventivas, puesto de trabajo, adaptación, planificación, acciones a tomar, control actividad preventiva, cooperación, participación.

MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS

LABORALES POR EL EMPRESARIO

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como recogen la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y el RD 39/1997 de los Servicios de Prevención, la prevención de riesgos laborales, como actuación a desarrollar dentro de la empresa, deberá integrarse en el conjunto de sus actividades y decisiones. El establecimiento de una acción de prevención de riesgos integrada en la empresa supone la implantación de un plan de prevención de riesgos que incluya la estructura organizativa, la definición de funciones, las prácticas, los procedimientos y los recursos necesarios para llevar a cabo dicha acción. El desarrollo de tal actividad preventiva se hará organizando la prevención de acuerdo al capítulo III del citado RD 39/1997.

No existe un único sistema válido de organización de la prevención, ya que dependerá de cómo esté organizada la empresa y la cultura que en ella exista. El modelo más eficaz en cada caso es aquel que se integre plenamente a la propia organización productiva, logrando que directivos, técnicos, mandos y trabajadores, asuman las responsabilidades que tienen en la materia. En todo caso y sea cual fuere la modalidad de organización preventiva elegida de acuerdo a la legislación vigente en función de la plantilla y la actividad (propio empresario, trabajador designado, o servicio de prevención propio, mancomunado o ajeno), es necesario disponer siempre en todo centro de trabajo de personas involucradas en tareas de coordinación, seguimiento y control de la gestión de la prevención de riesgos laborales. Aunque es permisible legalmente que una empresa pueda concertar toda la actividad preventiva con un Servicio de Prevención Ajeno, es del todo recomendable que alguien competente de la misma y contando con el apoyo de la Dirección, actúe de vínculo con tal Servicio y

preste el apoyo logístico necesario para el correcto desarrollo e implantación del sistema.

La Dirección es quien debe definir y dar a conocer el organigrama general de la empresa en el que se determinen las funciones a desarrollar por cada uno de sus miembros. Dentro de ese organigrama habría que definir las funciones de prevención de riesgos laborales, en coherencia con la propia política de prevención que la empresa quiera desarrollar, y también, de su organización general. La definición por escrito de las funciones preventivas de los miembros de una organización y velar por su cumplimiento es no sólo algo necesario, sino además, un medio esencial para lograr el grado de compromiso y de autocontrol que se precisa para desarrollar una cultura empresarial basada en las personas y un eficaz desarrollo del sistema preventivo adoptado.

Por tanto, no se trata de desarrollar una estructura paralela o superpuesta a las ya existentes sin ninguna o pocas conexiones entre ellas, sino todo lo contrario, se trata de adaptar la organización preventiva a la organización global de la empresa, aprovechando incluso, si las hubieren, estructuras organizativas desarrolladas para campos de acción afines, como calidad o medioambiente.

Es conveniente evitar disfuncionalidades de compatibilización de cometidos que puedan surgir en el ámbito de la actuación preventiva por parte de personas que dependiendo orgánicamente de un área o centro de trabajo, debieran colaborar o incluso depender funcionalmente de un Servicio de Prevención propio. Tal situación, frecuente en empresas con varios centros de trabajo y que disponen de un Servicio de Prevención propio, habría de contemplar que la responsabilidad de la acción preventiva en cada centro de trabajo es siempre de la dirección del mismo, la cual debe apoyar el correcto desarrollo del plan preventivo aprobado por la dirección general y las actuaciones que

del mismo se deriven. En tal sentido, resulta imprescindible determinar las funciones preventivas de las personas y el tiempo hábil que ello les haya de comportar.

Cabrían considerar dos tipos de actuaciones preventivas de las personas en su quehacer cotidiano: las que comportan el desarrollo de una tarea bien hecha con los estándares de calidad establecidos y en donde los aspectos preventivos debieran formar parte consustancial del trabajo, y aquellas otras, consideradas específicamente preventivas, que constituyen las actuaciones esenciales de la planificación preventiva, por ejemplo la investigación de accidentes y las revisiones de seguridad de los equipos.

Las primeras son fundamentales para lograr la debida integración de la prevención en las tareas y las segundas lo son también, además, para implicar a mandos y trabajadores en el proceso de innovación, mejora y aprendizaje continuo que el sistema de prevención debiera comportar. Hay que tener en cuenta que la prevención de riesgos, como la calidad, se aprende y se asume, logrando cambiar actitudes de las personas, mediante la realización de actividades preventivas específicas que hayan sido cuidadosamente diseñadas y aplicadas con valor pedagógico y que favorezcan a su vez la comunicación y el diálogo entre mandos y trabajadores, base para lograr la necesaria confianza mutua.

La organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas se realizará por la dirección con arreglo a alguna de las modalidades recogidas en el capítulo III del RD 39/1997.

El tamaño de la plantilla constituye un factor determinante para la opción de una forma u otra de organización de la prevención: las empresas con plantillas de entre 250 y 499 trabajadores cuentan en gran medida con un servicio de prevención propio y/o un servicio mancomunado (teniendo en cuenta que alguna de estas formas organizativas son obligatorias para las empresas con más de 500 trabajadores).

En cambio, la modalidad de trabajador designado, 15% del total de empresas, es una forma más aceptada en las empresas con más de seis trabajadores, bien como modalidad única, bien combinada con otras formas.

Sin embargo, es el servicio de prevención ajeno la modalidad organizativa más presente en todas las empresas, con independencia de su plantilla.

Así, bien como única forma preventiva (58,3% del total), bien combinado con otras modalidades preventivas (sobre todo, con el trabajador designado, en un 8,1% del total), el servicio de prevención externo es la forma abrumadoramente mayoritaria en que las empresas en España organizan la obligación legal de prevenir los riesgos laborales en los centros de trabajo.

II. LA ACTUACIÓN DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El empresario deberá garantizar la salud y seguridad de los trabajadores a su cargo, de los empleados, las contratas y subcontratas que realicen trabajos en sus instalaciones o bajo su dependencia y de los empleados de las empresas de trabajo temporal que le presten servicios, para lo cual deberá evaluar los riesgos, evitarlos y planificar y aplicar la actividad preventiva.

La evaluación de los riesgos es el proceso por el cual se determinan estos riesgos en la actividad de la empresa, obteniendo la información necesaria para poder poner en marcha las medidas preventivas necesarias para evitarlos o disminuirlos al máximo.

En la evaluación habrá que analizar las características de los locales en los que se prestan los servicios, las instalaciones, los equipos de trabajo, los agentes químicos, físicos o biológicos que intervienen en el proceso productivo a los que están expuestos los trabajadores, incluso la organización productiva en la medida en la que pueda incidir en los riesgos.

Así mismo se habrá de evaluar el puesto de trabajo concreto del empleado, para adaptarlo en la medida de lo posible a sus circunstancias personales, al inicio de la prestación laboral, cuando se produzcan modificaciones en el mismo, cuando se produzca un accidente o se detecten daños a la salud de los trabajadores, cuando se detecte que las actividades de prevención no son adecuadas o son insuficientes, incluso cuando se conozcan nuevas informaciones técnicas, médicas, epidemiológicas, etc., que afecten al puesto de trabajo.

La evaluación de riesgos podrá realizarse por el empresario o los trabajadores designados por el si cuentan ambos con la formación suficiente, o por los servicios de prevención, ya sean propios o ajenos.

Una vez evaluados los riesgos inherentes a la actividad, el empresario planificará la actividad preventiva que proceda, con objeto de eliminar o reducir los riesgos para lo que dotará los medios humanos, económicos y materiales precisos, establecerá las medidas de emergencia necesarias; informará y formará a los trabajadores de y sobre los riesgos que entraña su puesto de trabajo y las medidas preventivas a aplicar y establecerá un sistema de vigilancia de la salud de los trabajadores.

En aplicación de dicha actividad preventiva el empresario llevará a cabo medidas como establecer que todos los procedimientos productivos contemplen la seguridad y salud de los trabajadores, instruyendo a todas las personas con responsabilidades sobre los trabajadores de la obligación de aplicar dichos principios; determinará las medidas de seguimiento y control de la actividad preventiva; planificará las acciones a tomar en caso de emergencia; preverá las medidas necesarias de

vigilancia de la salud; implantará la formación adeudada a los trabajadores e informándoles de los riesgos que pudieran correr; asegurándose que los equipos e instalaciones, ya sea en sus locales o en el lugar donde se presten los servicios no entrañan riesgo para los empleados; tomará las medidas necesarias para la protección de mujeres embarazadas, jóvenes menores de 18 años, trabajadores temporales o de empresas de trabajo temporal y trabajadores cuyas circunstancias personales les expongan especialmente a los riesgos.

Asimismo establecerá los cauces de cooperación necesarios con otros empresarios que compartan lugares de trabajo o instalaciones y con las empresas de trabajo temporal cuando utilice sus servicios de puesta a disposición, con el fin de asegurarse la protección de los trabajadores y facilitar y controlar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las empresas contratadas o subcontratadas que realicen actividades en sus instalaciones.

Por otra parte y dado que en la actividad preventiva es fundamental la participación de los trabajadores deberá consultar con los mismos y sus representantes la planificación y organización del trabajo, la introducción de nuevas tecnologías que pudieran afectar a la seguridad, la organización de las medidas preventivas, las medidas de emergencia establecidas o propuestas, la formación y la información que han de recibir los trabajadores, entre otras, para lo que facilitará a los representantes de los trabajadores los medios y el tiempo necesario.

III. LA ACTIVIDAD DE LOS TRABAJADORES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz de su seguridad y salud en su actividad profesional y a participar por sí o a través de sus representantes en las medidas que tomen los empresarios para garantizar dicha protección.

Tienen derecho a ser informados de los riesgos que para su salud y seguridad conlleva la actividad que realizan, así como de las medidas preventivas que implante el empresario; a recibir la formación teórica y práctica suficiente y adecuada en el momento de su contratación y cuando se modifiquen las condiciones en las que realiza su trabajo; a la vigilancia periódica de su estado de salud; a medidas de protección específicas cuando por sus circunstancias personales o de salud sean necesarias; a abandonar el puesto de trabajo en caso de riesgo inminente; a ser consultados y participar en todas las cuestiones que afecten a su salud o seguridad.

Por otra parte están obligados a velar por su salud y seguridad por lo que habrán de utilizar los equipos y medios de trabajo adecuadamente, siguiendo las instrucciones del empresario o el fabricante; utilizar correctamente los medios y equipos, tanto individuales como colectivos de protección facilitados por el empresario; a informar a sus superiores sobre cualquier situación que entrañe riesgo para él o terceros, en resumen, a colaborar con el empresario en la evitación de riesgos y el cumplimiento de sus obligaciones de prevención.

La participación de los trabajadores en la prevención se realizará además de por ellos mismos, a través de los delegados de prevención, estos se designan por los representantes de los trabajadores (delegados de personal y comités de empresas) entre los miembros que los componen, cuando no existan en la empresa órganos de representación, los delegados de prevención se elegirán por los trabajadores entre ellos. Entre las competencias de los delegados de prevención están colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva, promover y fomentar la participación de los trabajadores, opinar sobre las materias de consulta obligatorias; vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención; proponer la adopción de medidas preventivas. Por lo que en el ejercicio de sus competencias podrán acompañar a los técnicos de prevención y a los inspectores de trabajo en sus visitas; tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo, los daños a la salud producidos, realizar visitas a los centros de trabajo para

ejercer sus funciones de vigilancia y control e informar a los trabajadores; proponer la paralización de actividades en caso de riesgo inminente.

IV. OBLIGACIONES DE LOS FABRICANTES, IMPORTADORES Y SUMINISTRADORES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Los fabricantes, importadores y suministradores de equipos, herramientas, útiles, etc., deberán asegurar que el uso de estos no suponen un riesgo para la salud y la seguridad de los trabajadores por lo que deberán facilitar información sobre la forma correcta de utilización, las medidas adicionales que deben tomarse para su uso y los riesgos que supone su uso normal e incluso el empleo inadecuado de los mismos.

Los productos químicos deberán ser envasados y etiquetados de forma que su manipulación, conservación y almacenamiento no entrañen riesgos.

Los fabricantes, importadores y suministradores de elementos para la protección de los trabajadores deberán asegurar su efectividad, suministrando la información que indique el tipo de riesgo al que van dirigidos, su nivel de protección y la forma correcta de uso y mantenimiento.

V. INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Desde las Administraciones Públicas se desarrollan políticas tendentes a la prevención de riesgos, planificando, programando, organizando y controlando la mejora de las condiciones de trabajo y salud.

Diversas entidades tienen competencia en esta materia:

Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo

Desde la Administración del Estado y en cooperación con los órganos competentes de las Administraciones Autonómicas se ocupa del asesoramiento técnico en el desarrollo y elaboración de la normativa; la promoción y realización de actividades formativas, de información, estudio y divulgación de la prevención de riesgos; el apoyo técnico y colaboración con la Inspección de trabajo.

Asimismo apoya el intercambio de información y experiencias entre las diversas Administraciones públicas y debe potenciar las actividades de promoción de la seguridad y salud de las Comunidades Autónomas y las instituciones de la Unión Europea especializadas en la prevención de riesgos.

Comisión nacional de seguridad y salud en el trabajo

Su función es la de asesorar a las Administraciones públicas y la de servir como órgano de participación institucional en la seguridad y salud en el trabajo

Se trata de un órgano representativo y paritario compuesto por un representante de cada Comunidad Autónoma, el mismo número de representantes de la Administración General del Estado y representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el mismo número.

Debe conocer las actuaciones que sobre prevención de riesgos desarrollen las Administraciones Públicas, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo y la Inspección de trabajo, así como formular propuesta e informar sobre criterios y programas generales de actuación, proyectos de disposiciones y normativa y coordinación entre las Administraciones.

Áreas de salud de las Comunidades Autónomas

Se ocupan de la gestión sanitaria de los establecimientos del servicio de salud de la Comunidad Autónoma.

En el ámbito de la salud laboral se ocupan de promover la salud integral de los trabajadores; actuar en los aspectos sanitarios de la prevención de riesgos laborales; vigilar las condiciones de trabajo y medioambientales que pudieran afectar a la mujer trabajadora en el embarazo y la lactancia; vigilar la salud de los trabajadores para detectar e individualizar los factores de riesgo; promover la información, formación y participación de empresarios y trabajadores en el ámbito de la salud laboral.

La Inspección de trabajo

La Inspección de trabajo asume diversas funciones de control del cumplimiento de la normativa en materia de prevención, está facultada para vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención, así como las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo; asesorar a empresarios y trabajadores y emitir los informes solicitados por los Juzgados de lo Social, la Autoridad Laboral, el Instituto Nacional de Seguridad Social; requerir al empresario para que corrija las posibles infracciones que pudiera estar cometiendo; informar al Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad; ordenar la paralización de la actividad si aprecia riesgo inminente; proponer sanciones por incumplimiento de la normativa de seguridad y salud.

Los funcionarios técnicos de las Comunidades Autónomas

Los técnicos en materia de seguridad y salud dependientes de las Comunidades Autónomas pueden colaborar con la Inspección de trabajo en el control del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en las empresas.

Están facultados en el desarrollo de su actividad para acceder libremente y sin preaviso a las empresas y centros de trabajo; para practicar las comprobaciones, mediciones o análisis que consideren necesario; para recabar la información que consideren necesaria sobre las condiciones de trabajo; tomar muestras de los productos utilizados en el proceso productivo, obtener fotografías, videos, levantar planos y obtener copias de cualquier documento relacionado con la seguridad y la salud; citar de comparecencia al empresario y a los trabajadores y sus representantes.

VI. LA RESPONSABILIDAD LABORAL DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Se entiende por responsabilidad laboral en materia de prevención de riesgos laborales las acciones y omisiones de incumplimiento de los preceptos contenidos en normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos, por parte de los sujetos responsables. En definitiva, son las derivadas del incumplimiento de la normativa que están penalizadas por la vía administrativa.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales son impuestas por la Autoridad Laboral bajo propuesta de la Inspección de Trabajo. Existen casos en los que también pueden ser impuestas por instancias superiores sean Directores Generales del Ministerio de Trabajo o incluso por el propio Consejo de Ministros, esto sin perjuicio de la potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

La LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social), desarrollada por el R.D. Legislativo de 5/2000, de 4 de agosto, regula las responsabilidades administrativas, estableciendo una clara tipificación de las infracciones y sanciones.

La responsabilidad administrativa tiene por objeto la defensa del interés público frente a los incumplimientos de las normas en materia preventiva. En este caso no será necesario que se produzca un daño para que exista infracción, de forma que la acción u omisión de los hechos o conductas consistirían únicamente en la puesta en peligro del bien jurídico que se protege. La responsabilidad administrativa tiene naturaleza pública ya que media en la relación entre particulares y poderes públicos y será exigible por parte de éste en caso de incumplimientos privados.

Las características principales de responsabilidad administrativa, podemos resumirlas en:

- Puede sancionarse derivada de una responsabilidad administrativa en aquellos casos en los que existan acciones u omisiones: es decir, tanto por una intervención inadecuada como por la inactividad ante una obligación establecida. Por ejemplo: “responsabilidad por acción” podría ser aquella en la que supuestamente incurriríamos al tener una Evaluación de Riesgos que no identifica “determinados riesgos” que podrían materializarse en la empresa y podría existir “responsabilidad por omisión” en el caso de que la empresa no disponga de la Evaluación de Riesgos.

- A diferencia de la responsabilidad civil o del recargo por falta de medidas de seguridad, en el caso de la responsabilidad administrativa no es necesario que se produzca un accidente de trabajo o daño para la salud para que se exija. Por ejemplo: la limpieza del centro de trabajo es una obligación de la empresa exigible mediante el R.D. 486/97 y será sancionable la ausencia de la misma aun no provocándose ninguna caída. Asimismo, la falta de formación de un trabajador será sancionable independientemente de que el mismo se accidente o no.

- La responsabilidad administrativa parte de un incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales que queda recogida en normas legales, generales (como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención) y específicas (reguladora de riesgos específicos: lugares de trabajo, productos, equipos, sectores de actividad como la construcción...).

- Los trabajadores por cuenta ajena no podrán ser objeto de sanción, sino que la misma se impondría a la empresa para la cual trabajan. Por ejemplo, la falta de utilización de equipos de protección individual por parte de los trabajadores, daría lugar a sanción a la empresa.

- Las infracciones y sanciones están tipificadas por el Real Decreto Legislativo, 5/2000 (LISOS). Donde se identifica el grado y la cuantía de las mismas.

- Se impone por la Autoridad Laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo.

- Son revisables por la vía judicial.

- Según queda recogido en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, conocido como LISOS, son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley.

- Para que exista infracción basta que el empresario incumpla las normas a las que está obligado por la Ley, aunque no se haya producido accidente de trabajo, enfermedad profesional, u otros daños derivados del trabajo, ya sea para uno o varios trabajadores.

- Las infracciones, se tipifican y califican en tres grupos: leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado.

En relación a la cuantía de las sanciones el Artículo 40 en su punto 2, del Real Decreto Legislativo, 5/2000, LISOS, establece lo siguiente:

a. Las leves, en su grado mínimo, con multa de 5.000 (30,05 €) a 50.000 pesetas (300,51 €); en su grado medio de 50.001 (300,51 €) a 100.000 pesetas (601,01 €); y en su grado máximo, de 100.001 (601,02 €) a 250.000 pesetas (1.502,53 €).

b. Las graves, con multa, en su grado mínimo de 250.001 (1.502,54 €) a 1.000.000 de pesetas (6.010,12 €); en su grado medio, de 1.000.001 (6.010,13 €) a 2.500.000 pesetas (15.025,30 €); y en su grado máximo, de 2.500.001 (15.025,31 €) a 5.000.000 de pesetas (30.050,61 €).

c. Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 5.000.001 (60.050,61 €) a 20.000.000 de pesetas (120.202,42 €); en su grado medio de 20.000.001 (120.202,43 €) a 50.000.000 de pesetas (300.506,05 €); y en su grado máximo de 50.000.001 (300.506,06 €) a 100.000.000 de pesetas (601.012,10 €).

Prescripción de las infracciones, según se recoge en el artículo 4 de la LISOS, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales prescribirán al año las leves, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, contados desde la fecha de la infracción.

VII ESQUEMA DE LAS MODALIDADES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas se realizará por el empresario con arreglo a alguna de las modalidades siguientes:

- Asumiendo personalmente la actividad preventiva.
- Designando a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo.
- Constituyendo un servicio de prevención propio.
- Constituyendo un servicio de prevención mancomunado.
- Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

En los términos previstos en el capítulo IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se entenderá por servicio de prevención propio el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención, y por servicio de prevención ajeno el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente.

Los servicios de prevención tendrán carácter interdisciplinario, entendiendo como tal la conjunción coordinada de dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales.

Asunción personal por el empresario de la actividad preventiva

El empresario podrá desarrollar personalmente la actividad de prevención, con excepción de las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores, si se cumplen las siguientes condiciones:

-Cuando se trate de empresas de hasta diez trabajadores, o que tratándose de empresa que ocupe hasta veinticinco trabajadores, disponga de un único centro de trabajo.

-Que las actividades desarrolladas en la empresa no estén consideradas de riesgo especial [Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención].

-Cuando de forma habitual desarrolle su actividad profesional en el centro de trabajo.

-Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con la regulación establecida.

La vigilancia de la salud de los trabajadores, así como aquellas otras actividades preventivas no asumidas personalmente por el empresario, deberán cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva previstas.,

Designación de trabajadores para la actividad preventiva

El empresario designará a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa.

Las actividades preventivas para cuya realización no resulte suficiente la designación de uno o varios trabajadores deberán ser desarrolladas a través de uno o más servicios de prevención propios o ajenos.

No será obligatoria la designación de trabajadores cuando el empresario:

-Haya asumido personalmente la actividad preventiva.

-Haya constituido un servicio de prevención propio.

-Haya recurrido a un servicio de prevención ajeno.

Características

El número de trabajadores designados, así como los medios que el empresario ponga a su disposición y el tiempo de que dispongan para el desempeño de su actividad, deberán ser los necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones.

Para el desarrollo de la actividad preventiva, los trabajadores designados deberán tener la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar.

Servicios de prevención propios

¿Cuándo será obligatorio constituir un servicio de prevención propio?

El empresario deberá constituir un servicio de prevención propio cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

-Que se trate de empresas que cuenten con más de 500 trabajadores.

-Que, tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades consideradas de riesgo especial (Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención,).

-Que, tratándose de empresas no incluidas en los apartados anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades

Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto de una entidad especializada ajena a la empresa.

Características

El servicio de prevención propio constituirá una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo.

Los servicios de prevención propios deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa.

El servicio de prevención habrá de contar, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada, desarrolladas por expertos con la capacitación requerida. Dichos expertos actuarán de forma coordinada, en particular en relación con las funciones relativas al diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales para permitir la integración de la prevención en la empresa, la identificación y evaluación de los riesgos, la planificación de la actividad preventiva y los planes de formación de los trabajadores. Asimismo habrá de contar con el personal necesario que tenga la capacidad requerida para desarrollar las funciones de los niveles básico e intermedio.

Sin perjuicio de la necesaria coordinación indicada en el párrafo anterior, la actividad sanitaria, que en su caso exista, contará para el desarrollo de su función, dentro del servicio de prevención, con la estructura y medios adecuados a su naturaleza

específica y la confidencialidad de los datos médicos personales, debiendo cumplir los requisitos establecidos en la normativa sanitaria de aplicación.

Cuando el ámbito de actuación del servicio de prevención se extienda a más de un centro de trabajo, deberá tenerse en cuenta la situación de los diversos centros en relación con la ubicación del servicio, a fin de asegurar la adecuación de los medios de dicho servicio a los riesgos existentes.

Las actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos.

La empresa deberá elaborar anualmente y mantener a disposición de las autoridades laborales y sanitarias competentes y del comité de seguridad y salud competentes, la memoria y programación anual del servicio de prevención.

Servicios de prevención mancomunados

¿Cuándo se pueden constituir?

Se podrán constituir estos servicios de prevención:

Entre empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, siempre que quede garantizada la operatividad y eficacia del servicio.

Entre empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada, cuando así se establezca en la negociación colectiva o mediante acuerdos entre las organizaciones de trabajadores y empresarios sobre esta materia (acuerdos interprofesionales) o, en su defecto, por decisión de las empresas afectadas.

Las empresas que tengan la obligación legal de disponer de un servicio de prevención propio no podrán formar parte de servicios de prevención mancomunados constituidos para las empresas de un determinado sector, aunque sí de los constituidos para empresas del mismo grupo.

Características de los servicios de prevención mancomunados

Antes de adoptar el acuerdo de constitución se deberá efectuar consulta al respecto a los representantes de los trabajadores de cada una de las empresas afectadas.

En el acuerdo de constitución deberán constar expresamente las condiciones en que tal servicio de prevención debe desarrollarse. Dichas condiciones deberán debatirse, y en su caso ser acordadas, en el seno de cada uno de los comités de seguridad y salud de las empresas afectadas.

El acuerdo de constitución deberá comunicarse con carácter previo a la autoridad laboral del territorio donde radiquen sus instalaciones principales en el supuesto de que dicha constitución no haya sido decidida en el marco de la negociación colectiva.

Su actividad preventiva se limitará a las empresas participantes.

Estos servicios, tengan o no personalidad jurídica diferenciada, tendrán la consideración de servicios propios de las empresas que los constituyan y habrán de contar con, al menos, tres especialidades o disciplinas preventivas.

Salvo los constituidos entre empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, los servicios de prevención mancomunados deberán disponer de unos recursos humanos mínimos equivalentes a los exigidos a los servicios de prevención ajenos. Para determinar los recursos materiales que necesitan tener se tomará como referencia los que se establecen para los servicios de prevención ajenos, adecuándolos a la actividad de las empresas.

El servicio de prevención mancomunado deberá tener a disposición de la autoridad laboral y de la autoridad sanitaria la información relativa a las empresas que lo constituyen y el grado de participación de las mismas.

Servicios de prevención ajenos

¿Cuándo deberá el empresario recurrir a servicios de prevención ajenos?

El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurren circunstancias que determinen la obligación de constituir un servicio de prevención propio.

Que se trate de empresas que, no estando obligadas a contar con un servicio de prevención propio, dada la peligrosidad de la actividad desarrollada o gravedad de la siniestralidad en la empresa, la autoridad laboral decida el establecimiento de un servicio de prevención, pudiendo, en tal caso, optar la empresa por el concierto con una empresa especializada.

Para la realización de aquellas actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio, y en particular para garantizar, en el caso de que el propio empresario asuma la actividad preventiva, la realización de la vigilancia de la salud.

Los representantes de los trabajadores deberán ser consultados por el empresario con carácter previo a la adopción de la decisión de concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos.

Los criterios a tener en cuenta para la selección de la entidad con la que se vaya a concertar dicho servicio, así como las características técnicas del concierto, se debatirán, y en su caso se acordarán, en el seno del Comité de Seguridad y Salud de la empresa.

Requisitos de los servicios de prevención ajenos

Podrán actuar como servicios de prevención ajenos las entidades especializadas que reúnan los siguientes requisitos:

Disponer de la organización, las instalaciones, el personal y los equipos necesarios para el desempeño de su actividad.

Constituir una garantía que cubra su eventual responsabilidad.

No mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades

Asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que hubieran concertado.

Para actuar como servicio de prevención ajeno, las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la administración laboral, que será única y con validez en todo el territorio español, mediante la comprobación de que reúnen los requisitos establecidos reglamentariamente y previa aprobación de la autoridad sanitaria en cuanto a los aspectos de carácter sanitario.

Las entidades especializadas acreditadas como servicios de prevención ajenos deberán contar con las instalaciones y los recursos materiales y humanos que les permitan desarrollar adecuadamente la actividad preventiva que hubieren concertado, teniendo en cuenta el tipo, extensión y frecuencia de los servicios preventivos que han de prestar, el tipo de actividad desarrollada por los trabajadores de las empresas concertadas y la ubicación y tamaño de los centros de trabajo en los que dicha

prestación ha de desarrollarse, de acuerdo con lo establecido en la normativa de aplicación.

En todo caso, dichas entidades deberán:

Contar con las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada.

Disponer como mínimo de un técnico que cuente con la cualificación necesaria para el desempeño de las funciones de nivel superior, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI, por cada una de las especialidades o disciplinas preventivas señaladas en el párrafo anterior, salvo en el caso de la especialidad de medicina del trabajo que exigirá contar, al menos, con un médico especialista en medicina del trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa. Asimismo deberán disponer del personal necesario que tenga la capacitación requerida para desarrollar las funciones de los niveles básico e intermedio, en función de las características de las empresas cubiertas por el servicio. Los expertos en las especialidades mencionadas actuarán de forma coordinada, en particular en relación con las funciones relativas al diseño preventivo de los puestos de trabajo, la identificación y evaluación de los riesgos, los planes de prevención y los planes de formación de los trabajadores.

Disponer para el desarrollo de las actividades concertadas de las instalaciones e instrumentación necesarias para realizar las pruebas, reconocimientos, mediciones, análisis y evaluaciones habituales en la práctica de las especialidades citadas, así como para el desarrollo de las actividades formativas y divulgativas básicas, en los términos que determinen las disposiciones de desarrollo de este real decreto.

Sin perjuicio de la necesaria coordinación indicada, la actividad sanitaria contará para el desarrollo de su función dentro del servicio de prevención con la estructura y medios adecuados a su naturaleza específica y la confidencialidad de los datos médicos personales.

Presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos

La presencia en el centro de trabajo de recursos preventivos del empresario para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos, será necesaria:

Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados durante el desarrollo de los procesos o actividades, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso un control específico de la correcta aplicación de los métodos de trabajo.

Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales (artículo 22 bis.1.b) del R.D. 39/1997).

Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

Podrán ser recursos preventivos los siguientes:

-Uno o varios trabajadores designados de la empresa.

-Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa.

-Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa.

No obstante, el empresario podrá asignar la presencia de recursos preventivos de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios y cuenten con la formación preventiva correspondientes, como mínimo a las funciones de nivel básico.

La presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo se considera también como uno de los medios de coordinación empresarial establecidos por la normativa en prevención de riesgos laborales. La forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos quedará determinada en la planificación de la actividad preventiva debiéndose facilitar a los trabajadores los datos necesarios para permitirles la identificación de los recursos preventivos designados por el empresario

Cuando existan empresas concurrentes en el centro de trabajo que realicen las operaciones que exijan la presencia de recursos preventivos, la obligación de designarlos recaerá sobre la empresa o empresas que realicen dichas operaciones o actividades, en cuyo caso y cuando sean varios dichos recursos preventivos deberán colaborar entre sí y con el resto de los recursos preventivos y persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas del empresario titular o principal del centro de trabajo.

Actividades incluidas en el Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención

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

-Trabajos con exposición a sustancias o mezclas causantes de toxicidad aguda de categoría 1, 2 y 3, y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de categoría 1A y 1B, según el Reglamento (CE) n.º 1272/2008, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

-Actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo y son objeto de la aplicación del Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

-Trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según 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.

-Actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos.

-Trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas.

-Actividades en inmersión bajo el agua.

-Actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento.

-Actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval.

-Producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos.

-Trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo.

-Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

VIII. DEFINICIÓN DE FUNCIONES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales basándose esencialmente en la prevención, establece bajo este espíritu un conjunto de obligaciones fundamentalmente del empresario, aunque también de los trabajadores, con un especial acento en la eliminación de factores de riesgo y la información, la formación y la participación de los trabajadores en la actividad preventiva de la empresa.

En el Derecho del Trabajo se hace referencia a la deuda de seguridad o deber de seguridad del empresario derivado de la existencia de un contrato laboral para con sus trabajadores y de la manifestación constitucional de la vida e integridad física del trabajador. Básicamente la deuda de seguridad significa que quien se beneficia del trabajo prestado por otro en relación de ajeneidad y dependencia creando riesgos debe asumir la responsabilidad que se deriva de los mismos.

Este deber u obligación ya quedaba recogido en el Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2 y 19.1), y en el Convenio 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los

trabajadores y medio ambiente de trabajo que fue adoptado el 22 de junio de 1981 por el Estado Español.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales va más allá de la deuda de seguridad para configurar la obligación como un deber público. De un lado se establece en el artículo 14 de la LPRL, el derecho a la protección frente a los riesgos laborales indicando que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, existiendo un deber correlativo del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

Algunas de las características de la deuda de seguridad las podemos resumir en las siguientes:

- Es un deber de contenido flexible y dinámico, ya que tiene en cuenta la evolución de la técnica.

- Es un deber de contenido amplio y genérico ya que abarca todos los aspectos y factores intervinientes en el ámbito laboral y por tanto, que puedan afectar a la salud de los trabajadores.

- Es un deber de medios y no de resultados que no puede limitarse a una gestión formal y documental. Esto significa que debe existir una gestión preventiva de forma permanente e integrada que no se limite a un mero cumplimiento legal.

- Es un deber del empresario que debe recaer sobre él mismo y que no es trasladable a un tercero.

El deber de protección se materializa en una serie de principios preventivos que quedan recogidos en el artículo 15 de la Ley 31/95. Asimismo, la Ley 54/03 de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales establece una concepción claramente potenciadora de la actividad preventiva en las empresas, en tanto que dispone que la integración de la prevención ha de ser la primera obligación de toda empresa en esta materia para, evitar así, cumplimientos meramente formales y no eficientes de la normativa. De igual forma, dispone que estos planes de prevención cuenten con dos instrumentos esenciales para su gestión y aplicación, la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva.

El resto de obligaciones del empresario en materia preventiva vienen recogidas a lo largo de toda la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Art. 19 del Estatuto de los Trabajadores.

Las obligaciones para el empresario que se recogen en dicho artículo son dos:

- Observación obligada de las medidas de inspección y control preventivas.
- Obligación de suministrar a los trabajadores la formación adecuada.

Asimismo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece las obligaciones empresariales que concretan la deuda de seguridad. Éstas quedan recogidas en los capítulos III, IV y V de la misma y que a continuación se indican de modo esquemático. El empresario deberá:

- Garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

- Elaborar un plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva.

- Organizar la gestión preventiva en la empresa a nivel de recursos humanos y materiales y llevar un control documental de la misma.

- Proporcionar equipos de protección individual adecuados a sus trabajadores.

- Informar, consultar y permitir la participación de los trabajadores.

- Garantizar una formación teórica y práctica en prevención de riesgos laborales.

- Analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

- Vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores

- Elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente la documentación relativa a las obligaciones anteriores.

- Coordinar las diferentes actividades empresariales dentro del centro de trabajo.

- Protección a trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

- Protección de la maternidad y a menores de edad.

Podemos entender por responsabilidad la obligación de reparar el daño causado, sin embargo, la definición jurídica de responsabilidad considera que existe responsabilidad del hecho realizado aunque éste no haya ocasionado daño alguno, ejemplo de este tipo de responsabilidad es la administrativa. Se define legalmente la responsabilidad como: el deber jurídicamente exigible que tiene alguien de responder del hecho realizado y sufrir sus consecuencias.

Más allá de las atribuciones que correspondan a las personas con funciones preventivas específicas, la organización de la prevención se basa en la definición de forma clara e inequívoca de las funciones y responsabilidades preventivas en los diferentes niveles jerárquicos de una empresa. Para definir las mismas se va a partir, a modo de ejemplo, de una empresa "tipo" de tres niveles jerárquicos, con la siguiente estructura: Dirección, Responsables de las diferentes unidades funcionales, Mandos intermedios, y Trabajadores. La modalidad preventiva elegida en el ejemplo es la de Trabajador designado (también denominado en este documento Coordinador de Prevención, con el fin de no confundir la figura de trabajador designado cuando la modalidad elegida sea la concertación completa de la actividad preventiva con un Servicio de Prevención Ajeno). Se ha considerado que existen también Delegados de Prevención y Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

A continuación funciones y competencias de cada grupo de la organización de la empresa. Evidentemente el mayor énfasis en unas u otras dependerá de la política de empresa.

2. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN

Es responsabilidad de la dirección (empresario) el garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su cargo. Es la encargada de desarrollar la organización preventiva de la empresa definiendo las funciones y responsabilidades correspondientes a cada nivel jerárquico. Es fundamental para el éxito de la acción preventiva que se implique activamente, estableciendo a poder ser por escrito una serie de compromisos y objetivos a cumplir. Algunos ejemplos de posibles actuaciones a seguir son:

- Establecer objetivos anuales de Prevención de Riesgos Laborales en coherencia con la política preventiva existente
- Establecer la estructura organizativa necesaria y obligatoria para la realización de las actividades preventivas.
- Designar una persona en materia de Seguridad y Salud, que coordine y controle las actuaciones y mantenga informada a la organización de lo más significativo en esta materia.
- Establecer las competencias y las interrelaciones de cada departamento en materia de prevención de riesgos laborales.
- Asignar los recursos necesarios, tanto humanos como materiales, para conseguir los objetivos establecidos.

- Promover y participar en reuniones periódicas para analizar y discutir temas de seguridad y salud, y procurar tratar también estos temas en las reuniones normales de trabajo.
- Visitar periódicamente los lugares de trabajo para poder estimular comportamientos eficientes, detectar deficiencias y trasladar interés por su solución.
- Realizar periódicamente auditorías internas y revisiones de la política, organización y actividades de la empresa, revisando los resultados de la misma.
- Mostrar interés por los accidentes laborales acaecidos y por las medidas adoptadas para evitar su repetición.
- Reconocer a las personas sus logros, de acuerdo a los objetivos y actuaciones planteadas
- Consultar a los trabajadores en la adopción de decisiones que puedan afectar a la seguridad, salud y condiciones de trabajo.
- Interesarse y participar, cuando así se establezca, en las actividades preventivas procedimentadas
- Otras acciones que se estimen oportunas.

IX. RESPONSABLES DE LAS DIFERENTES UNIDADES FUNCIONALES DE LA EMPRESA

1. LA DIRECCIÓN

Los responsables de los diferentes departamentos o unidades funcionales de la empresa son los encargados de impulsar, coordinar y controlar que todas las actuaciones llevadas a cabo en sus respectivas áreas sigan las directrices establecidas por la dirección sobre prevención de riesgos laborales.

Como actuaciones específicas de este nivel jerárquico se podrían enumerar las siguientes:

- Prestar la ayuda y los medios necesarios a los mandos intermedios de su unidad funcional a fin de que éstos puedan desempeñar correctamente sus cometidos. A tal fin deberán asegurar que tales mandos intermedios estén debidamente formados.
- Cumplir y hacer cumplir los objetivos preventivos establecidos, estableciendo de específicos para su unidad, en base a las directrices recibidas
- Cooperar con los distintas unidades funcionales de la empresa a fin de evitar duplicidad o contrariedad de actuaciones.

- Integrar los aspectos de Seguridad y Salud Laboral, así como de Calidad y Medio Ambiente en las reuniones de trabajo con sus colaboradores y en los procedimientos de actuación de la unidad.
- Revisar periódicamente las condiciones de trabajo de su ámbito de actuación, de acuerdo al procedimiento establecido.
- Participar en la investigación de todos los accidentes con lesión acaecidos en su unidad funcional e interesarse por las soluciones adoptadas para evitar su repetición.
- Participar en las actividades preventivas planificadas, de acuerdo al procedimiento establecido
- Promover y participar en la elaboración de procedimientos de trabajo en aquellas tareas críticas que se realicen normal o ocasionalmente en su unidad funcional.
- Efectuar un seguimiento y control de las acciones de mejora a realizar en su ámbito de actuación, surgidas de las diferentes actuaciones preventivas
- Otras funciones no descritas que la dirección establezca.

2. LOS MANDOS INTERMEDIOS

Entre los cometidos de los mandos intermedios podrían figurar los siguientes:

- Elaborar y transmitir los procedimientos e instrucciones referentes a los trabajos que se realicen en su área de competencia.
- Velar por el cumplimiento de los procedimientos e instrucciones de los trabajadores a su cargo, asegurándose que se llevan a cabo en las debidas condiciones de seguridad y salud en el trabajo
- Informar a los trabajadores afectados de los riesgos existentes en los lugares de trabajo y de las medidas preventivas y de protección a adoptar.
- Analizar los trabajos que se llevan a cabo en su área detectando posibles riesgos o deficiencias para su eliminación o minimización
- Planificar y organizar los trabajos de su ámbito de responsabilidad, considerando los aspectos preventivos a tener en cuenta
- Vigilar con especial atención aquellas situaciones críticas que puedan surgir, ya sea en la realización de nuevas tareas o en las ya existentes, para adoptar medidas correctoras inmediatas.

- Investigar todos los accidentes e incidentes ocurridos en su área de trabajo, de acuerdo al procedimiento establecido y aplicar las medidas preventivas necesarias para evitar su repetición
- Formar a los trabajadores para la realización segura y correcta de las tareas que tengan asignadas y detectar las carencias al respecto.
- Aplicar en la medida de sus posibilidades las medidas preventivas y sugerencias de mejora que propongan sus trabajadores.
- Transmitir a sus colaboradores interés por sus condiciones de trabajo y reconocer sus actuaciones y sus logros
- Aplicar en plazo las medidas preventivas acordadas en su ámbito de actuación

3. LOS TRABAJADORES

Dentro de las responsabilidades de los trabajadores se podrían incluir las siguientes:

- 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 y

omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

- Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.
- Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados.
- No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.
- Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y prevención, en su caso, al servicio de prevención acerca de cualquier situación que considere pueda presentar un riesgo para la seguridad y salud.
- Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

- Cooperar con sus mandos directos para poder garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.
- Mantener limpio y ordenado su entorno de trabajo, localizando los equipos y materiales en los lugares asignados.
- Sugerir las medidas que considere oportunas en su ámbito de trabajo para mejorar la calidad, la seguridad y la eficacia del mismo.
- Otras funciones que la dirección crea conveniente y de acuerdo al sistema preventivo aprobado y con la consulta a los representantes de los trabajadores.

4. EL TRABAJADOR DESIGNADO

El trabajador designado es la persona nombrada por la dirección para colaborar activamente en el desarrollo del plan preventivo, pudiendo compatibilizar sus funciones en esta materia con otras, en función de sus capacidades y disponibilidad. Debería tener como mínimo formación para desarrollar funciones de nivel básico (Art. 35 del RSP), aunque pudiera ser recomendable que según las circunstancias (tamaño de empresa, actividad, riesgos, características del plan preventivo, etc.) el trabajador designado estuviera cualificado para realizar funciones de nivel intermedio e incluso superior (Art. 36 y 37 del RSP) Dentro de sus funciones en materia preventiva podrían figurar las siguientes:

- Asesorar y apoyar las diferentes actividades preventivas establecidas
- Promover los comportamientos seguros y la correcta utilización de los equipos de trabajo y protección, y fomentar el interés y cooperación de los trabajadores en la acción preventiva.
- Promover, en particular, las actuaciones preventivas básicas, tales como el orden, la limpieza, la señalización y el mantenimiento general, y efectuar su seguimiento y control.
- Colaborar en la evaluación y el control de los riesgos generales y específicos de la empresa, efectuando visitas al efecto, atención a quejas y sugerencias, registro de datos, y cuantas funciones análogas sean necesarias.
- Actuar en caso de emergencia y primeros auxilios gestionando las primeras intervenciones al efecto.
- Asistir y participar en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud, cuando exista, en calidad de asesor.
- Canalizar la información de interés en materia preventiva hacia la estructura de la organización, así como los resultados del desarrollo de la acción preventiva.

- Facilitar la coordinación de las relaciones interdepartamentales a fin de facilitar la cooperación necesaria y evitar defectos y efectos adversos para la seguridad y salud en el trabajo.
- Revisar y controlar la documentación referente a la Prevención de Riesgos Laborales asegurando su disponibilidad.
- Cooperar con los servicios de prevención, en su caso.
- Otras funciones que la dirección le asigne.

X. REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Art. 35, LPRL) define a los delegados de prevención como los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Así mismo, la Ley establece la obligación de constituir en las empresas o en los centros de trabajo de 50 o más trabajadores el Comité de Seguridad y Salud, como órgano paritario y colegiado de participación en materia de prevención de riesgos laborales.

Los Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores que desarrollan funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales (apdo.

1, Art. 35, LPRL). El apdo. 2 Art. 35 LPRL, aclara que los delegados de Prevención "serán designados por y entre los representantes de personal previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior, es decir, en el ámbito fijado para los Delegados de Prevención y Comité de Empresa por la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el marco de los delegados y juntas de personal establecido en la Ley de Órganos de representación de determinación de las condiciones de trabajo y participación de personal al Servicio de las Administraciones Públicas. STS 31/03/2009 (R. 81/2008 - TS, Sala de lo Social, de 31/03/2009, Rec. 81/2008). Designación de los Delegados de Prevención. Su designación sucede entre los representantes del personal (Art. 34, LPRL), en función de una escala establecida (apdo. 2, Art. 35 LPRL).

<u>Número de trabajadores en la empresa</u>	<u>Delegados de prevención</u>
Hasta 30 trabajadores	Delegado de Personal
De 31 a 49 trabajadores	1 elegido entre los Delegados de Personal
De 50 a 100 trabajadores	2
De 101 a 500 trabajadores	3
De 501 a 1000 trabajadores	4
De 1001 a 2000 trabajadores	5
De 2001 a 3000 trabajadores	6
De 3001 a 4000 trabajadores	7
De 4001 en adelante	8

El Comité de Seguridad y Salud es el órgano de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. Tiene carácter de órgano colegiado y su composición es paritaria, es decir, está constituido tanto por los representantes de los trabajadores como por representantes empresariales (38.1, LPRL). El Comité de Seguridad y Salud, entenderá en todas las

cuestiones relacionadas con la política de prevención empresarial y concretamente su línea de trabajo se fundamentará en la información, formación, consulta, participación y negociación en materia de prevención de riesgos laborales.

2. EL DELEGADO DE PREVENCIÓN

a. CONCEPTO

Los Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Serán designados por y entre los representantes del personal. Su elección y el número viene determinado por la Ley 31/1995 o por pactos y convenios entre sectores. En algunas ocasiones sus funciones pueden ser llevadas a cabo por otros órganos constituidos a tal efecto.

Con el fin de lograr el loable objetivo de la seguridad integral, el delegado de prevención es un órgano independiente y especializado y tiene atribuidos cometidos fundamentales en orden a garantizar el cumplimiento y efectividad de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

b. DESIGNACIÓN

Los delegados de prevención se eligen por y entre los delegados de personal en un número variable que oscila entre uno y ocho en función de la plantilla de la empresa. En empresas de hasta 30 trabajadores, el delegado de prevención será el delegado de

personal. A los efectos de determinar el número de delegados de prevención, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- Los trabajadores con contratos de duración determinada (temporal y formativa) superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

- Los trabajadores con contratos de duración anual o inferior se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la designación, teniendo en cuenta que cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.

Con independencia de lo anterior, los convenios colectivos pueden establecer otros sistemas de designación, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores. Esta misma regla se aplica en el ámbito de las Administraciones públicas, de acuerdo con las normas específicas que resulten de aplicación.

c. COMPETENCIAS Y FACULTADES

Tal y como indica la legislación son competencias y facultades de los Delegados de Prevención:

- Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva.

- Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- Ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de cualquier decisión que pudiera tener efecto sustancial sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.
- Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.
- Asumir las competencias del Comité de Seguridad y Salud, si éste no existe.
- Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo.
- Acompañar a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas que realicen en los centros de trabajo.
- Tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.
- Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores y sobre las actividades de protección y prevención de la empresa.

- Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo.
- Comunicarse durante la jornada de trabajo con los trabajadores, sin alterar el normal desarrollo del proceso productivo.
- Promover mejoras en los niveles de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.
- Proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de las actividades en las que exista un riesgo grave e inminente.
- Acudir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados no son suficientes para garantizar la seguridad y salud en el trabajo.

d. DEBERES PROFESIONALES

Puesto que los delegados de prevención son representantes de los trabajadores, les son también aplicables las garantías establecidas para éstos en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores 2015, fundamentalmente las que se refieren al ejercicio de sus funciones con absoluta independencia, disponibilidad de un crédito horario retribuido para el desarrollo de sus cometidos, así como garantías específicas en caso de imposición de sanciones (apertura de expediente contradictorio) o frente al despido (prioridad de permanencia en la empresa, presunción de nulidad del despido adoptado

durante el ejercicio de sus funciones o durante el año posterior, etc.). Por otra parte, el empresario deberá proporcionarles los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones. El tiempo dedicado a la formación se considerará como tiempo de trabajo efectivo.

Los delegados de prevención, en tanto que representantes, deben guardar sigilo sobre la información confidencial (balances y cuentas de resultados, contrataciones, estrategias empresariales, etc.) a la que tengan acceso como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

3. COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

a. CONCEPTO

El Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales. Debe estar formado por los Delegados de Prevención y por el empresario y/o sus representantes en número igual a los Delegados de Prevención. La ley indica cuándo se debe constituir y el número de componentes que debe tener. Se reunirá trimestralmente y siempre que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo.

El Comité de Seguridad y Salud es el órgano de participación interno de la empresa para una consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. Su función es facilitar el intercambio de criterios de las partes que forman el comité.

En consecuencia, la participación de los trabajadores en todas las cuestiones relativas a la protección de su salud en el trabajo es un derecho de los mismos y a la vez una obligación del empresario intrínseca a su deber de protección.

El Comité de Seguridad y Salud es un órgano paritario y colegiado de participación y se constituye en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.

Está formado, con el mismo número de miembros de cada parte; por una los delegados de prevención y por la otra el empresario y/o sus representantes.

El Comité se debe reunir como mínimo de forma trimestral, y en cualquier caso cuando lo solicite alguna de las dos partes que lo componen, y deberá adoptar sus propias normas de funcionamiento.

Las partes que forman el Comité podrán solicitar que técnicos de su confianza ajenos a la empresa, otros Delegados/as Sindicales o trabajadores/as con especial cualificación o información participen con voz y sin voto en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud.

Aquellas empresas que tengan varios centros de trabajo que cuenten con un Comité, podrán constituir un Comité Intercentros.

En situaciones de concurrencia de actividades empresariales o empresas que desarrollen su actividad en un mismo centro de trabajo, 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 pueden acordar la realización de reuniones conjuntas u otras medidas de actuación coordinada, cuando por los riesgos existentes en el centro de trabajo que incidan en la concurrencia de actividades, se considere necesaria la consulta para analizar si los medios de coordinación establecidos por las empresas son eficaces o para proceder a su actualización.

b. FUNCIONES

El artículo 39 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, regula las funciones y facultades del Comité de Seguridad y Salud, que se concretan en las siguientes:

- Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de la empresa. A tal efecto, en su seno se debatirán, y en concreto, lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos:
 - los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías,
 - la organización y desarrollo de las actividades de protección y prevención,
 - proyecto y organización de la formación en materia preventiva.

- Promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o corrección de las deficiencias existentes.
- Conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo, realizando a tal efecto las visitas que estime oportunas.
- Conocer cuántos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los procedentes de la actividad del servicio de prevención, en su caso.
- Conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas.
- Conocer e informar la memoria y programación anual de los servicios de prevención.
- Otras funciones que el propio Comité establezca.

El inspector actuante, en su visita al centro de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, se acompañará del empresario o su representante legal, del Comité de Seguridad y Salud, Delegado de prevención o, en su ausencia, de los representantes legales de los trabajadores, a menos que considere que esto pueda perjudicar el éxito de sus funciones inspectoras.

En consecuencia, los Comités tienen igualmente el derecho y la obligación de colaborar con la Inspección de Trabajo en su labor inspectora sobre las medidas de prevención adoptadas por el empresario.

Si el Inspector de Trabajo ordenase la paralización de los trabajos que a su juicio puedan suponer un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores por falta o insuficiencia de prevención de riesgos laborales, la empresa responsable tendrá la obligación de ponerlo en inmediato conocimiento del Comité de Seguridad y Salud.

XI. MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN PROPIOS

El empresario deberá constituir un servicio de prevención propio cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a. Que se trate de empresas que cuenten con más de 500 trabajadores.
- b. Que, tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anexo I.
- c. Que, tratándose de empresas no incluidas en los apartados anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de esta disposición.

Teniendo en cuenta las circunstancias existentes, la resolución de la autoridad laboral fijará un plazo, no superior a un año, para que, en el caso de que se optase por un servicio de prevención propio, la empresa lo constituya en dicho plazo. Hasta la fecha señalada en la resolución, las actividades preventivas en la empresa deberán ser concertadas con una entidad especializada ajena a la empresa, salvo de aquellas que vayan siendo asumidas progresivamente por la empresa mediante la designación de trabajadores, hasta su plena integración en el servicio de prevención que se constituya.

El número de técnicos que componen los Servicios de Prevención Propios varía en función del tamaño de la plantilla, el sector y el servicio que prestan (por ejemplo, si es mancomunado). Suele, está formado por más de cinco personas en un 29,3% de las empresas, aunque también es habitual que solo cuente con una persona (26,2%) que desarrolla funciones de nivel intermedio (13,1%) o de nivel superior (10,8%). La especialidad más frecuentemente externalizada por estos servicios de prevención propios es la vigilancia de la salud, prácticamente por unanimidad, seguida de la higiene y, en menor medida, los riesgos psicosociales. Consecuentemente, las actividades más demandadas a servicios de prevención ajenos se corresponden con estas especialidades y con el sector y tipo de negocio o actividad principal a que se dedican las empresas.

Los reconocimientos médicos son ampliamente contratados por casi todas las empresas a un servicio ajeno, así como las mediciones especializadas de higiene industrial (por ejemplo, de sustancias químicas). A partir de ahí, el abanico de servicios externalizados se extiende en función de las empresas, abarcando una casuística variada desde los planes de actuación ante emergencias, la elaboración de planes de

autoprotección y los planes y actividades de formación hasta los planes de movilidad, las campañas de sensibilización y, desde luego, la evaluación del riesgo psicosocial, las auditorías y la certificación del sistema de gestión.

Además de las que establece la ley y las que son condicionadas por la naturaleza de la actividad de la empresa o grupo, las principales actividades que realiza el Servicio de Prevención Propio o Mancomunado se refieren a:

- La actualización y difusión del Plan de Prevención a todos los niveles de la empresa.
- La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y a la salud de los trabajadores.
- La planificación de la actividad preventiva.
- La formación e información de los trabajadores.
- La coordinación de las actividades preventivas cuando existen diferentes sujetos que intervienen en los procesos productivos.
- El asesoramiento general a la dirección de las empresas y a los mandos intermedios en las funciones que les corresponden en materia preventiva.
- La colaboración y asesoramiento a los jefes de obra en la redacción de los planes de seguridad de las obras
- Los controles periódicos y vigilancia sobre el grado y eficacia de la implementación de los planes de seguridad, informando de los resultados obtenidos y corrigiendo y mejorando los procesos de aplicación de la prevención.
- La gestión de las auditorías.
- Las relaciones con las administraciones laborales

2. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS

a. CONCEPTO

El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos, que colaborarán entre sí cuando sea necesario, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurran las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio.

b. Que en el supuesto a que se refiere el párrafo c del artículo 14 no se haya optado por la constitución de un servicio de prevención propio.

c. Que se haya producido una asunción parcial de la actividad preventiva en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 y en el apartado 4 del artículo 15 de la presente disposición.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, los representantes de los trabajadores deberán ser consultados por el empresario con carácter previo a la adopción de la decisión de concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.1.a de la indicada Ley, los criterios a tener en cuenta para la selección de la entidad con la que se

vaya a concertar dicho servicio, así como las características técnicas del concierto, se debatirán, y en su caso se acordarán, en el seno del Comité de Seguridad y Salud de la empresa.

b. REQUISITOS

Los Servicios de Prevención Ajenos, son entidades especializadas y deberán reunir los siguientes requisitos:

- Disponer de la organización, instalaciones, personal y equipo necesarios para el desempeño de su actividad.
- Constituir una garantía que cubra su eventual responsabilidad (200 millones de pesetas art. 23 RD 39/1997).
- No mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de Prevención y que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 22.
- Asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que hubieran concertado.
- Para actuar como servicio de prevención ajeno, las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la administración laboral, previa aprobación de la administración sanitaria, en cuanto a los aspectos de carácter sanitario. La acreditación se dirigirá a garantizar el cumplimiento de los requisitos de funcionamiento

Los servicios de prevención externos constituyen el recurso o modalidad preventiva más extendida entre las empresas españolas para gestionar la salud y seguridad en el trabajo: más de la mitad (58,3%) lo tienen como único recurso y casi tres cuartas partes lo utilizan solo o combinado con otras modalidades. Casi la totalidad de las empresas que han optado por el servicio de prevención ajeno tiene contratado con este servicio una o varias especialidades preventivas (96,2%) y más de la mitad tienen contratadas las cuatro especialidades (51,6%).

Su “nacimiento” tuvo lugar con la aprobación de la Ley 31/1995, transponiendo la Directiva Marco 89/391/CE. En aquel momento, solo las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Matepss) cumplían una labor relativamente asimilable (o, al menos, disponían de medios técnicos) a las exigencias que demandaba el nuevo marco normativo.

La LPRL habilitó a las Matepss para cumplir una función preventiva en el nuevo escenario, algo “insólito en el panorama europeo, donde solo existen empresas con capital privado en este sector que asumen el papel de cobertura del riesgo profesional y cobran directamente una prima a la empresa cliente”. Esto quiere decir que la LPRL “proporcionó al sistema de aseguramiento, a través de las mutuas, la posibilidad de participar directamente en el sistema de gestión, actuando como Servicios de Prevención Ajenos, si bien posteriormente fue necesario deslindar claramente ambas funciones, lo que se llevó a cabo mediante el Real Decreto 688/2005”

Es decir, mantuvieron durante unos años una doble función, por una parte como entidades públicas colaboradoras de la Seguridad Social y, por otra, como empresas privadas con ánimo de lucro operando en el recién estrenado mercado de la prevención, que englobaba la prestación de servicios en especialidades médicas y técnicas y otros productos como investigación, formación, etc. En el “ínterin”, desde la aparición de la LPRL, el sector de servicios de prevención ajenos comenzó a desarrollarse, desplegando una activa presencia, particularmente entre las pequeñas y medianas empresas que se

veían obligadas a cumplir con unos requisitos legales para organizar la prevención en su empresa a los que no estaban habituadas y para los que no se encontraban preparadas.

La “reforma” del sistema de 2005 supuso que las Matepss debían segregar su actividad de prevención -lo que hicieron creando las Sociedades de Prevención-, estableciendo una contabilidad independiente para las dos entidades y la obligación de pagar una cantidad si querían hacer uso de los recursos desinados a su actividad como ente colaborador de la Seguridad Social.

La práctica de las empresas es contratar parcialmente actividades específicas de prevención con el servicio de prevención ajeno, particularmente la elaboración del Plan de prevención, la planificación de la actividad preventiva, la evaluación de riesgos y sus actualizaciones, la información y la formación de los trabajadores.

La LPRL establece en su artículo 30 que “el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad [la prevención], constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa”, dejando en el mismo plano de igualdad ambas opciones, es decir, la gestión interna de la prevención o la externalización de la misma.

c. FUNCIONES

El SPA que actúe como servicio de prevención ha de realizar dos funciones, una de asesoramiento tanto al empresario, como a los trabajadores y sus representantes, y a los órganos de representación especializados (Comité de Seguridad y Salud), y otra que

implica la ejecución de las actividades preventivas . Siempre y cuando se hubieran concertado entre empresa y SPA, los servicios de prevención ajenos deben asumir directamente las siguientes funciones:

- Diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa.

- La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores.

- La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia.

- La información y formación de los trabajadores.

- La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.

- La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.

d. CONTRATO O CONCIERTO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LA EMPRESA Y EL SPA

El Contrato o Concierto de los servicios entre la empresa y un SPA, debe incluir, como mínimo, los siguientes aspectos:

-Identificación de la entidad especializada que actúa como servicio de prevención ajeno a la empresa.

-Identificación de la empresa destinataria de la actividad, así como de los centros de trabajo de la misma a los que dicha actividad se contrae.

-Aspectos de la actividad preventiva a desarrollar en la empresa, especificando las actuaciones concretas, así como los medios para llevarla a cabo.

-Actividad de vigilancia de la salud de los trabajadores, en su caso.

-Duración del concierto.

-Condiciones económicas del concierto.

e. PROCEDIMIENTO Y SOLICITUD DE ACREDITACIÓN COMO SPA

El procedimiento administrativo (solicitud, documentación, plazos, etc.) de acreditación para actuar como servicio de prevención ajeno está sujeto a lo dispuesto en el Art. 25, RD 39/1997, de 17 de enero, así como en el RD 843/2011, de 17 de junio, en cuanto a los aspectos de carácter sanitario.

Las entidades especializadas que pretendan ser acreditadas como servicios de prevención deberán formular solicitud ante la Autoridad laboral competente del lugar en donde radiquen sus instalaciones principales haciendo constar los datos enunciados en el Art. 23 ,RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

En cuanto a los aspectos de carácter sanitario se estará a lo establecido en el Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

3. TRABAJADORES DESIGNADOS

La figura del trabajador o trabajadores designados constituye una modalidad organizada en un 15% de las empresas, según la ENGE-2009. Normalmente, comparte su actividad con otras modalidades, generalmente el servicio de prevención externo. S suele designar un solo trabajador o trabajadora en el 77% de los centros de trabajo que han optado por esta modalidad. En cuatro de cada cinco centros de trabajo de empresas pequeñas (menos de 50 trabajadores), se designa a un solo trabajador. La escasa presencia de esta modalidad, particularmente en las pequeñas empresas, donde podría ser más valorada, parece justificarse por la dificultad de encontrar perfiles dispuestos a aceptar la función preventiva, bien objetivamente, bien por la falta de incentivos.

El empresario designará a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa.

Las actividades preventivas para cuya realización no resulte suficiente la designación de uno o varios trabajadores deberán ser desarrolladas a través de uno o más servicios de prevención propios o ajenos.

No será obligatoria la designación de trabajadores cuando el empresario:

- Haya asumido personalmente la actividad preventiva.
- Haya constituido un servicio de prevención propio.
- Hay recurrido a un servicio de prevención ajeno.

Características:

El número de trabajadores designados, así como los medios que el empresario ponga a su disposición y el tiempo de que dispongan para el desempeño de su actividad, deberán ser los necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones.

Para el desarrollo de la actividad preventiva, los trabajadores designados deberán tener la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar.

4. SERVICIOS DE PREVENCIÓN MANCOMUNADOS

Artículo 21 RD 39/1997, modificado por R.D. 337/2010). Según el articulado:

Podrán constituirse servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo,

edificio o centro comercial, siempre que quede garantizada la operatividad y eficacia del servicio en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 15 de esta disposición.

Por negociación colectiva o mediante los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores, o, en su defecto, por decisión de las empresas afectadas, podrá acordarse, igualmente, la constitución de servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial o que desarrollen sus actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada.

Las empresas que tengan obligación legal de disponer de un servicio de prevención propio no podrán formar parte de servicios de prevención mancomunados constituidos para las empresas de un determinado sector, aunque sí de los constituidos para empresas del mismo grupo.

En el acuerdo de constitución del servicio mancomunado, que se deberá adoptar previa consulta a los representantes legales de los trabajadores de cada una de las empresas afectadas en los términos establecidos en el artículo 33 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deberán constar expresamente las condiciones mínimas en que tal servicio de prevención debe desarrollarse.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.1.a de la indicada Ley, las condiciones en que dicho servicio de prevención debe desarrollarse deberán debatirse, y en su caso ser acordadas, en el seno de cada uno de los comités de seguridad y salud de las empresas afectadas.

Asimismo, el acuerdo de constitución del servicio de prevención mancomunado deberá comunicarse con carácter previo a la autoridad laboral del territorio donde

radiquen sus instalaciones principales en el supuesto de que dicha constitución no haya sido decidida en el marco de la negociación colectiva.

Dichos servicios, tengan o no personalidad jurídica diferenciada, tendrán la consideración de servicios propios de las empresas que los constituyan y habrán de contar con, al menos, tres especialidades o disciplinas preventivas. Para poder constituirse, deberán disponer de los recursos humanos mínimos equivalentes a los exigidos para los servicios de prevención ajenos de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento y en sus disposiciones de desarrollo. En cuanto a los recursos materiales, se tomará como referencia los que se establecen para los servicios de prevención ajenos, con adecuación a la actividad de las empresas. La autoridad laboral podrá formular requerimientos sobre la adecuada dotación de medios humanos y materiales.

La actividad preventiva de los servicios mancomunados se limitará a las empresas participantes.

El servicio de prevención mancomunado deberá tener a disposición de la autoridad laboral y de la autoridad sanitaria la información relativa a las empresas que lo constituyen y al grado y forma de participación de las mismas.

5. PRESENCIA EN EL CENTRO DE TRABAJO DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS

La presencia en el centro de trabajo de recursos preventivos del empresario para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos, será necesaria:

Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados durante el desarrollo de los procesos o actividades, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso un control específico de la correcta aplicación de los métodos de trabajo.

Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales (ver artículo 22 bis.1.b) del R.D. 39/1997).

Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

Podrán ser recursos preventivos los siguientes:

- Uno o varios trabajadores designados de la empresa.
- Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa.
- Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa.

No obstante, el empresario podrá asignar la presencia de recursos preventivos de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos,

la cualificación y la experiencia necesarios y cuenten con la formación preventiva correspondientes, como mínimo a las funciones de nivel básico.

La presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo se considera también como uno de los medios de coordinación empresarial establecidos por la normativa en prevención de riesgos laborales. La forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos quedará determinada en la planificación de la actividad preventiva debiéndose facilitar a los trabajadores los datos necesarios para permitirles la identificación de los recursos preventivos designados por el empresario

Cuando existan empresas concurrentes en el centro de trabajo que realicen las operaciones que exijan la presencia de recursos preventivos, la obligación de designarlos recaerá sobre la empresa o empresas que realicen dichas operaciones o actividades, en cuyo caso y cuando sean varios dichos recursos preventivos deberán colaborar entre sí y con el resto de los recursos preventivos y persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas del empresario titular o principal del centro de trabajo.

XII. COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. REQUISITOS

La normativa establece que cuando diversas empresas comparten un centro de trabajo el empresario principal tiene un deber de vigilancia del cumplimiento de la

normativa preventiva respecto de las empresas contratistas y sus subcontratas. También se establecen medidas para asegurar que se pueda ejercer el derecho de representación de todos los trabajadores, para exigir prevención. El sector de la construcción tiene, en este tema, una normativa particular.

Cada día es más frecuente que en los centros de trabajo estén presentes más de una empresa. Cuando ninguna de las empresas ejerce el control de los posibles riesgos que se dan por la interferencia de actividades, se produce una elevada siniestralidad.

Este Real Decreto 171/2004, define los conceptos de "centro de trabajo", "empresario titular del centro de trabajo" y "empresario principal".

a. Centro de trabajo: cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo.

b. Empresario titular del centro de trabajo: la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.

c. Empresario principal: el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo.

El contenido del artículo 24 de la Ley 31/95, en el que se basa el RD 171/04, dispone que:

- Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre

prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

- El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

- Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

- Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.

- 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.

Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente.

2. OBJETIVOS

La coordinación de actividades empresariales para la prevención de los riesgos laborales deberá garantizar el cumplimiento de los siguientes objetivos:

La aplicación coherente y responsable de los principios de la acción preventiva establecidos en el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.

La aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.

El control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, en particular cuando puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves o cuando se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores.

La adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención.

3. RESPONSABLE DE LA COORDINACIÓN

Para cumplir con el deber de coordinación de los empresarios concurrentes en el centro de trabajo, éstos establecerán los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios. Al establecer estos medios se tendrá en cuenta el grado de peligrosidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, número de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo y la duración de la concurrencia de las actividades desarrolladas por tales empresas.

Se puede presentar una lista no exhaustiva de estos medios, sin perjuicio de cualesquiera otros que puedan establecer las empresas concurrentes en el centro de trabajo, o que se puedan establecer mediante negociación colectiva o sean establecidos por normativa de prevención de riesgos laborales para determinados sectores y actividades, se consideran medios de coordinación cualquiera de los siguientes:

A. El intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes.

B. La celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes.

C. Las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención.

D. La impartición de instrucciones.

E. El establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación.

F. La presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes.

G. La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.

La iniciativa para establecer los medios de coordinación corresponderá al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en éste o, en su defecto, al empresario principal. Estos medios de coordinación deberán actualizarse cuando no resulten adecuados para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la coordinación de actividades, reflejados al principio del presente modulo. Una vez establecidos los medios de coordinación, el empresario debe informar de ellos a los trabajadores.

Si los medios de coordinación establecidos son recursos preventivos en el centro de trabajo o la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de actividades empresariales, se facilitarán a los trabajadores los datos necesarios para permitirles su identificación.

Las funciones de la persona o personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas son las siguientes:

Favorecer el cumplimiento de:

1. La aplicación coherente y responsable de los principios de la acción preventiva establecidos en el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.

2. La aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo.

3. El control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo, en particular cuando puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves o cuando se desarrollen en el centro de trabajo actividades incompatibles entre sí por su incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores.

4. La adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y las medidas aplicadas para su prevención.

Servir de cauce para el intercambio de las informaciones que deben intercambiarse las empresas concurrentes en el centro de trabajo.

Cualesquiera otras encomendadas por el empresario titular del centro de trabajo.

La persona o personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas deberán estar presentes en el centro de trabajo durante el tiempo que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones. Para el ejercicio correcto de la coordinación de actividades preventivas, la persona encargada de la misma, tendrá las siguientes facultades:

Conocer las informaciones que deben intercambiarse las empresas concurrentes en el centro de trabajo, así como cualquier otra documentación de carácter preventivo que sea necesaria para el desempeño de sus funciones.

El acceso a cualquier zona del centro de trabajo.

Impartir a las empresas concurrentes las instrucciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Proponer a las empresas concurrentes la adopción de medidas para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores presentes.

Es de vital importancia, y de obligado cumplimiento, que la persona encargada de la coordinación de actividades preventivas deberá contar con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones de nivel intermedio.

4. MEDIDAS EN CASO DE CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS

El RD 171/2004 de coordinación de actividades empresariales, en el Capítulo II se regulan los supuestos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, regulándose, en primer lugar, el deber de cooperar, que implica para las empresas concurrentes informarse recíprocamente antes del inicio de las actividades en el mismo centro de trabajo sobre los riesgos específicos de tales actividades que puedan afectar a

los trabajadores de las demás empresas. A esto se une la transmisión de tales informaciones, pues el deber de cooperar se completa con la información que cada empresario ha de dar a sus respectivos trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo.

¿Cuándo se hace necesario el deber de cooperación?

- Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, estas deberán cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en la forma que se establece en este capítulo. 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.

- Las empresas del párrafo 1 deben informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro, en particular sobre aquellos que puedan verse agravados o modificados por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades. La información deberá ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes que sea relevante a efectos preventivos y cuando se haya producido una situación de emergencia. La información se facilitará por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves. Cuando, como consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes, se produzca un accidente de trabajo, el empresario deberá informar de aquél a los demás empresarios presentes en el centro de trabajo.

- Los empresarios a que se refiere el párrafo 1 deberán comunicarse de inmediato toda situación de emergencia susceptible de afectar a la salud o la seguridad de los trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo.

- La información a que se refiere el párrafo 2 debe ser tomada en cuenta por los empresarios concurrentes en el centro de trabajo en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva a las que se refiere el art. 16 de la LPRL . Para ello, los empresarios habrán de considerar los riesgos que, siendo propios de cada empresa, surjan o se agraven precisamente por las circunstancias de concurrencia en que las actividades se desarrollan.

- Cada empresario deberá informar a sus trabajadores respectivos de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo en los términos previstos en el art.18 LPRL.

5. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS EN UN CENTRO DE TRABAJO DEL QUE UN EMPRESARIO ES TITULAR

Las medidas que debe adoptar el empresario titular del centro de trabajo, además de cumplir las medidas que se establecen en el apartado de “Concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo” cuando sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo, deberá adoptar, en relación con los otros empresarios concurrentes, las medidas que se establecen a continuación:

Información del empresario titular, éste deberá informar:

- A los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar.

- La información deberá ser suficiente y habrá de proporcionarse antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo que sea relevante a efectos preventivos.

- La información se facilitará por escrito cuando los riesgos propios del centro de trabajo sean calificados como graves o muy graves.

Instrucciones del empresario titular:

- Recibida la información, el empresario titular del centro de trabajo, cuando sus trabajadores desarrollen actividades en él, dará al resto de empresarios concurrentes instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia.

- Las instrucciones deberán ser suficientes y adecuadas a los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y a las medidas para prevenir tales riesgos.

- Las instrucciones han de proporcionarse antes del inicio de la actividad y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes que sea relevante a efectos preventivos.

- Las instrucciones se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes sean calificados como graves o muy graves.

En cuanto a las medidas que deben adoptar los empresarios concurrentes:

- Los empresarios que desarrollen actividades en un centro de trabajo del que otro empresario es titular, tendrán en cuenta la información recibida de éste en la evaluación de los riesgos y en la planificación de la actividad preventiva a las que se refiere el art. 16 LPRL.

- Las instrucciones a que se refiere el art. anterior dadas por el empresario titular del centro de trabajo deberán ser cumplidas por los demás empresarios concurrentes.

- Los empresarios concurrentes deberán comunicar a sus trabajadores respectivos la información y las instrucciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo en los términos previstos en el art. 18 de la LPRL.

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.

**6. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES DE VARIAS EMPRESAS
EN UN CENTRO DE TRABAJO CUANDO EXISTE UN EMPRESARIO
PRINCIPAL**

En el deber de vigilancia del empresario principal se establece que:

-El empresario principal además de cumplir las medidas establecidas en los supuestos anteriores, deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de PRL por parte de las empresas contratistas o subcontratistas correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo.

-Antes del inicio de la actividad en su propio centro de trabajo, exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado, para las obras y servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva. Estas acreditaciones deberán ser exigidas por la empresa contratista para su entrega al empresario principal, cuando subcontrata con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio.

-El empresario principal deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas.

Lo dispuesto en este anteriormente se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 42.3 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

XIII. ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIOLABORAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En este campo, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las Comunidades Autónomas desarrollan un conjunto de actuaciones que tienen como objeto la prevención de los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales y el estímulo y desarrollo de los conocimientos y actividades de los empresarios y trabajadores sobre los riesgos laborales y sus consecuencias.

La actuación preventiva se desarrolla a través de las acciones o medidas siguientes:

- Elaboración normativa.
- Actuación de vigilancia y control.
- Actuación sancionadora.
- Actuación de promoción de la prevención.
- Realizar programas permanentes de información y formación con las asociaciones más representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales.

Elaboración normativa

Mediante la elaboración de la normativa de prevención de riesgos laborales, entre otras, sobre:

El trabajo

Regulan los sistemas de organización de la prevención de los riesgos laborales en las empresas.

Definen las responsabilidades, derechos y obligaciones que en relación con esta materia corresponden a las personas, organizaciones e instituciones que intervienen o forman parte del mundo laboral.

Definen el adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo.

Ambiente de trabajo

Determinan los niveles máximos o mínimos de exposición según el caso de:

- Agentes químicos.
- Agentes biológicos.
- Nivel de ruido.
- Nivel de vibraciones.
- Temperatura y humedad.

-Iluminación.

-Radiaciones.

-Otros.

Lugares de trabajo

Establecen sus condiciones constructivas, el orden, la limpieza y mantenimiento, la señalización, las instalaciones de servicio y protección, las condiciones ambientales, la iluminación, los servicios higiénicos y los locales de descanso, el material y los locales de primeros auxilios.

Maquinaria e instalaciones

Establecen sus condiciones de utilización y las medidas necesarias a adoptar por el empresario para que los equipos de trabajo (máquinas, aparatos, instrumentos o instalaciones utilizados en el trabajo) que se pongan a disposición de los trabajadores sean adecuados al trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados al mismo, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizar dichos equipos de trabajo.

Señalización de seguridad y salud en el trabajo

Determina qué señalización referida a un objeto, actividad o situación proporciona una indicación o una obligación relativa a la seguridad o la salud en el trabajo mediante una señal en forma de panel, un color, una señal luminosa o acústica, una comunicación verbal o una señal gestual, según proceda.

Actuación de vigilancia y control

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social efectúa las funciones de vigilancia, información, asesoramiento y fiscalización en todo lo relativo al cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de los servicios de prevención.

Si la inobservancia de la normativa implicara un riesgo grave e inminente, la Inspección podrá ordenar la paralización inmediata de los trabajos.

La actuación de la misma será por propia iniciativa, por denuncia, por petición razonada de otros órganos, o por mandato superior.

Los funcionarios públicos, técnicos de prevención de riesgos laborales, dependientes de las Comunidades Autónomas, así como los del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el caso de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, desarrollarán las funciones de comprobación y control en las empresas y centros de trabajo referidas a las condiciones de trabajo materiales o técnicas de seguridad y salud, conforme al artículo 9.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en el marco de colaboración pericial y asesoramiento técnico a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Actuación sancionadora

Las autoridades laborales podrán imponer sanciones administrativas a las empresas infractoras hasta una cuantía máxima de 819.780 euros, dependiendo de la

gravedad y reincidencia de la infracción, así como, en caso de excepcional gravedad, acordar la suspensión de las actividades laborales o el cierre del centro de trabajo.

Cuando las sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves sean firmes, el órgano competente que dictó la primera resolución en el procedimiento sancionador, ordenará que se haga pública la sanción impuesta en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el correspondiente ámbito de competencia. La publicación incluirá, al menos, los siguientes datos: nombre o razón social, domicilio, Documento Nacional de Identidad o Código de Identificación Fiscal de la empresa, la infracción cometida y la sanción económica impuesta, incluyendo la cuantía de la misma. El órgano competente incorporará dichos datos a un registro de consulta pública que habrá de habilitarse en cada una de las Administraciones competentes. Los datos correspondientes a las resoluciones sancionadoras se cancelarán a los cinco años, a contar desde el día de su publicación.

Acciones de promoción de la prevención

Son desarrolladas tanto por la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus correspondientes competencias.

En el ámbito del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, son desarrolladas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, como el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado, a través de las siguientes líneas:

Estudio e investigación

Desarrollo de estudios en materia de análisis y explotación de datos de siniestralidad.

Estudio y propuesta de nuevos sistemas de comunicación de accidentes de trabajo.

Realización de encuestas periódicas de condiciones de trabajo.

Diseño y explotación de bases de datos de exposición laboral.

Desarrollo de estudios de evaluación de la eficacia y del impacto económico y social de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Establecimiento de indicadores para el análisis sistemático de las relaciones entre seguridad y salud en el trabajo, economía, empleo, organización del trabajo y su evolución.

Participación en programas y proyectos de investigación, en materia de prevención de riesgos laborales, de la UE y de otros organismos internacionales.

Programas sectoriales de investigación aplicada.

Promoción

Actuación como «Centro de Referencia Nacional» en materia de información sobre seguridad y salud en el trabajo, facilitando el intercambio de información, en esta materia, con la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, la Agencia Europea y otras instancias con competencias en la materia.

Mantenimiento de un sistema de atención a consultas.

Desarrollo de un programa editorial anual.

Diseño e impartición de formación especializada.

Diseño y desarrollo de ayudas pedagógicas específicas.

Promoción y apoyo de la integración de la prevención de riesgos laborales en todos los niveles de la enseñanza.

Desarrollo de programas de publicidad/comunicación/sensibilización.

Desarrollo de actividades divulgativas especializadas.

Facilita el libre acceso de los ciudadanos a las actividades de servicios del INSHT a través de su página web. Estando presente en las redes sociales (blog, twitter, etc.).

Apoyo técnico

Colaboración en los programas anuales de desarrollo legislativo de la UE.

Definición y desarrollo de programas anuales de participación en grupos de normalización internacional, europea y nacional.

Ejercer el secretariado de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, facilitando el apoyo técnico y administrativo que ésta necesite.

Implantación de sistemas de aseguramiento de la calidad en los laboratorios de higiene industrial.

Realización de actividades relacionadas con el proceso de acreditación de laboratorios especializados en el análisis de fibras de amianto.

Actuación como entidad especializada en materia de certificación y ensayo de equipos de protección individual y máquinas.

Definición de programas de actuación para la realización de auditorías de los sistemas de prevención de riesgos laborales de la Administración General del Estado.

Prestación de asistencia técnica que requieran las entidades implicadas en la prevención de riesgos laborales en España, para la implantación de programas de control y mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Destaca el apoyo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y la Secretaría de Estado de

Seguridad Social (SESS), sin olvidar la colaboración con el resto de los Departamentos de la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas. En los programas de cooperación también se incluyen acciones con las organizaciones sindicales y empresariales y con instituciones de formación profesionales (universidades, etc.). Los programas, que por lo general engloban diferentes proyectos, conllevan el envío de expertos, la recepción de personal técnico contraparte y el intercambio de información y documentación.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo pone a disposición de los ciudadanos, empresas, agentes sociales e instituciones públicas y privadas toda la información sobre los servicios que presta el INSHT mediante la carta de servicios 2015-2018.

Actuaciones de las Administraciones Laborales de las Comunidades Autónomas

Como responsables de la ejecución de la legislación laboral las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas realizan, en su ámbito territorial, funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control y, en su caso, sanción. Gran parte de estas actividades son desarrolladas a través de órganos técnicos especializados.

Además, a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas les compete la concesión de las acreditaciones a las entidades que pretendan desarrollar actividades como servicios de prevención ajenos y autorizar a las entidades que pretendan desarrollar las actividades auditoras de prevención.

Actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria

Las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria referentes a la salud laboral se llevarán a cabo a través de las siguientes acciones:

El establecimiento de medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de prevención actuantes.

La implantación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como hacer posible un rápido intercambio de información.

La supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados.

La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores.

XIV. ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. MARCO LEGISLATIVO

La Directiva Marco 89/391/CEE está fuertemente influenciada por las Recomendaciones 155 y 161 de la OIT. Los servicios de prevención de riesgos

laborales se encuentran regulados en el artículo 7, bajo el título Servicios de protección y de Prevención, de la siguiente manera:

“El empresario designará a uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales de la empresa. Si las competencias en la empresa y/ o establecimiento [(sic) centro de trabajo] son insuficientes para organizarlas, el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la compañía. Habida cuenta del carácter de sus actividades y tamaño, los Estados miembros podrán definir las categorías de las compañías en las cuales el empresario, si tiene las capacidades necesarias, podrá asumir personalmente las funciones previstas”.

De la lectura de este artículo se desprende que la Directiva Marco propuso a los ordenamientos jurídicos nacionales tres modalidades básicas para la organización y realización de las actividades preventivas en la empresa, con el fin de que fueran respetadas en la transposición de la norma europea:

- Los trabajadores de la compañía, designados por el empresario.
- El propio empresario.
- Una persona o servicio externo.

La Directiva Marco no precisa qué requisitos deben concurrir para que se aplique una solución u otra.

Han sido y son las legislaciones nacionales de los Estados miembros las que establecen en qué supuestos se organiza la actividad preventiva dentro de la propia empresa, y en cuáles se recurre a un servicio externo. No es de extrañar, por lo tanto, que la regulación que se ha hecho de esta materia por parte de los Estados miembros presente diferencias significativas.

Otra contribución al objeto de este estudio ha sido realizada por la CEOE a través de la Acción Directa AD-0010/2011, “Estudio de Benchmarking sobre prevención de riesgos laborales: aplicación de la Directiva Marco en los Estados miembros de la UE”, con la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (FPRL) en la convocatoria del ejercicio 2010, y que continuó un proyecto anterior (Acción DI- 0022/2009) denominado “Trabajos preparatorios para la realización de un estudio de Benchmarking sobre Buenas Prácticas en Prevención de Riesgos Laborales”, también con la financiación de la FPRL. En el estudio de la CEOE se ha procedido a analizar la situación de la gestión de la salud y seguridad en el trabajo en 10 países de la UE, incluyendo España, sobre la base de respuestas de empresas localizadas en esos países a cuestionarios homogéneos, además de otras técnicas de investigación. Las conclusiones más relevantes respecto a las modalidades de prevención en otros países de la UE son las siguientes:

- Según las respuestas a los cuestionarios recibidas, en algunos países (Austria, Reino Unido y Suecia) existe una capacidad de elección de la estructura organizativa de la prevención en la empresa, mientras que en Alemania y Bélgica esta capacidad de elección está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos.

Los factores que condicionan la elección de una determinada estructura productiva son varios: el tamaño de la empresa (Italia, España, Polonia, Rumanía), el sector de actividad (Italia, Polonia, Rumanía), la confluencia de riesgos especialmente peligrosos (España, Italia, Polonia, Rumanía) o el índice de siniestralidad (Italia, Rumanía).

- Respecto a las modalidades de organización de la prevención, según el informe sólo Bélgica y Polonia tienen en su ordenamiento jurídico las mismas modalidades (cinco) de posible organización de la prevención en la empresa. Según los resultados de este estudio, en Alemania, Austria y Suecia no existe obligación legal de constituir en las empresas un sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales (quizás debiera aquí contextualizarse mejor la definición de “legal” en esos países).

Parece desprenderse una tendencia general hacia una internalización de las obligaciones preventivas por parte de la empresa. Las legislaciones en la mayoría de los países se orientan hacia una utilización predominante de los recursos propios para realizar las tareas centrales de la prevención, es decir, el planeamiento de la seguridad y la evaluación de riesgos. Esta orientación se promueve en la medida de lo técnicamente posible, es decir, si la empresa y/o el empresario poseen internamente las capacidades y medios necesarios para llevarla a cabo.

Este enfoque, alineado con el espíritu y las orientaciones contempladas en la Directiva Marco, se desprende de la situación en Alemania, Austria, Países Bajos, Italia y Reino Unido.

Los requisitos y criterios para la implementación de las obligaciones preventivas varían, en intensidad y extensión, de un país a otro, junto con las obligaciones que lleva aparejadas. Algunos países (Alemania, Dinamarca) establecen ratios mínimos de tiempo de “atención” o dedicación a la salud de o por cada trabajador, combinando criterios de tamaño de plantilla, valoración del grupo o nivel de riesgo de la actividad a la que se dedica la empresa o el centro de trabajo, con otros más aritméticos basados en la aplicación de coeficientes.

En la gran mayoría de países se establecen requisitos de asistencia profesional y especializada en seguridad y salud, mediante expertos y médicos del trabajo. La casuística respecto a las tareas concretas que los servicios externos pueden o deben realizar es amplia y variada, aunque las especialidades a cubrir (seguridad, ergonomía, vigilancia de la salud,...) coinciden en gran medida.

La tendencia coincide respecto a las empresas de tamaño grande. Estas han implementado sus propios sistemas o servicios de prevención, obligadas en muchos

casos por la legislación que establece un número mínimo de trabajadores a partir del cual debe organizarse un servicio propio.

Además de las variantes existentes en España (por encima de 500 trabajadores, o de 250 haciendo frente a determinados riesgos), lo mismo ocurre con los umbrales establecidos en Portugal para más de 400 trabajadores; en Bélgica, para más de 1.000, o en Italia, para más de 200. En Francia, el umbral de plantilla mínimo se establece en más de 500 trabajadores, denominándose servicios de prevención “autónomos”.

La característica primordial de estos servicios de prevención propios es su singularidad: se organizan e implementan conforme a las necesidades de la empresa o grupo.

En este sentido, poseen un alto grado de autonomía, si bien deben cumplir también con las especificaciones de información y documentación impuestas por la legislación general sobre prevención, así como por la normativa más técnica.

En los distintos países analizados, incluyendo España, se considera que los servicios de prevención propios conllevan una mayor integración de la prevención de riesgos y, en general, de las actuaciones de salud y seguridad, en la gestión de la empresa.

Sin embargo, esta modalidad de gestión de la prevención por medios propios internos no excluye la participación de otras entidades, públicas o privadas, en el cumplimiento de las obligaciones legales y es bastante usual, en prácticamente todos los países, que operadores externos cooperen con los servicios de prevención propios en la ejecución de determinadas actividades, especialmente las de vigilancia de la salud y otras actuaciones técnicas.

Dejando aparte la singularidad de los servicios de prevención propios en las grandes empresas, la forma en que se cumple la obligación legal de que todos los trabajadores y centros de trabajo estén cubiertos por medidas de prevención de riesgos presenta variaciones respecto a dos ejes:

- Un enfoque predominantemente interno: la empresa, el empleador, organiza la prevención mediante la designación de uno o más trabajadores encargados de la misma, junto con el apoyo y control de los representantes de los trabajadores (comités de salud y seguridad, delegados de prevención, etc...).

Esta internalización puede contar con recursos propios en materia de seguridad y, eventualmente, con médicos del trabajo, pero no excluye la participación de recursos externos. La combinación de la obligación de designar un trabajador y, al mismo tiempo, la posibilidad de recurrir a expertos externos es contemplada, por ejemplo, en los Países Bajos, donde los empresarios deben designar a un empleado con algunos conocimientos de salud y seguridad o, en su caso, financiar la formación necesaria para que obtenga esos conocimientos.

Este trabajador encargado de la prevención debe asistir y ayudar al empresario en tareas como la elaboración de la evaluación de riesgos y otras valoraciones, así como coordinarse con el Comité de empresa en estos temas.

El funcionamiento del binomio recurso propio, entendiendo por tal al trabajador designado/elegido y al recurso externo, está fuertemente condicionado por el modelo de relaciones laborales existente en la empresa y en el sector.

El predominio de los recursos internos se logra por la implicación de los representantes de los trabajadores y comités de empresa o de salud y seguridad, junto con los trabajadores designados. En los Países Bajos se han acordado decenas de convenios sectoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo que sirven para complementar y adaptar la implementación de la prevención, con medidas dirigidas tanto a la identificación de riesgos en la actividad del sector, como a procedimientos para combatirlos.

En otros países como Austria y Finlandia, las autoridades públicas de seguridad y salud -en distintos niveles de la administración federal o local- son muy activas en las tareas de prestar apoyo y servicios públicos a las pequeñas empresas. Algo que también ocurre en Alemania, Reino Unido y España (a través del servicio Prevención).

- Un enfoque predominante de recurso externo: la empresa contrata mayoritariamente el asesoramiento y el cumplimiento de sus obligaciones legales preventivas a servicios externos, dependiendo de las características de la actividad y del tamaño de la plantilla de la empresa, según la legislación específica de algunos países.

Así ocurre en España, donde la utilización de servicios de prevención externos se encuentra muy extendida; o en Francia, donde aquellas empresas no obligadas a crear un servicio de prevención autónomo recurren mayoritariamente a servicios inter-empresariales, especialmente las microempresas. Esta figura, consistente en la mutualización de la prestación de los servicios de prevención, a nivel territorial y/o sectorial, se encuentra muy extendida también en Bélgica y Luxemburgo.

En algunos países, las asociaciones de empresarios, sobre todo a nivel sectorial, parecen cumplir una labor de asesoramiento general para sus empresas afiliadas, si bien no se ha podido delimitar con claridad el alcance de esas actuaciones.

Sin discutir que el empleador es el responsable de la seguridad y salud en el trabajo en la empresa, la naturaleza de la legislación nacional puede variar desde un denominado enfoque procedimental (obligación de cumplir la legislación aplicando los medios concretos detallados establecidos por la misma), hasta un denominado enfoque finalista (obligación de obtener los resultados y fines de salud y seguridad, con menos o poca determinación de los medios y procedimientos que deben ser utilizados para ello).

Los matices de uno u otro enfoque son extremadamente complicados de medir. Resulta difícil afirmar que un modelo de prevención nacional pertenece, en puridad y totalmente, a alguna de estas categorías.

Más bien parece que en la gran mayoría de los casos, con la excepción quizás de los países con una tradición voluntarista como el Reino Unido y, en menor medida, Irlanda, se combinan ambas visiones desde una perspectiva eminentemente práctica, es decir: que la normativa nacional exige que se garantice la protección de los trabajadores como fin último y requiere, a la vez, cumplir con procedimientos y requisitos detallados.

Se carece de estudios comparativos nacionales ambiciosos y con metodologías comparables para comprobar científicamente el grado y cantidad de requisitos procedimentales, administrativos, de notificación e información, etc., que la actividad preventiva en la empresa exige en cada país. Los resultados de informes nacionales como el aparecido en el Reino Unido en 2013 -"Cut EU red tape: Report from the Business Taskforce"- requieren ser contrastados metodológicamente, al menos desde la posibilidad de comparación con la situación en otros países. Un acuerdo mínimo previo sobre la metodología a utilizar sería imprescindible para evitar la utilización o la contestación interesada de los resultados de estas investigaciones.

Una de las quejas más repetidas por las organizaciones empresariales en Europa se refiere a la excesiva “carga” administrativa que las obligaciones legales sobre prevención imponen a las empresas, en particular a las pequeñas. Ciertamente, la normativa de salud y seguridad, como corresponde a la gravedad del fin que persigue - la evitación de accidentes de trabajo y de enfermedades mediante la obligación de hacer y de asegurar los medios para una promoción activa de la seguridad-, incorpora requisitos informativos y de notificación amplios y, en ocasiones, prolijos.

- Las críticas sobre complejidad y excesiva burocracia de la legislación sobre prevención merecen ser analizadas más en profundidad, probablemente mediante un estudio detallado de procesos y funciones con relación a su significado e impacto preventivo. Se han identificado determinadas actividades de prevención que podrían aconsejar una revisión fundada en razones técnicamente objetivas con el fin de mejorar su eficacia. Hay que recordar que particularmente en países donde la prevención en pequeñas empresas y microempresas se encuentra en gran medida externalizada, las obligaciones formales son desarrolladas en gran parte, por no decir totalmente, por servicios externos de prevención dentro de sus tareas de asesoramiento general, por lo que no significan, a priori, un drenaje de tiempo sustancial para los pequeños empresarios.

- Las críticas vertidas sobre el exceso de cargas administrativas en la implementación de medidas preventivas de salud y seguridad en el trabajo son el eco de determinadas obligaciones de carácter documental - generalmente la obligación de información, de comunicación y de notificación- que forman parte del proceso mismo de gestión. Los déficits de integración de la prevención en la gestión de la empresa, tal como se han confirmado en nuestro estudio en España, deberían conllevar un refuerzo en esta línea, tal como han proclamado las Estrategias europea y española de Seguridad y Salud en el Trabajo. La integración de la prevención significa su imbricación transversal en los procesos de gestión empresarial como un continuum. Esta integralidad es la base de su efectividad.

- Este enfoque es el adoptado por la Directiva Marco sobre salud y seguridad en el trabajo. La “filosofía” subyacente en esta legislación reside en establecer (o promover) un sistema de gestión de la salud y seguridad que permita su integración en la gestión general de la empresa, donde los procedimientos (como ocurre con la organización del trabajo, con la producción,...) son parte esencial del sistema y contribuyen a su funcionamiento eficaz.

- Si las exigencias legales pueden considerarse crecientemente complejas, esta valoración puede también contemplarse como un reflejo simétrico respecto a la evolución técnica de las actividades productivas e industriales y a la diversidad de los sectores y de los tamaños de las empresas, entre otras causas. Cada vez más, el entorno y las tareas del trabajo pueden incorporar más variables que implican más riesgos, incluidos los psicosociales: entornos y actividades complejas requieren desarrollos más complejos.

- Se desprende que las exigencias administrativas de determinadas actividades preventivas en algunas actividades o en algunos procedimientos podrían ser más eficientes y menos gravosas en tiempo y recursos mediante su revisión técnica y su modificación consensuada entre los actores implicados, a partir de un diagnóstico conjunto de las necesidades reales. Hay ejemplos satisfactorios y buenas prácticas de simplificación real de los procedimientos que debe realizar una empresa enfocada a generar más eficiencia en la gestión de la prevención y de la empresa, más allá de reducir los trámites documentales o administrativos. La ingeniería de procesos y de organizaciones, así como los medios telemáticos, están llamados a desempeñar un papel importante en estos cuellos de botella de la gestión administrativa de la prevención que puedan identificarse, fortaleciendo, al mismo tiempo, el grado de protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

- Existe una coincidencia generalizada en que los excesos de carácter formal que puedan identificarse en determinados procedimientos preventivos, tanto de la perspectiva de la comunicación, la notificación o la elaboración documental, deberían ser corregidos, de común acuerdo entre los agentes sociales, como parte de la necesidad de mejorar la eficiencia del proceso general. Existen experiencias públicas y privadas dirigidas a la mejora de los procedimientos y la facilitación de los aspectos formales que demuestran la capacidad de los implicados (empresas, representantes de los trabajadores y administraciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo) para atajar las ineficiencias en la implementación de la prevención de la salud y seguridad en el trabajo.

- Representantes de organizaciones sindicales han alertado sobre los efectos desestructuradores del proceso preventivo en su conjunto como consecuencia de valorar negativamente como “cargas administrativas” determinadas funciones y obligaciones legislativas del empresario. A su juicio, estas obligaciones forman parte de la implementación integral de medidas de salud y seguridad, y su supresión o simplificación excesiva podría abrir una vía peligrosa para la reducción de la efectividad de la protección de los trabajadores.

La discusión sobre si la externalización de actividades preventivas contribuye a alimentar un círculo vicioso por el que el empresario se inhibe -y, por tanto, tiende a desentenderse- de la importancia de estas tareas y obligaciones, al ser desempeñadas por un tercero externo, debería ser superada. En todos los países, la prevención se realiza, en mayor o menor medida y al margen de la discusión teórica de la orientación normativa resultadista o procedimental, generalmente con el soporte de medios y personal cualificado externo.

2. ALEMANIA

El sistema alemán de salud y seguridad: dualismo y federalismo.

Tradicionalmente el sistema de seguridad y salud en el trabajo alemán ha mostrado un predominio de legislación “preceptiva”, pero se aprecia cada vez más una creciente importancia de la legislación dirigida a la consecución de objetivos (“smart”) en seguridad y salud en el trabajo, junto con medidas de desregulación.

Los ámbitos regulados por esta legislación “smart” son, en particular, las responsabilidades de los empleadores respecto a la información a proporcionar a los trabajadores y la realización de evaluaciones de riesgo.

Otras características del sistema de seguridad y salud en el trabajo alemán residen en la distribución de responsabilidades en los diversos niveles del Estado federal, por una parte, y la histórica dualidad de las responsabilidades del Estado en seguridad y salud en el trabajo y también del sistema de seguro obligatorio de accidentes, por otra parte. Federalismo y dualismo son las principales características institucionales del sistema de seguridad y salud en el trabajo alemán.

La jurisprudencia es de una relativa escasa importancia para el sistema de prevención alemán, siendo tan solo relevante para la interpretación de las normas en cuestiones concretas.

El sistema alemán de seguridad y salud en el trabajo consta de dos pilares (dualismo): en primer lugar, el llamado pilar del “Estado directo” y, en segundo lugar, el pilar del Aseguramiento Social. A partir del primer pilar, hay que tener en cuenta que Alemania es un Estado federal que funciona en varios niveles: el nivel federal (“Bund”), el nivel de los Estados federados y el nivel local (comunidades, municipios y distritos). La autoridad para promulgar leyes, ordenanzas y otras normas se encuentra

principalmente a nivel federal. La responsabilidad de la inspección de los lugares de trabajo se halla en el nivel de los Estados federados y local. Todos, el Bund, los Estados federados y las comunidades forman el llamado “Estado directo” en el sistema alemán de seguridad y salud en el trabajo.

El segundo pilar está formado por el sistema auto-administrado de aseguramiento social. El aseguramiento estatutario de accidentes tiene tres tareas: (1) prevención, (2) rehabilitación y (3) compensación.

La afiliación al seguro obligatorio de accidentes es ineludible para todas las empresas y autoridades públicas, es decir, todas las personas empleadas tienen cobertura de seguro para accidentes y enfermedades laborales. Estas entidades son organismos autónomos sin fines de lucro creados por ley, con su propio presupuesto y la competencia para organizar sus instituciones y actividades de forma independiente.

Estas agencias son auto-administradas por sus miembros (empresas) y por los asegurados (en su mayoría trabajadores).

Como consecuencia, todas las medidas importantes que se adopten se deciden sobre una base de consenso, estando los agentes sociales involucrados de forma institucional. En Alemania, el empleador paga por el seguro obligatorio de accidentes, pero no los trabajadores. En cambio, la responsabilidad de los empleadores en caso de accidentes en el trabajo se limita considerablemente. El hecho de tener una responsabilidad limitada por los accidentes de trabajo es considerado, a menudo, como la razón del bajo interés de los empleadores y directivos en la seguridad y salud en el trabajo, aunque falta evidencia empírica de ello.

Los organismos o agencias estatutarias de aseguramiento de accidentes de trabajo (Berufsgenossenschaften) tienen la autoridad para promulgar legislación en materia de seguridad y salud laboral. Estos reglamentos son obligatorios para sus miembros (empresas). Antes de que las disposiciones entren en vigor, deben ser aprobadas por el ministerio responsable. En el caso de los servicios de prevención de empresa, el Reglamento nº 2, que desarrolla las disposiciones de la Ley de Seguridad en el Trabajo (Arbeitssicherheitsgesetz), constituye la base legal para los sistemas y modelos de prevención a nivel de empresa.

En los últimos años, se han producido diversas iniciativas para mejorar la poco transparente y fragmentada legislación sobre seguridad y salud en el trabajo. De forma global, esta es la dirección que han tomado estos cambios:

- Reducción del número de reglamentos y disposiciones (desregulación).
- En las empresas, elevar al máximo la responsabilidad personal de los actores, en particular, de los empleadores. En este contexto, la prevención debe ser considerada como una parte integral de la cultura de las empresas.
- Desarrollo de la flexibilidad del sistema de regulación, acompañado por la creciente importancia de la legislación orientada a objetivos, tales como la Ley de Seguridad y de Salud Laboral (Arbeitsschutzgesetz) que había transpuesto las partes esenciales de la Directiva Marco en la legislación alemana.
- Fortalecimiento de las conexiones entre las disposiciones del “derecho directo” producido por los Estados, y las del Aseguramiento Estatutario de Accidentes, siguiendo el principio de que las primeras son disposiciones de prevención del “Estado

directo” y tienen prioridad sobre las segundas. Estas últimas disposiciones sólo pueden concretar y completar las regulaciones de las “leyes directas”.

En resumen, la tendencia en esta evolución muestra un giro hacia las empresas en cuanto a las responsabilidades, lo que también se aplica a los servicios de prevención. Los sindicatos, en particular, critican esta tendencia, ya que temen el riesgo de que la responsabilidad se diluya y, en consecuencia, disminuya el nivel de protección de la seguridad y salud en el trabajo.

Una de las iniciativas más importantes con respecto a los sistemas de prevención a nivel de empresa ha sido la Estrategia Alemana Conjunta de Seguridad y de Salud (Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie, GDA).

El gobierno federal, los estados federados y las instituciones de aseguramiento de accidentes han acordado una estrategia conjunta sobre seguridad y salud a nivel nacional, basada en las orientaciones europeas e internacionales.

El objetivo central es preservar, mejorar y promover la seguridad y salud de los trabajadores por medio de una seguridad y salud laboral eficiente y sistemáticamente aplicada, complementado con medidas de promoción de salud laboral.

La Estrategia Conjunta está desarrollada, controlada y actualizada por la Conferencia Nacional de Seguridad y Salud Laboral (NAK). El NAK está compuesto por tres representantes del gobierno federal, los estados federados y las aseguradoras de accidentes, como miembros permanentes, y hasta tres miembros consultivos representantes de los principales interlocutores sociales.

El actual Plan de actividades de prevención de riesgos del período 2013-2018 se centra en los siguientes tres objetivos:

- Mejora de los sistemas de organización de la seguridad y salud en el trabajo (incluyendo mejoras en la aplicación de las evaluaciones de riesgo) a nivel de empresa.

- Reducción de cargas y trastornos musculoesqueléticos.

- Protección del centro de trabajo y promoción de la salud en el campo de los riesgos psicosociales.

La supervisión de la prevención de riesgos en las empresas y en la administración pública fue reformada por un nuevo reglamento que entró en vigor en el 1 de enero de 2011. Con la aprobación del “Reglamento DGUV 2”, que regula los médicos del trabajo y los profesionales de seguridad y salud en el trabajo, por primera vez existe en Alemania una regulación uniforme y armonizada.

El reglamento contiene tareas y estándares de supervisión (por ejemplo, el catálogo de servicios básicos, los tiempos de supervisión) para su aplicación por médicos del trabajo (profesionales médicos) y profesionales de la seguridad y salud en el trabajo en empresas, administraciones públicas y establecimientos educativos.

El sistema de prevención alemán se basa en dos pilares, formados por los médicos del trabajo de la empresa y los profesionales de la seguridad y salud en el trabajo.

La mayoría de estos profesionales posee una formación técnica. En consecuencia, los servicios de prevención en Alemania tienen un marcado carácter de seguridad técnica o una orientación médica.

El nuevo enfoque establecido en el Reglamento 2 DGUV consta de dos componentes (para las empresas de más de 10 de trabajadores):

- un componente básico, que es descrito con detalle por un catálogo de servicios, acompañado por tiempos fijos para la intervención de los profesionales de seguridad y salud en el trabajo y los médicos de la empresa. El tiempo de supervisión depende del número de personas empleadas y del grupo de supervisión al que la empresa es asignada. Hay tres grupos de supervisión y la pertenencia al grupo depende de la clasificación NACE de actividades económicas.

Las tareas de la supervisión básica comprenden nueve campos de acción que son obligatorios para todas las empresas. El anexo del reglamento contiene explicaciones detalladas para los diferentes sectores y ramas de actividad. Los nueve campos de acción son:

- Apoyo a la realización de la evaluación del riesgo.
- Apoyo a las medidas básicas para la prevención en los lugares de trabajo (medio ambiente laboral).
- Apoyo a las medidas básicas de configuración del entorno de trabajo (prevención respecto al comportamiento de los trabajadores).
- Apoyo para establecer una adecuada organización e integración de la prevención en la gestión de la empresa.

- Investigación de los incidentes producidos.
 - Asesoramiento general de directivos, trabajadores y sus representantes.
 - Elaboración de documentos, cumplimiento de las obligaciones para su registro.
 - Contribución a las reuniones que se celebren en la empresa en materia de prevención.
 - Auto-organización en temas de prevención de riesgos y salud y seguridad.
- un componente de supervisión específico para la empresa, que se ajusta a las circunstancias de cada empresa y que se describe en un catálogo que contiene las tareas y los peligros que se presentan de forma regular, y también temporalmente, en la empresa. Esta parte de los servicios se define dentro de la empresa por el empleador, en coordinación con los profesionales de la prevención y los representantes de los trabajadores.

El anexo del reglamento contiene un catálogo de servicios del componente específico de empresa. Abarca no sólo las funciones tradicionales de prevención de accidentes, sino también áreas como el diseño a escala humana de los espacios de trabajo, la preservación de la salud laboral, etc.

La supervisión “completa” consiste en la aplicación de los dos componentes. Ambos pueden ser parcial o totalmente realizados por miembros del personal de las empresas o bien, sus proveedores de servicios externos (incluyendo combinaciones de ambas posibilidades).

Las pequeñas empresas pueden elegir un tipo alternativo de supervisión, con una fuerte responsabilidad del empleador, con el denominado “modelo de emprendedor”. (Unternehmermodell). Cada agencia de aseguramiento de accidentes de trabajo decide hasta qué número de trabajadores se puede aplicar este modelo como una alternativa al sistema de supervisión descrito.

Sin embargo, algunas ramas de actividades económicas específicas pueden ser excluidas de esta posibilidad alternativa.

El límite absoluto por arriba es de 50 trabajadores en plantilla.

Es absolutamente necesario que el empresario esté activamente implicado en las operaciones de prevención habituales dentro de la empresa.

Si una empresa cumple con los requisitos, el empresario puede decidir que se le aplique el “modelo de emprendedor”. En este caso, el empresario es responsable particular de todas las medidas y actividades de prevención de riesgos y de seguridad y salud en el trabajo, bajo su autoridad y su propia responsabilidad.

El modelo emprendedor consiste en llevar a cabo las siguientes actividades:

- Realización de un seminario como medida de cualificación para informar y para aumentar la motivación de los aspectos de la prevención;
- Medidas de entrenamiento periódico adicional (seminarios);

- Valoración de las condiciones de trabajo;
- Utilización de servicios de prevención;
- Elaboración de documentación.

En caso de cambios significativos en la organización del trabajo, en los procesos de producción, etc., es obligatoria la ayuda de un profesional de la prevención.

Las tareas de supervisión en las microempresas o unidades administrativas con 10 o menos trabajadores siguen un modelo simplificado que consta de los siguientes componentes:

- Supervisión básica, que incluye apoyo para la realización de las evaluaciones de riesgo y para la implementación de medidas basadas en los resultados de su aplicación;
- Repetición de la supervisión básica, a más tardar cada cinco años (dependiendo del tipo de actividad económica);
- Supervisión adicional debido a supuestos específicos que se establecen en la Regulación DGUV 2 (por ejemplo: cambios en la organización del trabajo o en el proceso de producción, introducción de sustancias peligrosas, cambios en los equipos de trabajo,...).

La organización de los servicios de prevención, en particular en las pequeñas empresas, puede ser realizada por:

- Agencias estatutarias de aseguramiento (Berufsgenossenschaften) que pueden organizar servicios de prevención como entidades sin fines de lucro. A veces, el acceso a este servicio se limita a pequeñas empresas. Algunas agencias han establecido una conexión obligatoria con su servicio de prevención, si la empresa no prueba que dispone de un servicio de prevención adecuado organizado por ella misma.

- Especialistas independientes (a menudo trabajando como autónomos freelance).

- Organizaciones de los empresarios, industriales, organismos regionales, etc.

No existen datos disponibles representativos sobre la distribución de los diferentes tipos de servicio. Sin embargo, se puede afirmar que los servicios de prevención organizados por las agencias de aseguramiento son muy importantes para las pequeñas empresas, en particular en las ramas de comercio, donde la agencia ha establecido una adhesión obligatoria a su servicio (por ejemplo, para la industria alimentaria o para restaurantes).

No existen datos sobre los diferentes modelos organizativos. Uno de los problemas consiste en clasificar claramente el tipo o modelo de servicio de prevención, ya que el apoyo externo puede ser utilizado (e incluso debe utilizarse) por las diversas formas de organización de los servicios de prevención.

Además, con frecuencia incluso los propios gerentes y empresarios no saben qué tipo/modelo de organización del servicio preventivo están utilizando.

Por estas razones, sólo se pueden hacer diferenciaciones por dos factores:

- Utilización del modelo emprendedor (sólo en las pequeñas empresas);
- Recurso a apoyo externo por las pequeñas empresas.

En el grupo de pequeñas empresas con 50 o menos trabajadores, la aplicación del modelo emprendedor no es extensa.

Según los resultados de la evaluación de la Estrategia de Salud, solo el 18% de las empresas con menos de 50 trabajadores decidió aplicar el modelo emprendedor. Otra encuesta de 2010 muestra que el 27,5% eligieron esa posibilidad.

Más de la mitad de las empresas que decidieron aplicar el modelo emprendedor recurren a ayuda externa por profesionales de seguridad y salud en el trabajo o por un médico del trabajo.

Debido al pequeño tamaño de estas empresas, se puede suponer que el resto no utiliza ningún apoyo.

El 47% de las empresas con 50 o menos trabajadores que no han elegido el modelo emprendedor, utiliza la ayuda de un profesional de seguridad y salud en el trabajo.

Esta cifra se desagrega en un 10% de profesionales internos y un 27% de externos.

El apoyo de médicos del trabajo de la empresa es mucho más bajo: sólo un tercio de estas empresas utiliza un médico del trabajo (sin distinción entre interno y externo).

Las cifras muestran que la mayoría de las pequeñas empresas aún no tiene organizado el servicio de prevención. El 43% de los gerentes entrevistados dice que aún no han organizado los servicios preventivos y otro 16,9% no sabe que existen diferentes posibilidades para organizar los servicios de prevención.

Eso significa que tres de cada cinco directivos y empleadores entrevistados de pequeñas empresas (50 o menos trabajadores) muestran deficiencias sustanciales con respecto a la organización de los servicios de prevención en su empresa.

Las dos encuestas muestran que la proporción de empresas con un sistema de prevención adecuado aumenta con el tamaño de la empresa, como se observa con relación a los conocimientos profesionales y saber experto sobre seguridad y salud en el trabajo disponible en los sistemas de prevención de las empresas:

- Empresas entre 1 y 9 trabajadores: el 48% de las empresas tienen acceso a profesionales de seguridad y salud en el trabajo.
- 10 a 49 trabajadores: 81%.
- 50 a 250 trabajadores: 95%.
- Más de 250 trabajadores: 99%.

La organización de sistemas de prevención difiere enormemente por sectores. Respecto a los profesionales de seguridad y salud en el trabajo, la proporción de

empresas con un sistema de prevención adecuado varía desde sectores con déficit, como los servicios para empresas (42%), venta al por menor, actividades de alojamiento y servicio de alimentos (49%), hasta los sectores bien organizados, como la fabricación de bienes industriales y de consumo (78%) o los servicios públicos (89%).

En principio, la tarea básica de los servicios de prevención (sin importar si es interno o externo) es el apoyo y la ayuda al empleador para cumplir con sus tareas en los problemas que presenta la prevención de riesgos. El empresario se mantiene como responsable de la salud y seguridad de los trabajadores en la empresa.

En las empresas pequeñas, se puede observar que los empleadores y los administradores con frecuencia creen que cumplen con su responsabilidad sobre la prevención y la salud y la seguridad si han contratado expertos externos. Es bien conocido, también en Alemania, que las pequeñas empresas tienen problemas para satisfacer todos los requerimientos de seguridad y salud en el trabajo y que, en general, están sobrecargadas de tareas.

La encuesta de 2011 entre las empresas más pequeñas (menos de 50 trabajadores) confirmó recientemente las deficiencias de estas empresas. He aquí algunos resultados que lo ilustran:

- Más de la mitad de los gerentes/empresarios de las empresas pequeñas entrevistados no pueden nombrar ninguna ley o disposición normativa sobre salud y seguridad en el trabajo;

- Más de una quinta parte de las personas entrevistadas no tiene ningún conocimiento sobre las disposiciones legales en el campo de la seguridad y salud en el trabajo en absoluto;

- Tres de cada cinco no conocen la obligación legal de llevar a cabo evaluaciones de riesgo;

- Cuatro de cada cinco conoce el deber de informar a los trabajadores.

Este conocimiento bajo de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo entre los gerentes y dueños de las pequeñas empresas conlleva una demanda insuficiente de apoyo externo. En la misma encuesta, más de dos tercios de las personas entrevistadas declararon que el apoyo de expertos externos no era necesario. En consecuencia, dos tercios de las pequeñas empresas no habían hecho uso de ningún servicio externo (médico de empresa, profesionales de seguridad y salud en el trabajo).

Si las pequeñas empresas contratan servicios externos, las razones más frecuentes son las siguientes (cifras redondeadas):

- Investigaciones, evaluaciones y asesoramiento en temas de seguridad y salud en el trabajo: 23%.

- Chequeos médicos: 20%.

- Control y chequeos rutinarios: 18%.

- Configuración del centro de trabajo: 11%.

- Información, asesoramiento y capacitación de trabajadores: 8%.

La ayuda externa se utilizó muy rara vez por las empresas por las siguientes razones:

- Implantación de (nuevas) disposiciones legales: 2%.
- Diseño de planes de emergencia y planes de alarma: 2%.
- Introducción de nuevos métodos de trabajo, procesos de trabajo: 1%.

Los resultados muestran que el apoyo externo se utiliza principalmente para tareas habituales y regulares, tales como chequeos médicos. Muy rara vez se demanda apoyo externo para la planificación o configuración de los procesos de trabajo, medio ambiente laboral, etc.

Datos empíricos sobre el uso externo de servicios muestran cuáles son los centros de información y las fuentes más frecuentemente utilizadas por las empresas pequeñas (menos de 50 trabajadores):

- Agencias estatutarias de accidentes de trabajo: 64%.
- Médicos del trabajo: 18%.
- Profesionales de servicios de seguridad y salud en el trabajo: 15%.
- Agencias de seguros de salud: 9%.

- Cámaras de comercio: 7%.

- Organizaciones y cámaras de manufactureros: 7%.

- Instituto Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo: 3%.

Las cifras muestran que, en caso de recurrir a apoyo externo en temas de seguridad y salud en el trabajo, las agencias de accidentes son la primera opción. A una notable distancia le siguen las dos formas de servicios de prevención, es decir, médicos del trabajo y profesionales de salud y seguridad. Las otras fuentes de información o de apoyo son de menor importancia. El papel de los interlocutores sociales para las pequeñas empresas es irrelevante: sólo el 1% de las empresas entrevistadas declararon que utilizan las organizaciones industriales, las de empresarios o los sindicatos.

Existen normas específicas para un único tipo de trabajo subcontratado, en el sentido más amplio: el empleo de las agencias de trabajo temporal. En este caso, existen responsabilidades de ambos “patrones”: tanto de la agencia de trabajo temporal como de la empresa que la contrata y acoge a los trabajadores temporales.

Otras formas de subcontratación no están cubiertas por las regulaciones de seguridad y salud en el trabajo, tanto con personas individuales como con empresas. Eso significa que el subcontratista es considerado como un empresario independiente y es, por lo tanto, responsable de sí mismo y de sus trabajadores.

Las principales reclamaciones de las organizaciones empresariales en los ámbitos de prevención y de promoción de la salud de la empresa son las siguientes:

- Los empresarios temen que la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo conduzca a una excesiva regulación y se reduzca la libertad empresarial. Junto a esta opinión, las organizaciones de empleadores argumentan frecuentemente que las decisiones sobre las medidas preventivas a adoptar deben tomarse in situ. Las personas que trabajan en las fábricas y en los centros de trabajo saben mejor lo que debe hacerse para mejorar la situación en los lugares de trabajo.

- Respecto a temas sensibles como las enfermedades profesionales, la protección de la salud y el bienestar laboral, las organizaciones de empleadores argumentan que existen también otros factores personales e individuales que son responsables de la salud de los trabajadores, tales como la alimentación, las actividades deportivas, el alcohol, etc... Por lo tanto, el empleador no puede ser el único en adoptar medidas y actividades de prevención ni tampoco puede ser el único en pagar por ello.

- Los costes de las actividades de salud y protección son demasiado altos, en particular para las pymes.

- La legislación y las disposiciones normativas sobre seguridad y salud en el trabajo son demasiado burocráticas y poco transparentes. En particular, no están hechas a medida de las pymes, que se encuentran sobrepasadas para cumplir con los diferentes requisitos legales.

3. FRANCIA

En Francia, la prevención de riesgos laborales depende del Ministerio de Trabajo y se organiza en dos planos:

- A nivel nacional, con una red regional y de departamentos;
- A nivel de empresa.

En el ámbito nacional, el sistema francés está bajo la responsabilidad de un sistema dual: por un lado, el Gobierno y, por otro, el Seguro Social, gestionado por los interlocutores sociales.

Es el Ministerio de Trabajo el responsable de la elaboración de la política pública, así como de preparar, desarrollar y aplicar la normativa en este ámbito. Está asistido por un órgano consultivo, el Consejo Superior de Prevención de Riesgos Laborales, que reúne a representantes de las administraciones, de los trabajadores y de los empleadores, así como a otros expertos.

La acción del Departamento es ejecutada por las Direcciones Regionales de Empresas, Competencia, Consumo, Trabajo y Empleo (DIRECCTE), y por los médicos de la Inspección de Trabajo. Según el Código del Trabajo, los inspectores médicos regionales de trabajo “ejercen una acción permanente para la protección de la salud física y mental de los trabajadores en el lugar de trabajo y participan de la vigilancia de la salud en beneficio de los trabajadores”.

Las misiones de vigilancia y control, así como la de información y asesoramiento de todo lo que se refiere a la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias sobre las condiciones de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, son la responsabilidad principal de la Inspección de Trabajo.

Junto con el ministerio encargado de la Seguridad Social, son los organismos de esta, principalmente la Caja Nacional de Seguro de Salud para los Trabajadores (Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, CNAMTS), los que se encargan de:

- establecer normas para la fijación de tarifas y precios y las modalidades de indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;

- definir las medidas y los medios necesarios para promover la prevención en las empresas bajo el régimen general de la Seguridad Social. En materia de prevención de riesgos laborales, las competencias de la CNAMTS son ejercidas por la Comisión de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Commission des accidents du travail et des maladies professionnelles, CATMP) una comisión mixta integrada por representantes de los empleadores y de los trabajadores.

Esta comisión está asistida en su tarea por Comités Técnicos Nacionales (CTN), compuestos por representantes de las profesiones o grupos laborales, también formados sobre una base paritaria.

La acción de la CNAMTS se transmite a nivel regional a través de las Cajas regionales de seguros de pensiones y de la salud en el trabajo (Caisses regionales d'assurance retraite et de la santé au travail, CARSAT). Las acciones emprendidas por la CNAMTS giran en torno a recomendaciones prácticas, incentivos financieros, controles, asistencia técnica y asesoramiento a las empresas para la implantación de medidas preventivas adecuadas y adaptadas a su actividad, o promover la formación e información en materia de salud y seguridad en el trabajo.

El personal de CARSAT, además de sus funciones de supervisión y control, apoya y asesora a las empresas sobre los medios técnicos que debe ponerse en práctica para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

El dispositivo de aseguramiento social se completa con el Instituto Nacional de Investigación y de Seguridad para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (INRS), que opera en beneficio de los trabajadores y las empresas del régimen general de la Seguridad Social, de acuerdo con las directrices establecidas por la CNAMTS.

Proporciona asistencia técnica: estudios e investigaciones, formación en prevención, asistencia técnica y documental e información (jornadas, carteles, folletos, audiovisuales, sitio web).

Por último, otros organismos de asistencia técnica participan en la acción preventiva a nivel nacional:

- La Agencia para la mejora de las condiciones de trabajo (Agence pour l'amélioration des conditions de travail, ANACT), dependiente del Ministerio de Trabajo. Su misión es contribuir al desarrollo de la investigación en la mejora de las condiciones de trabajo, reunir y difundir información sobre este campo y ayudar a las empresas en la evaluación y prevención de los riesgos laborales.

- El Organismo profesional de prevención en la construcción y las obras públicas (Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics, OPPBTP), dependiente del Ministerio de Trabajo: ayuda a prevenir a todas las empresas del sector de la construcción.

De acuerdo con la legislación francesa, en la empresa la responsabilidad de la prevención recae en el empresario, que es el único y personalmente responsable de la seguridad y la salud de sus trabajadores.

Por tanto, es el actor principal en la prevención. Vigila la salud y seguridad de sus trabajadores mediante la implementación de medidas adecuadas sobre la base de los riesgos evaluados. Debe rodearse de todas las competencias técnicas y obtener todo el asesoramiento necesario.

Cada empresa tiene que adherirse a un servicio de salud en el trabajo; las más grandes, con 500 o más trabajadores, deben disponer de un servicio de salud interno, denominado “autónomo”.

La adhesión a estos servicios se distribuye de la siguiente manera: en 2010, según el informe anual del Consejo de Orientación sobre las condiciones de trabajo (CTOC), los servicios de salud eran 904, incluyendo 292 de tipo mutualizado (interentreprises-SSTI). Estos últimos aseguraron a 15,1 millones de trabajadores en el sector privado no agrícola (de los 16,1 millones de trabajadores en total), es decir, al 94,5% de los asalariados.

Por lo tanto, estos servicios de tipo mutualizado (SSTI) poseen mucha más relevancia en términos cuantitativos que los servicios autónomos (o propios, en la terminología española): aseguran a unas 52.211 empresas (frente a las 1.450 empresas que cubren los servicios autónomos).

Las empresas adheridas a los SSTI son muy pequeñas: las empresas con menos de 10 trabajadores representan el 80% de los trabajadores, seguidas de aquellas que cuentan entre 10 y 49 trabajadores, con el 16%, y de las empresas que cuentan con 50 y

199 trabajadores, que representan el 3% de los asalariados, y las empresas con más de 200 trabajadores, que representan el 1% de los asalariados.

Como parte de los servicios de salud, el médico del trabajo asiste y asesora al empleador y a los trabajadores para la implementación de medidas para prevenir riesgos. Tiene dos misiones principales: la vigilancia médica de los trabajadores (visitas regulares) y de control de las condiciones de trabajo (el estudio de los puestos de trabajo y las condiciones de exposición al riesgo).

Otros actores asisten al empresario en su gestión y toma de decisiones sobre la prevención:

- El Comité de salud, seguridad y condiciones de trabajo (Comité d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail, CHSCT): es la instancia o lugar de concertación entre la dirección y los representantes de los trabajadores en materia de salud y seguridad en el trabajo. El CHSCT es normalmente el responsable de llevar a cabo el análisis de los riesgos a que están expuestos los trabajadores y de proponer al empleador las medidas que considere necesarias. Está presidido por el empleador o su representante, y compuesto de una delegación de los trabajadores. El médico del trabajo asiste a las reuniones en calidad de asesor. Se puede invitar al inspector de trabajo y al personal de los servicios regionales de prevención (CARSAT). Este comité debe establecerse en empresas con más de 50 trabajadores.

- Los delegados de personal (responsables de las tareas del CHSCT en ausencia de este, en empresas con más de 10 trabajadores).

- Los propios trabajadores.

En algunas empresas, generalmente de gran tamaño, el empresario puede designar a una persona en concreto como encargada de los asuntos de salud y seguridad en el trabajo: se trata de funciones de seguridad, cuyas denominaciones y funciones varían dependiendo de la compañía (ingenieros de seguridad, animadores de seguridad, etc...).

En Francia, el empleador, cualquiera que sea el tamaño de la empresa, tiene una obligación general de seguridad. Esta obligación ha sido considerada por la jurisprudencia, después de varias sentencias, como una obligación de resultado y no simplemente de poner los medios para lograrla.

Desde la Directiva 89/391/CE, transpuesta en Francia por la Ley de 31 de diciembre de 1991, esta obligación general se encuentra detallada en los principios generales de prevención que se aplican y que retoman literalmente las disposiciones de la directiva europea. Entre ellos figura la obligación de realizar una evaluación de riesgos, que debe materializarse en un documento único.

En los últimos años, los cambios más relevantes en la legislación francesa sobre prevención de riesgos laborales (PRL) se han centrado en los siguientes:

- La transformación de los servicios de medicina del trabajo en servicios de salud en el trabajo, realizada en dos etapas por leyes y decretos adoptados en 2004 y, posteriormente, en 2011. Esta modificación estructural se debió a que la Comisión Europea advirtió de que estos servicios no formaban parte de un enfoque global a la protección y prevención, sino solo a la prevención de los aspectos médicos. Mientras que anteriormente estos servicios estaban centrados prioritariamente en la vigilancia médica de los trabajadores (mediante la obligación de, al menos, un examen médico anual), ahora su misión consiste en:

- Asesorar a los empleadores, a los trabajadores y a sus representantes sobre las disposiciones y las medidas necesarias.

- Asegurar la vigilancia sobre el estado de salud de los trabajadores (para los trabajadores sin una exposición alta o particular a riesgos laborales la obligación de realizar el examen médico ha aumentado de uno a dos años).

- Participar en el seguimiento y contribuir a la trazabilidad de las exposiciones a los riesgos laborales y a la vigilancia de la salud.

Estas tareas ya no incumben solo a los médicos del trabajo, sino también a los servicios de salud laboral que han sido ampliados con nuevos profesionales denominados IPRP (ingenieros de ergonomía, enfermeras, etc...).

- La introducción en 2005 de un Plan Nacional de Salud Ocupacional que estableció como objetivos a 5 años:

- la búsqueda de sinergias con el conjunto de los planes de salud pública y con los contratos de gestión de los organismos de la seguridad social;

- la movilización de las organizaciones profesionales y sindicales;

- situar a las empresas -empresarios y ejecutivos, trabajadores e instituciones representativas del personal- en el centro de la estrategia.

- En el marco del impacto de la crisis y de las reestructuraciones de empresas, han tenido lugar dos hechos relevantes:

- Como consecuencia de los suicidios en France Telecom (pero también en Renault y otros), la obligación de las empresas para establecer un diagnóstico, seguido de un plan de acción sobre el estrés (y de negociar los temas con los representantes de los trabajadores).

- La instrucción dada por el Ministro de Trabajo a las autoridades laborales de examinar los vínculos entre la salud y la reestructuración durante la tramitación de los Planes Sociales que deben acompañar a los despidos colectivos. Anteriormente, la administración tenía un papel consultivo en estos planes, pero desde la legislación aprobada en julio de 2013 debe, en ausencia de una negociación entre las partes, proceder a su homologación.

En Francia, algunas características del sistema de prevención de riesgos muestran la participación de los interlocutores sociales:

- En el plano nacional:

- La gestión de la rama de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del seguro de enfermedad tiene un carácter paritario. Así ocurre también en el caso de: el OPPBTP, en la construcción; el ANACT; y desde 2011, en los servicios de salud en el trabajo.

- Un Consejo de Orientación de las Condiciones de trabajo reúne a las autoridades públicas, los interlocutores sociales y expertos.

- Las negociaciones interprofesionales que se llevan a cabo desde principios de 2000 sobre temas de salud y condiciones de trabajo, tales como: Acuerdo Nacional sobre el estrés y la violencia en el trabajo (la transcripción de los acuerdos marco europeos de 2004 y 2007); el Acuerdo Nacional de 2013 sobre la calidad de vida laboral.

- En el ámbito de la empresa:

- Los CHSCT, órganos consultivos, han crecido significativamente desde 2010.

- En los servicios de salud laboral “autónomos“, (propios de las grandes empresas), los médicos del trabajo no pueden ser contratados o despedidos hasta que los representantes de los trabajadores no hayan emitido una opinión (y previa autorización de la Inspección Trabajo, en caso de despido).

El sistema francés de salud y seguridad en el trabajo, teniendo en cuenta sus dos componentes obligatorios -por un lado, los servicios de salud; y por otro, la seguridad social con la rama AT-EP-, se financia exclusivamente con las contribuciones de las empresas:

- Para los servicios de salud: se trata de contribuciones “privadas”, pero obligatorias para las empresas que se adhieren a los servicios interempresariales de tipo mutualizado. En caso de disponer de un servicio de salud laboral autónomo, la propia empresa asume el 100% del coste. El coste de los servicios de salud laboral para todo el país se estimó en alrededor de 1.500 millones de euros.

- En la rama AT-EP de la Seguridad Social: se trata de contribuciones sociales específicas. La relación entre el sistema de prevención de riesgos y los sistemas de salud y de Seguridad Social se organiza a través de la rama de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, encargada tanto de la indemnización de los accidentes de trabajo (AA TT) y enfermedades profesionales (EE PP) como de la prevención, a través de un servicio de prevención de riesgos laborales de la rama AT-EP prestados a nivel nacional (recomendaciones, pero también la investigación financiada en el seno del INRS) y regional (CARSAT).

Las modalidades de prevención en Francia son variadas y dependen en gran medida del tamaño de la empresa y, a veces, del sector. Podemos distinguir los siguientes supuestos:

- Las grandes empresas (más de 500 trabajadores): por lo general, disponen de servicios de prevención propios:

- Servicios de Salud en el Trabajo “autónomos” e internos de la empresa (posibles, en virtud de la ley, a partir de 500 trabajadores).

- Servicio de Salud, Seguridad e Incendio, organizado también internamente (a menudo con expertos en prevención, ingenieros de seguridad para las empresas industriales, etc...).

- CHSCT: el Comité de Salud, Seguridad y Condiciones de Trabajo, una instancia de concertación entre la dirección y los representantes de los trabajadores en materia de salud y seguridad en el trabajo. Debe implementarse en empresas con más de 50 trabajadores.

Por tanto, en general, son los servicios internos, bajo la responsabilidad del empresario, los que realizan las evaluaciones de riesgos.

- Las empresas medianas (menos de 500 trabajadores): a menudo utilizan un modelo mixto que combina:

- Los servicios de salud externos (en este caso, la empresa se adhiere a un servicio inter-empresas).

- Un CHSCT (si ocupa a más de 50 trabajadores).

- Eventualmente, un especialista interno (prevencionista).

En este segmento de empresas, la evaluación de riesgos se realiza, por lo general, mediante una combinación interna y externa.

- Las pequeñas empresas con menos de 50 trabajadores: en estas empresas, la prevención se encuentra, por lo general, totalmente externalizada. El empresario realiza por sí mismo la evaluación (si la realiza...) o bien la confía a un servicio externo. Merece la pena señalar dos características más respecto a las modalidades de organización:

- Un sector profesional, el de la construcción y las obras públicas, se ha dotado desde 1947 de una organización dedicada a la prevención, el OPPBTP (organismo profesional de prevención de los inmuebles y obras públicas), cuya acción a partir de 1985 se centra exclusivamente en tareas de consultoría para las empresas en la

prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la mejora de las condiciones de trabajo.

Socio preferido de las empresas de construcción, se financia por las empresas del sector, que deben adherirse obligatoriamente y cotizar (0,11% de la masa salarial). Por otra parte, la gobernanza del OPPBTP es paritaria entre los representantes de las organizaciones profesionales y los sindicatos del sector de la construcción.

- Muchos controles técnicos o de ingeniería (instalaciones eléctricas, aparatos de elevación, recipientes a presión, etc...) son realizados por organizaciones y empresas externas.

La externalización se practica masivamente, en beneficio de los servicios de salud en el trabajo, muy centrados en la vigilancia médica de los trabajadores, especialmente a través de chequeos médicos regulares; pero, en los últimos años, estos servicios están evolucionando lentamente hacia otro tipo de prestaciones como la ergonomía, los riesgos psicosociales, etc.

Como consecuencia, la prevención de la salud y la seguridad en el trabajo está, en general, poco integrada y, cuando lo está, es sobre todo en las grandes empresas.

Existe una supervisión médica individual y obligatoria. Esta vigilancia se lleva a cabo por los servicios de salud laboral una vez cada dos años para los trabajadores no expuestos a riesgos particulares, pero con más frecuencia para aquellos trabajadores expuestos a riesgos especiales como los que trabajan en procesos y productos peligrosos o las mujeres embarazadas, entre otros.

Los requisitos formales que deben cumplirse son:

- Todas las empresas (grandes o pequeñas) deben formalizar el documento de evaluación de riesgos “único” (que se actualiza una vez al año, pero también cuando los riesgos cambian) en el que el empleador debe transcribir los resultados de la evaluación de riesgos que realizó en virtud de su deber general de prevención de riesgos laborales.

- El médico del trabajo debe presentar, tanto al empleado como al empleador, una ficha médica de aptitud (o de incapacidad, en su caso) del trabajador para el puesto de trabajo después y como consecuencia de los exámenes médicos rutinarios.

- En las empresas con 50 o más trabajadores, el médico del trabajo debe cumplimentar un expediente de empresa reseñando los riesgos identificados por el servicio de salud en el trabajo.

- El empleador debe presentar al Comité de Seguridad, Salud y Condiciones de Trabajo (CHSCT) un balance anual de su actuación, así como un plan de acción presupuestado para el próximo año.

- El empleador debe invitar sistemáticamente a los inspectores de trabajo, así como al servicio de prevención de la CARSAT, a reuniones de trabajo, y remitir copia de todos los documentos presentados a los representantes de los trabajadores. Por otra parte, los servicios de la Inspección de Trabajo pueden tener acceso a cualquier documento elaborado por la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo (y en particular, los resultados de los controles técnicos realizados sobre los aparatos, las máquinas y las instalaciones).

Según el Código de Trabajo, por iniciativa del empleador, el empleado debe recibir una formación práctica y adecuada en materia de seguridad cuando es contratado, y siempre que sea necesario, por ejemplo, en caso de cambio de puesto o de técnica de trabajo, o bien a petición del médico, o tras una interrupción en el trabajo por un período de, por lo menos, 21 días.

La misma obligación de formación recae sobre el empresario con respecto a los trabajadores vinculados con un contrato de trabajo temporal, con excepción de aquellos a quienes se contrata para la ejecución de trabajos urgentes necesarios por medidas de seguridad y que ya tienen la cualificación necesaria para esta intervención.

Además, los representantes del Comité de Seguridad, Salud y Condiciones de Trabajo (CHSCT) tienen reconocido por el Código del Trabajo un derecho a recibir formación durante el plazo que dure su mandato como representantes.

Esta formación debe ser pagada por la empresa. El representante puede elegir los organismos de formación para este fin y, en particular, puede seleccionarlos de una lista de organizaciones aprobadas por el Ministerio de Trabajo.

Muchas empresas -sobre todo en el sector industrial o en el sector de la construcción- forman a parte de sus trabajadores más allá de las exigencias legales.

Sin embargo, según datos de DARES (2005), las acciones de formación o de información de los trabajadores sobre los riesgos laborales son incompletas y dependen en gran medida del tamaño de las empresas.

Si, en promedio, un tercio de los trabajadores recibieron información y capacitación sobre salud y seguridad, estas cifras ocultan importantes diferencias:

- Sólo el 8% de los trabajadores en empresas que contaban con entre 1 y 9 trabajadores recibieron formación, mientras que este porcentaje se eleva al 32% en empresas con más de 1.000 trabajadores.

- El 15% de los trabajadores de empresas de 1 a 9 trabajadores en plantilla han recibido información sobre los riesgos laborales, mientras que el porcentaje sube al 25% en empresas con más de 1.000 trabajadores.

En caso de no aplicación de la legislación, por infracciones que son identificadas por el funcionamiento de los servicios de la Inspección de Trabajo, las sanciones más comunes son las penales. Estas infracciones se consideran, en general, delictivas (a excepción de las infracciones más ligeras, que se clasifican entre las merecedoras de multas). En caso de una falta “inexcusable “ por parte del empleador, el sistema de la Seguridad Social (rama AT-EP) no se hace cargo de la totalidad o de parte de los costes de un accidente o de una enfermedad profesional, y se los imputa directamente al empleador. No existe en Francia, hasta el momento, un sistema de sanciones administrativas. Por lo general, es el empleador quien es sancionado. Es muy raro que lo sean los trabajadores.

En el sistema de la Seguridad Social, rama AT-EP, existe un triple sistema:

- La tarificación para las empresas con más de 20 trabajadores es mixta o individual (para empresas con más de 150 trabajadores, ver supra), y, de hecho, se anima a las empresas a controlar los costes de la salud y la seguridad en el trabajo.

- Además, en caso del “esfuerzo” realizado en materia de prevención, la empresa puede solicitar un “retorno” sobre su cotización. Este puede ser concedido por la CARSAT tras consultar a sus propios servicios, pero también después del dictamen de la administración de trabajo. El número de retornos varía entre 500 y 750 por año. En 2012, el impacto financiero se estimó en 11 millones de euros. Por el contrario, se pueden imponer aumentos en las primas a las empresas poco virtuosas, es decir, con una siniestralidad considerada alta. En 2011, las 696 penalizaciones impuestas generaron 5,5 millones de euros de cotizaciones adicionales. Las actividades en el sector de la construcción son las que con más frecuencia dan lugar a estos incrementos.

- Por último, la rama AT-EP firma también con empresas contratos con objetivos de prevención, para ayudarlas a financiar sus esfuerzos de prevención. En 2012, se firmaron 739 contratos de prevención, por un montante aproximado de 20 millones de euros (en 2011, se firmaron 1.045 contratos de prevención por un importe de alrededor de 29 millones; en 2010 hubo 1.300 contratos por 37 millones de euros).

Hay dos tipos de reclamaciones de los empleadores respecto a las obligaciones establecidas por la legislación de prevención de riesgos:

- Las que critican la carga que supone realizar el documento único de evaluación de riesgos en las empresas muy pequeñas.

- Las que critican la relativa ineficacia de la medicina del trabajo (aunque esta queja no se emite por las organizaciones de empleadores que supervisan los servicios de salud en el trabajo...).

4. PAISES BAJOS

De acuerdo con la legislación en los Países Bajos, los empresarios están obligados a invertir en salud y seguridad laboral y en su prevención. La Ley de Condiciones de Trabajo (Arbowet) de 1998, reformada en 2007, establece un doble enfoque:

- Por una parte, obligaciones formales para el empresario;
- Por otra, procedimientos orientados a la obtención de resultados, mediante la prevención.

Los aspectos más importantes de esta ley son los siguientes:

- Los trabajadores deben poder realizar su trabajo en un ambiente saludable y seguro.
- Cada empresario tiene que elaborar un documento que refleje la política de la empresa en seguridad y salud laboral, incluyendo los riesgos psicosociales. También tiene que incluir una distribución de funciones y responsabilidades entre los trabajadores.
- Los empleadores están obligados a realizar una evaluación de riesgos (en holandés: RI&E) que contemple los riesgos laborales para la salud y seguridad a los que están expuestos los trabajadores. También debe elaborar un plan de acción detallado por actuaciones para hacer frente a estos riesgos, junto con un calendario. La evaluación de riesgos no tiene que actualizarse anualmente, pero sí debe modificarse si, por ejemplo, cambian los métodos de trabajo o si aparecen nuevos riesgos.

- La evaluación de riesgos debe ser revisada y certificada por un experto en salud y seguridad laboral o por un servicio de seguridad y salud en el trabajo, excepto para empresas con menos de 26 trabajadores. Ambos recursos pueden ser internos o propios de la empresa o externos, es decir, se pueden contratar.

- Los empleadores con menos de 26 trabajadores están obligados a utilizar un instrumento sectorial para la evaluación de riesgos (www.rie.nl). En la actualidad, existen más de 170 de estos instrumentos para la evaluación de riesgos reconocidos por los interlocutores sociales en cada rama de actividad económica.

- El empleador debe proporcionar al trabajador instrucciones suficientes y adecuadas, así como la formación necesaria sobre, entre otros aspectos, los riesgos dentro de la organización y la forma de hacer frente a estos riesgos de manera segura y saludable.

- El comité de empresa (*ondernemingsraad*) o, en las empresas más pequeñas, el órgano de representación de los trabajadores deben dar su conformidad a la política de salud y seguridad laboral propuesta por la empresa. También tienen derecho a dar o negar su consentimiento, respecto a la política con relación al absentismo. Si no existe un comité de empresa u otro órgano de representación de los trabajadores, el empleador debe consultar con los trabajadores pertinentes.

- Cada empresa debe nombrar, al menos, a uno de sus trabajadores como “trabajador de la prevención”, que se encarga de los asuntos de salud y seguridad cotidianos en el centro de trabajo. En el caso de empresas con menos de 26 trabajadores, es el empleador quien puede llevar a cabo esta tarea.

- Debe darse a los trabajadores la oportunidad de pasar un examen periódico de salud (en holandés, PAGO). El médico de la empresa chequeará entonces los problemas de salud que hayan podido producirse como resultado del trabajo realizado.

- Es obligatoria una asistencia de emergencia (BHV) en cada empresa. En una emergencia, tienen que estar designadas personas encargadas suficientemente formadas para responder a estas situaciones y poder atender a otros trabajadores y visitantes de la empresa. Los empleadores deben asegurarse de que estos encargados están formados adecuadamente y, aunque ellos mismos pueden realizar estas tareas, siempre debe haber, por lo menos, otro trabajador que pueda hacerse cargo de ellas cuando el empleador esté ausente. No se necesitan otras cualificaciones específicas para esta función.

- Cada empresario debe tener un acuerdo con, por ejemplo, un grupo de médicos del trabajo o con un servicio de seguridad y sanidad (arbodienst) para llevar a cabo algunas tareas específicas, como el examen periódico de la salud (PAGO) y el apoyo a los trabajadores que no pueden trabajar debido a la enfermedad.

A veces resulta difícil, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, encontrar soluciones adecuadas para los problemas de seguridad y salud en el trabajo.

En los Países Bajos, muchos sectores han establecido lo que se ha denominado “Catálogos de Seguridad y Salud”, con soluciones a la medida para los sectores.

Estos catálogos y soluciones son aprobados por la Inspección de Trabajo como las principales orientaciones para las condiciones de trabajo dentro de ese sector.

En 2007 se introdujeron cambios sustanciales en la Ley de Condiciones de Trabajo de 1998.

La legislación se hizo más general y menos detallada.

Los principales criterios utilizados en su momento por el gobierno para introducir estos cambios fueron los siguientes:

- Eliminar normas superfluas y dar más margen a las empresas para introducir acuerdos individuales. Desde 2007, la regulación sobre condiciones de trabajo se ha vuelto más simple y más fácil de implementar.

- Dar más margen de actuación para empleadores y trabajadores, lo que debería conducir a más apoyo a la política de condiciones de trabajo dentro de las empresas.

- Reducir las cargas administrativas de las empresas.

- El giro hacia menos normas y más posibilidades de acuerdos individuales enlaza con la política sobre absentismo y reintegración. Empleadores y trabajadores recibieron una mayor responsabilidad conjunta en materia de seguridad, salud y reintegración al trabajo. La reforma condujo a un sistema más integrado de las condiciones de trabajo, con un papel más importante para los interlocutores sociales a nivel sectorial y de empresa.

Desde 2010, la evolución de los datos muestra que el porcentaje de empresas que tienen un documento de evaluación de riesgos, que elaboran un plan de acción de la empresa y que tienen un contrato con un servicio de seguridad y salud en el trabajo está en declive. Una excepción a esta tendencia es el (re)surgimiento del documento de evaluación de riesgos en el año 2012.

La misma tendencia de descenso se ha observado por parte de la Inspección de Trabajo para el número de trabajadores de los servicios de prevención propios de las empresas y para la dotación de sistemas de asistencia en emergencias.

Como consecuencia de la crisis, la reestructuración de las empresas y su impacto en la salud de los trabajadores, la Inspección de Trabajo (Inspección SZW) tiene más posibilidades de imponer sanciones y multas en caso de violación de la Ley de Condiciones de Trabajo. Al mismo tiempo, el importe de las multas ha aumentado.

El modelo de relaciones laborales existente en Países Bajos condiciona enormemente el enfoque y la práctica en la prevención de riesgos. Los interlocutores sociales han acordado 69 convenios sectoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo entre 1999 y 2007, como complemento del conjunto del sistema.

Estos convenios identifican los principales riesgos y objetivos sectoriales, y proporcionan información y procedimientos a las empresas y a los trabajadores para combatirlos.

Después de los cambios legales de 2007, la Fundación bipartita del Trabajo (Stichting van de Arbeid) inició la elaboración de una serie de catálogos sectoriales de condiciones de trabajo, con objetivos hechos a medida y normas para todas las empresas

en su ámbito. En estos momentos, se han acordado 173 catálogos. Cada catálogo formula objetivos y medidas concretas para desarrollar, a partir de las descripciones de objetivos generales establecidas en la Ley de Condiciones de Trabajo reformada. A finales de 2012, 146 de estos catálogos se habían aprobado por la Inspección de Trabajo, que los tiene como marco de referencia.

El empleador está obligado a contratar un servicio de seguridad y salud en el trabajo o a un médico del trabajo.

El servicio de prevención o el médico del trabajo tienen que realizar cuatro tareas para el empresario, las denominadas “condiciones del sistema”:

- Atender a aquellos que no pueden trabajar por enfermedad.
- Revisar la evaluación de riesgos y las evaluaciones. En mayo de 2013, esta obligación ha sido suprimida para empresas de menos de 26 trabajadores. Anteriormente, solo las empresas con menos de 10 trabajadores no estaban obligadas a realizar una evaluación de riesgos revisada por un servicio de salud y seguridad.
- Realizar el examen médico periódico.
- Hacerse cargo de los exámenes médicos en los procesos de selección de personal.

La primera tarea es particularmente importante, porque en los Países Bajos el sistema de Seguridad Social obliga al empleador a pagar al menos el 70% del salario del empleado que ha caído enfermo durante dos años. Por lo tanto, puede ser muy costoso para un empleador no prestar asistencia a los trabajadores enfermos a través de un servicio de seguridad y salud en el trabajo o un médico del trabajo.

Después de dos años, los trabajadores pueden acudir al subsidio de enfermedad si el empleador y el trabajador han tomado suficientes medidas para reintegrar a los trabajadores enfermos al trabajo. Si el empleador no lo ha hecho, puede haber un tercer año de pago de salario antes de poder obtener un subsidio por enfermedad.

El servicio de salud y seguridad o el médico del trabajo son, en su mayoría, organizaciones o especialistas externos. Desde 2007, los empresarios holandeses tienen que designar a un empleado con algunos conocimientos de salud y seguridad y, eventualmente, invertir en la formación necesaria para que obtenga esos conocimientos. Esta persona se llama trabajador designado o trabajador de la prevención. Su función es apoyar al empresario para realizar la evaluación del riesgo y las evaluaciones, así como al Comité de empresa en los asuntos relacionados con la salud y seguridad.

Datos recientes muestran que una minoría considerable de empresas holandesas no cumple totalmente con las obligaciones. Un 56% de las empresas cumplen las cuatro condiciones del sistema (un trabajador designado; un contrato con un servicio de salud en el trabajo; una empresa de asistencia; y tener una evaluación de riesgos).

En función del tipo de riesgo percibido, del 29% (intimidación, agresión o violencia por parte de sus compañeros) al 69% (presión del trabajo/estrés) de los

trabajadores declaran que su empleador ha tomado medidas para la mejora de las condiciones de trabajo.

Según estos trabajadores, sería necesario adoptar más medidas (adicionales) respecto al estrés (40%), daños sobre brazos, cuello y hombro (18%) y al trabajo físico o emocionalmente exigente (ambos, 16%).

Trabajadores flexibles y trabajadores no cualificados informan con relativa frecuencia de que las medidas (adicionales) son necesarias. Los trabajadores temporales, en particular, son los que no están satisfechos con las medidas adoptadas.

Sólo uno de cada veinte empleadores proporciona medidas específicas para este grupo de trabajadores.

De todas las empresas, sólo una minoría declara disponer de una evaluación de riesgos en el centro de trabajo (el 45% lo tiene, el 54% no lo tiene o no sabe si lo tiene).

Esto no quiere decir que la mayoría de los trabajadores trabaje sin un RI&E. Lo tienen tres de cada cuatro empresas de entre 10 y 49 trabajadores; en el segmento de 50-99 trabajadores, el 86% tiene un RI&E; por encima de 100 trabajadores, lo tiene el 90%. El grupo sin evaluación de riesgos se concentra en las microempresas de menos de 10 trabajadores.

Entre las empresas con una evaluación de riesgos, la gran mayoría tenía también un plan de acción (84%)³⁴; y el 92% de las empresas de más de 50 trabajadores que dispone de evaluación de riesgos, cuenta también con un plan de acción.

Dentro de las empresas que cuentan con menos de 26 trabajadores, el empresario puede ser quien se encargue de organizar la prevención.

En 2012, el 39% de todas las empresas tenía un contrato con un servicio externo de seguridad y salud y el 2%, un servicio propio.

Dentro del grupo de empresas de 50 a 99 trabajadores, estas cifras fueron el 82% y el 4%, respectivamente; y en las empresas de 100 y más trabajadores, del 74% y el 8%. Estas grandes empresas también contratan más a menudo un médico del trabajo (13% frente al 3% del total de las empresas).

Otras posibilidades son: organizaciones aseguradoras del absentismo o aseguradoras de salud (25%, la mayoría en pequeñas empresas), un agente de aseguramiento o asesor sobre las condiciones de trabajo (9%, la mayoría en empresas de entre 2 y 9 trabajadores).

Aun así, la mayoría de los trabajadores están cubiertos por un servicio externo de prevención en seguridad y salud en el trabajo o por un médico externo de seguridad y salud en el trabajo.

En 2012, el 83% de los trabajadores tenía un servicio de seguridad y salud en el trabajo contratado por el empleador, y el 79% contaba con un trabajador de prevención designado en el centro de trabajo.

Existen diferencias en función del tamaño, el sector o la especialización de la empresa. La mayoría de las organizaciones sin fines de lucro (54%) y en una minoría de empresas (39%) disponían de un contrato con un servicio externo de seguridad y salud

en el trabajo. Agricultura (26%) y hostelería (29%) obtuvieron los resultados más bajos; gobierno (73%), la industria (53%) y la construcción (53%), los más altos.

Respecto a la prevención interna, el 31% de todas las empresas disponían de uno o más trabajadores designados de prevención (obligatorios). En el 27% de las pequeñas empresas, este trabajo era realizado por el empleador, con más frecuencia en la agricultura (36%), la construcción (34%), la atención de la salud (31%) y la industria (29%).

Las empresas sin un trabajador de la prevención o sin empleador se concentraron en la categoría de microempresas (el 76%) y en los servicios comerciales y hostelería.

Cuando se recurre a la contratación externa, las especialidades más demandadas dependen de la naturaleza de los procesos de trabajo y de producción. Las empresas de los llamados “sectores prioritarios” deben invertir más en seguridad y materiales peligrosos. La Inspección de Trabajo detectó que el 60% de las empresas químicas cumplían sus obligaciones legales, un poco por encima del promedio en el país. Pero, en cambio, todavía muchas pymes “[...] a menudo han tomado medidas para garantizar la salud, pero también, con frecuencia, carecen por completo de inventario de materiales peligrosos, definición de límites y evaluación de la exposición”.

Incluso dentro de sectores peligrosos, se pueden observar sustanciales diferencias. Los trabajadores tienen el derecho de pedir un análisis médico preventivo. Uno de cada cuatro empleadores tuvo contacto con este servicio en 2012. De los 5.230 empleadores encuestados en 2012:

- 1.749 (33%) respondieron que el servicio de seguridad y salud en el trabajo había asesorado en la evaluación de riesgos y el 67% estaba (muy) contento con el servicio;

- 1.695 (32%) habían comprobado el documento de evaluación de riesgos y el 62% estaba (muy) contento sobre el servicio;

- 2.531 (48%) habían utilizado el servicio de seguridad y salud en el trabajo de asistencia a los trabajadores enfermos para su reintegración al trabajo y el 62% estaba (muy) contento sobre el servicio;

- Para 1.196 (23%), el servicio de seguridad y salud en el trabajo había realizado un examen médico preventivo y el 56% estaba (muy) contento sobre el servicio.

En la mayoría de las empresas más grandes, se considera la prevención de riesgos integrada en la organización de la empresa, pero no en las microempresas.

La evaluación de riesgos se realiza para el conjunto de la actividad de la empresa. Sin embargo, debe prestarse especial atención a la exposición a riesgos de grupos sensibles como los “trabajadores flexibles”, es decir, personas con contrato de trabajo temporal o de agencia y, entre ellos, un número relativamente elevado de trabajadores migrantes y de jóvenes.

En la anterior legislación existía la obligación de elaborar un informe anual. Ahora, como consecuencia de la reforma para reducir “carga administrativa”, es suficiente informar al Comité de empresa de forma oral y discutir los resultados principales.

La Inspección de Trabajo puede comprobar si esta obligación se ha cumplido. Las obligaciones preventivas del empleador no se extienden al trabajo subcontratado.

Respecto a la formación, la empresa solo está obligada a formar al trabajador o trabajadores designados de prevención.

- Información: el empleador está obligado por ley a informar a los trabajadores y a sus representantes de los aspectos preventivos, es decir al Comité de empresa o a la representación existente de los trabajadores en aquellas empresas con menos de 50 trabajadores. Los representantes de los trabajadores específicos para prevención de riesgos y salud y seguridad forman parte, en su mayoría, del comité de empresa y tienen derecho a la información y consulta sobre los aspectos del sistema de seguridad y salud en el trabajo de la empresa.

- Vigilancia de la salud: los trabajadores de la empresa tienen el derecho legal de solicitar someterse a un chequeo de salud. El empleador no tiene obligación de organizar un chequeo médico para los trabajadores que no lo solicitan.

En la encuesta WEA 2008, el 35% de las empresas encuestadas se mostró (totalmente) de acuerdo con la afirmación de que la actividad administrativa provocada por las obligaciones derivadas de la Ley de Salud y Seguridad le costaba a la empresa una gran cantidad de tiempo. El 56% de las empresas estuvo (totalmente) de acuerdo con la afirmación de que el número de obligaciones legales en la Ley de Condiciones de Trabajo era demasiado grande.

En cambio, la WEA 2010 muestra resultados algo diferentes: el 32% de las empresas indicó que la provocada por las obligaciones derivadas de la Ley de Salud y Seguridad le costaba a la empresa una gran cantidad de tiempo. El número de empresas que estaban de acuerdo con la afirmación de que el número de obligaciones legales en torno a la ley era grande se había reducido al 51%.

Los empresarios se quejan en particular, de los contratos estándar todo-incluido. Cada vez más empresarios prefieren un contrato de servicios de seguridad y salud en el trabajo con una base mínima y después pagar por los servicios que se soliciten expresamente. Esta posición parece ser el resultado de dos orientaciones diferentes de los empresarios: “La demanda estándar del mercado es una demanda de personalización de los servicios requeridos. Por una parte, esto es el resultado, afortunadamente, de una visión con mayor concienciación sobre los servicios de salud y seguridad; pero para otro grupo de empresarios, se trata también de un modelo centrado principalmente en un mayor control propio y ahorro de costes.”

Otras quejas de los empresarios se refieren a los procedimientos burocráticos y a las relaciones con los clientes, sobre todo con las organizaciones de servicios de seguridad y salud en el trabajo más grandes. Las quejas se concentran en la calidad del asesoramiento de los médicos de trabajo, los nuevos sistemas utilizados, la dificultad para contactar a los expertos, etc.

Los actores del sistema:

- Instituciones especializadas: servicios internos o externos. Los servicios propios sólo desempeñan un papel importante en las empresas más grandes. De todos los empleadores entrevistados, el 39% utiliza el proveedor de servicios externo de seguridad y salud en el trabajo; y otro 37% ha contratado otros expertos externos:

empresas de salud o aseguradoras de absentismo (24%, la mayoría en pequeñas empresas), un agente de seguros o un asesor sobre las condiciones trabajo (9%), un médico del trabajo del sector industrial (3%). Del total de empresas de más de 100 trabajadores, el 8% disponía de un servicio de seguridad y salud en el trabajo propio, por un 2% del total de todas las empresas.

- El Estado, a través de la Inspección de Trabajo y de la investigación.
- Los trabajadores y sus representantes, incluidos los sindicatos:
 - En la empresa, el comité de empresa y otras formas de representación de los trabajadores, a través de los derechos legales de información y consulta.
 - En los sectores, mediante la negociación de convenios y catálogos sobre salud y seguridad.
 - A nivel nacional (Fundación del Trabajo), coordinando y promoviendo en los sectores el desarrollo de evaluaciones de riesgo, con el fin de apoyar a las pequeñas empresas.
- Los profesionales de la prevención: los médicos de salud laboral tienen que estar certificados si trabajan para un servicio de seguridad y salud en el trabajo certificado. En cambio, no necesitan un certificado si actúan con independencia de un servicio de seguridad y salud en el trabajo o trabajan con una “empresa de absentismo”. Así, un certificado no es obligatorio, pero constituye una prueba de calidad profesional para el proveedor de servicios.

La Confederación Sindical FNV está promoviendo un nuevo sistema: “El médico de salud laboral debe ser un “médico de trabajo” independiente y las

actuaciones sobre el paciente/cliente deben ser financiadas por los proveedores de seguros de salud.

Los servicios de seguridad y salud y los médicos del trabajo que tienen un contrato con el empleador principalmente deben involucrarse primordialmente en las medidas de prevención”.

5. ITALIA

Italia se encuentra en una fase de transición normativa en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Las modificaciones legales se realizan en nombre de la simplificación administrativa, con la finalidad de hacer más competitivas a las empresas, revisando los avances realizados en la última modificación a través de Decreto Legislativo 81/2008, que había codificado en un solo texto todas las normas sobre salud y seguridad.

Las medidas adoptadas se dirigen principalmente a las pymes y microempresas, rebajando las exigencias de actuación en la gestión de la seguridad y salud laboral.

La legislación sobre salud y seguridad en el trabajo se ha modificado en 2003, primero indirectamente a través del Decreto Ley 69/2013 (denominado “la ordenanza”), convertido después en la Ley 98/2013. Esta legislación se enmarca en la tendencia de la simplificación normativa.

En nombre de la simplificación (una aplicación de facto de las orientaciones expuestas por la Comisión Europea en el programa REFIT40), el Ministerio de Trabajo procedió a eliminar en esta última reforma:

- La obligación de redactar en fase de proyecto el Documento Único de Evaluación de Riesgos (DUVRI) (artículo 32, apartado 1, Ley 13/98).

- El procedimiento estandarizado para la Evaluación de Riesgos (art. 32 párr. 1 (b) Ley 98/13), necesario para las pymes.

- El Plan de seguridad y coordinación (PSC) y el plan de seguridad operacional (POS) en el sector de la construcción (artículo 32, apartado 1, letra h).

- La cancelación de la obligación del empleador de comunicación a las autoridades judiciales en caso de lesiones graves (con pronóstico de baja de tres días) o mortales (art. 32 párr. 6 puntos (a), (b) Ley 98/2013). Tales comunicaciones se dirigirán a la aseguradora (Inail) que, a su vez, informará al juez en caso de lesiones graves o fatales. Esto dificulta al juez y a las autoridades supervisoras la intervención rápida en la escena del accidente para la investigación de sus causas y de la responsabilidad imputable.

- La supresión de la obligación de información, formación de los trabajadores y la vigilancia de la salud en el caso de prestación de trabajo por corto tiempo (art. 35 de la Ley 13/1998).

Estas medidas previstas en la Ley 98/2013 aún deben ser desarrolladas por decretos.

En Italia existen diferencias con respecto a las obligaciones legales de las empresas.

- Pequeños negocios y empresas de hasta 50 trabajadores, clasificadas como de bajo riesgo, pueden realizar la evaluación de riesgos mediante un procedimiento simplificado (art. 29, párr. 5 del d.l. 81). Microempresas y empresas familiares: los trabajadores familiares del dueño de la empresa familiar deben usar los elementos de protección y los EPI cumpliendo las normas.

Sólo en el caso de miembros familiares, se concederá una excepción a las obligaciones de los exámenes de salud y en materia de formación. Los trabajadores familia del dueño pueden someterse a las valoraciones médicas de perfiles de riesgo para la salud, asumiendo los gastos, y participar en cursos de formación (artículo 21).

- Las empresas organizan la prevención de riesgos laborales con recursos propios. Para las empresas de hasta 15 trabajadores, las asociaciones de empresarios tienen acuerdos con servicios de prevención y consultoras que asisten a la empresa en la gestión de los riesgos, proporcionando un responsable del servicio de prevención de seguridad (RSPP). Se trata de un profesional que apoya externamente a la empresa en la gestión de asuntos técnicos y burocráticos relacionados con la seguridad. El empleador puede asumir el papel de gestionar directamente la prevención.

Para las microempresas y pequeñas empresas, se organiza una especie de mutualización de los representantes de seguridad de los trabajadores (RLS), mediante el establecimiento de un representante de seguridad de los trabajadores a nivel territorial

(RLST) que trabaja a tiempo completo y es retribuido por el organismo paritario del Ente bilateral que, a su vez, cobra una pequeña cuota por empleado a cada empresa. El coste actual de esta mutualización es de 18 euros/año por empleado.

De esta manera, la empresa cubre la formación de su propio RLS (lo que exige 32 horas de formación). El RLST que se ocupa de las empresas pequeñas (aziende artigiane) recibe en la sede del Organismo paritario (Ente bilateral) la documentación de la empresa, la tramita en un sistema informatizado, decide qué empresas visita y -con un procedimiento complicado- accede a los centros de trabajo, revisa la documentación existente y sugiere mejoras cuando sea necesario. El número de RLSTs es pequeño y las intervenciones realizadas cada año son muy pocas, en comparación con el número de pequeñas empresas. En la Región de Emilia-Romagna, los RLST son 62 personas, para ocuparse de miles de pequeñas empresas. El Organismo paritario tiene entre sus tareas la de formar a los representantes de los trabajadores de seguridad con cursos específicos y producir materiales de información sobre los riesgos, que se distribuyen a empleadores y trabajadores.

- El asesoramiento para las pequeñas empresas consta de una oferta de determinados estudios y análisis, así como de profesionales ingenieros y técnicos. Generalmente, las empresas de prevención externas ofrecen paquetes de servicios básicos anualizados, diseñados para mantener en orden la documentación exigida legalmente sobre salud y seguridad y evitar las multas a las empresas si son inspeccionadas.

Las obligaciones de formar a los trabajadores suelen ser desarrolladas por técnicos de prevención externos. Desde hace tiempo parece detectarse un problema de calidad en los servicios de prevención que se prestan porque existen en el mercado

organizaciones que venden productos de baja calidad, que elaboran documentos de evaluación de riesgos realizados en serie, sin visitar los centros de trabajo ni comprobar la realidad de la empresa.

- La externalización de las funciones del RSPP está muy extendida entre empresas con menos de 15 trabajadores; el consultor profesional externo que asiste a la empresa realiza y dirige todas las actividades de prevención, desde la redacción del Documento único para la evaluación de riesgos hasta la formación de los trabajadores, los planes de emergencia anti-incendio, etc.

- En la cadena de subcontratación, la empresa principal que subcontrata obras es responsable de la organización y gestión del lugar de trabajo donde las subcontratas realizan los trabajos. Sin embargo, para la gestión de riesgos específicos relacionados con la especialización de las actividades, la responsable es la empresa subcontratada. Por ejemplo: si una empresa necesita soldadura y llama a otra empresa especializada en esta técnica, esta última es responsable del riesgo específico ocasionado por la soldadura. La empresa principal que subcontrata puede y debe garantizar el entorno de seguridad en la cual operará la empresa subcontratada.

Para la empresa que subcontrata, hasta hace poco era posible rescindir el contrato si la empresa subcontratada no seguía los procedimientos generales de seguridad previstos por la empresa principal y, de esta forma, comportaba un riesgo.

Esta posibilidad ha quedado menos clara después de las últimas reformas realizadas sobre la legislación en este punto. En el sector de la construcción, muchos trabajadores se han reconvertido en emprendedores, dueños de empresas unipersonales. En estos casos, se ha informado de problemas en la gestión de la seguridad. Estos trabajadores pseudo-empresarios suelen trabajar sin equipos de protección personal

adecuados y no se someten a los reconocimientos de salud periódicos, que deben pagar de su bolsillo. La responsabilidad de la empresa principal respecto a la seguridad en el trabajo de las empresas subcontratistas fue desregulada por el Decreto 81/2008 (Decreto de integración y corrección n. 180 de 5 de agosto de 2009), aunque mantuvo la gestión y prevención relacionada con los riesgos conectados (rischi interferenziali). Actualmente, la supervisión de la empresa principal a la empresa subcontratista es muy débil. En las empresas de gran tamaño que utilizan empresas de servicios externos, generalmente se insertan cláusulas vinculantes en materia de cumplimiento de las normas de seguridad cuando se firma el contrato.

- Las grandes empresas y con un alto valor añadido por empleado invierten en seguridad y salud incluso en tiempos de crisis. El problema se centra en las pequeñas empresas y microempresas que intentan ahorrar en la gestión de la seguridad laboral, considerando que es un gasto. Muchas empresas “compran” los servicios de las consultoras y empresas externas solo para obtener el Documento de evaluación de riesgo para exhibirlo en caso de inspección de la ASL. Sólo en las grandes y medianas empresas se ha podido constatar una mayor integración de la producción con un sistema de gestión de salud y seguridad y del medio ambiente. Estas empresas son conscientes de la conveniencia económica de gestionar adecuadamente la salud y seguridad de los trabajadores, incluso más allá de lo que es requerido por las normas.

Dentro del mercado de empresas de consultoría de servicios de prevención en materia de salud y seguridad en el trabajo, existen ofertas que van desde la ínfima calidad a la excelencia. En Italia no existe todavía ninguna página web dedicada a las microempresas -tipo www.prevenzion10.es-, pero existen muchos servicios web con ofertas muy diferentes en precios y en calidad. Desafortunadamente, no existen estudios sobre este segmento de empresas u organismos que proporcionan asesoramiento y servicios externos de salud y seguridad.

6. REINO UNIDO

El modelo de actuación sobre seguridad y salud en el trabajo en el Reino Unido se basa en que los empleadores pueden decidir ellos mismo cómo gestionar la prevención en las empresas, de tal modo que el riesgo se reduzca al mínimo. El modelo británico no se basa en normas detalladas, aunque existen algunos estándares que deben ser cumplidos y cuya aplicación es supervisada por la Inspección de Trabajo.

En el Reino Unido no existe un marco formal de diálogo social para abordar temas laborales o sociales a nivel nacional.

Los contactos y negociaciones entre sindicatos y asociaciones de empresarios no están amparados por ninguna norma o procedimiento que les permita discutir sobre los proyectos legislativos con impacto en el empleo, las relaciones laborales o las condiciones de trabajo, a pesar de que tanto los empleadores como los sindicatos contribuyen con su opinión en procesos de consulta más generales.

En la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo (Health and Safety at Work Act, HSWA) de 1974, que constituye el marco general de legislación en esta materia, las obligaciones de los empleadores se deben cumplir “en la medida en que sea razonable y factible” (reasonably practicable).

Ello quiere decir que los empleadores pueden argumentar que el coste de las medidas de seguridad que se pretenden implementar no está justificado por la reducción del riesgo que persiguen.

Esto no significa que estén eximidos de sus responsabilidades. Según la HSWA (art. 2), los empleadores tienen la obligación de diligencia general con el fin asegurar la salud, seguridad y bienestar en el trabajo de todos sus trabajadores.

La HSWA es genérica, y las normas más concretas sobre SST se detallan en los reglamentos, códigos de prácticas (approved codes of practice, ACOPS) y orientaciones.

- Los Reglamentos son jurídicamente vinculantes.

- Los ACOPS acompañan a los Reglamentos para proporcionar una orientación práctica sobre la aplicación de la norma. No cumplir una ACOP no es un delito, pero el empleador deberá demostrar que los métodos y medidas que ha adoptado son igual de eficaces para conseguir los fines perseguidos.

- Las “Orientaciones” son también frecuentes y proporcionan consejos y buenas prácticas en el cumplimiento de los Reglamentos. Las orientaciones no son jurídicamente vinculantes.

El HSWA creó la Comisión de Salud y Seguridad (HSC), con responsabilidad general para el control y el desarrollo de la seguridad y salud en Gran Bretaña y estableció el organismo (independiente) Agencia Ejecutiva para la Salud y Seguridad (HSE) como su brazo ejecutor, junto con las autoridades locales. En el HSE están representadas las organizaciones empresariales y sindicales, tanto en el consejo rector como en los comités asesores que tratan aspectos especializados de la labor del HSE.

El HSE es un regulador independiente que actúa en interés público para reducir la siniestralidad en los centros de trabajo. El HSE persigue los incumplimientos de las normas sobre salud y seguridad y lleva a cabo acciones judiciales que pueden conducir a multas y penas de prisión para los responsables. También informa y educa al público acerca de la salud y la seguridad y proporciona información gratuita en su sitio web para los empresarios (con orientaciones adaptadas a diferentes tamaños y sectores) y para los trabajadores. También ofrecen formación en salud y seguridad.

- Empleadores: según la ley, los empleadores son responsables de la salud y de la gestión de la seguridad. Es deber del empresario la protección de la salud, la seguridad y el bienestar de sus trabajadores y otras personas que puedan verse afectadas por sus negocios. Los empleadores tienen que hacer lo que sea razonablemente posible para lograrlo. Esto significa asegurarse de que los trabajadores y otras personas están protegidos de cualquier cosa que pueda causar daño, controlar eficazmente los riesgos de lesión o de la salud que pudieran surgir en el centro de trabajo.

Los empleadores tienen la obligación, en virtud de la ley de salud y seguridad, de evaluar los riesgos en el centro de trabajo. Las evaluaciones deben llevarse a cabo para identificar todos los riesgos que puedan causar daños en su centro de trabajo.

Los empleadores deben dar información acerca de los riesgos en el centro de trabajo y de cómo se protege al personal, también instruir y capacitar al personal sobre cómo hacer frente a los riesgos. Los empleadores deben consultar a los trabajadores sobre temas de salud y seguridad.

- Trabajadores: todos los trabajadores tienen derecho a trabajar en entornos donde los riesgos para su salud y seguridad estén debidamente controlados. Bajo la ley de seguridad y salud, la responsabilidad principal corresponde a los empleadores. Los

trabajadores tienen el deber de cuidar de su propia salud y seguridad y del de otras personas que puedan verse afectadas por sus actos en el trabajo. Los trabajadores deben cooperar con los empleadores y compañeros de trabajo para ayudar a todos a cumplir con sus requisitos legales.

- Gobiernos locales: los gobiernos locales también tienen la responsabilidad sobre la prevención de riesgos. Los ayuntamientos ofrecen una amplia gama de servicios públicos. La responsabilidad de la salud y la seguridad se extiende a su papel como empleadores, proveedores de servicios y, a menudo, como los principales compradores y usuarios de bienes y servicios.

- Organizaciones sindicales: los sindicatos tienen un papel principal en la prevención de riesgos: el sindicato podrá nombrar los representantes de salud y seguridad (denominados “delegados de seguridad“ en los Reglamentos); los empleadores deben consultar a los representantes de salud y seguridad nombrados por los sindicatos en materia de salud y seguridad que afectan a los trabajadores que representan. Los sindicatos pueden tener:

- diferentes representantes del mismo sindicatos de diferentes partes de la empresa;

- diferentes representantes de diferentes sindicatos de diferentes partes de la empresa;

- representantes sindicales que representan a los trabajadores que pertenecen a otros sindicatos, de común acuerdo con los otros sindicatos, y

- representantes sindicales que representan a trabajadores que no son miembros de sindicatos.

El HSE promueve que se celebren convenios colectivos en aquellos centros de trabajo donde los sindicatos sean reconocidos oficialmente y representen a los trabajadores, de tal modo que promuevan una prevención eficaz de los riesgos. Es decir: en aquellos centros de trabajo donde los sindicatos no son reconocidos oficialmente, el funcionamiento de la prevención de riesgos parece que arroja más dudas.

Los sindicatos tienen derechos en materia de salud y seguridad en el centro de trabajo. Los Reglamentos sobre Comités y Representantes de Seguridad de 1977 proporcionan a los sindicatos “reconocidos” el derecho a designar a los representantes de seguridad en el centro de trabajo.

Las principales funciones de estos representantes, que gozan de protección legal para no ser perturbados en sus tareas, además de algunos derechos de formación y tiempo libre, son: investigar los posibles riesgos y sucesos peligrosos y examinar las causas de los accidentes; investigar las quejas; presentar alegaciones al empleador; llevar a cabo inspecciones, al menos cada tres meses y después de un accidente, un suceso peligroso o la contracción de una enfermedad de declaración obligatoria; consultar y recibir información de los inspectores del HSE y otros organismos, y asistir a las reuniones del comité de seguridad, un órgano que debe crear el empleador si lo solicitan, al menos, dos representantes de seguridad.

El empleador también debe consultar e informar a los delegados de prevención sobre determinados aspectos.

En los centros de trabajo donde no hay representantes sindicales de seguridad, los empleadores deben consultar a los trabajadores en cuestiones de seguridad y salud, ya sea directamente o a través de representantes de Salud y Seguridad elegidos.

Las personas elegidas para este fin (los “representantes de seguridad de los trabajadores”) tienen esencialmente los mismos derechos que los representantes de seguridad nombrados por el sindicato, si bien carecen del derecho de inspeccionar o de establecer un comité de seguridad. La Encuesta sobre la Salud y la Seguridad que se realiza cada dos años por el Congreso de Sindicatos (Trades Union Congress, TUC) recoge los resultados de un estudio basado en la información de representantes sindicales de seguridad. El informe TUC expone los siguientes datos:

- Se ha producido un descenso en las inspecciones de trabajo;
- Se consulta menos a los delegados de prevención sobre cuestiones de seguridad y salud, a pesar de ser un requisito legal;
- A pesar de ello, los delegados de prevención siguen siendo eficaces y más de tres cuartas partes de los encuestados habían inspeccionado sus centros de trabajo en el último año, de los que el 80% tiene un comité de seguridad conjunto.

La legislación obliga a los empleadores a realizar evaluaciones “adecuadas y suficientes” de riesgo y registrar cualquier dato significativo en los centros de trabajo con cinco o más trabajadores.

El HSE identifica la capacidad de los empleadores para llevar a cabo las evaluaciones de riesgos como un elemento clave de la buena gestión de los riesgos de construcción.

La mayoría de los representantes sindicales de salud y seguridad (82%) manifestaron que los empleadores habían llevado a cabo formalmente evaluaciones de

riesgo; una minoría de respuestas (8%) señala que no se habrían llevado a cabo evaluaciones de riesgo y otro 8% no sabe.

Muchos representantes sindicales de salud y seguridad encontraron insatisfactorio el proceso de evaluación de riesgos en términos de su propia participación:

- Sólo uno de cada tres (33%) dijo que estaban satisfechos con su participación en la elaboración de las evaluaciones de riesgo.
- El mismo porcentaje (33%) dijo que estaban involucrados, pero no lo suficiente.
- Un porcentaje mayor (34%) declaró que no habían participado en absoluto.

Cada vez con más frecuencia, los empleadores utilizan servicios de medicina del trabajo para ayudarles a gestionar la salud en los centros, involucrándose en el análisis de la capacidad y en el absentismo. Los servicios de salud en el trabajo pueden emplear su propia enfermería o un médico y pueden variar en tamaño y recursos, que dependen de las necesidades del empleador.

Pueden proporcionar los servicios dentro de la empresa o externamente, o una mezcla de servicios internos y externos.

En el Reino Unido, las asociaciones de empleadores del sector ofrecen a sus asociados acceso a información y servicios, a cambio de una cuota anual y suscripción, por ejemplo, la Federación de Empresarios de Ingeniería, la Asociación de Contratistas Eléctricos, etc... Aunque no se ha podido constatar, es muy probable que estas asociaciones presten servicios de algún tipo relacionados con la salud y seguridad.

El HSE aconseja a las empresas que cumplan con sus responsabilidades de salud y seguridad por sí mismos dentro de la empresa, con la ayuda de especialistas asesores.

Aunque también señala que puede haber actividades de carácter muy especializado técnico, para las que se necesite ayuda externa y no exista suficiente tiempo de dedicación o experiencia dentro de la empresa.

Las obligaciones legales del empleador en materia de salud y seguridad son:

- elaborar una política de salud y seguridad;
- gestionar los riesgos de salud y seguridad en la empresa;
- consultar a los trabajadores;
- proveer de información y formación;
- proporcionar las instalaciones adecuadas en el centro de trabajo;
- gestionar los primeros auxilios, los accidentes y las enfermedades;
- visualizar obligatoriamente la información sobre salud y seguridad provista por el HSE (cartel) por parte de cualquier empleador con al menos un empleado;
- suscribir un seguro de responsabilidad civil,
- mantenerse al día sobre la evolución de la salud y la seguridad respecto a los cambios legislativos.

El HSE, a través de su página web, facilita la identificación general de las necesidades de salud y de seguridad de las empresas, a las que anima a ponerse en contacto con los especialistas de salud y seguridad externos cualificados a través del Registro de Consultores de Seguridad y Salud.

Esta organización ayuda a las empresas a encontrar a un especialista cualificado y con experiencia en una actividad y sector de industria específico.

La Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo contiene disposiciones específicas sobre las trabajadoras embarazadas y los jóvenes, y exige a los empleadores que lleven a cabo las evaluaciones de riesgos especializadas para estos trabajadores.

Respecto a la coordinación de las actividades preventivas, la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo establece que cualquier persona que tenga el control de los locales utilizados para el trabajo debe llevar a cabo su tarea en la medida de lo razonablemente posible, para que él y otras personas (no asalariados) que pueden verse afectados no están expuestos a los riesgos de salud y seguridad. En formación, la obligación genérica de la legislación de proporcionar información y formación en salud y seguridad se concreta al identificar situaciones específicas, por ejemplo: los nuevos ingresos en la empresa, en la exposición a riesgos nuevos o altos o cuando las destrezas existentes hayan podido resultar desactualizadas. Cuando un empleador no es capaz de proporcionar la formación por sí mismo, internamente, debe buscar ayuda competente para hacerlo.

Vigilancia de la salud. Sólo aquellos trabajadores identificados en esa situación en la evaluación de riesgos requerirán vigilancia de la salud que, por tanto, se considera una medida para ayudar a controlar ese riesgo.

Incumplimientos de la legislación. La Declaración de Política de Cumplimiento del HSE que dirige a las empresas adopta una definición amplia de “cumplimiento”. Esta política identifica las medidas de ejecución que deben ser adoptadas por el titular de la obligación preventiva, es decir, la persona responsable de la salud y la seguridad, normalmente el empresario.

Las autoridades pueden ofrecer a los empleadores información y asesoramiento, tanto personal como por escrito. Pueden advertir al empleador de que, en su opinión, no está cumpliendo con la ley.

En su caso, también pueden emitir advertencias para introducir mejoras en la prevención, así como prohibiciones, retiradas de autorizaciones, variaciones en las condiciones de licencia o exenciones, o lanzar requerimientos formales cuando las infracciones graves pueden resultar en lesiones graves o muerte.

El Gobierno del Reino Unido no ofrece incentivos públicos para promover medidas de prevención. En su lugar, aboga por las ventajas y beneficios para las empresas que supone: una reducción de costes y de los riesgos; menor ausencia de los trabajadores y menores tasas de rotación en los puestos de trabajo; menor número de accidentes; reducción de la amenaza de acciones legales; mejor posicionamiento entre proveedores y socios; mejor reputación en responsabilidad corporativa entre los inversores, los clientes y las comunidades; y aumento de la productividad , ya que los trabajadores son más sanos y están más motivados.

7. AUSTRIA

Desde 1999, todas las empresas austríacas con, al menos, un trabajador deben disponer de un servicio de prevención de riesgos. Los servicios pueden ser internos, externos o inter-empresariales, es decir, de tipología mutualizada, según sus necesidades. En empresas con menos de 50 trabajadores, los empleadores pueden ser responsables de esta tarea si tienen la experiencia necesaria. Sin embargo, la mayoría de las pequeñas empresas entre 1 y 50 trabajadores utiliza generalmente los servicios del

AUVA (Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Institución de aseguramiento general de accidentes), que son gratuitos.

Aparte de los servicios AUVA, hay centros privados especializados en salud laboral y seguridad, así como una completa oferta de médicos profesionales independientes e ingenieros de seguridad que prestan sus servicios a una o más empresas. Los servicios se focalizan principalmente en la prevención y deben incluir necesariamente, como disciplinas obligatorias, a un médico del trabajo y a un experto en seguridad, normalmente un ingeniero. Además de estos especialistas, también existen enfermeras, fisioterapeutas, psicólogos, químicos, biólogos, técnicos de laboratorio, toxicólogos, etc.

De acuerdo con la legislación, los empleadores son los responsables de la salud y la seguridad de sus trabajadores y pueden ser complementados en su labor por servicios de prevención que, a su vez, pueden realizar las siguientes tareas:

- asesorar al empleador acerca de todas las áreas comprendidas en salud laboral y seguridad;
- inspeccionar la empresa;
- investigar accidentes y enfermedades;
- evaluar las medidas de prevención;
- documentar su trabajo;
- asesorar y asistir al empleador, a los representantes de seguridad y al comité de empresa.

8. BELGICA

En la legislación belga se establece que todos los empresarios deben tener un servicio de prevención propio y, sólo en el caso de que los medios con los que cuente este no sean suficientes, se podrá recurrir a servicios externos.

Es decir: la organización de la prevención en la empresa se realiza mayoritariamente de forma interna y esa es la finalidad prevista en la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo. Ello no excluye la participación de colaboración ajena a la empresa para apoyar el desarrollo de las acciones preventivas.

Desde la perspectiva de los servicios de prevención propios, la legislación belga clasifica las empresas en cuatro grandes grupos:

- Empresas de más de 1.000 trabajadores, con excepciones, en función de la actividad.
- Compañías de entre 500 y 1.000 trabajadores, que no se incluyan en las excepciones tipificadas para las empresas del grupo anterior.
- Empresas con una plantilla inferior a 200 trabajadores, y que no puedan incluirse en ninguno de los supuestos previstos en los grupos anteriores.
- Compañías de menos de 20 trabajadores, en las que el empresario asume personalmente la gestión de la seguridad.

Los servicios de prevención externos. La Ley de 4 de agosto de 1996 sobre el bienestar de los trabajadores en el desempeño de su trabajo también prevé la creación de servicios externos de prevención y protección en el trabajo (service externe pour la

prévention et la protection au travail), que pueden ser establecidos por un grupo de empresarios.

Dentro de estos servicios externos se establecen obligatoriamente “secciones” o especialidades distintas, una de las cuales debe ser responsable de la vigilancia médica de los trabajadores.

La legislación persigue garantizar que el análisis y gestión de los riesgos y la supervisión médica se lleven a cabo de forma integral, por lo que tiende a que el servicio externo incorpore todas las disciplinas en su oferta a las empresas.

Por su parte, las secciones (unidades, departamentos) encargadas de la vigilancia médica están integradas por médicos del trabajo. Mantienen registros y documentación separada e informan de sus actividades de vigilancia médica y de prevención.

Las obligaciones, régimen de organización y funcionamiento de los servicios de prevención externos se establecen en el Real Decreto de 27 de marzo de 1998.

Los servicios externos pueden ser creados por los empleadores, el Estado, las Comunidades nacionales (flamenca y valona), las regiones, las instituciones públicas, las provincias y municipios.

Deben adoptar la forma jurídica de asociación sin ánimo de lucro, aunque los organismos públicos que no tienen esta forma también pueden ser autorizados, después de una consulta y un dictamen del Comité de seguimiento. Las secciones que integran el servicio externo no pueden tener personalidad jurídica propia.

Las características principales de los servicios de prevención externos son las siguientes:

- Un servicio externo de prevención y protección en el trabajo debe incluir siempre una sección de vigilancia médica. Así, ha sido posible transformar los servicios médicos inter-empresas, que existían anteriormente, en las actuales secciones de los servicios externos de prevención.

- Administrativamente, un servicio de prevención externo debe contar, al menos, con dos autorizaciones para que pueda operar en las empresas. Por un lado, una general, concedida por el gobierno federal, aunque no se aplica a todo el servicio como tal. Por otro lado, las Comunidades (flamenca y valona) tienen competencia para aprobar la sección del servicio externo responsable de la supervisión médica, es decir, el gobierno federal no posee la competencia en esta materia.

- El servicio de prevención externo debe contar con el equipo necesario, la capacidad técnica, científica y financiera para llevar a cabo sus tareas de forma completa y eficiente. Debe llevar un sistema de documentación contabilidad y unos precios fijos o tarifas que son comunicados por el Ministerio de Empleo anualmente. La legislación establece obligaciones de documentación, información y gestión más estrictas para la vigilancia médica que para otras secciones.

- El servicio de prevención externo no puede tener ningún interés directo o indirecto en las empresas o instituciones en las que se lleva a cabo su actividad. De esta manera se garantiza que opera de forma independiente y sin conflicto de intereses.

El ámbito de actuación territorial del servicio externo puede abarcar:

- La totalidad del territorio belga;
- Una o más comunidades;
- Un área geográfica que se determine.

Por materias, el servicio externo puede cubrir un sector determinado de actividad o bien diferentes sectores.

La legislación establece que el servicio de prevención externo celebre un contrato con el empleador, es decir, este último debe cumplir con las obligaciones impuestas por la legislación y, además, las disposiciones del contrato. El contrato debe establecer:

- El servicio(s) y tarea(s) asignados;
- La naturaleza, el alcance y las prestaciones mínimas para llevar a cabo estas tareas;
- Los medios que el empleador pone a disposición del servicio;
- El modo de colaboración con el servicio interno de prevención;
- Las relaciones con los representantes de los trabajadores, generalmente con el comité de prevención y protección en el trabajo (comité pour la prévention et la protection au travail), el empleador facilita a este comité la información sobre el número de consejeros de prevención proporcionado por el servicio de prevención externo;
- Los modos de terminación del contrato.

El servicio de prevención externo no puede subcontratar ninguna actividad de prevención. En el servicio externo existe un comité asesor, integrado por representantes de los empleadores asociados a ese servicio y por representantes de los trabajadores de

los empleadores contratantes del servicio. Este comité se encarga de asesorar sobre diferentes materias para garantizar el correcto funcionamiento del servicio externo.

Las cotizaciones obligatorias. Cada servicio fija las tarifas para el empleador afiliado, con relación a las tareas contenidas en el contrato. Estos precios respetan la tarificación mínima impuesta por la regulación que hace el Gobierno, generalmente con carácter anual.

La dirección y gestión del servicio de prevención externo. El responsable de la gestión del servicio de prevención externo debe:

- ser un experto en una de las disciplinas que deben estar representadas en el servicio externo;
- contar con experiencia profesional y científica adecuadas;
- tener un contrato de duración indefinida;
- estar activo a tiempo completo.

Sus principales funciones son:

- asegurar la coordinación de las especialidades;
- garantizar el funcionamiento y la aplicación de los principios de gestión de calidad total;
- asegurarse de que las tareas se llevan a cabo en colaboración con el servicio de prevención interno;
- elaborar un informe anual;

- designar a un consejero de prevención que, de acuerdo con el servicio de prevención interno, elabore una lista de tareas a realizar por el servicio externo y prepare el contrato que se celebre con el empleador.

Secciones/especialidades. El servicio externo se compone de dos secciones:

- La sección de gestión de riesgos (más enfocada a la seguridad), dirigida por un ingeniero con un determinado nivel de formación adicional establecido por la legislación. En esta sección están representadas las disciplinas de seguridad del trabajo, medicina del trabajo, ergonomía, higiene industrial y aspectos psicosociales del trabajo.

- La sección de vigilancia médica, que está a cargo de un médico del trabajo e incluye enfermeras y personal administrativo necesario para lograr la vigilancia de la salud. Las disciplinas de seguridad del trabajo y medicina del trabajo no se pueden combinar en una sola persona.

Las enfermeras, los trabajadores sociales y personas con un nivel de formación adicional o especializada determinado por la legislación (nivel II) pueden trabajar en los servicios externos, siempre bajo la responsabilidad del consejero o asesor de prevención.

Actuación de los servicios de prevención externos en los centros de trabajo. Para cada intervención que realiza, el servicio de prevención externo prepara un informe para el empleador. La primera visita al centro de trabajo debe ser realizada siempre por un consejero de prevención. Si en el centro hay trabajadores que no están sujetos a la realización de exámenes médicos anuales, una persona que asiste al consejero -y que tiene, como mínimo, un nivel II de formación específica- organizará tres visitas anuales.

Si un trabajador está empleado en un trabajo en el que se expone a estrés físico, mental o psicosocial o bien está en un puesto de trabajo con condiciones de seguridad específicas, el asistente del consejero de prevención con la formación específica mínima mencionada, debe organizar una inspección anual, o bien el propio consejero de prevención organizarla cada dos años.

Si los trabajadores están expuestos a agentes físicos, químicos o biológicos que pueden causar enfermedades o tienen enfermedades cuyo origen está en su actividad laboral, un consejero de prevención debe hacer una visita anual al centro de trabajo.

El número de consejeros de prevención, enfermeras y personal administrativo y su competencia se determina teniendo en cuenta los requisitos de los servicios que se deben realizar para cada empleador afiliado al servicio externo de prevención y la necesidad de llevar a cabo sus tareas siempre en su totalidad y de manera eficiente.

Esto implica que el servicio externo debe tener un número mínimo de consejeros de prevención.

Normalmente, siempre son el mismo consejero de prevención o el mismo equipo de consejeros de prevención los que cumplen las tareas para el mismo empleador.

9. DINAMARCA

En Dinamarca se distingue entre:

- La organización de la salud y seguridad en la empresa en general, que comprende todas las formas de cooperación institucional entre los empleadores y los representantes de los trabajadores (Comité de seguridad, el encargado o responsable de la seguridad y los grupos de seguridad) y

- Los servicios de salud laboral, que se componen de especialistas que actúan en las empresas.

Los servicios de salud laboral se corresponden con los servicios de protección y prevención y pueden adoptar tres formas: servicios internos, o servicios sectoriales y servicios territoriales. Sólo las empresas pertenecientes a los sectores establecidos en la legislación están obligadas a utilizar estos servicios (una dedicación mínima de 0,6 horas por trabajador por año). Sin embargo, la inspección de trabajo puede obligar a otras empresas también a utilizar estos servicios de salud en el trabajo, aunque no estén comprendidas dentro de los sectores “de riesgo”. El personal de los servicios de salud es multidisciplinar y debe incluir, por lo menos, cinco expertos o consultores, cada uno representando a uno de los siguientes cinco campos de intervención: física, química, biología, ergonomía y psicología. La conformidad con este principio de multidisciplinariedad se controla por un organismo externo de acreditación (DANAK).

El objetivo de los servicios de salud es prevenir los accidentes causados por el entorno laboral, incluyendo accidentes de trabajo, y salvaguardar el bienestar físico y psicológico de los trabajadores. Sus principales tareas son las siguientes:

- obtener una visión global del medio ambiente laboral;
- implementar las medidas apropiadas para la prevención;
- proporcionar asesoramiento;
- llevar a cabo estudios sobre la salud laboral;
- educar, informar y resolver preguntas ergonómicas.

Los servicios están obligados a analizar las condiciones de trabajo y hacer sugerencias para realizar mejoras y cambios en la empresa.

10. FINLANDIA

En Finlandia, la salud y la seguridad en el trabajo se tratan separadamente: los aspectos de seguridad se gestionan desde dentro de la empresa por el empleador y los representantes de los trabajadores, mientras que los aspectos más técnicos de la salud se encuentran bajo la competencia de y se gestionan por el servicio de salud.

Estos servicios de salud se hicieron obligatorios por una ley de 1978 y pueden adoptar cuatro formas diferentes:

- Servicios propios o internos de la empresa,
- Servicios inter-empresariales,
- Servicios externos a la empresa,
- Servicios públicos municipales.

Los servicios internos existen principalmente en grandes empresas, mientras que los servicios municipales cubren principalmente pequeñas y medianas empresas, así como a los trabajadores por cuenta propia. La organización de estos servicios es responsabilidad de los empleadores, que deben asumir su coste, aunque la Seguridad Social puede contribuir a estos costes hasta un máximo del 60%.

Desde 2002, la legislación establece que los empleadores pueden requerir a expertos externos con el fin de garantizar la salud y la seguridad de sus trabajadores, sólo cuando no tienen la experiencia o saber técnico necesario dentro de la empresa.

La legislación finlandesa ha insistido en establecer las competencias y calificaciones de los profesionales y expertos que pueden trabajar en un servicio de salud laboral.

Aunque la mayoría del personal son principalmente médicos y enfermeras, algunos servicios también disponen de psicólogos, fisioterapeutas u otros expertos en seguridad y salud laboral. Con el fin de mantener sus competencias y cualificaciones actualizadas, estos profesionales están obligados a seguir formándose al menos una vez cada tres años.

Como respuesta a la demanda de los empleadores, los servicios de salud pueden acudir a expertos de seis oficinas regionales del Instituto Finlandés de Salud Ocupacional, que posee especialidades en toxicología, psicología, medicina y seguridad.

El sistema finlandés de prevención de riesgos laborales se basa en la participación de los trabajadores en las tareas preventivas: son los propios trabajadores los encargados de llevar a cabo las tareas preventivas en la empresa y, para ello, contarán con el apoyo de un jefe de seguridad nombrado por el empresario, que será quien le represente en esos temas ante los trabajadores.

11. GRECIA

En aplicación de la Ley de 19 de octubre de 1985 sobre designación de ingenieros de seguridad y médicos de la empresa y creación de comités encargados de la protección en el trabajo, las empresas que emplean a más de 50 trabajadores deben establecer un sistema de seguridad interno que facilite la presencia de los servicios de un técnico de seguridad y de un médico del trabajo.

Existen dudas sobre la aplicación efectiva de esta obligación y parece que solo las empresas de mayor tamaño, en la práctica, la están cumpliendo.

Para ello, pueden recurrir a la experiencia interna o bien utilizar servicios externos, que deben disponer, al menos, de un ingeniero de seguridad y un médico del trabajo. No parece existir una obligación legal de disponer de más especialidades.

12. IRLANDA

En Irlanda no se exige a las empresas organizar servicios de prevención. Sin embargo, todas las empresas deben proteger la seguridad y salud de los empleados y llevar a cabo una declaración de seguridad (safety statement).

La declaración de seguridad es la pieza central del sistema irlandés y donde figuran las obligaciones y tareas a las que se compromete la empresa en materia de salud y seguridad.

Adicionalmente, existe la obligación de realizar exámenes médicos a los trabajadores en el caso de empresas expuestas a riesgos específicos establecidos en la legislación.

Esta declaración se basa en identificar y evaluar los factores de riesgo, entre otros aspectos. Incluye el nombre y la posición de las personas encargadas de realizar las tareas de seguridad y salud. Los empleadores están obligados a designar a una o más personas para llevar a cabo la labor de prevención. Para ello, los empleadores pueden recurrir a expertos y servicios externos o combinar el trabajo del personal propio con el externo.

La legislación irlandesa solo menciona que las personas encargadas de llevar a cabo las tareas de prevención deben ser “personas competentes”. Los empleadores tienen la responsabilidad de garantizar la adecuación de las competencias y conocimientos de las personas o servicios a las necesidades.

13. LUXEMBURGO

La legislación aprobada en 1994 para adaptar la Directiva Marco establece un doble principio: por una parte, exigencia de servicios de salud para la vigilancia médica; y, por otra, servicios para la prevención y la protección de los trabajadores en general.

Sin embargo, los servicios de salud pueden realizar tareas en principio previstas para los servicios de protección y prevención.

En cuanto a los servicios de salud, sólo las empresas con más de 5.000 trabajadores, o con más de 3.000 de los que 100 de ellos se encuentren en riesgo específico, están obligadas a establecer un servicio propio.

Las demás empresas tienen la opción de elegir entre la creación de un servicio propio o adherirse a un servicio inter-empresas o al servicio de salud multisectorial.

En el área de protección y prevención, el empleador debe designar a uno o más trabajadores con la cualificación necesaria para llevar a cabo las actividades relacionadas con estos dos aspectos. Si la experiencia o capacidad técnica interna de la empresa es insuficiente, el empleador puede requerir colaboración al servicio de salud o a expertos o servicios externos.

Según la legislación, el único conocimiento especializado necesario dentro de cada servicio de salud es el del médico del trabajo, quien puede asumir esa responsabilidad en empresas de hasta 5.000 trabajadores en plantilla. Cada servicio es libre de organizar su expertise técnico para realizar las tareas de prevención y seguridad, por lo que es normal encontrar perfiles profesionales de enfermeras, psicólogos, higienistas, arquitectos de interiores, dietistas, ingenieros, ergónomos, fisioterapeutas, etc.

Los servicios de salud tienen un enfoque predominantemente preventivo y sus principales tareas son:

- identificar riesgos para la salud en el lugar de trabajo, a través de visitas a empresas, así como realizar estudios y labores de vigilancia;
- proporcionar asesoramiento sobre la elección de los equipos de protección personal y el uso de sustancias químicas que pueden presentar un riesgo para la salud;
- realizar exámenes médicos, según lo establecido por la legislación;

- asesorar en las áreas de higiene, ergonomía, educación para la salud y recualificación laboral de los trabajadores;

- cooperar con los trabajadores designados y con los representantes de los trabajadores;

- organizar la ayuda de primeros auxilios y coordinar las actividades del servicio de salud con los servicios de prevención y protección;

- presentar a los trabajadores designados y a los representantes de los trabajadores un informe o memoria anual sobre el trabajo realizado por el servicio médico.

Estos servicios de salud también pueden realizar las tareas asignadas a los servicios de prevención y protección incluidos en la ley de junio de 1994.

En resumen, estas son las distintas posibilidades que ofrece la legislación:

- Creación de un servicio de prevención propio para las empresas que cuenten con una plantilla de 5.000 trabajadores o más. La misma obligación recae en las que, teniendo 3.000 empleados, cuenten con 100 de ellos en puestos de trabajo expuestos a riesgos de contraer enfermedades profesionales o que impliquen la conducción de vehículos a motor, grúas, máquinas o aparatos peligrosos, etc.

- Creación de un servicio de salud inter-empresas. El empresario podrá decidir organizar un servicio de prevención propio o adherirse a un servicio que realiza las tareas preventivas para todas las empresas asociadas.

- Recurrir al Servicio Nacional de Salud en el Trabajo. Esta es una posibilidad para aquellos empresarios que ni han constituido un servicio de prevención propio, ni se han asociado a un servicio inter-empresas.

Este servicio nacional depende del ministro de Sanidad, y la financiación de este organismo correrá a cargo de los empresarios que decidan optar por esta modalidad preventiva.

14. PORTUGAL

En Portugal, en las empresas con menos de 10 trabajadores, es el propio empleador o una persona designada quien puede ser responsable de las tareas relacionadas con la seguridad, higiene y salud laboral, siempre que posean los conocimientos requeridos.

Las empresas con más de 400 trabajadores, o de 30 trabajadores en aquellas empresas consideradas de riesgo, se encuentran generalmente obligadas a establecer un servicio de prevención propio.

Sin embargo, si sus cifras o indicadores de siniestralidad son menores que el promedio de las empresas del sector al que pertenece, puede alternativamente acudir (como todas las demás empresas por debajo de ese umbral) a un servicio de prevención externo o a un servicio inter-empresas. Es también posible la combinación de actuaciones entre el servicio propio y tareas que se llevan a cabo por servicios externos.

Existen cuatro tipos de servicios externos: asociativos, cooperativos, privados y concertados; todos necesitan ser acreditados por el Instituto para la Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo (ISHST) para poder operar. Nada se prevé en la legislación portuguesa respecto a las especialidades a cubrir. La única obligación de los servicios de prevención es disponer de un médico del trabajo y de dos ingenieros de seguridad. Los servicios de prevención son responsables de la seguridad e higiene en el trabajo, así como de la salud de los trabajadores. Pueden asumir responsabilidad para ambas áreas o concentrarse en un área solamente.

15. SUECIA

En Suecia, la prevención de los servicios se basa en entidades privadas cuya misión es mejorar las condiciones de trabajo y proporcionar acceso a la reinserción laboral a las personas que lo necesitan. Aunque inicialmente fueron en su mayoría subvencionados por los poderes públicos, este no ha sido el caso desde 1993.

Los servicios de prevención están sujetos a las leyes del mercado y, por tanto, también a la competencia y obtención de rentabilidad. Como resultado, su número ha disminuido en los últimos años, mientras que sus misiones y tareas se han reorientado en servicios clave a corto plazo.

En 1991 se implantó un sistema de control interno por el cual las empresas suecas hacen un uso muy amplio de los servicios de prevención generalizada. Este sistema obliga a los empleadores a incorporar la prevención en su gestión cotidiana de la empresa y, en particular, a ser responsables de planificar, administrar y controlar el trabajo preventivo, de realizar las evaluaciones de riesgo y de documentar los problemas relativos a la salud y seguridad y las medidas adoptadas.

Las grandes empresas poseen servicios de prevención propios, mientras que las pequeñas y medianas empresas recurren a servicios inter-empresas o a servicios del sector al que pertenecen para cumplir con esta obligación del control interno. En este caso, es el Comité de seguridad el que controla el trabajo llevado a cabo por el servicio externo.

Los servicios de prevención se componen de un equipo multidisciplinar de expertos independientes. Aunque no existen normas, estos servicios están generalmente integrados por profesionales médicos, enfermeras, ingenieros de seguridad, fisioterapeutas, terapeutas e ingenieros que combinan sus conocimientos tanto de salud como de seguridad en el trabajo.

No existen disposiciones legales respecto a la distribución de tareas entre el servicio propio y el servicio externo. Cada empleador es libre de organizar la prevención de riesgos tal como él lo considere conveniente, siempre que cumpla con sus obligaciones.

La legislación exige una supervisión médica para las empresas en las que hay un cierto nivel de riesgo. Los convenios colectivos en algunos sectores también regulan la obligación de emplear un servicio de salud laboral.

Las otras tareas del servicio -evaluaciones de riesgos, formación, información, rehabilitación, inspecciones, consultoría, primeros auxilios- se llevan a cabo a demanda del empleador, que es el encargado de organizar y garantizar la adecuada prevención de la salud y seguridad en su empresa.

XV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por el Letrado D. Alonso Moreno Giraldo, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, se presentó demanda de impugnación de convenios ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, contra Unión General de Trabajadores (UGT), la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas y contra Comisiones Obreras (CC.OOO), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: "Se declare nulo parcialmente y carente de efectos el actualmente vigente Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (publicado en el BOE de 2 de octubre de 2014 y en la rectificación publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014), en los artículos y efectos desplegados por el citado convenio respecto al sector de 'actividades deportivas de golf' desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2014; dejando sin efecto la extensión y regulación del convenio al citado Sector que se regula expresamente en los artículos: 1, 4, 40 y Anexo 2; así como cualquier otra referencia que en el citado convenio se realice respecto al citado Sector".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- El día 3 de mayo de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimamos la demanda formulada por Don Luis Manuel , actuando en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, contra la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID), Sindicato Unión General de Trabajadores (FES- UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre impugnación parcial de Convenio Colectivo y, en consecuencia, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero. - Por Resolución de 19 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 2 de octubre de 2014). El artículo 1 de dicho convenio, en relación al ámbito funcional del mismo, en su último párrafo, establece: " La Comisión Negociadora del presente Convenio, por las especificidades que revisten las empresas que desarrollan actividades deportivas de golf, náuticas y puertos deportivos y marinas considera que resulta necesario proceder a su regulación dentro del ámbito funcional del presente Convenio ". El artículo 4 del convenio establece: " Queda excluido expresamente de este Convenio el personal que contrate su actividad como arrendamiento de servicio y cualquier otro que se considere como relación laboral de carácter especial o que por las leyes queden excluidos del ámbito laboral. Queda excluido el personal de jardinería de campos de golf a nivel retributivo y de categorías al que le será de aplicación como referencia las del convenio de jardinería. Dichas tablas se adjuntarán a este convenio como anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia." A lo largo del citado convenio se regulan las relaciones laborales de los campos de golf, de manera principal en los artículos 1; 4; 40; así como el Anexo 2. (Descriptor 7 y 80). La Disposición Adicional Primera del II Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios interprovincial (BOE 6 de septiembre de 2006). Establecía: "Regulación de Subsectores. Por las especificidades que revisten los Clubes y empresas que desarrollan las actividades deportivas de Golf y

Náuticos, y entendiendo esta comisión negociadora que sería necesario una más específica y concreta definición de grupos y categorías, y una retribución más adaptada a estas actividades, resulta necesario proceder a su regulación como subsectores, y se establece un procedimiento para ello: Una vez publicado el Convenio, podrán dirigirse a la Comisión Paritaria las organizaciones empresariales representativas de los Clubes o Empresas, que desarrollan las actividades deportivas de Golf y Náuticos, a los efectos de su identificación e integración en las comisiones creadas por el presente artículo. Cumplido el anterior trámite, se convocará a la Comisión Mixta Paritaria del Convenio, en la que se integrará una representación de las organizaciones empresariales representativas del subsector o subsectores a definir. La Comisión Mixta Paritaria del Convenio, podrá acordar que el desarrollo de los trabajos con el objeto de establecer los Grupos Profesionales, retribuciones, fecha de efectos y aquellas cuestiones que puedan resultar necesarias definir por la especificidad del subsector, se lleve a cabo mediante una Comisión reducida, compuesta por organizaciones empresariales representativas del subsector y organizaciones sindicales. La Comisión reducida estará facultada para negociar respetando los derechos y garantías establecidos con carácter general en el Convenio, pudiendo establecer las mejoras y regulaciones necesarias en su subsector. En el momento que exista consenso en la Comisión reducida sobre los términos de la regulación del subsector, elevará el texto que pueda resultar a la Comisión Mixta Paritaria. La Comisión Mixta Paritaria en plenario, analizará el contenido del texto que se le propone, y de conformidad a su procedimiento de adopción de acuerdos, aprobará o no, la inclusión de la regulación del subsector de que se trate en el texto del Convenio. El procedimiento inicialmente previsto para la regulación de los subsectores de los Clubes y empresas que desarrollan las actividades deportivas de Golf y Náuticos, a petición de organizaciones empresariales o sindicales representativas, puede extenderse a aquellos otros ámbitos con entidad propia, en los que pueda resultar necesaria proceder a su definición como subsectores, al objeto de atender a una mayor adecuación del convenio a ese ámbito o tener presentes las especificidades propias del mismo. Durante el último año de vigencia del Convenio, si a la Comisión Mixta Paritaria no se hubiesen dirigido organizaciones empresariales representativas de los ámbitos anteriormente referidos, ésta llevará a cabo averiguaciones con el objeto de constatar o no la existencia de las mismas. De existir se invitará a las mismas a participar de la

negociación del siguiente Convenio, y de resultar infructuosa la determinación de la existencia de organizaciones representativas, la Comisión Mixta Paritaria, y la Comisión Negociadora del Convenio, quedarán facultadas para llevar a cabo la definición de los subsectores de la forma que estime pertinente. (Descriptor 213).

Segundo.- Con fecha 24 de noviembre de 2014 (publicado en BOE de 1 de diciembre de 2014), se introdujeron una serie de rectificaciones en el convenio colectivo relacionadas con los trabajadores que desarrollan "tareas de mantenimiento de los campos de golf", a los que el convenio denomina "tareas de jardinería". Entre las modificaciones que se introdujeron y en relación al citado artículo 4 se encuentra la siguiente: 1.- En la página 78414. Artículo 4. Ámbito personal. Hay que suprimir el siguiente párrafo: "Dichas tablas se adjuntarán a este convenio como anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia." Y sustituirlo por el siguiente: "En las tablas salariales que aparecen en el anexo 2 del tercer Convenio se refleja sólo la cuantía del salario base del Convenio colectivo de Jardinería, habiendo de remitirse a dicho Convenio para la aplicación de resto de conceptos salariales. Dichas tablas se adjuntarán a este convenio, anexo 2 y en las sucesivas actualizaciones del mismo como referencia". Así mismo en dicha resolución se modifican otros artículos que también afectan al Sector del Golf: Artículo 40 (Grupos profesionales) y Anexo 2. (Descriptores 8 y 81). Por lo que respecta a la vigencia del convenio éste establece en su artículo 3: "La vigencia del presente Convenio Colectivo se extiende desde la fecha de su firma, salvo los efectos económicos que iniciarán su vigencia, desde 1 de enero de 2014 con las excepciones establecidas en este convenio, hasta el día 31 de diciembre de 2015, con independencia de la fecha en que se lleve a efecto su publicación oficial por el organismo administrativo competente".

Tercero.-La Comisión negociadora del convenio se constituyó en fecha 20 de febrero de 2011 y estaba integrada por 15 miembros de cada una de las partes empresarial y social que la componen, reconociéndose mutuamente legitimidad y representatividad necesaria a tal fin. Estaba integrada, por la parte empresarial, por FNEID, por la parte social, un miembro se reserva a cada uno de los sindicatos más representativos a nivel de comunidad autónoma que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 7.1 de la LOLS, el resto de miembros, esto es 12, se repartirá entre las organizaciones más representativas a nivel nacional y sectorial, esto es, CC.OO. y UGT en relación directa a su porcentaje de representatividad.

(Descriptor 177). El acta final fue firmada por cinco miembros en representación de FNEID, cuatro representantes de UGT y cuatro representantes de CC.OO. El Convenio Colectivo Estatal mencionado está firmado por la parte empresarial exclusivamente por la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID). Cuarto.- El Consejo superior de deportes considera a los clubs de golf como instalaciones deportivas. En el censo nacional de instalaciones deportivas aparecen los clubs de golf. Quinto.- En acta de la Comisión paritaria del convenio de fecha 11 de noviembre de 2014, a preguntas del secretario del Comité de empresa del real club Pineda de Sevilla, se respondió: a) se entiende que el anexo 2 sólo se aplica a los trabajadores de los campos de golf. b) la Comisión mixta paritaria no puede entrar a valorar la equivalencia de categorías del anexo 2 con las establecidas en un acuerdo interno del centro de trabajo. c) los jardineros que aparecen en el grupo 5 de marinas deportivas y golf, son jardineros de marinas deportivas, tal y como hemos procedido a clarificar en Comisión mixta paritaria. Sexto.- En acta de la Comisión paritaria de 29 de octubre de 2015, a consulta de una empresa respondió: consideramos que los jardineros de campos de golf que se les aplique el convenio de instalaciones deportivas mantendrán sus conceptos retributivos según el convenio colectivo de jardinería no siendo de aplicación el régimen económico de instalaciones deportivas, según se dispone en el artículo 4 del convenio y corrección del mismo publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014. Séptimo.- El Real Club Pineda de Sevilla estuvo asociado a la Federación nacional de empresarios de instalaciones deportivas, causó baja en fecha 30 de abril de 2015, actualmente está asociado a la Federación española de campos de golf, su objeto tal y como establece el artículo 2 de sus Estatutos consiste en: El fomento y la práctica del deporte hípico, causa determinante de la venta por parte del Ramo de Guerra del Ejército de los terrenos que se describen en Escritura Pública otorgada en Sevilla el 21 de Marzo de 1957, a cuyo fin se adscribirá a la Federación Andaluza de Hípica. Asimismo sostendrá en debida forma pista para concursos hípicos y terrenos o campos adecuados para la preparación de caballos, organizando y celebrando concursos y, en general, desarrollará cuantas actividades fomenten, directa o indirectamente el deporte hípico. El fomento y la práctica de actividades deportivas tales como el Golf, Tennis, Pádel, Natación, Fútbol Sala, Gimnasia, Frontón y demás modalidades que se practiquen en el Club, a cuyo fin funcionarán las secciones correspondientes que se adscribirán obligatoriamente a las

respectivas Federaciones Andaluzas. Desarrollar e impulsar entre sus asociados todo tipo de actividades sociales y culturales, en su acepción más amplia, de forma que, complementándose con las deportivas, contribuyan a la formación y progreso del individuo como elemento integrador de la sociedad en que se desenvuelve su actividad personal y profesional. Octavo.- En el epígrafe 93.1 del CENAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) se recoge: 93.1 Actividades deportivas 93.11 Gestión de instalaciones deportivas 93.11 93.12 Actividades de los clubes deportivos 93.12 93.13 Actividades de los gimnasios 93.13 93.19 Otras actividades deportivas 93.19. En la misma se definen las actividades deportivas como sigue: " Este grupo comprende la explotación de instalaciones deportivas; las actividades de equipos o clubes deportivos participantes fundamentalmente en eventos deportivos en vivo ante una audiencia de pago; las actividades de deportistas independientes dedicados a la participación; las actividades de deportistas independientes dedicados a la participación en eventos deportivos o carreras en vivo; las actividades de los propietarios de automóviles, perros, caballos, etc.; participantes en carreras y dedicados fundamentalmente a promover la competición de estos en carreras u otros acontecimientos deportivos con espectadores; las actividades de entrenadores deportivos que prestan servicios especializados de apoyo a participantes en eventos y competiciones deportivas; la explotación de estadios y otras actividades de organización, promoción y gestión de eventos deportivos n.c.o.p.". Gestión de instalaciones deportivas. Esta clase comprende: La explotación de instalaciones deportivas para eventos deportivos a cubierto o al aire libre (en lugares abiertos, en recintos o lugares cubiertos, con asientos para espectadores o sin ellos): Estadios de fútbol, jockey, cricket o rugby. Pistas para carreras de automóviles, perros o caballos. Piscinas y centros de natación. Estadios de atletismo. Instalaciones y estadios para deportes de invierno. Pabellones de jockey sobre hielo. Canchas de boxeo. Campos de golf. Bolas. Noveno.- Asociación empresarial de campos de golf. La impugnación del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios fue el objetivo principal de la constitución de la Asociación y la causa fundamental que determinó la voluntad de los firmantes para constituirse en una asociación empresarial. Con el nombre de "Asociación Española de CAMPOS DE GOLF (AECG)" se constituye en fecha 8 de octubre de 2015, una Asociación empresarial sin ánimo de lucro,

acogiéndose a lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1977, de 1 de abril, reguladora del Derecho de Asociación Sindical y su normativa de desarrollo. Dicha Asociación se registrará por los preceptos de la citada Ley de Asociación Sindical, por sus Estatutos en cuanto no estén en contradicción con la Ley, por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos de gobierno, siempre que no sean contrarios a la Ley y/o a los Estatutos, y por las disposiciones reglamentarias que se dicte, que tendrán carácter supletorio. La Asociación tiene por rama de actividad la gestión, explotación o mantenimiento de campos de golf. En el acta de constitución, tuvo lugar el Nombramiento de los miembros de la junta directiva que estará compuesta por: Presidente: D. Luis Manuel 2. Vicepresidente: D^a Coro. Secretario: D. Jesús. Tesorero. Pelayo. Décimo.- Por Resolución de la Dirección General de Empleo, publicada en el BOE de 30 de octubre de 2015, se anuncia el depósito de los estatutos de la asociación empresarial denominada Asociación Española de Campos de Golf en siglas AECCG (depósito número 99100003). Ha sido admitido el depósito de los estatutos de la asociación empresarial al comprobarse que reúnen los requisitos. La solicitud de constitución de asociaciones empresariales fue formulada por D. Juan Iturrioz Domingo. Los estatutos y el acta de constitución están suscritos por D. Anselmo en representación de Costa Ballena Club de Golf, S.A.U., D. Pelayo en representación de Lagunas del Portil, S.A., D. Jesús en representación de El Rompido Golf Club, S.A., y D. Luis Manuel en representación de Real Club Pineda de Sevilla, todos ellos en calidad de promotores. Su ámbito territorial es el estatal y el funcional es el establecido en el artículo 27 de sus estatutos. Décimo-Primero.- Los fines de la asociación relacionados en el artículo segundo de sus estatutos son "1.- La defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los asociados. 2.- Intervenir, promover y participar en el dialogo social, en la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos y la participación institucional en los organismos públicos y las administraciones laborales o de otro ámbito que le pudieran corresponder. 3.- Comparecer en interés de la Asociación delante de todos los organismos públicos y Tribunales." Décimo-Segundo. -Conforme al Artículo 7 de los Estatutos: La Asamblea General, integrada por la totalidad de los asociados, es el órgano de expresión de la voluntad de éstos. Son facultades de la Asamblea General: a) Aprobar el plan general de actuación de la asociación. b) El examen y la aprobación de las cuentas anuales y del

presupuesto del ejercicio siguiente. c) Aprobar la gestión de la junta Directiva. d) La modificación de estatutos. e) La disolución de la asociación. f) La elección y el cese del Presidente, del Vicepresidente, en su caso, del Secretario o del Tesorero, en su caso, de la junta Directiva así como de los demás miembros que componen este órgano. g) Los actos de federación y confederación con otras asociaciones, la constitución o el abandono de alguna de estas. h) La aprobación de la disposición o enajenación de bienes inmuebles. i) El acuerdo de remuneración de los miembros de la junta Directiva, en su caso. j) La adopción del acuerdo de separación definitiva de las personas asociadas. k) Cualquier otra competencia que no esté atribuida a otro órgano social.

Conforme al Artículo 20 de los Estatutos, las funciones de la Junta Directiva son: a) Dirigir la gestión ordinaria de la Asociación, de acuerdo con las directrices de la Asamblea General y bajo su control. b) Programar las actividades a desarrollar por la Asociación. c) Someter a la aprobación de la Asamblea General el presupuesto anual de gastos e ingresos, así como el estado de cuentas del año anterior. d) Confeccionar el Orden del Día de las reuniones de la Asamblea General, así como acordar la convocatoria de las Asambleas Generales ordinarias y extraordinarias. e) Atender las propuestas o sugerencias que formulen los asociados, adoptando al respecto, las medidas necesarias. f) Interpretar los preceptos contenidos en estos Estatutos y cubrir sus lagunas, sometiéndose siempre a la normativa legal vigente en materia de asociaciones. g) Ejercitar aquellas competencias que le otorgue la Asamblea General mediante Acuerdo expreso, siempre que no sean de su exclusiva competencia. h) Fijar las cuotas ordinarias o extraordinarias.- El artículo 23 de los Estatutos, dispone: Corresponderán al Presidente las siguientes facultades: a) Convocar y levantar las sesiones que celebre la junta Directiva y la Asamblea General, dirigir las deliberaciones de una y otra, y decidir un voto de calidad en caso de empate de votaciones. b) Proponer el plan de actividades de la Asociación a la junta Directiva, impulsando y dirigiendo sus tareas. c) Ordenar los pagos acordados válidamente. d) Resolver las cuestiones que puedan surgir con carácter urgente, dando conocimiento de ello a la junta Directiva en la primera sesión que se celebre. e) Ejercitar aquellas competencias que le otorgue la Asamblea General mediante Acuerdo expreso, salvo que sean de competencia exclusiva de la misma. Décimo-Tercero.- Don Luis Manuel es director gerente del club Pineda de Sevilla y presidente de la asociación demandante. Décimo-Cuarto.- Por SAN de 22 de

febrero de 2016 dictada en el procedimiento 353/2015, que ha adquirido firmeza, estimamos la excepción alegada por la asociación demandada a la que se han adherido UGT y CC.OO. de falta de legitimación "ad procesum" de la asociación demandante, con base en el artículo 416.1ª de la LEC, en línea con el informe del Ministerio Fiscal y sin entrar a conocer de las demás alegaciones y del fondo del asunto, desestimamos la demanda formulada. Décimo-Quinto.- En asamblea general extraordinaria de la Asociación Española de Campos de Golf de fecha 10 de marzo de 2016 se faculta al D. Luis Manuel para la interposición y tramitación del proceso de impugnación del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios se ratifican las actuaciones judiciales llevadas a cabo y le faculta para realizar todas las actuaciones necesarias para la impugnación del convenio y en concreto para presentar la demanda, conferir poderes, presentar recursos y representar a la asociación ante los tribunales de todo orden. En acta de la Junta Directiva de la misma fecha se acuerda ratificar todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por el presidente de la Asociación, actuaciones que responden a la voluntad de la Asamblea y de la Junta Directiva de impugnar el III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios. Décimo Sexto.- En España hay 359 campos de golf (descriptor 38). 127.706 trabajadores en instalaciones deportivas. Décimo- Séptimo.- En fecha 22 de mayo de 2014 la Directora General de Trabajo de la Comunidad de Madrid dictó resolución por la que se acordó publicar en el BOCAM el depósito de los estatutos de la asociación de campos de golf de Madrid de ámbito territorial de la comunidad de Madrid. (Descriptor 51). En fecha que no consta, se constituyó la asociación de campos de golf de Santa Cruz de Tenerife. Décimo-Octavo.-Por Resolución de 12 de febrero de 2013, de la Dirección General de Trabajo, de la región de Murcia se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo, de convenio; denominado, Explotación de Campos de Golf y Servicios Anexos".

CUARTO.- Por la Letrada Dª. María Barturen Martínez, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf, se formalizó recurso de casación contra la anterior sentencia, en dos motivos: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción

Social (LRJS), a los efectos de denunciar error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren equivocación del juzgador. Solicita la modificación de los hechos probados cuarto, séptimo, decimosexto y decimonoveno. Segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 207.e) de la LRJS, "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", por cuanto que considera que la Sentencia recurrida ha conculcado el artículo 87.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación por esta Sala, se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe interesando la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y el día 27 de abril de 2017 fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En fecha 11 de marzo de 2016, por D. Luis Manuel , actuando en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CAMPOS DE GOLF", se interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, frente a la FEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE INSTALACIONES DEPORTIVAS (FNEID), SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FES-UGT), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), siendo parte del MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION PARCIAL DE CONVENIO COLECTIVO, interesando se dictase sentencia por la que se declare :

"NULO PARCIALMENTE Y CARENTE DE EFECTOS el actualmente vigente Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (publicado en el BOE de 2 de octubre de 2014 y en la rectificación publicada en el BOE de 1 de diciembre de 2014), en los artículos y efectos desplegados por el citado convenio

respecto al sector de "actividades deportivas de golf" desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2014; Dejando sin efecto la extensión y regulación del convenio al citado Sector que se regula expresamente en los artículos: 1 ; 4; 40 y Anexo 2; así como cualquier otra referencia que en el citado convenio se realice respecto al citado Sector."

SEGUNDO.- 1. Tras la celebración del acto del juicio oral, habiéndose opuesto a la demanda la Federación Nacional de Instalaciones Deportivas (FNEID), así como los Sindicatos de UGT y CC.OO., que se adhieren a las manifestaciones dicha Federación, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2016 (procedimiento impugnación de convenios 69/2013), cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Desestimamos la demanda formulada por DON Luis Manuel, actuando en nombre y representación de LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CAMPOS DE GOLF, contra la FEDERACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE INSTALACIONES DEPORTIVAS (FNEID), SINDICATO UNIÓN GENERAL. DE TRABAJADORES (FES- UGT), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), siendo parte del MINISTERIO FISCAL, sobre IMPUGNACION PARCIAL DE CONVENIO COLECTIVO y, en consecuencia, absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda."

2. La sentencia de instancia desestima la pretensión de la Asociación demandante sobre la base de que los requisitos de legitimación de los convenios estatutarios se entienden cumplidos iuris tantum en aquellos convenios colectivos que han pasado sin obstáculo la tramitación administrativa. En la impugnación de un convenio estatuario corresponde al impugnante acreditar los vicios que alega. Al no haber logrado desvirtuar la patronal demandante las presunciones que, conforme a la doctrina citada se derivan de tales reconocimientos, resulta obligado, desestimar la demanda en la parte que denuncia la falta de legitimación de la asociación demandada para negociar el convenio colectivo impugnado. La jurisprudencia impide y declara

contrarias a derecho las anexiones forzadas al ámbito de una negociación de sectores ajenos a la misma, respecto a los cuales las partes negociadoras carecen de representatividad y que no reúnen unos requisitos mínimos de homogeneidad y coherencia con el resto del ámbito de aplicación. Pero en este caso tal situación no se ha producido. No estamos ante un supuesto de anexión de un sector a un convenio colectivo que les resulta ajeno, sino ante la pretensión de secesión de una de las actividades reguladas por el convenio colectivo que históricamente les venía siendo aplicable, lo que es ciertamente distinto.

3.- Contra dicha sentencia se ha interpuesto por la representación letrada de la Asociación Española de Campos de Golf, el presente recurso de Casación, basado en los dos motivos que más adelante se relacionan, amparados, el primero en el apartado d) - error en la apreciación de la prueba- del artículo 207 de la Ley de Reguladora de la Jurisdicción Social , y el segundo en el apartado e) del mismo precepto y Ley (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables).

TERCERO.-1. En el primero de los motivos de recurso, denunciando -como ya se ha señalado- error en la apreciación de la prueba la Asociación recurrente interesa las siguientes modificaciones del relato fáctico de la sentencia recurrida:

1.1 Modificación del hecho probado cuarto, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado: "El Consejo superior de deportes considera a los clubs de golf como instalaciones deportivas. En el censo nacional de instalaciones deportivas aparecen los clubs de golf así como los puertos y dársenas deportivas".

Este redactado se fundamenta en los documentos números 11 (censo nacional de instalaciones deportivas) y 6 (sentencia de la Audiencia Nacional por la que se anula parcialmente el III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios).

1.2 Modificación del hecho probado séptimo, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado: "El Real Club Pineda de Sevilla estuvo asociado a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas como Gimnasio (natación, musculación, cicloindor, step, body pump, body combat, gap, fitness, yoga, pilates y aquagym) como consta en su Ficha de Asociado, causó baja en fecha 30 de abril de 2015, actualmente está asociado a la Federación Española de Campos de Golf, su objetivo tal y como establece el artículo 2 de sus Estatutos consiste en:..."

Este redactado se fundamenta en el documento número 10. De su ramo de prueba, consistente en la ficha de adhesión del Real Club de Pineda de Sevilla como gimnasio a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas.

1.3 Modificación del hecho probado decimosexto, proponiendo su sustitución por el siguiente redactado:

"En España hay 359 campos de golf. 127.706 trabajadores en instalaciones deportivas.

La Asociación Española de Campos de Golf está constituida por 30 campos que representan alrededor del 8% del total de campos existentes.

En España hay aproximadamente 8.200 empleos directos en los campos de golf según el Informe - Impacto económico del Golf en España 2016.

La Asociación Española de Campos de Golf reúne a más de 875 empleados, lo que representa el 10% de los trabajadores del sector.

No se ha acreditado que la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas tenga campos de golf asociados."

Este redactado se fundamenta en los documentos números 7 (documentación acreditativa de la adhesión a la Asociación Española de 30 campos de Golf y el número de empleados de los mismos) y 14 (Informe-Impacto económico del Golf en España 2016).

1.4 Adición de un nuevo hecho probado que sería el decimonoveno de la sentencia, para el que se propone el siguiente redactado: "El III Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios se remite al Convenio de Jardinería para regular las categorías profesionales y salario del personal de mantenimiento de césped de los campos de golf.

El sector del golf está caracterizado por acoger unas categorías profesionales propias que sólo se dan en dicho sector; así como por requerir una formación superior y específica (tanto para el manejo de maquinaria, gestión de recursos, uso de productos fitosanitarios, etc.). Además de estar afectados por una concreta legislación medioambiental.

Los riesgos inherentes a la prevención de riesgos laborales en las instalaciones de un campo de golf son superiores y diferenciados de los riesgos que puedan afectar a un gimnasio.

El sector del golf tiene una estrecha vinculación con el sector turístico lo que hace de su comercialización una cuestión compleja."

Este redactado se fundamenta en los siguientes documentos de su ramo de prueba: 14 (informes relacionados con el sector del golf y su vinculación con el sector turístico), 15 (relación de cursos sobre formación requerida en los campos de golf), 16 (normativa y legislación medio ambiental aplicable a los campos de golf, así como autorizaciones excepcionales para el uso de productos fitosanitarios en los campos de golf), 20 (Webs de venta de maquinaria de jardinería) y 21 (información relativa al mantenimiento de los campos de golf).

2. Dado el tenor y contenido de las modificaciones y/o adiciones fácticas interesadas, conviene señalar lo siguiente:

A) Sobre los motivos fundados por error en la apreciación de la prueba, la sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2016 (recurso de casación 65/2016), evocaba la sentencia también del Pleno de 18 de julio de 2014 (recurso casación 11/2013), la cual recordaba, en su fundamento jurídico tercero, " la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec 169/03), 18-4-05 (rec 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca ", precisando que " Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia " (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero- 2011 -rco 75/2010, 21-mayo-2012 -rco 178/2011, 20-marzo-2013 -rco 81/2012 dictada en Pleno, 16-abril-2013 -rco 257/2011, 18-febrero-2014 -rco 74/2013, 20-mayo-2014 -rco 276/2013)".

B) En la misma sentencia, se recuerda, también, que "Concretando los anteriores requisitos, la jurisprudencia de esta Sala ha especificado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario, entre otros extremos, que:

a) " una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aun cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable " (STS/IV 20-marzo- 2012 -rco 40/2011); rechazándose las pretensiones que instan una nueva valoración de la prueba " porque con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa «como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica» (recientes, SSTS 21/10/10 -rco 198/09 ; 14/04/11 -rco 164/10 ; 07/10/11 -rcud 190/10 ; 25/01/12 -rco 30/11 ; y 06/03/12 -rco 11/11) " (STS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011 , y, además, entre otras, SSTS/IV 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno , 26-marzo-2014 -rco 158/2013 Pleno , 16-abril-2014 -rco 57/2013 Pleno).

b) " acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de Marzo de 2004 y las que en ella se citan han señalado que Éstos [los documentos] deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas " (STS/IV 26-octubre-2009 -rco 117/2008 ; en el mismo sentido, entre otras, SSTS/IV 2-junio-1992 -rco 1959/1991, 7-octubre- 2011 -rco 190/2010 , 11-octubre-2011 -rco

146/2010 , 9-diciembre-2011 -rco 91/2011 , 23-enero-2012 -rco 87/2011 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 14-mayo-2013 -rco 285/2011 , 5-junio- 2013 -rco 2/2012 , 18-marzo-2014 -rco 125/2013 Pleno); y,

c) " la revisión fáctica no se funde en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario que no es el caso- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08 , 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11) " (entre las más recientes, SSTs/IV 11-noviembre-2009 -rco 38/2008 , 26- enero-2010 -rco 96/2009 , 23-abril-2012 -rco 52/2011 , 6-junio-2012 -rco 166/2012 , 18-diciembre-2012 -rco 18/2012), así como que " se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico " (entre otras, SSTs/IV 3-mayo-2006 -rco 104/2004 , 20-marzo-2007 -rco 30/2006 , 28-junio-2013 -rco 15/2012);

3. La aplicación de los preceptos y doctrina jurisprudencial citada conlleva que el primero de los motivos del recurso -y con él las modificaciones fácticas pretendidas, rechazadas-, dado que se incumplen los requisitos jurisprudenciales expuestos, que han de darse conjuntamente. Lo que realmente pretende la Asociación recurrente, mediante redactados parciales e interesados extraídos de los documentos que se invocan -intrascendentes para invertir el signo del fallo, como se advertirá más adelante-, es la propia valoración de la prueba, desarticulándola, para dar prevalencia a unos elementos sobre otros, tratando con ello de conseguir que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de dicha prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también -como reiteradamente ha venido señalando la doctrina jurisprudencial expuesta- que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Social al Juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica.

CUARTO.-1. En el segundo de los motivos del recurso, interpuesto -como ya se anticipó- al amparo del art. 207 e) LRJS se denuncia la infracción del art. 87.3 c) ET y de la jurisprudencia que la interpreta, con cita de sentencias de esta Sala, de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia, subdividiendo el motivos en dos apartados. En el primero sostiene que la FNEID codemandada, que es la patronal firmante del convenio colectivo que se impugna, no tiene legitimación negociadora para incluir en el ámbito del convenio impugnado el ámbito deportivo de los campos de golf, y en el segundo de los submotivos, denuncia lo que considera la "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado" .

Se alega, en esencia, con respecto al primer apartado, que la FNEID no representa al 10% de los empresarios del sector de campos de golf a nivel estatal, que el Real Club Pineda de Sevilla se dio de alta en la FNEID solo como gimnasio al no estar de acuerdo con la inclusión del sector de los campos de golf, además de hacer otras consideraciones totalmente al margen de los hechos probados; y en el segundo apartado, sostiene la recurrente, que las actividades deportivas de campos de golf no son homogéneas con las genéricas actividades deportivas reguladas en el III Convenio y por eso el propio Convenio tiene que crear 15 nuevas categorías profesionales del sector campos de golf, cuestión que obligó a realizar incluso una modificación del Convenio; que resulta absolutamente injustificada la remisión al Convenio de jardinería, como estableció la sentencia del TSJ de Baleares de 29.1.2002; que en el II Convenio se incluyó al sector de golf dentro del ámbito funcional pero sin llegar a regularlo durante toda su vigencia, como consta en la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2015 sobre puertos deportivos; que en el momento de la negociación y firma del II Convenio ya existían asociaciones empresariales de campo de golf con los que se podría haber contactado: la Asociación de Campos de Golf de Madrid (2014)

Asociación de Campos de Golf de Santa cruz de Tenerife, cuyos estatutos fueron aprobados el 2.4.2009, y la Asociación de Empresarios de Campo de Golf de la Región de Murcia, que incluso llegó a firmar un convenio propio (BO de Murcia de 22.2.2013); y que la actividad del golf es muchísimo más compleja que las actividades que puedan desarrollarse en un gimnasio u otra instalación deportiva. Finalmente, se enfatiza en el recurso acerca de lo sorprendente que resulta que en un caso idéntico, el de puertos deportivos, la Audiencia Nacional haya llegado a una decisión contraria.

2. Pues bien frente a las alegaciones del primer submotivo, cuestionando la legitimación de la FNEID codemandada para suscribir el III convenio colectivo que se impugna, se alza la inmodificada narración fáctica de la sentencia recurrida, conforme a la cual : a) La Comisión negociadora del III convenio se constituyó en fecha 20.2.2011, estando integrada la parte empresarial exclusivamente por la FNEID; b) En fecha 22.5.2014 la Directora General de Trabajo de la C. Madrid dictó resolución por la que se acordó publicar en el BOCAM el depósito de los estatutos de la Asociación de Campos de Golf de Madrid; en fecha que no consta se constituyó la Asociación de Campos de Golf de Santa Cruz de Tenerife; y por resolución de 12.2.2013 de la DG Trabajo de Murcia se dispone la inscripción y publicación del convenio denominado Explotación de Campos de Golf y Servicios Anexos; y, c) la impugnación del III Convenio fue el objeto principal de la constitución de la Asociación Española de Campos de Golf, en fecha 8.10.2015.

También, y con respecto a dicha cuestión, la Sala de instancia, afirma -con valor de hecho probado- y razona con cita de doctrina de esta Sala, en el fundamento jurídico quinto de su resolución, "que en este caso, la Comisión Negociadora del Convenio impugnado se constituyó el 10 -02-2011, participando en ella dos miembros de FNEID, la representación sindical de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CC.OO), conviniéndose que cada parte tendría una representación de quince miembros reconociéndose mutuamente la legitimidad y representatividad a tal

fin. El acta final fue firmada por cinco miembros en representación de FNEID, cuatro representantes de UGT y cuatro representantes de CC.OO. Es cierto que el convenio lo suscribió una única asociación patronal, ahora bien, parece indudable que, tanto en relación con la legitimación inicial que contempla el art. 87.3.c) ET, como respecto a la exigible a la mesa o comisión negociadora a la que alude el art. 88, se produjo desde el principio un reconocimiento mutuo por parte de todos los interlocutores, sindicales y patronales. Significando que conforme al artículo 83 del ET, los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, no se ha acreditado que en la fecha de constitución de la Comisión negociadora estuviesen constituidas asociaciones empresariales de campos de golf, cuya actividad tiene la consideración de actividad deportiva y, en cualquier caso, la asociación demandante no pudo estar presente en la negociación puesto que se ha constituido recientemente en octubre de 2015, transcurridos más de cinco años desde que se constituyó la Comisión negociadora del convenio. Siendo significativo que la actividad de campos de golf viene incluyéndose en el convenio colectivo de actividades deportivas y gimnasios desde que se aprobó el I convenio en fecha 14 de mayo de 2004 (BOE de 17-03-2005). El Convenio, además, como reflejamos en el ordinal primero del relato fáctico, ha sido publicado en el BOE del 2-10-2014 y 1-12-2014, lo que significa que superó el control de legalidad al que le somete la Administración e igualmente le otorga una presunción de validez, obligaba a probar a quienes lo impugnan la falta de representatividad de quienes lo negociaron (STS 11-11-2009, ya citada). En la demanda no se alega el porcentaje de empresarios que representaba la asociación en el ámbito geográfico y funcional del convenio y tampoco consta el porcentaje de trabajadores a los que daban ocupación en el sector en la fecha de la negociación ni en lo que se refiere a instalaciones deportivas en general, ni en particular en lo relativo a los campos de golf, sin que se haya acreditado por la parte demandante, cuya prueba le incumbía, la falta de legitimación de la asociación demandada, y tampoco se ha acreditado que no alcanzaba el grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia Comisión negociadora en los términos que exige el artículo 89.3 ET, según la interpretación de la jurisprudencia antes expuesta. Por ello, se impone una primera conclusión: al no haber logrado desvirtuar la patronal demandante las presunciones que, conforme a la precitada doctrina, se derivan de tales reconocimientos, resulta obligado, en línea con el informe

del Ministerio Fiscal, desestimarla demanda en la parte que denuncia la falta de legitimación de la asociación demandada para negociar el convenio" .

Claro es, a la vista de todo ello, que se impone el rechazo del primero de los submotivos, dado que, las afirmaciones o premisas fácticas de las que parte la recurrente son totalmente contrarias de las declaradas probadas. Mediante dicha afirmaciones, el recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida -valga por todas la sentencia de esta Sala de 23/11/2016 (recursos de casación 94/2016), siendo entonces impecable la cita y aplicación de la doctrina de esta Sala que se efectúa en la sentencia recurrida, y que no trascribimos en aras a la economía procesal.

3. En el mismo vicio procesal de "hacer supuesto de la cuestión", incurre la recurrente en el segundo de los apartados del motivo, denunciando -como ya se anticipó- pero sin haber sido acreditado, lo que considera la "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado". Al respecto, y con carácter previo, convendrá recordar la doctrina de esta Sala, con respecto a este tema. Pues bien razonábamos así, en el apartado 3 del fundamento jurídico séptimo de la sentencia de 11-11-2010 (recurso casación 235/2009):

“Expuesta así, de una manera muy sintética, la tesis del recurso, procede recordar en qué consiste esa jurisprudencia a la que se atribuye un carácter exorbitante y poco respetuoso con el principio de libertad de configuración del ámbito funcional de los Convenios legalmente consagrado en el artículo 83.1 ET y cimentado sobre el derecho de libertad sindical y a la negociación colectiva. Por citar solamente una sentencia relativamente reciente, que a su vez cita otras, se puede reproducir parte del Fundamento de Derecho Cuarto de la STS (IV) de 06/10/2008 (Rec. Cas. 10/2007), que dice así: "En el artículo 83-1 del Estatuto de los Trabajadores se establece que los

convenios tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, mientras que en el 82-3 del mismo texto legal se establece que los convenios colectivos obligan a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. Esta regla, según esta Sala (sentencia de 3 de mayo de 2006 (Rec. 104/04) "no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan por una parte con exigencias de objetividad y estabilidad (S. 20-9-93, rec. 2724/91) y por otra con la propia representatividad de las organizaciones pactantes (S. 23-6-94, rec. 3968/92), aparte de las que derivan de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores sobre concurrencia y articulación de convenios. Desde esta perspectiva hay que señalar (. . .) que la unidad apropiada de negociación suele construirse a partir de criterios de cierta homogeneidad que permitan establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo, sin perjuicio del juego de otros mecanismos excepcionales de corrección, como los que hoy contemplan los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Parece, pues, que las partes son libres de establecer el ámbito de aplicación del convenio, pero, aparte las limitaciones derivadas de la articulación entre convenios y de las reglas sobre legitimación del artículo 87 del E.T ., existe una limitación que, como señalamos en nuestra sentencia de 20 de septiembre de 1.991 , deriva de la necesidad de que el ámbito de aplicación de un convenio <se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos>".

Pues bien, no acreditada la alegada "falta de homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y las genéricas actividades deportivas reguladas en el Convenio Colectivo impugnado" , y siendo de destacar que esta homogeneidad no se ha cuestionado, en ningún momento, como no se ha cuestionado su aplicación a los campos de golf, hasta que se ha producido un hecho concreto, cual es la aplicación al personal que cuida el césped de los campos de golf, del Convenio de Jardinería, resulta evidente que no se ha infringido ni el precepto - artículo 87 del ET - ni la doctrina de esta Sala que hemos transcrito, sin que -finalmente y como señala el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen- la invocada sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11.9.2015, que excluyó las actividades náutico-deportivas y puertos deportivos del

ámbito del III Convenio, tenga aquí relevancia, porque FNEID, UGT, CCOO no desconocían la existencia de asociaciones empresariales representativas de tales actividades, y porque dichas actividades son significativamente más complejas, lo que constituye cosa juzgada al no haber sido recurrida la sentencia, y ninguna de estas razones se dan en el caso presente ya que ni existían asociaciones empresariales de campos de golf, ni sus actividades tienen diferencias tan decisivas.

QUINTO.- 1. Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la Asociación recurrente (artículo 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de Casación interpuesto por la Letrada D^a. María Barturen Martínez, en nombre y representación de la Asociación Española de Campos de Golf", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de mayo de 2016 , en el procedimiento 69/2016, incoado en virtud de demanda formulada por dicha Asociación , frente a la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas (FNEID), el Sindicato Unión General de Trabajadores (FES-UGT), y la Confederación Nacional de Comisiones Obreras (CC.OO.), en materia de impugnación de Convenio Colectivo. Con imposición de costas a la recurrente. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE FEBRERO DE
2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía (CC.OO.) interpuso demanda sobre derechos fundamentales del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare que:

1.- La conducta descrita de no facilitar al sindicato actor la información y documentación solicitada relativa a:

- Plan de Empleo de la empresa.
- Plan de Igualdad.
- Copia de las propuestas, informes y acuerdos producidos en el CPC de la empresa sobre el V Convenio.
- Planificación de acciones de coordinación para el año en curso.
- Negociación del V convenio, de las que aún no se ha recibido respuesta.
- Calendario laboral para próximo año 2015, negociado con los CPC.
- Actuaciones de la CPC, sobre las modificaciones constantes de cuadrantes, derivadas por desplazamientos.
- Actuaciones de la CPC de las habitaciones individuales para personal desplazado a Sierra Nevada y dietas en caso de estar cerrado.
- Información sobre cierres de albergues y situación de los trabajadores de dichos centros.

-Elaboración de una bolsa de trabajo de los fijos discontinuos, para poder trabajar en otros centros que necesiten personal.

Impide el normal desarrollo y ejercicio de la actividad sindical del sindicato actor, constituyendo una vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, ordenando el cese inmediato de la conducta demandada.

2.- De igual modo se condene a la Empresa Andaluza de Instalaciones y Turismo Joven S.A. a estar y pasar por dichas declaraciones y a abonar al sindicato actor, en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios morales y materiales, la cantidad de seiscientos euros (600€) por la vulneración del derecho a la libertad sindical producida por la actuación de la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de derechos fundamentales, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 21 de octubre de 2014 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos desestimar la demanda de Derechos Fundamentales promovida por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE Andalucía (CC.OO.) contra EMPRESA ANDALUZA DE INSTALACIONES Y TURISMO JOVEN S.A, MESA NEGOCIADORA DEL CONVENIO COLECTIVO; MINISTERIO FISCAL; D. Raúl ; D^a Yolanda ; D. Urbano ; D. Luis Angel ; D^a Antonieta ; D. Abel ; D. Avelino ; D. Clemente ; D^a Elisa ; D. Eutimio y D. Gumersindo . Y en su consecuencia absolvemos a dichos demandados de las pretensiones esgrimidas en su contra».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«1º.-Se interpone demanda por la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía contra la Empresa Andaluza de Instalaciones y Turismo Joven SA (INTURJOVEN) por vulneración del Derecho Fundamental de Libertad Sindical por no facilitar al Sindicato actor la información y documentación solicitada relativa a:

-Plan de Empleo de la empresa. -Plan de Igualdad. -Copia de las propuestas, informes y acuerdos producidos en el CPC de la empresa sobre el V Convenio. - Planificación de acciones de coordinación para el año en curso. -Negociación del V convenio, de las que aún no se ha recibido respuesta.-Calendario laboral para próximo año 2015, negociado con los CPC. -Actuaciones de la CPC, sobre las modificaciones constantes de cuadrantes, derivadas por desplazamientos. - Actuaciones de la CPC de las habitaciones individuales para personal desplazado a Sierra Nevada y dietas en caso de estar cerrado. -Información sobre cierres de albergues y situación de los trabajadores de dichos centros. -Elaboración de una bolsa de trabajo de los fijos discontinuos, para poder trabajar en otros centros que necesiten personal.

Se interesa que cese de inmediato dicha conducta vulneradora del derecho fundamental y que se le indemnice en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios morales y materiales en 600 euros.

2º.- Los trabajadores que prestan servicios para la Empresa INTURJOVEN en distintos centros de trabajo (22 centros de trabajo) en toda Andalucía en un número aproximado de más de 250. Ningún centro de trabajo tiene más de 250 trabajadores. La representación unitaria en la Entidad se configura por centros de trabajo conformándola actualmente 27 representantes de trabajadores (entre Delegados de Personal y miembros de Comité de empresa).

INTURJOVEN es una empresa integrada en el sector público adscrita funcionalmente a la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía (Sociedad Mercantil del sector público andaluz), creada a través del Decreto 153/1990 de 22 de mayo cuyo objeto social será la gestión de Albergues de la Junta de Andalucía así como otras instalaciones privadas o públicas que le sean cedidas mediante contrato; así como la planificación y gestión de los servicios de turismo que se presten por parte de la Junta de Andalucía; también la realización de obras de infraestructura tanto de remodelación y acondicionamiento como de nueva construcción de instalaciones juveniles; y el diseño, ejecución y evaluación de programas diversos. Todo ello sobre el soporte de tres áreas principales de negocio: Red de albergues, cursos de idiomas, y eventos y programas.

3º.- La Mesa Negociadora del Convenio está compuesta por 10 miembros: 5 miembros de la representación de la empresa y 5 miembros de la representación social (Comité de empresa de Málaga, Granada, Delegado de Personal de Cádiz, comité de empresa de Servicios Centrales en Sevilla y Delegada de Personal de Punta Umbría-Huelva).

4º.- Con fecha 7 de marzo del 2014 Doña Amelia (Sección Sindical CCOO) solicita de la empresa documentación relativa a Plan de Empleo, Plan de Igualdad, Plan de Prevención, Catálogo de puestos y distribución de Masa Salarial, copia de acuerdos de la CPC (Comisión Paritaria del convenio) y Planificación de acciones de coordinación. Con fecha 10 de marzo del 2014 se contesta por el Jefe de Recursos Humanos que la Mesa Negociadora no dispone de texto definitivo con fecha 24 de marzo del 2014 se vuelve a solicitar documentación. Y en contestación de fecha 3 de abril del 2014 se remite a la Mesa Negociadora. Con fecha 7 de marzo del 2014 se remite por la Sección sindical CCOO a la Mesa Negociadora y ésta en escrito de 16 de abril del 2014 se apela al sigilo profesional para no facilitar información. En el Acta (Doc.44.G de la parte demandada) de Reunión de la Mesa negociadora del V convenio colectivo de la empresa INTURJOVEN de fecha 7 de abril de 2014, en el punto

segundo dice: "Las partes consideran por unanimidad que la solicitud realizada por la Sección Sindical de CCOO no se ajusta a derecho, acordando no atender a la misma y remitirles una respuesta oficial de la Mesa y copia de las anteriores comunicaciones realizadas por la empresa sobre su falta de legitimación para participar en la Mesa Negociadora del Convenio".

5º.- Doña Amelia es Portavoz de la Sección sindical de CCOO en la empresa. Trabaja en el centro de trabajo de Granada, no es miembro del Comité de empresa o Delegada de personal. El único representante de los trabajadores de CCOO es el trabajador Don Luis Pablo representan te del centro de la localidad de Constantina (Sevilla).

6º.- La negociación del nuevo Convenio Colectivo de la empresa se suspendió en fecha 16.3.2010 y se reanudó volviéndose a constituir la Mesa Negociadora en fecha 4.7.2013 (doc. 34 y 36.A) (Actas de 16 de marzo del 2010 y 4.7.2013 respectivamente). La Sección Sindical de CCOO se constituyó el 18.12.2013.

7º.- La empresa demandada no tiene Plan de Empleo ni Plan de Igualdad. El 21.4.2014 se le entregó a doña Amelia el Plan de Prevención de Riesgos laborales (doc. 44.H). El catálogo de puestos y distribución Masa Salarial es el que figura en el Convenio colectivo del 2006 (prorrogado) (doc.44.h). La planificación de acciones de coordinación para el año en curso la empresa desconoce a qué se refiere tal petición, no concretándose su contenido. Calendario laboral de 2015: desde el 2010 no hay acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores al respecto. Por la Inspección de Trabajo (doc.17.A) en fecha 24.3.2015 y Diligencia de 21.4.2015 (17.B) se compele a la empresa para que exponga en cada centro de trabajo el Calendario laboral correspondiente al año 2015. Este calendario ha sido notificado a los representantes unitarios y a Doña Amelia (17.E). No hay Actuaciones de la CPC (Comisión Paritaria del convenio) sobre modificaciones constantes de cuadrantes derivados de desplazamientos, ni tampoco sobre habitaciones individuales para personal desplazado a

Sierra Nevada y dietas en caso de estar cerrado. No hay planificación exacta sobre el cierre de albergues y situación exacta de los trabajadores.(Testifical de Doña Elena). Respecto de la elaboración de la bolsa de trabajo de los fijos discontinuos, para la creación de la misma fue necesario recabar autorización de la consejería de Hacienda (de lo cual se le informó a la Sra. Amelia el 16.3.2015 (doc.23). El 20.4.2015 se remitió a los representantes de los trabajadores y a Doña Amelia el Informe favorable de la consejería de Hacienda para la creación de la bolsa de trabajo de fijos discontinuos (doc.19.A) y en fecha 8.5.2015 se remite escalafón de fijos discontinuos una vez aprobada por la consejería (doc.19.B).

8º.- Ha quedado acreditado (Interrogatorio del representante de los trabajadores Don Constantino) que la Comisión Negociadora ha informado periódicamente a los trabajadores de los intentos de acuerdos que se llevaban a cabo con la empresa incluida a Doña Amelia.

9º.- El 28 de enero del 2015 se celebra sesión ante el SERCLA que finaliza el procedimiento "Sin avenencia".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía (CC.OO.). Su Letrada Sra. Reguera Angulo, en escrito de fecha 3 de diciembre de 2015, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207.c) de LRJS por infracción de los arts. 10.1 y 3 de la LOLS. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207.c) de LRJS por infracción del CE y art. 2.1.d) de LOLS.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon concluidos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Se debate en este procedimiento sobre la eventual vulneración del derecho de libertad sindical. El Sindicato accionante considera que la empresa viene obstaculizando la acción sindical de su delegada, básicamente negándole el acceso a informaciones diversas. La discusión, en realidad, versa sobre si Comisiones Obreras tiene derecho a designar delegado sindical con arreglo a las exigencias de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS).

El asunto accede a nuestro conocimiento tras haberse dictado la sentencia de instancia, por lo que la casación formalizada admite cierta posibilidad de revisión de los hechos declarados probados (art. 207.d LRJS). Sin embargo, las partes no cuestionan el relato judicial de lo que acaece, de modo que nos encontramos ante una discusión de estricto corte normativo, sin perjuicio de que su resolución requiera empezar examinando lo acaecido.

1. Hechos relevantes.

Reproducido ya el relato de lo acaecido, para fijar con precisión el alcance de lo debatido, basta con recalcar algunos aspectos.

A) La entidad empresa Andaluza de Instalaciones y Turismo Joven S.S. (INTURJOVEN) es una empresa integrada en el sector público (Sociedad Mercantil), creada por Decreto para la gestión de Albergues de la Junta de Andalucía (HP 2º).

B) La empresa cuenta con veintidós centros de trabajo, diseminados por toda Andalucía, sin que ninguno tenga más de 250 trabajadores (HP 2º), aunque esa cifra sí la supera el conjunto de la plantilla (FD Segundo: " en un número aproximado de más de 250").

C) En total los trabajadores cuentan con 27 representantes entre Delegados de Personal y miembros de Comité de Empresa (HP 2º).

D) Con fecha 7 de marzo de 2014, la portavoz de la Sección Sindical de CCOO, que trabaja en el centro de Granada y no es miembro del Comité de Empresa ni Delegado de Personal, solicita documentación sobre el Plan de Empleo y otros extremos (HP 4º).

E) La Mesa Negociadora del V Convenio Colectivo, reunida el 7 de abril de 2014, acuerda por unanimidad que la solicitud realizada por la Sección Sindical de CCOO no se ajusta a Derecho, decide desatenderla y remite copia de anteriores comunicaciones de la empresa sobre su falta de legitimación para participar en la Mesa Negociadora del Convenio (HP 4º).

F) El único representante de los trabajadores de CCOO está en el centro de Constantina (Sevilla) (HP 5º).

G) La Sección Sindical de CCOO se constituyó el 18 de diciembre de 2013 (HP 6º).

2. La demanda de conflicto colectivo.

El 27 de marzo de 2015 se registra la demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical ("en su vertiente de libertad de actuación sindical") presentada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía. Expone que tras constituir la sección sindical (a nivel regional de la empresa) ha interesado su participación en reuniones de la Comisión Paritaria del Convenio y en la mesa negociadora del nuevo; asimismo ha pedido diversa documentación recibiendo contestaciones evasivas.

Explica que CCOO-A (con sección sindical constituida, con un delegado de personal) posee legitimación para lo que solicita, considera que la empresa ha vulnerado su libertad sindical e interesa que, al amparo del art. 183.1 LRJS, se le abone una indemnización de 600 euros.

3. La sentencia de instancia.

A) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) dicta su sentencia 2027/2015, de 21 octubre, resolviendo el litigio de referencia. Desestima la demanda en su integridad y absuelve a los codemandados.

B) Respecto de la documentación solicitada, diferencia la relativa al proceso de negociación del Convenio Colectivo y la ajena al mismo.

C) En cuanto a la documentación relativa a la negociación del Convenio entiende que hay que atenerse a lo dispuesto en la LOLS en su art. 10, del que se desprende que para tener las prerrogativas y garantías de los miembros del Comité de Empresa es preciso ostentar la condición de Delegado Sindical. Para ello, a su vez, es preciso que el número de trabajadores del centro sea superior a 250 o que así lo indique el Convenio Colectivo, haciendo referencia a doctrina del TC y del TS.

Acreditado que ningún centro de trabajo tiene más de 250 trabajadores, a la portavoz de la Sección Sindical de CCOO no se le puede atribuir la condición de Delegado Sindical. La Mesa Negociadora no tiene por qué informar del proceso de negociación, aunque ha quedado probado que se ha venido informando a los trabajadores de los intentos de acuerdo habidos en dicha Mesa. Por tanto, entiende la Sala del TSJ que no se ha producido la vulneración alegada.

D) En cuanto a la documentación ajena a tal negociación, y en base a los hechos recogidos en el último de los declarados probados, no se puede entender que haya existido vulneración alguna.

4. El recurso de casación.

A) Disconforme con la sentencia, el Sindicato demandante interpone, con fecha 3 de diciembre de 2015, el presente recurso de casación, basado en dos motivos.

B) Al amparo del art. 207.c) LRJS, alega la infracción del art. 10.1 y 3 LOLS. Estudia la evolución jurisprudencial sobre las exigencias para que los Delegados Sindicales tengan los derechos y garantías que reconoce el art. 10 LOLS; defiende que basta con que la empresa supere los 250 trabajadores. Invoca la STS 14 julio 2014, rec. 91/13, cuya doctrina entiende aplicable porque la empresa cuenta en su conjunto con

más de 250 trabajadores. Recuerda que han debido formular denuncia a la Inspección de Trabajo porque la empresa siempre les ha denegado la documentación solicitada, sin que se pueda dar por cumplido el derecho de información por facilitarse tras la interposición de la demanda.

C) Al amparo del art. 207.c) LRJS, denuncia infracción del art. 28 CE y del art. 2.1 d) LOLS. A través del motivo se defiende que la LOLS otorga a los Delegados Sindicales los mismos derechos que el ET da a los miembros del CE, e incide en el derecho a obtener información sobre el resto de los extremos a los que se refiere la demanda, ajenos a la negociación del Convenio. Reclama una indemnización por daños y perjuicios.

5. Impugnación al recurso e Informe del Ministerio Fiscal.

A) El 12 de enero de 2016 se presenta escrito de impugnación al recurso por parte de la empleadora.

Advierte el erróneo encauzamiento de los motivos del recurso, rechaza que pueda aplicarse la doctrina del Tribunal Supremo invocada, recalca que ninguno de los centros de trabajo posee más de 250 trabajadores, trae a colación diversas SSTs en las que se expone la necesidad de que el centro de trabajo posea más de 250 empleados para que el sindicato tenga derecho a designar delegado sindical con arreglo a la LOLS, recuerda que la persona designada como portavoz de la Sección Sindical de CCOO no ostenta la condición de representante legal.

Tras extensa y densa exposición concluye afirmando que "si bien la Sra. Amelia puede tener la condición de portavoz sindical, ésta no reúne los requisitos para gozar de los derechos y garantías que otorga el artículo 10.3 LOLS".

Respecto del segundo motivo del recurso reitera argumentos del primero y considera que reclamar daños y perjuicios carece de toda lógica, puesto que no ha habido vulneración de derechos.

B) El representante del Ministerio Fiscal, mediante escrito fechado el 8 de junio de 2016, considera que el recurso debe fracasar. Destaca que la representación unitaria de los trabajadores se ha organizado por centros de trabajo, que ninguno llega a los 250 empleados, y que debe estarse a lo resuelto en la STS 2 marzo 2016 (rec. 141/2014), sin que resulte aplicable el criterio de la STS 18 julio 2014 (rec. 91/2013).

Asimismo advierte que no se ha impugnado el relato de hechos, por lo que queda vacía de contenido la reivindicación sobre los extremos expuestos en la demanda y ajenos al proceso de negociación.

6. Estructura de nuestra sentencia.

La exposición de los datos básicos del conflicto (Fundamento Primero) permite comprender que estamos ante asunto que se mueve en dos planos bien diversos. Por un lado, está el de las concretas protestas frente a múltiples comportamientos empresariales, supuestamente vulneradores de la libertad sindical; por otro lado, la causa de que la empleadora rechace las numerosas peticiones de la representante de CC.OO.

Tanto la sentencia recurrida cuanto el recurso de casación formalizado, así como su impugnación y el Informe del Ministerio Fiscal invocan la doctrina sentada por esta Sala Cuarta acerca del criterio aplicable a la hora de designar delegados sindicales conforme a la LOLS, es decir, si ha de estarse al volumen de empleo de cada centro o al

global de la empresa. Por tanto, se impone clarificar las bases doctrinales a partir de las cuales ha de resolverse el recurso (Fundamento Segundo).

Una vez expuesta nuestra doctrina será el momento de afrontar el contenido del recurso (Fundamento Tercero) y de concluir con los pronunciamientos que corresponda (Fundamento Cuarto).

SEGUNDO.- Ámbito para la designación de delegados sindicales.

Para resolver el recurso resulta imprescindible despejar la reseñada incógnita acerca de la condición que posea la Sra. Amelia, si la de mera portavoz de una sección sindical o la de delegada sindical al amparo de la LOLS. Se trata de saber si el artículo 10 LOLS permite que las secciones o delegados sindicales se organicen no solo en el ámbito de la empresa monocéntrica o en cada uno de los centros de trabajo de la que posee varios de ellos sino también en el conjunto de esta última.

1. Regulación.

A) El artículo 28.1 CE prescribe que "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

B) El artículo 10.1 LOLS establece que "en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo".

C) El artículo 10.3 LOLS se ocupa de regular las atribuciones de los delegados sindicales designados al amparo de la expuesta regulación, en los siguientes términos:

Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:

1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

2.º Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto.

3.º Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

2. Evolución de la Doctrina.

A) Planteamiento.

Puesto que tanto el recurso cuanto la impugnación y el Informe del Ministerio Fiscal afirman que sus respectivas posiciones se basan en la doctrina sentada por esta Sala Cuarta a propósito de la cuestión debatida, es menester que recapitulemos la misma. Las SSTS 541/2016 de 21 junio (rec. 182/2015) y 914/2016 de 27 octubre (rec. 281/2015) han expuesto cuanto ahora interesa reiterar.

Respecto de esta imprescindible y esencial tarea propedéutica hemos de realizar un par de advertencias:

No se trata de realizar un análisis exhaustivo de todos los pronunciamientos, sino de resaltar los más relevantes de cara a la resolución de la concreta cuestión ahora examinada.

Tampoco debemos realizar un recordatorio pormenorizado de la cuestión abordada en nuestras sentencias, pues de ellas solo interesa el criterio interpretativo acerca del ámbito en que puede constituirse la sección sindical y designarse al delegado correspondiente.

Alguna de las sentencias reconoce expresamente que abandona la doctrina anterior y procede a rectificarla, por lo que habrá que estar a los criterios mantenidos en la actualidad y no en el pasado.

B) Doctrina inicial.

En una fase inicial nuestra doctrina se inclinó por considerar que sí era posible tomar como referencia la empresa en su conjunto para cumplir el requisito de ese número de trabajadores -más de 250- necesario para poder tener Delegados Sindicales de los contemplados en la LOLS. Así, por ejemplo, se afirma en las SSTS 15 julio 1996 y 28 noviembre 1997 (rec. 3432/1995 y 1092/1997). La segunda de ellas sostiene que puede designar delegado sindical conforme a la LOLS un sindicato que tiene presencia en un comité, pese a que la empresa no alcanza los 250 trabajadores en ningún centro y sí en el sumatorio total:

"... la reiterada Ley Orgánica de 2 de Agosto de 1985, configura la constitución de la sección sindical con carácter alternativo en la empresa o en el centro de trabajo, opción ésta que corresponde al sindicato en el desarrollo de su libertad de organización interna".

C) Posición matizada.

Matizando esa premisa, en años posteriores se va precisando que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que queda al arbitrio del Sindicato sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de representación en la empresa. Debe ser el precepto orgánico que desarrolla el derecho fundamental de sindicación, no la posible norma colectiva que llegue a existir en orden a la más acabada configuración de tal derecho, el que sustente la tutela judicial del mismo, sin que, como es obvio, pueda acudirse al llamado espiguelo de normas para conseguir la pretendida representación sindical.

La STS de 10 de noviembre de 1998 (rec. 2123/1998), manteniendo criterio semejante a la STS de 21 noviembre 1994 (rec. 3191/1993), abandona expresamente la tesis contenida en las citadas sentencias de 1996 y 1997. Concluye que se ha de vincular

el artículo 10.1 LOLS "a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa". La posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo " está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa; artículo 4.1 g y 61 del Estatuto de los Trabajadores, es decir que hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 63 de este Texto Legal”.

En esta línea, la STS 18 noviembre 2005 (rec. 32/2005) razona que el requisito de 250 trabajadores para que la sección sindical sea representada por un delegado sindical está referido al centro de trabajo. Conforme allí se explica, la posibilidad de optar entre la empresa o el centro de trabajo al efecto de que se trata " no es algo que quede al arbitrio del sindicato, sino que ello está en función de los órganos de representación de los trabajadores para ejercer su derecho de participación en la empresa", de modo que habrá de acudirse al ámbito de la representación unitaria existente con arreglo a lo que dispone el artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores.

En el mismo sentido pueden verse las SSTS 9 de junio de 2005 (recurso 132/2004), 14 de julio de 2006 (recurso 5111/2004), 14 de febrero de 2007 (recurso 4477/2005), 26 de octubre de 2007 (recurso 42/2007) o 14 de marzo de 2014 (rec. 119/2013). La STS 9 junio 2005 (rec. 132/2004) razona así:

"Hay que vincular, el artículo 10-1 de la LOLS a los criterios y modos de participación de los trabajadores en la empresa; por tanto, si en el caso de autos en las elecciones sindicales celebradas, se eligió, los representantes sindicales en la empresa, por provincias constituyéndose, los respectivos Comités de Empresa, la exigencia del artículo 10-1 de 250 trabajadores a efectos de constituir una Sección Sindical, tiene que venir referido a cada centro de trabajo, y no al conjunto de la empresa; no cabe, por tanto obviar dicha exigencia, como pretenden los recurrentes, por lo que deben rechazarse sus alegaciones. Como dice el Ministerio Fiscal en su informe si el ámbito electoral fue el provincial, y no el autonómico, no puede acudirse ahora a la empresa, entendida como cómputo global, a efectos de constituir una sección sindical, no

respetando el criterio seguido para la elección de los órganos unitarios de representación de los trabajadores".

La muy citada STS 24 noviembre 2009 (rec. 36/2009) aplica ese criterio a supuesto de empresa que cuenta en la misma provincia con siete centros de trabajo que, en conjunto, superan los 250 trabajadores y para los que se constituyó el correspondiente Comité de Empresa Conjunto en el que el Sindicato demandante cuenta con seis miembros y le reconoce el derecho a designar delegado sindical conforme a la LOLS.

D) Conexión con representación unitaria.

De conformidad con lo expuesto, diversas sentencias insistieron en la idea del paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical, de tal manera que si la representación unitaria toma como referencia el centro de trabajo, la Sección Sindical de Empresa y sus Delegados Sindicales también deben tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa; salvo en un caso en que, precisamente, lo que exista sea un Comité de Empresa conjunto de ámbito provincial en cuyo supuesto -claramente excepcional- sí cabe tomar esa referencia superior.

La STS 30 abril 2012 (rec. 47/2011), en doctrina reiterada por STS 14 marzo 2014 (rec. 119/2013), es muy gráfica cuando traslada la doctrina en cuestión a los centros de trabajo de Correos y Telégrafos en la provincia de La Coruña:

"Teniendo en cuenta que el modo de participación de los trabajadores de Correos en el ámbito provincial de referencia en este proceso consiste en un sólo Comité de Empresa compuesto por 21 miembros, es decir, un Comité "conjunto" según expresión del art. 63.2 ET , sin duda porque ninguna de las oficinas o dependencias de

la empresa en la provincia de La Coruña [a diferencia de lo que sucedía en el asunto resuelto por la STS 10-4-2001, R. 1548/200 , que, afectando también a Correos, aunque en la provincia de Guipúzcoa, al menos uno de sus centros de trabajo --la oficina Central de San Sebastián-- contaba con más de 250 trabajadores, y probablemente a diferencia también de lo que sucedía en la resolución que reiteró esta misma tesis (TS 13-6-2001, R. 1564/2000)] cuenta con más de 50 trabajadores que integren su censo, parece claro que, en este concreto supuesto, la exigencia de 250 trabajadores que contiene el art. 10.1 LOLS ha de referirse a aquél mismo ámbito provincial, no a cada una de las dependencias u oficinas de Correos ni, por supuesto, al conjunto de la empresa en su dimensión estatal".

3. Doctrina actual.

Un punto de inflexión surge cuando el Pleno de esta Sala Cuarta aprueba su STS 18 julio 2014 (rec. 91/2013), revisando el criterio que se venía manteniendo por las sentencias anteriores. Considera que la determinación del ámbito de la Sección Sindical corresponde definirlo al propio Sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ex art. 28.1 de la CE. La opción a la que se refiere el artículo 10.1 LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical.

"En definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. Y, si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo".

Esta doctrina ha sido ya seguida por diversas sentencias como las de 30 de enero de 2015 (rec. 3221/2013) y 23 septiembre 2015 (rec. 253/2014).

La STS 2 marzo 2016 (rec. 141/2014), que invoca el Ministerio Fiscal, no hace expresa aplicación de tal doctrina habida cuenta de las concretas características del litigio suscitado y del enfoque que el sindicato recurrente imprime a su recurso. Allí el Sindicato pretende "el reconocimiento del Delegado-Portavoz de la sección sindical de CGT sin más"; "el hecho de que un Delegado Sindical no cumpla los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical , como ocurre en el presente caso" no impide que sea titular de otros. Los términos del debate casacional, por tanto, son bien distintos a los actuales.

Nuestra STS de 23 septiembre 2015 (rec. 253/2014) aborda la cuestión que explica su Fundamento Primero: por el " Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo " se presentó ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por alegada vulneración del derecho de libertad sindical, con invocación de los arts. 28.1 CE y 10.1 LOLS , contra la empleadora " Sociedad Estatal Correos y Telégrafos " por haber rechazado aceptar al delegado sindical elegido por la sección sindical del Sindicato demandante en la provincia de Pontevedra y por no haberle reconocido el derecho al crédito horario legalmente establecido, solicitando que se dictara sentencia por la que se dejara sin efecto dicho comportamiento empresarial y se reparara al Sindicato demandante por los daños y perjuicios sufridos que cifraba en un importe de 6.250 €. La solución al caso deriva de la aplicación del criterio sentado por la citada sentencia del Pleno de 18 julio 2014.

La STS 541/2016 de 21 junio (rec. 182/2015) proclama la condición de delegado sindical al amparo de la LOLS cuando se agrupan diversos centros de trabajo para constituir una unidad electoral.

La STS 914/2016 de 27 octubre (rec. 281/2015) aplica esta doctrina a un supuesto de crédito horario de los delegados, recordando que el ámbito organizativo corresponde definirlo a cada sindicato.

TERCERO.- Derecho a designar delegado sindical y a ser informado (Motivo 1º del recurso).

Con amparo en el artículo 207.c LRJS (Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte) el primero de los motivos protesta por la negativa empresarial a reconocer la condición de delegada sindical a la representante de CCOOO en la empresa.

1. Formulación del motivo.

Denuncia la vulneración de los artículos 10.1 y 10.3 LOLS, poniendo de relieve que CCOO tiene constituida su sección sindical en el ámbito de la empresa (la Comunidad Autónoma de Andalucía).

Refiere la evolución jurisprudencial en cuanto a las exigencias para que los Delegados Sindicales tengan los derechos y garantías que reconoce el art. 10 LOLS. Sostiene que basta con que la empresa, en su conjunto, supere los 250 trabajadores y

pide que se aplique el criterio de la STS 14 julio 2014 (rec. 91/2013). En suma, procede el nombramiento aunque ninguno de los centros alcance los 250 empleados.

Apunta que han tenido que formular denuncia a la Inspección de Trabajo porque la empresa siempre les ha denegado la documentación solicitada, sin que se pueda dar por cumplido el derecho de información porque éste se haya facilitado tras la interposición de la demanda.

2. Consideraciones formales.

A) El motivo está introducido a través del apartado c) del artículo 207 LRJS, claramente inadecuado para denunciar la infracción de los preceptos sobre designación y competencias del delegado sindical. Debía haberse acudido al apartado e) del mismo precepto.

El escrito de impugnación entiende que por tal motivo debemos desestimar el motivo sin examinarlo. No obstante, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional y siguiendo el informe del Ministerio Fiscal, debemos evitar un excesivo rigorismo en la apreciación de los defectos del recurso y, en aras de la tutela judicial efectiva, ya que se deduce claramente el objeto del motivo, vamos a entrar en el fondo de lo planteado. No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano; por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

B) Ahora bien, el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados -*numerus clausus*- y que está sometido no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 17 de febrero, FJ 5 ; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2 ; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4 ; y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

C) El carácter extraordinario del recurso de casación aparece explicitado, sin dejar lugar a ningún género de dudas, cuando se dispone que la Sala de lo Social del TS conocerá «en los supuestos y por los motivos» establecidos en la Ley (art. 205.1 LRSJ); las «resoluciones» recurribles aparecen descritas en el artículo 206 LRJS y los «motivos» en el artículo 207 LRJS. Su interposición, en consecuencia, no podría realizarse con fundamento en meros -aunque fueren legítimos- intereses del recurrente, en función de su discrepancia con el criterio acogido por el Tribunal a quo , sino que forzosamente ha de tomar su apoyo en las razones (los llamados «motivos del recurso») permitidas al efecto.

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

D) De manera reiterada venimos llamando la atención sobre la necesidad de que el escrito que formaliza la casación cumpla con las exigencias procesales de modo razonable. Así, por ejemplo, en la STS de 15 junio 2004 (rec. 103/2004) se aborda

supuesto en el que el recurso presenta deficiente argumentación y se argumenta la necesidad de que se cumpla con las exigencias legales:

"Y es que, si así no hubiera de hacerse, se produciría un doble resultado pernicioso para los principios que deben regir el proceso y para la finalidad que éste está llamado a cumplir. Por un lado, se estaría pretendiendo que fuera el propio Tribunal quien tuviera que construir y fundamentar el recurso, con la consiguiente pérdida de la obligada neutralidad de aquél: la construcción y argumentación del recurso únicamente a la parte recurrente incumbe; y por otro, la decisión del recurso que hubiera de adoptar el órgano jurisdiccional en estas condiciones, necesariamente habría causado indefensión a la parte recurrida, porque le habría impedido conocer con la debida claridad y precisión el sentido y alcance de la tesis de su contrincante, de suerte que no hubiera podido rebatirla con la necesaria seguridad y eficacia".

E) Aunque hayamos aceptado examinar el fondo del recurso pese a la errónea invocación reseñada, eso no comporta que debamos reconstruirlo e ir más allá de las denuncias y argumentaciones que en él se contiene. En concreto:

Es clara la denuncia de que se ha infringido el artículo 10.1 LOLS al no reconocerse el derecho de CCOO a designar delegado sindical y esa condición en favor de la trabajadora nombrada.

No ha interesado la corrección de los hechos probados, pero realiza consideraciones jurídicas a partir de otros diversos.

Identifica comité de empresa y parte social de la comisión negociadora del convenio colectivo, sin realizar razonamiento justificativo alguno.

3. Consideraciones específicas.

Aplicando la doctrina que hemos expuesto más arriba y teniendo en cuenta los términos del debate casacional, solo queda por extraer las consecuencias propias del caso.

A) El sindicato puede organizar libremente la estructura representativa que desea implantar en la empresa, en particular, a nivel de centros de trabajo o de la empresa en su conjunto. Dicho de otro modo: cuando el artículo 10.1 LOLS alude a los "centros de trabajo" debe entenderse que incluye la posibilidad de tomar en consideración los mismos individualmente considerados pero también varios de ellos (por provincias, regiones, etc.), o todos los que posea la empresa.

Puesto que la sección sindical de CCOO se ha constituido a nivel de empresa ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del artículo 10.1 LOLS . Dado que INTURJOVEN sobrepasa los 250 trabajadores y que CCOO es sindicato más representativo, debe reconocérsele el derecho.

B) La conducta empresarial, al desconocer el derecho de CCOO a la designación de la Sra. Amelia como delegada sindical con las atribuciones previstas en el artículo 10.3 LOLS ha desconocido la libertad sindical.

C) Las concretas vulneraciones del derecho de información de la delegada sindical no han tenido en cuenta, como apunta el Ministerio Fiscal que "ni se ha solicitado la modificación del último de los hechos probados que deja vacías de contenido tales reivindicaciones".

El escenario fáctico recogido en la sentencia muestra un desencuentro persistente entre las peticiones de la representante de CCOO y la empresa. A lo largo del procedimiento ha quedado claro que la razón de ello radica en el diverso estatuto que se le asigna: la empresa cree que se trata de una mera portavoz, el sindicato considera que es una delegada sindical con arreglo al art. 10.3 LOLS. Pero del mismo modo que existe esa genérica vulneración de la libertad sindical, en el curso del proceso no quedan acreditados los concretos ataques que la demanda pormenoriza y la sentencia rechaza.

D) Acepta el recurso que la información a que la delegada sindical tiene derecho a recibir, es la misma, que la facilitada al comité de empresa. Sin embargo, omite cualquier razonamiento que permita extender ese derecho (contemplado en la LOLS) al flujo de materiales que se traslade a una comisión negociadora de convenio colectivo. Aventurar ese razonamiento equivaldría a que este Tribunal reconstruyera el recurso y desequilibrara la igualdad procesal de las partes, en contra de lo exigido por el art. 24 CE.

E) Este primer motivo del recurso, por tanto, prospera con la importante matización expuesta. Ha quedado acreditada la genérica vulneración de la libertad sindical, pero no las concretas manifestaciones que la demanda enumera.

CUARTO.- Indemnización de daños y perjuicios (motivo 2º del recurso).

Con amparo en el artículo 207.c) LRJS (Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte) el segundo de los motivos protesta por la vulneración de diversos preceptos que reconocen el derecho a la libertad sindical y reclama la indemnización de daños y perjuicios.

1. Formulación del motivo.

A) A través del motivo se defiende que la LOLS otorga a los Delegados Sindicales los mismos derechos que el ET da a los miembros del CE, e incide en el derecho a obtener información sobre el resto de los extremos a los que se refiere la demanda, ajenos a la negociación del Convenio.

Insiste en la vulneración de diversas normas que amparan la libertad sindical como consecuencia de la negativa empresarial a facilitar diversa información.

B) Expone el recurso, sin especial cita de norma infringida o de jurisprudencia, que la vulneración de la libertad sindical habida comporta pérdida de imagen para el sindicato, desaliento de los afiliados y freno al crecimiento asociativo, siendo todo ello relevante en una empresa con cerca de 300 empleados. Finaliza interesando una indemnización compensadora de los daños (materiales y morales) de seiscientos euros.

2. Consideraciones generales.

A) Al igual que en el caso anterior, el motivo está introducido a través del apartado c) del artículo 207 LRJS, claramente inadecuado para denunciar la infracción de los preceptos sobre competencias del delegado sindical. Debía haberse acudido al apartado e) del mismo precepto.

El escrito de impugnación entiende que por tal motivo debemos desestimar el motivo sin examinarlo. No obstante, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional y siguiendo el informe del Ministerio Fiscal, debemos evitar un excesivo rigorismo en la

apreciación de los defectos del recurso y, en aras de la tutela judicial efectiva, ya que se deduce claramente el objeto del motivo, vamos a entrar en el fondo de lo planteado.

B) Del mismo modo, hemos de atenernos a los términos en que se formula el motivo de recurso, sin reconstruirlo o ir más allá de lo que expone, tanto respecto del sustrato fáctico sobre el que razona (insistamos: no se ha interesado la revisión permitida por el art. 207.d LRJS) cuanto de las denuncias normativas formuladas.

C) Además de la adición de nuevos preceptos (concordantes con los mencionados en el motivo anterior) el recurso reitera la protesta acerca del incumplimiento del derecho de la sección sindical (a través de su delegada) a ser informada por la empresa. Son reproducibles, por tanto, las consideraciones sobre la imposibilidad de estimar las concretas quejas desarrolladas sin atenerse a la buena técnica casacional.

3. Doctrina de la sala sobre indemnización de daños y perjuicios.

Las SSTs/ 17-diciembre-2013 (rco 109/2012), 8-julio-2014 (rco 282/2013), 2-febrero-2015 (rco 279/2013), 26-abril-2016 -rco 113/2015 o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014) exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental (arts. 179.3, 182.1.d, 183.1 y 2 LRJS):

El art. 15 LOLS ... establece, en términos imperativos, que "Si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas" y la LRJS, en desarrollo y concreción de tal norma, tratándose especialmente de daños morales, de difícil determinación y prueba por su propia naturaleza, y acorde con la jurisprudencia constitucional, ha flexibilizado

la interpretación que de tales extremos se venía efectuando por un sector de la jurisprudencia ordinaria.

En este sentido, en la LRJS se preceptúa que:

a) "La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador" (art. 179.3 LRJS), de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización;

b) "La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ...

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 " (art. 182.1.d LRJS), de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo (art. 55.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -LOTIC), se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS , debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo

expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados;

c) "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados" (art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental;

d) "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y

e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre

parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." (art. 177.3 LRJS) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" (art. 240.4 LRJS) >>.

4. Consideraciones específicas.

A) En el presente caso, entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, debemos, a falta de fijación en la sentencia de instancia desestimatoria, decretar la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas (arg. ex art. 15 LOLS), disponiendo el restablecimiento del Sindicato demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (arg. ex art. 182.1.d LRJS).

B) Debemos, siguiendo la pauta de las sentencias reseñadas, fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS). Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS).

C) A falta de otros datos trascendentes aportados y justificados por la parte demandante con reflejo en la sentencia de instancia, debemos tener en cuenta las normales consecuencias de una vulneración del derecho de libertad sindical de las características del que ha sido objeto de análisis en el presente procedimiento, pero también los cambios de doctrina jurisprudencial que han podido incidir en la interpretación empresarial sobre existencia de delegados sindicales. Por último, recalquemos asimismo que las concretas denuncias de incumplimientos no han podido prevalecer.

D) Nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. El artículo 7.7 tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. A su vez, el artículo 40.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

El sindicato demandante ha interesado el abono a una indemnización de 600 euros, que no excede (sino lo contrario) de los parámetros orientativos expuestos. Al haber fracasado parte de su demanda, haciendo uso de las previsiones legales expuestas, esta Sala considera razonable que la vulneración de la libertad sindical reseñada se acompañe con el abono de una indemnización de trescientos euros.

QUINTO.- Resolución.

A) Prescribe el artículo 215.c) LRJS que cuando se estime el recurso de casación por razones sustantivas, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en

que aparezca planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

B) El art. 182.1 LRJS prescribe que en procesos de tutela de derechos fundamentales, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas, la sentencia:

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u

omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.

C) A la vista de cuantas consideraciones preceden, hemos de declarar que vulnera la libertad sindical de CCOO la conducta empresarial consistente en rechazar la cualidad de delegada sindical de la persona designada por la sección de dicho sindicato. La empresa debe abstenerse de impedir el normal desarrollo de la actividad sindical que permite el artículo 10.3 LOLS a la persona designada por la sección sindical de referencia, que según consta en autos viene siendo D^a Amelia.

Asimismo ordenamos el cese inmediato de la conducta reseñada y condenamos a la empresa a que abone al sindicato demandante la cuantía de trescientos euros en concepto de daños y perjuicios.

D) En consecuencia, estimamos en parte el recurso de casación y en la forma que en el fallo se indicará; sin costas (art. 235.2 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar en la forma expuesta el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía (CC.OO.), representada y defendida por la Letrada Sra. Reguera Angulo, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 21 de octubre de 2014, en autos nº 5/2015 , seguidos a instancia de dicha recurrente contra la empresa Andaluza de Instalaciones y Turismo Joven, S.A. (INTURJOVEN), Unión General de Trabajadores (UGT-Andalucía), Ministerio fiscal, Mesa Negociadora del Convenio Colectivo, D. Raúl , D^a Yolanda , D. Urbano , D. Luis Angel , D^a Antonieta ,

D. Abel , D. Avelino , D. Clemente , D^a Elisa , D. Eutimio y D. Gumersindo , sobre derechos fundamentales. 2.- Casar y anular la referida sentencia. 3.- Declarar que la conducta empresarial que niega al Sindicato y a la trabajadora designada por éste la condición de delegada sindical, con las prerrogativas del art. 10.3 LOLS, comporta una vulneración del derecho fundamental del Sindicato, a través de su sección sindical y de su delegada sindical, al habersele privado de la posibilidad de ejercitar la acción sindical en la empresa a través del mismo. 4.- Ordenar a la empresa el cese inmediato de su conducta vulneradora de la libertad sindical. 5.- Condenar a la empresa a que abone al Sindicato recurrente la cantidad de 300 € en concepto de daños morales. 6.- No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La actora, D^a Asunción, viene prestando servicios para el Servicio Madrileño de la Salud con una antigüedad del 21/05/2013, categoría de Médico Interno Residente de primer año en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias.

SEGUNDO.- La prestación de servicios se inició en virtud de un contrato de trabajo suscrito el 21/05/13 para la formación con especialista en Medicina Intensiva por sistema de residencia.

CUARTA. JORNADA LABORAL Y DESCANSOS.

A) La prestación de servicios docente-asistenciales del residente será de 1.667,5 (4) horas anuales en régimen de dedicación a tiempo completo, sin que la jornada ordinaria pueda exceder de 37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, todo ello sin perjuicio de lo acordado en el convenio colectivo de aplicación. Dicha prestación de servicios será incompatible con la realización de cualquier otra actividad pública o privada en los términos previstos en el artículo 20.3 de la ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias.

B) La jornada laboral asegurará el cumplimiento de los programas formativos. Dentro de las posibilidades organizativas y funcionales de cada centro, se procurará disponer la jornada de los residentes de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no perjudique su formación.

C) No obstante lo anterior y con la misma finalidad docente-asistencial, el residente estará obligado a realizar, por encima de las horas que se citan en el apartado A) de esta cláusula, las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca, con sujeción a los límites que en cuanto a la jornada máxima y descansos, se determinan en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

Las horas que se realicen en concepto de atención continuada no tendrán la consideración de horas extraordinarias y se retribuirán de la forma establecida en la cláusula quinta.

D) El Residente dedicará las horas que preste en concepto de atención continuada a la asistencia urgente y/o especializada en las Unidades Asistenciales que, oída la Comisión de Docencia, determine la Dirección del Centro, para cumplir con lo establecido en el programa formativo, desarrollando la actividad de acuerdo con la organización funcional del centro para cumplir con los fines propios de la institución sanitaria."

TERCERO.- De acuerdo con el "Protocolo docente de Medicina Interna" del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, la actora debe realizar una serie de guardias médicas en el Servicio de Urgencias; el número concreto de estas guardias (4 - 5) viene determinado por las necesidades del servicio.

CUARTO.- Durante el año 2013 y hasta abril de 2014 la actora realizó las siguientes guardias médicas:

"D. Cirilo, SUBDIRECTOR DE GESTIÓN SERVICIOS GENERALES DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO "PRÍNCIPE DE ASTURIAS",

CERTIFICA: Que según los antecedentes obrantes en esta Dirección de Gestión, D. Asunción, con N.I.F. NUM000, presta servicios en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, con categoría de M.I.R.- 1er año, especialidad en MEDICINA INTENSIVA, desde el 21 de Mayo de 2013, continuando en la actualidad. Ha permanecido en situación de Permiso de Maternidad del 17/10/2013 al 06/01/2014

Durante el año 2013 y 2014 (hasta abril) ha realizado las siguientes guardias médicas:

Guardias realizadas Percibidas en nómina GUARDIAS FESTIVAS

(24 horas) GUARDIAS LABORABLES

(17 horas)

Junio/2013 Julio/2013 2 3

Julio/2013 Agosto/2013 3 3

Agosto/2013 Septiembre/2013 3 3

Febrero/2014 Marzo/2014 2 4

Marzo/2014 Abril/2014 3 3

Abril/2014 Mayo/2014 1 5

Y para que así conste, para su presentación en Juzgado de lo Social, se expide el presente certificado en Alcalá de Henares, a 19 de Mayo de 2014."

QUINTO.- El promedio mensual de guardias festivas (855 € cada una) y de guardias laborales (484,08 € cada una) retribuidas a la actora en ese período asciende a 1.339,03 €.

SEXTO.- El 07/06/13 el indicado Hospital emitió el siguiente informe sobre la adaptación del puesto de trabajo de la actora, a la razón embarazada de 22 semanas de gestación:

"Según la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, artículo 26 relativo a la protección a la Maternidad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 664/97 de 12 de Mayo, relativo a la Protección de Riesgos

Biológicos, el RD 665/1997 de 12 de mayo, RD 1124/2000 y RD 349/2003, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos durante el trabajo, el RD 374/2001, relativo a los riesgos de los agentes químicos durante el trabajo, el RD 39/97 de 17 de Enero, relativo al Reglamento de los Servicios de Prevención y su modificación por el RD 298/2009 de 6 de Marzo, Anexos VII y VIII relativo a la Seguridad y Salud de la Embarazada y RD 39/99 de 5 Noviembre, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.

Y realizado el Examen de Salud Laboral a D^a Asunción, embarazada de 22 semanas de gestación que desarrolla su actividad laboral con Categoría: MIR-1 del Servicio de Medicina Intensiva, una vez estudiada la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo en relación con su declaración de embarazo, presentada en este Servicio de Prevención y el informe del Especialista en Ginecología.

Se le considera APTA para desempeñar las tareas inherentes a su categoría y puesto de trabajo con las siguientes recomendaciones de interrumpir la actividad laboral en caso de:

Exposición a: Citostáticos, Gases Anestésicos, Formaldehído, Óxido de Etileno y Radiaciones Ionizantes.

Evitar en la medida de lo posible, tareas en su trabajo en los que el riesgo no esté definido. Evitar la movilización manual de cargas sin ayudas mecánicas o de otros trabajadores.

Evitar el trabajo nocturno desde el primer día de embarazo, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

Evitar el trabajo a turnos, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

Evitar cargar pesos más de 10kg de forma repetida (4 o más veces por turno de 8 horas) a partir de las 18 semanas, 5 a 10kg semana 20, intermitente (menos de 4 veces en turno de 8 horas) 5 a 10Kg semana 26.

Evitar la bipedestación de forma prolongada (más de 4 horas el día) a partir de la 22 semanas de gestación

Evitar inclinaciones por debajo de la rodilla repetidamente (más de 10 veces por hora) a partir de las 18 semanas.

Si dichas medidas recomendadas no resultaran técnica u objetivamente posibles o no puedan razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado»

SÉPTIMO.- El 07/06/13 la actora comunicó que había sido informada de su derecho a evitar el trabajo nocturno y a turnos desde el primer día de embarazo y declaró "voluntariamente su consentimiento de continuar realizándolo bajo su responsabilidad".

OCTAVO.- El 26/08/13 solicitó al Hospital lo siguiente:

"1º.- Me sea concedida la adaptación de puesto de trabajo en el mes de septiembre por hallarme en el 8º mes de gestación, por especial sensibilidad hacia el embarazo, permitiéndome la exención de los turnos prolongados y guardias según la normativa vigente. (DIRECTIVA 92/85/CEE DEL CONSEJO de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período, de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

2º.- Además de esta solicitud, expresar mi profundo malestar por la falta de colaboración e información del Servicio de Prevención de Riesgos de este Hospital Universitario que se ha negado a, informarme y cooperar en la prevención de riesgos, y mantenimiento de la salud durante el embarazo; manifiesto por escrito que no asumiré los riesgos de continuar realizando turnos prolongados y en horario nocturno si me veo obligada por esta Gerencia."

La anterior solicitud fue aceptada el 03/09/13.

NOVENO.- La actora no realizó guardias médicas en el mes de septiembre y hasta el 17 de octubre de 2013.

DÉCIMO.- La actora permaneció en situación de descanso maternal desde el 17/10/13 hasta el 06/11/14.

UNDÉCIMO.- El 20/12/13 la actora solicitó lo siguiente:

"Yo, Asunción, Trabajadora de este Hospital Universitario solicito de cara a mi incorporación el día 7 de enero de 2014 tras mi licencia maternal, la adaptación de puesto de trabajo por riesgo durante la lactancia según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995), artículo 26 "Protección de la Maternidad" que lleva implícita el mantenimiento del cobro del salario junto a todos los conceptos cobrados en la última nómina generada previa a dar a luz, en este caso la nómina de septiembre.

De no concedérseme la adaptación y el cobro de la nómina según marca la ley, entenderé denegada la solicitud de adaptación de puesto de trabajo por esta gerencia.

A la espera de su respuesta, por escrito a esta trabajadora, y sin otro particular reciban un cordial saludo."

DUODÉCIMO.- El Servicio de Prevención de Riesgos y Salud laboral del indicado Hospital emitió el 13/01/14 el siguiente informe:

"Según la Ley 31/95 de 8 de Noviembre, artículo 26 relativo a la Protección a la Maternidad, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el RD 664/97 de 12 de Mayo, relativo a la Protección de Riesgos Biológicos, el RD 665/1997 de 12 de mayo, RD 1124/2000 y RD 349/2003, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos durante el trabajo, el RD 374/2001, relativo a los riesgos de los agentes químicos durante el trabajo, el RD 39/97 de 17 de Enero, relativo al Reglamento de los Servicios de Prevención y su modificación por el RD 298/2009 de 6 de Marzo, Anexos VII y VIII relativo a la Seguridad y Salud de la Embarazada y RD 39/99 de 5 Noviembre, sobre Conciliación de la Vida Laboral y Familiar y RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.

Una vez estudiada la evaluación de los riesgos específicos inherentes a su puesto de trabajo y teniendo en cuenta las rotaciones que debe realizar para su formación como Residente, de Dña. Asunción, actualmente en situación de LACTANCIA, que desarrolla su actividad laboral con Categoría: MIR-1 de MEDICINA INTENSIVA, se recomienda evitar en medida de lo posible la exposición a:

- Citostáticos, Gases Anestésicos, Formaldehído, Óxido de Etileno y Radiaciones ionizantes, especialmente el equipo portátil (evitar su proximidad a 2m como mínimo).

- Situaciones de contención a pacientes, la exposición a pacientes aislados, así como la exposición a factores de estrés psicosocial en su puesto de trabajo.

- Evitar en la medida de lo posible, el trabajo nocturno desde el primer día de lactancia, en caso contrario la trabajadora firmará un documento de consentimiento previo.

- Se recomienda realizar las medidas necesarias en su puesto de trabajo para que la extracción, recogida y conservación de la leche materna se realice en las mejores condiciones, para la trabajadora lactante.

- Se recomienda la adaptación de la jornada laboral, según la normativa vigente de la Comisión de Docencia, para Residentes en situación de Gestación/Lactancia.

CONCLUSIÓN: Por todo ello se le considera APTA para su trabajo habitual, con la recomendación de seguir las medidas preventivas de control existentes de contención del riesgo en el HUPA.

Si dichas medidas recomendadas no resultaran técnica u objetivamente posibles o no puedan razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo / lactancia, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado."

DECIMOTERCERO.- Asimismo, la Comisión de Docencia del indicado Hospital acordó el 14/01/14 lo siguiente:

"La adaptación de la Jornada Laboral de la residente de primer año de Medicina Intensiva, D^a Asunción, se establece de acuerdo a lo aprobado en la Reunión de la Comisión de Docencia del 7 de noviembre de 2013 y después de la pertinente reunión con la residente y su tutora, para la individualización de la misma (documento que se adjunta).

- En horario vespertino, a partir de las 15 horas y hasta las 22 horas. Al menos 6 jornadas al mes de este tipo.
- Y en horario diurno en jornadas de 12 horas (de 10 a 22 horas en fines de semana y/o festivo; al menos dos jornadas al mes en este formato.

En esta modalidad realizarán 66 horas/mes de atención continuada/guardia, versus las 90-95 horas que, suelen realizar sus compañeros que hacen guardias en el formato habitual.

Para que la jornada diaria no supere las 12 h, el día que realice actividad vespertina se incorporará a su actividad matutina a la 10 h.

Queda pendiente la aprobación en la Comisión de Docencia que se celebrará el 30 de enero de 2014."

DECIMOCUARTO.- En reunión del día 07/11/13, la Comisión de Docencia había adoptado el siguiente acuerdo:

"La adaptación del horario de trabajo en el caso de residentes en período de gestación, de forma que no suponga una disminución del número anual de horas establecido, pero que les permita realizar jornadas no superiores a 12 horas, se realizará de forma individualizada, con una propuesta del residente y su tutor y la posterior aprobación por parte de la Comisión de Docencia.

En este sentido, se tendrán en cuenta los acuerdos que se establecieron, en la reunión ordinaria de la Comisión de Docencia del 17 de junio de 2010, en relación a las recomendaciones que la norma contempla para las residentes que, en estado de gestación, soliciten una adecuación de sus condiciones de trabajo y que hace referencia a las guardias.

Para poder cumplir con sus objetivos formativos

- Las Médico-Residentes que en su programa figura la realización de Guardias-Atención continuada.

- y deseen modificar sus condiciones de trabajo siguiendo las recomendaciones de la norma y nuestro Servicio de Salud Laboral, en cuanto a evitar "en la medida de lo posible" el trabajo nocturno.

Esta Comisión Local de Docencia propone como alternativas posibles la actividad siguiente:

1. Desempeñar la misma actividad que la que se realiza en las guardias de su especialidad y año de residencia.

- En horario vespertino, a partir de las 15 horas y hasta las 22 horas. Al menos 6 jornadas al mes de este tipo.

- Y en horario diurno en jornadas de 12 horas (de 10 a 22 horas en fines de semana y/o festivo; al menos dos jornadas al mes en este formato.

En esta modalidad realizarán 66 horas/mes de atención continuada/guardia, versus las 90-95 horas que suelen realizar sus compañeros que hacen guardias en el formato habitual.

2. Optar por seguir realizando guardias en el formato habitual hasta el último trimestre de gestación, momento en que podrán adherirse a la modalidad interior, pero en formato de 3 jornadas vespertinas y 1 de 12 horas en fin de semana/ festivo.

Deben ser conscientes que de no realizar guardias ni ninguna de las modalidades propuestas de atención continuada/guardias, la evaluación al finalizar el año será un negativo recuperable teniendo que recuperar actividad suficiente en guardias, para

compensar las pérdidas de oportunidad formativa. Esta recuperación podría llegar a ser de la totalidad del año, ya que se sumarán las pérdidas por el permiso de maternidad."

DECIMOQUINTO.- Finalmente, el Comité de Evaluación del indicado Hospital propuso la prórroga del contrato de la actora durante tres meses (desde el 20/05/14 - fecha en que hubiese pasado a MIR/2- hasta el 20/08/14) a fin de ser evaluada el 20/08/14.

Durante esa prórroga la actora continuó prestando servicios y percibiendo las correspondientes retribuciones.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D^a Asunción frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO PRÍNCIPE DE ASTURIAS debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Asunción ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 23 de febrero de 2015, en la que consta el siguiente fallo:

«Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Asunción, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, de fecha de nueve de junio de dos mil catorce, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO PRÍNCIPE DE ASTURIAS (Servicio Madrileño de Salud) y MINISTERIO FISCAL, sobre Derechos Fundamentales, confirmamos la expresada resolución».

TERCERO.- Por la representación de D^a Asunción se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social de Castilla la Mancha de 7 de noviembre de 2012 (rollo. 918/2012).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 11 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara 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.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de enero de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La actora, médico residente de primer año en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, había solicitado la adaptación de su puesto de trabajo por encontrarse en el octavo mes de gestación. Como resultado de ello, dejó de realizar guardias médicas desde dicho momento hasta que inició la baja por maternidad (13 de

octubre de 2013). Al reincorporarse (en enero de 2014) solicitó asimismo la adaptación por riesgo durante la lactancia.

2. Sostiene la demandante que, durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo, debió percibir la media ponderada de los últimos meses en concepto de guardias y que la falta de abono de ese concepto supone una discriminación indirecta por razón de su situación como mujer gestante.

Se da la circunstancia de que el contrato de la trabajadora, como MIR/1 finalizaba el 20 de mayo de 2014 y, sin embargo, le fue prorrogado por periodo idéntico al afectado por la situación de no realización de guardias, a fin de que pudiera llevar a cabo las mismas.

3. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de esta capital, desestimatoria de la demanda.

4. La parte recurrente aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en 7 noviembre 2012 (rollo 918/2012). En ella se trataba de un médico residente de tercer año que solicitó la adaptación de su puesto de trabajo durante la situación de embarazo, lo que suponía la no realización de las guardias. Pretendía que, no obstante, se le abonara el importe correspondiente a ese concepto por el tiempo en que estuvo prestando servicios en puesto de trabajo adaptado. La Sala manchega confirma la sentencia del Juzgado de instancia que había acogido la pretensión de la demandante sosteniendo que, además de que, a su juicio, el complemento de atención continuada no está necesariamente vinculado a la prestación efectiva de los servicios y declara, la trabajadora no debía de sufrir las consecuencias de la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo a su situación de embarazo.

SEGUNDO.- 1. La Sala debe analizar con carácter prioritario si en el presente caso se da la necesaria contradicción entre las dos sentencias sometidas a comparación, al ser éste un requisito previo del recurso de casación para unificación doctrinal, exigido en el art. 219.1 LRJS.

2. Es cierto que en ambos supuestos nos encontramos con demandantes sujetas a la relación especial de médicos residentes, quienes, como tales, efectúan servicios de guardia de atención continuada y, por consiguiente, perciben el correspondiente complemento retributivo asignado a tales servicios. También se da la coincidencia de que, como consecuencia de la eventualidad afectación de riesgo sobre el embarazo o la lactancia, se produjo una adaptación del puesto de trabajo afectando a la realización de las guardias. En ambos casos las trabajadoras pretenden el mantenimiento del complemento de atención continuada durante el tiempo que, por hallarse en esa situación de adaptación, no realizaron las correspondientes guardias.

Existen, no obstante, dos diferencias entre los supuestos comparados -puestos de relieve ambos en el informe del Ministerio Fiscal- que debemos analizar a los efectos de la concurrencia de la contradicción.

3. En primer lugar, en el caso de la sentencia de contraste la trabajadora había comunicado a la demandada que, informada de su derecho a evitar el trabajo nocturno y a turnos al principio del embarazo, había declarado su consentimiento a seguir realizándolo bajo su responsabilidad (hecho probado Séptimo de la sentencia del Juzgado).

Ciertamente, es éste un elemento que no se da en la sentencia referencial. No obstante, entendemos que tal divergencia carece de relevancia en la media en que, finalmente, la trabajadora solicitó la adaptación del puesto de trabajo al alcanzar el

octavo mes de gestación, lo que dejó sin efecto aquella manifestación previa, que afectaba exclusivamente a los primeros meses del embarazo. La litis surge en relación con la situación creada a posteriori, tanto respecto de periodo de gestación restante, como del que se produce por la adaptación del puesto a la prevención de riesgos para la lactancia. En relación, pues, al sustrato fáctico sobre el que se asienta la pretensión la identidad entre las sentencias comparadas no puede negarse.

Tampoco podemos entender que sea impedimento para la equiparación doctrinal el que en el presente caso fuera finalmente la parte actora la que solicitara la adaptación, puesto que, en todo caso, tal adaptación había sido ya ofrecida por la empresa en cumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención.

4. Se da también la circunstancia de que en el caso de la sentencia recurrida, la actora obtuvo una ulterior prórroga de su contrato en el momento en que ya no existía la situación de riesgo para la lactancia y, en consecuencia, pudo efectuar las guardias médicas durante un periodo igual a aquél en que la adaptación del puesto lo había impedido. Tal dato no figura en la sentencia de contraste, en donde no consta otra consecuencia para la demandante que la pérdida del complemento de atención continuada.

El dato podría ser relevante para justificar las soluciones distintas que se alcanzan en las sentencias sometidas al juicio de comparación. Cabría pensar que, partiendo de situaciones idénticas, la respuesta empresarial resultó distinta en uno y otro caso. Mientras que en la sentencia de contraste no aparece que se ofreciera compensación alguna, en la recurrida la prórroga del contrato se ofrece como excusa a la petición de la demandante.

Sin embargo, esta primera apreciación no impide la contradicción, pues, con independencia de esa reacción empresarial, lo que se suscita, como núcleo de la

controversia, no es el hecho de que la actora no pudiera efectuar las prácticas necesarias en el servicio de atención continuada, sino su merma retributiva derivada de su gestación y condición de madre de un lactante. Este punto esencial del litigio es idéntico en ambas sentencias y, no obstante, las mismas llegan a soluciones contrarias, pues mientras que la de contraste entiende que esa disminución retributiva atenta contra el derecho a la no discriminación, la recurrida niega que tal derecho pueda estar en juego.

5. Concorre, pues, la contradicción que el precepto legal antes citado exige.

TERCERO.- 1. El recurso denuncia vulneración de la doctrina contenida en las STJCE de 3 octubre 2000 (Asunto SIMAP) y 9 septiembre 2003 (Asunto Jaeger), así como las de 5 octubre 2004 (Asunto Pfeifer) y 1 diciembre 2005 (Asunto Dellas) y las STS/4ª de 17 enero 2000 y 18 febrero 2003. Invoca también la Directiva 2000/34, por la que se modifica la Directiva 93/194, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, luego refundida en la Directiva 2003/88.

Pese a tales citas, la cuestión debatida no es la de la naturaleza jurídica del tiempo de trabajo durante las guardias médicas, sino, como se verá, el derecho de las trabajadoras que se hallan en estado de gestación o de lactancia al mantenimiento de sus condiciones de trabajo y, en suma, a no sufrir un menoscabo que resulte en una lesión para el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.

2. Asimismo se invocan en el recurso el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), el RD 1146/2006, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, los arts. 14 de la Constitución, 17.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), los arts. 3 a 5 y 58 de la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), y el art. 25 y concordantes de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que

haya dado a luz o en período de lactancia. Finalmente cita la parte recurrente varias sentencias del Tribunal Constitucional.

3. Conviene comenzar, no obstante, por precisar que, con arreglo al art. 43.2 d) de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, el complemento de atención continuada está «destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada».

4. También parece oportuno recordar que, como se desprende de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, que se transcribe en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, las horas realizadas en concepto de atención continuada no tienen la consideración de horas extraordinarias y, además, se han de prestar por la trabajadora a la asistencia urgente y/o especializada que se determinen por la dirección del centro para cumplir con el programa formativo. En ese programa se precisa que la actora debía realizar un número de guardias -(4-5)- (Hecho probado tercero). Por último, resulta acreditado que durante el tiempo de prestación de servicios hasta el momento de la adaptación efectiva del puesto de trabajo, la actora había realizado de 5 a 6 guardias mensuales (hecho probado Cuarto), lo que supuso un promedio de 1339,03 € mensuales (hecho probado Quinto).

La necesidad de actuar en materia de prevención de riesgos durante el embarazo o la lactancia supuso, pues, para la actora la no prestación de servicios en las guardias que pudieran haberle correspondido durante el periodo afectado y la falta de percepción del correlativo complemento.

CUARTO.- 1. Hemos de examinar si tal disminución retributiva, derivada de la no realización de guardias, puede estar justificada en el sentido que afirma la sentencia recurrida o si, por el contrario, cabe apreciar una discriminación prohibida por el Ordenamiento jurídico.

2. Al respecto, la sentencia recurrida considera que la protección dispensada a la trabajadora resulta plena con la adaptación del puesto de trabajo y la ulterior prórroga de su contrato con lo que, a juicio de la Sala de Madrid, se produce el reequilibrio en relación con el resto de médicos residentes.

La jurisprudencia constitucional española ha establecido las pautas del análisis judicial de las denuncias de discriminación indicando que el órgano judicial no puede limitarse a valorar si existe una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE (STC 145/1991, 286/1994, 182/2005 y 66/2014). Añadiendo que «incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo, F. 2), y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE)».

El Tribunal Constitucional ha abundado en la amplitud de la protección de la mujer trabajadora indicando que ésta «...no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando al mismo tiempo todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado» (STC 17/2003).

3. Al hilo de ello, se hace necesario precisar que, contrariamente a lo que indica el texto del recurso, la apreciación de la efectiva concurrencia de una situación contraria a la protección de la igualdad de mujeres y hombres resultaría en este caso en una discriminación directa. La práctica o norma que está en juego no es neutra, sino única y exclusiva de la condición femenina, pues solo respecto de las mujeres cabe exigir el cumplimiento de las obligaciones empresariales que a la postre, se derivan de las disposiciones en materia de prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia. Como dispone el art. 8 LOIMH señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

QUINTO.- 1. Nos encontramos aquí ante la necesidad de determinar el alcance de la adaptación del puesto de trabajo, para discernir si es lícito que, como consecuencia del mismo, se produzca una disminución de la retribución de la trabajadora afectada y, en último extremo, si cabe excluir la ilicitud mediante la compensación a través de otros mecanismos.

En el caso concreto de la adaptación que aquí nos interesa, el art. 11.1 de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establece que «deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales».

2. Conviene tener presente que en el caso de la actora, como de todas aquellas trabajadoras a las que se les adapta el puesto de trabajo por razón de los riesgos del embarazo o la lactancia, no existe interrupción de la prestación de servicios, de ahí que en la STJUE de 1 julio 2010 (Asunto Parviainen, C-471/08) se señale que «la reducción de la remuneración de una trabajadora que sigue trabajando efectivamente no sólo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras

embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras...».

3. Ahora bien, en la propia sentencia del Asunto Parviainen el Tribunal de la Unión afirma la posibilidad de discernir los complementos específicos percibidos antes del cambio. Como suele ser habitual en este tipo de análisis sobre partidas salariales, el TJUE viene a indicar también que tal distinción debe hacerse en cada caso concreto, teniendo aquí como norte el que no se perjudique el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85, ni se deje de considerar el hecho de que esa trabajadora sigue trabajando efectivamente y realizando las prestaciones laborales que le encarga su empresario.

Se trataba allí de un cambio de puesto de trabajo (azafata de vuelo con categoría de jefa de cabina) por razón del embarazo (puesto de trabajo en tierra, correspondiente a actividad de oficina). El salario que percibía antes de la adaptación por riesgos estaba integrado en un 40% por complementos, cuyos conceptos y cantidad dependía del número de vuelos efectuados. A consecuencia del cambio, la retribución salarial de la trabajadora pasó de 3.383,04 a 834,56 € al mes. Para el Tribunal de la Unión, «... el examen del texto del artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85, así como del objetivo de protección de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia que ésta persigue, indica que, en contra de lo alegado por la Comisión y por la demandante en el litigio principal, una trabajadora embarazada como esta última, que está destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo, y cuya remuneración antes de ese nuevo destino comprende un salario base y diversos complementos, la concesión de algunos de los cuales depende del ejercicio de funciones específicas, no puede reclamar, con fundamento en dicha disposición, el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional».

El TJUE da tres razones para llegar a esta conclusión: a) en la mayoría de las versiones lingüísticas existentes en la fecha de su adopción, el art. 11.1 de la Directiva menciona el mantenimiento de «una» remuneración y no de «la» remuneración de la trabajadora interesada; b) el art. 11.4 de la Directiva prevé que los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el art. 11.1 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas; lo que implica negar la obligatoriedad de la intangibilidad del importe del salario; y c) se recuerda que en la STJCE de 30 marzo 2000 (Asunto JämO - Jämställhetsombudsmannen-, C-236/98) ya se había estimado que las circunstancias de hecho relativas a la naturaleza de los trabajos realizados y a las condiciones en que se llevan a cabo pueden considerarse en su caso constitutivas de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, capaces de justificar eventuales diferencias de retribución entre diferentes grupos de trabajadores.

4. En efecto, el Tribunal de la Unión ha reiterado que el que las condiciones de trabajo tengan reflejo pecuniario en la remuneración no es por sí solo suficiente para poner en cuestión la aplicación del hoy art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sobre la garantía de igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo, siendo necesario determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho relativas a la naturaleza de los trabajos realizados y a las condiciones en que se llevan a cabo, puede atribuírseles el mismo valor.

5. De ello se desprende que, conforme al art. 11.1 de la Directiva 92/58, la remuneración de la trabajadora que debe mantenerse durante el traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su situación, no puede ser inferior en cualquier caso a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto de trabajo como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora ya durante el período de ese destino provisional puesto que tendrá derecho a los componentes de la remuneración y a

los complementos inherentes a dicho puesto, siempre que reúna los requisitos para la obtención del derecho a éstos conforme al art.11. 4 de la Directiva.

Además, la trabajadora conservará durante ese destino el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como en particular los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales. Sin embargo, como antes hemos indicado, no podrá exigir que se le mantengan, durante ese destino provisional, los complementos que dependen del ejercicio por la trabajadora interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio.

Esta tesis del Tribunal de la Unión guarda consistencia con lo que ha venido afirmando en relación con el permiso de maternidad. Para el TJUE no hay una obligación absoluta de mantener la totalidad de la retribución de las trabajadoras durante el mismo siempre que el importe pagado no sea mínimo hasta el extremo de comprometer el objetivo del permiso de maternidad (STJCE 13 de febrero de 1996, Asunto Gillespie, C-342/93).

SEXTO.- 1. Hemos de detenernos, no obstante, en el marco nacional en el que se inserta el tratamiento de las condiciones retributivas de las trabajadoras en las situaciones en las que se hallaba la actora. Recordemos, al respecto, que la Directiva no impide a los Estados Miembros la mejora del alcance de la protección que en la misma se garantiza como de mínimos y, además, en su art. 11 remite a las a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales cuando se refiere a la remuneración y/o al beneficio de una prestación.

2. En el presente caso, la obligación impuesta por el art. 26 LRPL afectaba a determinadas condiciones de la prestación de servicios, como las relativas a la

nocturnidad y turnicidad, que son las que se eliminan del profesigramas de la actora durante el periodo de sometimiento a la situación de riesgo.

No podemos negar que tales características específicas de la prestación de servicios durante las guardias desaparecen por completo en el caso de la prestación de servicios realizada por la actora durante el periodo en que estuvo en la situación de adaptación al puesto por riesgos, dado que constituyen precisamente el núcleo fundamental del riesgo a evitar. Es cierto también que la trabajadora siguió prestando servicios y que su trabajo dejó de efectuarse con sometimiento a la penosidad y especiales exigencias de disponibilidad que la guardia presenta y por las cuales se retribuye a través de aquel complemento. Al mismo tiempo, nada de lo que se ha plasmado en el debate litigioso indica que el salario percibido no fuera el adecuado a la prestación de servicios efectivamente llevada a cabo; esto es, el que hubiera percibido cualquier médico residente de su categoría y condiciones en un mismo periodo de tiempo en que no hubiera realizado guardia alguna. Pero, atendiendo a la doctrina sentada por la STJUE que hemos reseñado, habrá que analizar si en el Ordenamiento jurídico español se ha ampliado el marco de mínimos que, según el Tribunal de la Unión, fija la Directiva.

3. Pues bien, aunque no existe una norma legal o convencional que asegura el mantenimiento del importe de las guardias no realizadas durante el periodo afectado por la situación de adaptación del puesto de trabajo, sí conviene reflexionar sobre los efectos que la situación provoca en la remuneración de la trabajadora en atención al marco general de protección que la ley española dispensa a las situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia.

El citado art. 26 LRPL sigue el mismo esquema del art. 5 de la Directiva, sobre las consecuencias de los resultados de la evaluación. La protección de la maternidad se dispensa a través de tres grados de actuación: adaptación de las condiciones o del

tiempo de trabajo puesto, cambio de puesto o función, y suspensión del contrato de trabajo.

4. En el presente caso nos encontramos en el estadio primero, en que se adoptan medidas para evitar la exposición al riesgo, consistente éste en el trabajo nocturno y a turnos (art. 26.1 LRPL y art. 7 de la Directiva 92/85).

Para estos supuestos, la ley nacional no hace mención alguna a las consecuencias retributivas de esa adaptación, rigiéndose, por tanto, este supuesto por la regla genérica del art. 11.1) de la Directiva que, en esencia, consagra el derecho al "mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras"; siendo ésta la disposición interpretada por el TJUE en el sentido que antes hemos expuesto.

Sin embargo, si la adaptación no fuera posible, para el cambio de puesto de trabajo el art. 26.2 LPRL impone la conservación de las retribuciones del puesto de origen; y, finalmente, ante la imposibilidad de adoptar alguna de las dos medidas previas, la suspensión del contrato de trabajo genera el derecho a la prestación de Seguridad Social (arts. 26.3 LPRL, 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los trabajadores -ET- y arts. 134 a 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social -LGSS-, según el texto aplicable al presente caso).

5. Pues bien, en el Ordenamiento jurídico español la trabajadora que, por razón de su situación de riesgo durante el embarazo o lactancia, debe ser protegida con la suspensión del contrato de trabajo -por no ser posible la adaptación o el cambio de puesto-, pasa a percibir la prestación consistente en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual es la misma que la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencia profesionales (arts. 135 y 135 ter LGSS). Esto comporta tomar como base reguladora la correspondiente al mes anterior a la baja y, por ende, a

incluir en la misma el salario percibido en dicha mensualidad, incluyendo, en suma, todos los complementos salariales.

Se desprende de ello que, de no ser posible la adaptación o el cambio de puesto, a la trabajadora se la hubiera compensado con una prestación que mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior. Cabría pues afirmar que en esos supuestos de suspensión del contrato no hay duda del respeto al principio del mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras.

6. Se hace así difícil sostener que cuando la adaptación del puesto es posible, como en el caso, la trabajadora afectada pueda sufrir una disminución salarial que, no sólo se produce en relación con la situación habitual de prestación de servicios -esto es, cuando no habiendo riesgos, se realizan efectivamente las guardias-, sino incluso con respecto a los emolumentos percibidos en el caso de suspensión del contrato de trabajo, en que, como hemos visto, las cotizaciones por las guardias médicas del mes anterior tendrán reflejo también en la prestación.

Si nuestro Ordenamiento jurídico dispensa esa protección equilibrada en el caso de la necesidad de abandonar la efectiva prestación de servicios por riesgos del embarazo o lactancia, cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto del cual cualquier minoración habrá de ser rechazada. Estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85.

7. Ello nos lleva a entender que la solución que apuntaba el TJUE en el Asunto Parviainen no sería trasladable al caso de España en los supuestos como el que se plantea en este litigio.

SÉPTIMO.- 1. Lo dicho nos lleva a disentir de la solución alcanzada por la sentencia recurrida, respecto de la cual debemos añadir que no compartimos tampoco su razonamiento adicional -también sustentado por el Ministerio Fiscal-, según el cual la prórroga del contrato suponía la compensación al desequilibrio retributivo producido durante el periodo de adaptación del puesto.

2. Como hemos apuntado en el segundo de nuestros fundamentos, de lo que aquí se trata no es del eventual derecho que la trabajadora tenía a ver satisfecho el contenido básico de su contrato de trabajo especial de médico residente de primer año, sino de la cuestión de la retribución salarial durante un determinado periodo. La cuestión de aquel contenido básico entroncaría con lo que dispone el art. 3.1 del RD 1146/2006, a cuyo tenor: «La duración del contrato será de un año, renovable por períodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente».

Y al efecto, precisamente el ap. 4 de dicho precepto prevé: «Cuando la evaluación negativa se deba a la imposibilidad de la prestación de servicios superior al 25 por ciento de la jornada anual como consecuencia de la suspensión del contrato o de otras causas legales, se autorizará la prórroga del contrato por el tiempo necesario para completar el período formativo o su repetición completa, previo informe de la Comisión de docencia correspondiente. La propuesta de repetición será resuelta por el Ministerio de Sanidad y Consumo».

3. Entendemos que el pleito hubiera podido ser otro si tal prórroga no se le hubiera concedido a la actora, pues en tal caso -y con independencia de la controversia sobre la retribución- estaría verdaderamente en juego el derecho a no sufrir discriminación en razón de la condición de madre gestante o en fase de lactancia.

Por consiguiente, la compensación que la prórroga del contrato implicaba no afecta a la cuestión del salario percibido durante el periodo de adaptación del puesto, ya que, en todo caso, las guardias efectuadas durante la prórroga fueron remuneradas por el tiempo efectivamente trabajado como tales guardias, es decir, retribuían trabajo efectivo en las condiciones a las que se refiere el complemento en cuestión y, por tanto, no se estaba remunerando otra cosa distinta que lo objetiva y justamente debido.

OCTAVO.- 1. En definitiva, la doctrina correcta es la que se encontraba en la sentencia de contraste y, en consecuencia, el recurso debe ser estimado.

2. Al apreciarse la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo debemos disponer sobre la reparación de las consecuencias de tal vulneración (art.182 d) LRJS).

La actora, ahora recurrente, solicitaba una indemnización de 1339,03 € por daños materiales -consistentes en la remuneración dejada de percibir, calculada según el promedio mensual que por el concepto de atención continuada había venido percibiendo con anterioridad- y de 6251 € por daños morales -cuantía mínima de la multa fijada en el art. 40.1 c) de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)-.

3. No hay duda de que el efecto pernicioso directo sufrido por la trabajadora consiste en la falta de una parte del salario que habitualmente venía percibiendo, siendo razonable calcular tal perjuicio en el promedio ponderado del importe que

mensualmente le era abonado por tal concepto hasta el momento de la adaptación del puesto.

4. Respecto de la indemnización por los daños morales sufridos a consecuencia de la lesión de un derecho fundamental, si bien la doctrina de esta Sala IV abandonó una postura favorable a la concesión automática para exigir la justificación de bases y elementos clave de la indemnización reclamada, nuestra más reciente doctrina de la Sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos casos, en línea con lo dispuesto en el art. 183 LRJS (STS/4ª de 5 febrero y 13 julio 2015 -rec. 77/2014 y 221/2014, respectivamente-, 18 mayo y 2 noviembre 2016 - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente-).

Por otra parte, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006) a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (STS/4ª de 15 febrero 2012 -rec. 67/2011-, 8 julio 2014 -rcud. 282/2013 - y 2 febrero 2015 -rcud. 279/2013 -, entre otras). Sin duda, cabe considerar los perjuicios de índole inmaterial que se derivan del propio ataque al derecho fundamental ahora tutelado, perjuicios no estereotipados y para cuya cuantificación cabe acudir a parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones que presenten notas configuradoras transpolables al caso. Como hemos señalado en esas ocasiones anteriores, sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. Y tal es lo que sucede en el presente caso en que la parte actora delimita su pretensión al importe mínimo establecido para la sanción por actos contrarios a algún derecho fundamental.

NOVENO.- 1. Consecuentemente, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de dicha clase interpuesto por la trabajadora con la consiguiente revocación la sentencia del Juzgado y estimación de la demanda inicial. Por ello, declaramos la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, la nulidad radical de la conducta de la demandada consistente en la minoración retributiva durante el periodo afectado por la adaptación del puesto de trabajo y ordenamos el restablecimiento de su derecho mediante la condena a la empresa al abono de la suma de 1.339,03 € mensuales por el periodo en que se mantuvo aquella situación, así como a la cantidad de 6251 € en concepto total por daños morales.

2. En virtud de lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede hacer imposición de costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por D^a Asunción contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de febrero de 2015 (rollo 807/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por la actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid de fecha 9 de junio de 2014 en los autos núm. 47/2014 seguidos a su instancia contra el Servicio Madrileño de Salud. Casar y anular dicha sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de dicha clase y, en consecuencia, revocar la sentencia del Juzgado y, con estimación de la demanda, declara la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, la nulidad radical de la conducta de la demandada consistente en la minoración retributiva durante el periodo afectado por la adaptación del puesto de trabajo y ordenar el restablecimiento de su derecho mediante la condena a la empresa al abono de la suma de 1.339,03 € mensuales por el periodo en que se mantuvo aquella

situación, así como a la suma de 6251 € en concepto de indemnización por daños morales. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Confederación Sindical de CCOO-A se interpuso demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía (Málaga), en la que, tras exponer los hechos y motivos que se estimaban necesarios, se terminó por suplicar que se dictara sentencia por la que «estimando la presente demanda:

1.- Declare contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o al menos las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias.

2.- Declare igualmente no ajustado a derecho la práctica empresarial de no adecuar los objetivos a efectos del percibo de las retribuciones por incentivos de aquellas trabajadoras que se encuentran en reducción de jornada y que tienen reducida la jornada y los salarios pero no así los objetivos para percibir los incentivos.

3.- Declare no ajustado a derecho de forma genérica la reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años, condenando a la empresa a reponerles las retribuciones económicas que hayan sido descontadas.».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas comparecidas, según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 4 de junio de 2015 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), en la que consta el siguiente fallo:

«Que DESESTIMANDO la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por el sindicato CC.OO. contra la entidad CATSA, y a los que fueron citados los sindicatos CGT y UGT, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la entidad demandada citada de la totalidad de pretensiones articuladas en su contra en el curso de las presentes actuaciones».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.-La empresa demandada CATSA se dedica a la actividad de servicios de contact center, en sus dos centros de trabajo de Granada y Málaga, realizando los trabajadores a su servicio tareas de recepción, emisión de llamadas y toda la labor de gestión y promoción que suponga la interacción con los abonados y potenciales abonados de Canal+.

SEGUNDO.- La empresa CATSA tiene una plantilla aproximada en ambos centros de trabajo de unos 1.000 trabajadores, de los que aproximadamente un 80% son mujeres, teniendo en la mayor parte de los casos formalizados contratos de trabajo a tiempo parcial al ser los turnos de trabajo de 7 horas diarias o 35 semanales o de 6 horas diarias o 30 semanales, siendo la jornada a tiempo completo de 39 horas según convenio colectivo aplicable. La empresa CATSA no tiene contratados trabajadores a tiempo completos en la Plataforma Canal+.

TERCERO.- A efectos retributivos, y junto a la retribución fija mensual que percibe cada trabajador de la entidad en función de la jornada que tiene establecida, está establecido en la empresa demandada un sistema de retribuciones variables por incentivos, cuyo abono efectúa mensualmente en nómina junto a las retribuciones fijas, y dentro del cual se diferencian dos tipos de incentivos: 1.- los denominados "incentivos generales de operaciones" (IGO), que se basan en el cumplimiento de unos niveles de calidad en la prestación de servicios y un nivel de actividad efectiva en el trabajo puesta en relación con la jornada laboral individual; 2.- y los "incentivos de éxito comercial o prima de producción" (IE) que atienden al éxito comercial sobre el trabajo realizado por las llamadas recibidas y/o emitidas por cada trabajador.

Por la propia naturaleza de tales incentivos y particularidades concurrentes al tiempo de proceder al cómputo de los condicionantes de los que deriva su devengo y cuantificación, los incentivos generales de operaciones devengados por la actividad laboral desplegada durante un determinado mes son abonados en la nómina del mes inmediatamente posterior, entre tanto los incentivos de éxito comercial -que precisan de previa verificación del éxito de la operación por la entidad Canal+- son abonados en nómina dos o tres meses más tarde de la realización por el trabajador de la actividad promocional correspondiente.

CUARTO.- La empresa CATSA efectúa las correspondientes cotizaciones sobre tales incentivos, y en los casos de maternidad o riesgo durante el embarazo la base

reguladora toma en cuenta tales incentivos para determinar las prestaciones de Seguridad Social, y asimismo la empresa CATSA complementa como mejora voluntaria con arreglo al convenio colectivo aplicable de contact center las indicadas prestaciones de Seguridad Social, en su caso hasta el 100% del salario.

QUINTO.-Por la forma de cálculo y abono de los incentivos salariales anteriormente indicados y especificada en el previo hecho probado tercero, los trabajadores que ven interrumpida su actividad laboral por tiempo superior a un mes no perciben el mismo mes de su reincorporación cantidad alguna por el referido incentivo general de operaciones; cuando dicha interrupción es de varios meses de duración, tal falta de abono de incentivos recae sobre cualquiera de las dos variantes anteriormente referidas.

Consecuencia de ello, las trabajadoras de la empresa CATSA que por causa de embarazo y/o maternidad han visto suspendida su actividad laboral por disfrutar de los permisos correspondientes, el primer mes de reincorporación a su puesto de trabajo no perciben cantidad alguna por ninguno de los referidos incentivos, y sólo comienzan a percibir cantidad por incentivos al mes inmediatamente posterior al de su reingreso y en función de los servicios laborales efectivamente prestados a partir de tal reincorporación.

Y es por ello por lo que las trabajadoras de la empresa CATSA que se reincorporan a su puesto tras interrumpirse su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y/o maternidad, experimentan en la nómina del primer mes tras su reingreso una merma en sus retribuciones salariales, cuando dicho primer mes únicamente le es abonada por la empresa la retribución fija mensual, y no los incentivos anteriormente citados que les serán abonados en la nómina del mes inmediatamente posterior -así el IGO-. Conforme a ello, ven reducido dicho primer mes el montante económico habitual de su nómina de forma sensible, pues percibiendo con anterioridad a su baja laboral o disfrute del permiso de maternidad un salario neto mensual de unos 800 euros, solo las

cantidades por incentivos IGO no abonadas en dicha primera nómina rondan comúnmente los 100 euros mensuales.

SEXTO.- En los casos de reducción de jornada por guarda legal, la empresa demandada procede al cómputo y abono de tales incentivos de manera proporcional a la jornada laboral individual realizada por el trabajador y a las llamadas recibidas y/o emitidas por cada trabajador en la misma, por lo que los objetivos establecidos y parámetros de cómputo de los incentivos se calculan de manera proporcional a las horas de trabajo realizadas.

La empresa demandada no efectúa de forma genérica una reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años.

SÉPTIMO.- El conflicto colectivo planteado afecta a las trabajadoras que prestan sus servicios en los centros de trabajo de Granada y Málaga de la empresa demandada CATSA.

OCTAVO.-El sindicato CC.OO. presentó solicitud de solución de conflicto ante el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía SERCLA, intentándose el acuerdo y resultando sin avenencia.

NOVENO.- El Sindicato CCOO presentó demanda de conflicto colectivo contra la empresa demandada CATSA, y los sindicatos CGT y UGT, reclamando el dictado de sentencia por la que:

1.- Declare contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o al menos las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenado a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias.

2.- Declare igualmente no ajustado a derecho la práctica empresarial de no adecuar los objetivos a efectos del percibo de las retribuciones por incentivos de aquellas trabajadoras que se encuentran en reducción de jornada y que tienen reducida la jornada y los salarios pero no así los objetivos para percibir los incentivos.

3.- Declare no ajustado a derecho de forma genérica la reducción de retribuciones tanto fijas como variables de aquellas trabajadoras que se encuentran en situación de reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de 12 años, condenando a la empresa a reponerles las retribuciones económicas que hayan sido descontadas.».

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la Confederación Sindical de CCOO-A.

El recurso fue impugnado por la representación del Centro de Asistencia Telefónica (CATSA).

SEXTO.- Recibidas las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, quien emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de enero de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Como se ha indicado, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 4 junio 2015 (autos 3/2015), desestima la demanda de conflicto colectivo planteada por el sindicato CC.OO.

2. La parte demandante formula ahora recurso de casación ordinaria mediante un único motivo, amparado en el apartado e) del art. 207 LRJS.

No obstante, dicha parte delimita ahora su pretensión. Desiste expresamente de dos de las peticiones de la demanda y ciñe el objeto del pleito de modo exclusivo a lo que se pedía en el apartado 1 de la súplica de dicho escrito, esto es, que se declare «contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, condenando a la demandada a retribuir con las diferencias retributivas existentes a aquellas trabajadoras que hayan estado en dichas circunstancias».

3. El recurso denuncia la vulneración del art. 14 de la Constitución, los arts. 3, 6 y 8 de la LO 3/2007 , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) y el art. 2.1.7 de la Directiva 2002/73/CE , que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Hemos de hacer notar, no obstante, que la Directiva invocada

fue derogada con efectos a partir de 15 de agosto de 2009 y sustituida, sin alterar apenas la regulación material, por la Directiva 2006/54.

La parte recurrente invoca asimismo la STS/4^a de 27 mayo 2015 (rec. 103/2014), así como la STJCE de 13 febrero 1996 (Asunto Gillespie, C-342/93) y las STC 173/1994, 136/1996, 20/2001, 41/2002, 17/2003, 98/2003, 182/2005, 214/2006, 324/2006, 3/2007 y 17/2007.

4. Como se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia, que no se combate en esta alzada, la empresa tiene establecido un sistema de retribuciones variables (hecho probado Tercero), en el que se distingue el denominado incentivo general de operaciones (IGO) y el igualmente llamado incentivo de éxito comercial (prima de producción).

Considera la empresa demandada que ninguno de tales incentivos se devenga durante el periodo en que no existe actividad laboral, lo que, en consecuencia, motiva que no los abone en relación a los periodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no perciban esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hayan comenzado a devengar (en los términos en que está fijado el momento del pago para cada uno de los dos incentivos controvertidos).

Hemos de precisar, por tanto, que lo que se debate aquí afecta al momento de la reincorporación de las trabajadoras y no así al importe de la prestación o mejoras de Seguridad Social percibidas durante el periodo de baja. No se pone en cuestión tampoco el abono de cantidades salariales a lo largo de dicho periodo de suspensión de la relación laboral. En suma, no está en discusión el mantenimiento de los derechos de las mujeres trabajadoras en relación a su remuneración o al beneficio de una prestación adecuada durante su permiso de maternidad o baja por riesgo durante el embarazo.

De lo que se trata es del mantenimiento de los derechos y condiciones de las trabajadoras que han ejercido sus derechos a los permisos derivados de su maternidad, una vez se reincorporan a su actividad laboral.

5. Sostiene la Sala de instancia que el sistema de incentivos se aplica por la empresa de forma generalizada, con independencia del sexo de los trabajadores, y que afecta por igual a todos los supuestos de suspensión del vínculo laboral cualquiera que sea la causa de entre las señaladas en el art. 45.1 del Estatuto de los trabajadores (ET). De ahí que la sentencia recurrida concluya que no quepa apreciar discriminación alguna de las mujeres que prestan servicios para la empresa demandada cuando éstas se reincorporan tras la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo.

SEGUNDO.- 1. Entiende la parte recurrente que no es posible equiparar la suspensión del contrato de trabajo por causa de la maternidad o el embarazo con el resto de las causas del precepto legal antes citado.

2. Debemos destacar las características de los dos supuestos de suspensión del contrato de trabajo a los que se refiere la pretensión de la parte actora. Ambos se incluyen en el apartado d) del art. 45.1 ET, desarrollándose la suspensión por parto en el art. 47.4 ET y la de riesgo durante el embarazo en el art. 47.5 ET; pero avanzamos ya que, ciertamente, tal y como se sostiene en el recurso y como señala el Ministerio Fiscal, no es posible equiparar estos supuestos en relación con la cuestión que aquí se nos suscita.

3. La suspensión del contrato de trabajo por la llamada "maternidad" forma parte de un concepto más amplio, aunque innominado en nuestra legislación, cual es el permiso parental, puesto que bajo la genérica -y no siempre apropiada- denominación de "maternidad", se incluyen no sólo los supuestos de parto, sino también los de

adopción y acogimiento de menores de 6 años, de menores discapacitados o de aquéllos con especiales necesidades de inserción social y familiar. En este segundo caso, el titular del derecho a la suspensión por "maternidad" no necesariamente será de la madre adoptiva o de acogida, pues el mismo se reconoce indistintamente a favor del padre, ambos adoptantes o acogedores se hallan en un mismo nivel de protección.

Asimismo, en el caso de parto, se incluye la posibilidad de que el trabajador que suspende su contrato de trabajo no sea la madre, sino el otro progenitor, bien por fallecimiento de ésta, bien por cesión de la madre de todo o parte del periodo -a excepción, en este último caso, de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto-.

De todos estos supuestos de baja parental cabe, no obstante, poner de relieve las especiales características que el caso de la suspensión del contrato de trabajo por razón del parto reviste, pues éstas resultan decisivas para abordar el presente litigio. En concreto, únicamente el caso parto guarda directo y exclusiva relación con el sexo del titular del derecho al descanso, pues sólo las trabajadoras pueden estar comprendidas en el ámbito del mismo. En suma, es importante poner de relieve que, dentro de ese abanico más amplio de permiso "parental", la maternidad en sentido estricto guarda relación con el hecho biológico femenino, lo que no sucede con el resto de supuestos de suspensión del contrato. Asimismo, únicamente el caso del descanso por razón de dar a luz tiene un carácter limitativo respecto a la posibilidad de disfrute por el otro progenitor, limitación que se impone tanto respecto de un periodo - seis semanas-, como de un momento concreto -inmediatamente después del parto-.

Por consiguiente, fuera de la excepcionalidad de la muerte de la madre durante el alumbramiento, son sólo las mujeres las que pueden hallarse de baja por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto.

4. Además, en la medida que sirve para acentuar sus particulares características, conviene detenerse igualmente en la eventual nota de obligatoriedad de dicha baja.

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no resulta exhaustivo a la hora de fortalecer ese carácter obligatorio, la posibilidad de renuncia de la baja por maternidad fue contemplada por la STJCE de 27 octubre 1998 (Asunto Boyle, C-411/96), en donde se ponía de relieve que, «si bien en virtud del artículo 8 de dicha Directiva, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas, se trata de un derecho al que éstas pueden renunciar, salvo en lo que respecta a las dos semanas de permiso de maternidad obligatorio previstas en el apartado 2...».

La obligatoriedad de una parte del permiso está consagrada también en el art. 3 del Convenio 103 OIT, sobre la protección de la maternidad (ratificado por España en 1965), siendo congruente el legislador español al fijarlo en las seis semanas posteriores al parto, como indica el referido texto normativo internacional -el periodo es también coincidente con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio 183 OIT, aun cuando España no ha ratificado todavía dicho Convenio-.

Ese carácter de obligatoriedad nos sirve para abundar en el énfasis que cabe poner respecto de la diferenciación clara entre este tipo de causa de suspensión del contrato.

Ahora bien, la cuestión del matiz que puede derivarse de ese carácter obligatorio de las seis semanas posteriores al parto, respecto de las ocho semanas restantes del total del periodo de permiso de maternidad no impide en este caso que la respuesta que quepa dar a lo pretendido sea homogénea sea cual sea la duración efectiva del permiso de las trabajadoras afectadas por este pleito. Como hecho indicado, lo que se pretende por la parte recurrente es que a las trabajadoras que se incorporan tras su permiso de

maternidad se les remunere ya en el primer mes con la inclusión de los correspondientes incentivos y, para ello, habría que acudir -según propone- a calcular para ese mes la media ponderada de los incentivos generados durante el año. Para dar respuesta a tal petición es irrelevante que la reincorporación se produzca tras las seis semanas posteriores al parto o tras las catorce, pues la situación será exactamente idéntica en ambos casos. A saber, las trabajadoras habrán percibido la prestación de maternidad y al reincorporarse no generarán incentivos hasta que haya transcurrido el primer mes de actividad laboral. Por consiguiente, en todo caso, habrán debido utilizar las seis semanas obligatorias y añadir -o no- las ocho restantes por delante o por detrás del parto.

5. Las notas características del permiso de maternidad que venimos poniendo de relieve pueden extrapolarse a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. También aquí nos encontramos ante una causa exclusivamente femenina y sobre la que igualmente recaen ciertas notas de imperatividad en la medida que la situación de baja -y por consiguiente alejamiento de la actividad laboral- deriva de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos. Así, el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) obliga al empresario a adoptar las medidas oportunas de adaptación cuando las trabajadoras en situación de embarazo estén expuestas a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, de forma tal que, cuando tales medidas no resultasen posibles, las trabajadoras pasarán a ser recolocadas y, finalmente -y a raíz de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre-, de resultar imposible tal recolocación, se impone la necesidad de suspensión del contrato de trabajo «durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

TERCERO.- 1. Resulta palmario, por tanto, que las dos situaciones analizadas afectan de modo exclusivo a las mujeres, por razón precisamente de su sexo. Por consiguiente, la cuestión de las consecuencias que sobre las condiciones de trabajo

pueden derivarse de la circunstancia de que una trabajadora se halle de baja por cualquiera de dichas situaciones exige necesariamente un examen de la salvaguarda de su derecho a la no discriminación.

2. Y tal análisis ha de hacerse partiendo del marco normativo constitucional interno, así como del Derecho de la Unión Europea en el que, asimismo, la igualdad de mujeres y hombres constituye un derecho fundamental de rango constitutivo (arts. 2 y 3.3 del Tratado de la Unión - TUE -, arts. 8 , 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión - TFUE -, y arts. 21 y 23 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-), del que, con carácter de derecho derivado se ocupan de la regulación específica de esta materia, particularmente la Directiva 76/207 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73 y hoy sustituida por la Directiva 2006/54 (refundición); y la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas de seguridad para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

3. La igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la no discriminación por razón de sexo que se plasma en el art. 14 de nuestra Constitución, tiene desarrollo específico en la citada LOIMH y, en relación al contrato de trabajo, está asimismo consagrada en el art. 17.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), cuando señala que «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta ...por razón de sexo...»

Por lo que afecta a la concreta situación del ejercicio de un derecho concreto, como es el del permiso de maternidad, el art. 8 LOIMH señala que «constituye

discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». A ello cabe añadir que el art. 15 de la Directiva 2006/54 -con texto idéntico al art. 2.7 de la Directiva anterior-, establece que «La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Se trata de un precepto que, por contener disposiciones suficientemente claras, precisas e incondicionales, posee efecto directo, según ha declarado de manera expresa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 6 marzo 2014 (Asunto Napoli, C-595/12). Ello elimina cualquier duda sobre la posibilidad de su aplicación en todo caso.

4. Por su parte, la jurisprudencia constitucional española ha establecido las pautas del análisis judicial de las denuncias de discriminación, sosteniendo que el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato denunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE (STC 145/1991, 286/1994, 182/2005 y 66/2014). Añadiendo que «incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo, F. 2), y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE)».

El TC ha abundado en la amplitud de la protección de la mujer trabajadora indicando que ésta «...no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue

al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando al mismo tiempo todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado» (STC 17/2003).

5. En el presente caso resulta acreditado que las trabajadoras que pasan a la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considera como ausentes hasta la fecha de su reincorporación.

Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo.

Como poníamos de relieve en la STS/4ª de 31 marzo 2015 (rcud. 1505/2014), «Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante - junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales...»

CUARTO.- 1. Cabe plantearse, finalmente si, en el caso de la baja por maternidad, la apreciación de discriminación podría ser enervada con la afirmación de que también los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, pueden verse afectados en la misma medida que lo son las trabajadoras mujeres.

Pues bien, resulta que la prohibición de discriminación alcanzaría también a éstos por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres (así se plasma en el art. 16 de la Directiva 2006/54, que extiende la misma consecuencia establecida en el art. 15). Y es que la consecución de la igualdad efectiva, tal y como persigue la LOIMH y se plasmaba ya en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, pasa, no solo por el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica.

2. Cabe añadir que resulta un hecho indiscutiblemente notorio el que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, lo que nos llevaría a sostener que, aun si se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres.

3. En consecuencia, para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es éste un requisito que la situación de permiso hace imposible.

Nuestra respuesta al caso es congruente con la solución que se daba en la STS/4^a de 27 mayo 2015 (rec. 103/2014), en donde también estaba en liza la cuestión del tratamiento de los periodos de baja por maternidad como ausencias que no devengaban ulteriores bonificaciones variables por incentivos.

4. Procede, por tanto, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida. Ello comporta la estimación de la pretensión principal en que se concreta la demanda, por lo que declaramos contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven.

5. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.2 LRJS no procede la imposición de costas.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación Sindical de CCOO-A contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en recurso de suplicación nº 3/2015 seguido a instancia de la Confederación sindical de CCOO-A frente a CATSA, CGT, UGT y el Ministerio Fiscal.

Casar y anular la citada sentencia y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar la demanda declarando contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de

embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, así como el derecho de los afectados a las diferencias retributivas que de ello se deriven. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 14 de octubre de 2015 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede en Valladolid, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 1415/2015 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, en los autos nº 839/2013, seguidos a instancia de Uralita, S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y Don Heraclio. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- León, sede en Valladolid, es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Uralita, S.A. contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Valladolid de fecha 19 de Marzo de 2.015, (Autos nº 839/2013), dictada a virtud de demanda promovida a instancia de Uralita, S.A. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Heraclio sobre recargo de accidente; y, en consecuencia debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia. Ello con expresa condena en costas a la recurrente que abonará 300 euros en concepto de honorarios de letrado de la impugnante. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid, contenía los siguientes hechos probados:

«Primero.- D. Heraclio prestó servicios para la empresa Uralita, S.A. desde el 19 de junio de 1972 hasta el 29 de marzo de 2005, en la fábrica de la empresa en Valladolid y con categoría profesional de Oficial de Fabricación.

Segundo.- Se siguió expediente sobre incapacidad permanente por enfermedad profesional en el cual el Equipo de Valoración de Incapacidades emitió dictamen el 27 de mayo de 2009 proponiendo la declaración del Sr. Santos como afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, a partir de un cuadro clínico consistente en 'Placas de fibrosis pleural en hemitorax izquierdo en relación con exposición laboral al amianto. Hiperreactividad bronquial. Disnea I/IV' (folio 768 de los autos); acogiendo la propuesta se dictó Resolución del INSS de 13 de octubre de 2009 reconociendo el derecho del trabajador a percibir la correspondiente prestación económica con efectos del 27 de mayo de 2009; dicha Resolución obra en autos (folio 766) y el resto de su contenido se tiene por reproducido.

Tercero.- El demandante inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2010 (folio 73 de los autos), en el cual y tras la emisión del informe de la Inspección de Trabajo (folios 102 a 108), se dictó Resolución por el INSS de fecha 18 de agosto de 2010 acordando imponer a la empresa Euronit, Fachadas y Cubiertas S.L., como sucesora de Fibrocementos NT, S.A y ésta a su vez de Uralita, S.A., un recargo de prestaciones del 40% sobre las causadas con ocasión de la enfermedad profesional del Sr. Heraclio, decisión confirmada por la posterior de 16 de noviembre de 2010, que desestimó la reclamación previa.

Cuarto.- Mediante Sentencia del Juzgado de lo Social número 2, de 31 de octubre de 2012, dictada en autos 14/2011, se declaró la nulidad del expediente administrativo reponiéndolo al momento de efectuar alegaciones para en su caso, declarar la responsabilidad de las empresas Fibrocementos NT, S.A y Uralita, S.A.; la resolución judicial de instancia fue confirmada en suplicación por la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, de 24 de junio de 2013, obrando ambas en autos y dándose por reproducido su respectivo contenido.

Quinto.- En cumplimiento de lo resuelto judicialmente, se dictó finalmente nueva Resolución del INSS de fecha 14 de febrero de 2013, declarando la misma responsabilidad ya expresada en el hecho probado tercero respecto a las empresas Fibrocementos NT, S.A y Uralita, S.A.; presentada nueva reclamación previa, fue desestimada por Resolución del INSS de 5 de junio de 2013.

Sexto.- Conforme al informe de la Inspección de Trabajo referido en el hecho probado tercero, la empresa Uralita, S.A. se denominó posterior y sucesivamente Fibrotubo Bonna, S.A., Uralita, S.A., Fibrocementos NT, S.L. y, finalmente, Euronit Fachadas y Cubiertas, S.A., comenzó a producir con amianto en el año 1966, y el mismo informe, existen referencias a mediciones de amianto en determinados puestos de trabajo, 'En las Órdenes de servicios NUM004, NUM005 e NUM006, según se indica en las NUM007, NUM008 y NUM009, que no habrían superado la concentración promedio permisible' (folio 50 de los autos).

Séptimo.- El mismo informe de la Inspección da cuenta del contenido de dos Actas de Infracción (números NUM000 y NUM001) en los siguientes términos: 'En la Orden de Servicio 11981/96, tras las visitas realizadas al centro de trabajo de Uralita Productos y Servicios, S.L., Ctra. De Madrid, km. 187 (Valladolid), los días 11-VI-1996 y 15-VI-1996, reflejadas en el Acta Infracción NUM002 , se constata por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante, 'que dentro del recinto de la fábrica, tanto en el interior de la nave como en el patio exterior existían zonas faltas de aseo y limpieza, al

no haberse efectuado ésta con la frecuencia necesaria', pasando a detallar zonas como la destinada a almacén de materias primas, línea de tubos, etc, en las que se acumulaba polvo y suciedad, lo que da lugar al Acta antes indicada, por infracción del artículo 32 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9-111-1971 (B.O.E. del 16 y 17), calificándose la infracción como leve en virtud del artículo 46.1 de la Ley 31/1995, de 8-X 1 (B.O.E. del 10). Este Acta fue confirmada en vía administrativa por Resolución de 24-1X-1996, de la Oficina Territorial de Trabajo de Valladolid, Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León. Por su parte, el Acta de Infracción NUM001 (NUM003), de 20-VII-1998, propone la imposición de sanción a la empresa Fibrocementos N.T ., S.L., por entender vulnerados los artículos 15.1 de la Ley 31/1995, de 8-XI (B.O.E. del 10), de Prevención de Riesgos Laborales, el artículo 5.1 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 31-X4984 (B.O.E. del 7-XI), y el artículo 4 del Real Decreto 665/1997, de 12-V (B.O.E. del 24), al constatarse, sobre la base de las actuaciones practicadas, los hechos que en la misma se contienen, cabiendo destacar que "La empresa Fibrocementos N.T., S.L., ha implantado la tecnología que permite la producción de las placas de fibrocemento con celulosa, si bien alterna esta producción con la utilización de amianto. Ello es debido a que en el mercado francés y en el de otras naciones está prohibida la utilización del crisolito, por lo que la producción destinada a estos países se realiza con celulosa, mientras que la destinada a España y a otros países que no han prohibido la comercialización del crisolito la producción se hace con este material cancerígeno. Las causas de ello son exclusivamente de orden económico, según se pone de manifiesto en el informe emitido por la empresa al ser requerida por este inspector para que justificase el motivo por el cual continuaba manteniendo la producción con crisolito'.

Octavo.- Obra en autos el recuento de fibras de amianto efectuado por la demandada desde el año 1978 hasta 2001 (folios 417 a 428), cuyo contenido se tiene por reproducido. Noveno.- Obra en autos la documentación genérica de la empresa sobre envío de datos de vigilancia médico laboral de los trabajadores desde el año 1989 (folios 435 a 445).»

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que, desestimando la demanda formulada por Uralita, S.A. frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D. Heraclio, debo absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- Por la representación Letrada de la empresa Uralita, S.A., se 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 propio Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid de fecha 2-diciembre-2013 (rollo 1528/2013). SEGUNDO.- Considera que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en relación con el art. 123 del mismo texto legal.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 19 de abril de 2016, se admitió a trámite por esta Sala el presente recurso y por diligencia de ordenación de la misma fecha se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días, habiéndose formalizado únicamente por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

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 el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre actual

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de diciembre de 2016, encontrándose de baja por enfermedad el Magistrado Ponente, se procedió a retornar el

presente recurso de casación para unificación de doctrina al Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, manteniéndose el señalamiento para deliberación y fallo señalado para el día 21 de diciembre actual, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La cuestión sometida a nuestra consideración en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, resuelta ya por esta Sala, entre otras, en las SSTs⁴ 13, 15, 16, 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR núm. 770/2015; 3272/2015; 1411/2015; 3346/2015; y 1671/2015), consiste en determinar la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

2. En concreto, se trata de decidir si los efectos económicos de ese recargo se deben retrotraer tres meses desde la fecha en que se produjo el reconocimiento del recargo por el INSS, o su solicitud por el interesado o a iniciativa de la inspección de trabajo en su caso, aplicando la retroactividad establecida en el artículo 43.1 LGSS/1994 (hoy artículo 53.1 LGSS /2015) respecto de las prestaciones de Seguridad Social, o si, por el contrario, no es de aplicación al recargo de prestaciones el mencionado precepto y, en consecuencia, los efectos económicos del mismo han de quedar vinculados a los de las prestaciones causadas por contingencia profesional.

3. Se recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de fecha 14 de octubre de 2015, recaída en el recurso nº 1415/2015, que, confirmando la de instancia, desestimó la demanda de Uralita SA que impugnaba la resolución del INSS sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En cuanto a la procedencia del recargo, la Sala reitera tesis propia y, en lo que al presente recurso de casación interesa, sostiene que el plazo para la reclamación del recargo, en principio, será el 5 años sin que le sea aplicable el límite de tres meses, es decir, la retroactividad trimestral que contempla el art. 43.1 LGSS. Esta decisión es

recurrida por la empresa en unificación de doctrina, ofreciendo de contraste la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 2 de diciembre de 2013, recaída en el recurso 1528/2013.

4. El recurso ha sido impugnado por el INSS, no así por el beneficiario que, pese a estar personado, no lo ha hecho, solicitando la Gestora su desestimación, a diferencia de lo que propugna el Ministerio Fiscal, que, además de aceptar la contradicción, lo entiende procedente.

SEGUNDO.- 1. A los presentes efectos casacionales, importa dejar resumida constancia de la siguiente secuencia de los hechos más relevantes de estas actuaciones, transcritos en su integridad en los antecedentes de la presente resolución, para poder efectuar el pertinente juicio de contradicción: 1) La sentencia del TSJ confirma la de instancia que desestimaba la demanda en impugnación de resolución de recargo formulada por la empresa Uralita SA; 2) El beneficiario, D. Heraclio , prestó servicios para Uralita SA, denominada posterior y sucesivamente tal y como figura en el ordinal 6º de los hechos probados, desde el 19 de junio de 1972 hasta el 29 de marzo de 2005; 3) Por Resolución del INSS de 13 de octubre de 2009 se reconoció al sr. Heraclio una incapacidad permanente total (IPT) para su profesión habitual, con derecho a percibir la correspondiente prestación económica con efectos del 27 de mayo de 2009; 4) El beneficiario inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2010, dictándose Resolución del INSS el 18 de agosto de dicho año que reconocía la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo e imponía a las distintas empresas que precedieron a la demandante un recargo del 40% sobre la prestación, Resolución que, tras una nulidad de las actuaciones administrativas, fue corroborada por otra del 14 de febrero de 2013 en idéntico sentido, confirmada a su vez por la definitiva del 5 de junio de 2013 que desestimó la pertinente reclamación previa.

2. Con tales hechos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aquí recurrida, en lo que ahora importa, al desestimar el recurso de suplicación de la empresa, confirmó los efectos económicos del recargo declarado en vía administrativa, que los atribuía desde que se reconoció la prestación, no desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del recargo.

3. La sentencia de contraste, también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, dictada el 2 de diciembre de 2013 (R. 1528/13), contempla un caso idéntico al de autos pero considera, en interpretación del mismo precepto (art. 43.1 LGSS/1995), que los efectos del recargo no pueden imponerse con una retroactividad superior a esos tres meses desde que se solicitó el propio recargo. La comparación entre ambas sentencias revela que en las dos sentencias los hechos son similares en la medida en que contemplan prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional en las que se impuso el recargo como consecuencia de incumplimientos empresariales. Se trata de la misma empresa, de igual centro de trabajo y de la misma enfermedad profesional. La pretensión a tener en cuenta es prácticamente idéntica en ambos casos: que los efectos del recargo se retrotraigan a los tres meses anteriores a la solicitud o resolución del INSS que impuso el recargo. Sin embargo, las soluciones que otorgan las sentencias sometidas al juicio de identidad son claramente divergentes y contradictorias: la recurrida retrotrae el recargo a la fecha de la prestación causada, mientras que la referencial los establece en los tres meses anteriores a la resolución del INSS que declaró y reconoció el recargo. Concorre, pues, el presupuesto de contradicción exigido por el art. 219 LRJS, tal como admite con claridad el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- 1. El recurso debe ser estimado porque, como esta Sala ha resuelto con reiteración, en lo esencial, la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial pues el artículo 43.1 LGSS vigente cuando se producen los hechos a que se refiere el presente recurso dispone (al igual que el actual artículo 53.1 de la indicada norma) que: «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco

años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud». Tal precepto resulta de indudable aplicación al recargo de prestaciones con fundamento en las consideraciones que, reiterándolas una vez más, exponemos a continuación.

2. Nuestra más reciente jurisprudencia ha venido destacando el carácter prestacional del recargo. Se trata, evidentemente, de una institución compleja que contiene elementos sancionatorios, indemnizatorios y prestacionales; pero sobre los aspectos punitivos en sus amplias vertientes destaca el tratamiento legal de indudable carácter prestacional. Cuando se esté en presencia de los efectos contemplados en las normas de Seguridad Social y estén en juego los derechos de los beneficiarios del recargo. Así lo puso de relieve el pleno de la Sala en su STS de 23 de marzo de 2015 (rcud. 2057/2014) en la que señalamos lo siguiente: «tanto la legislación como la jurisprudencia atribuyen al recargo tratamiento de «prestación» en los más variados aspectos: a).- Su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; b).- La competencia para imponer el incremento de la prestación reconocida le corresponde al INSS, al que precisamente el art. 57.1ª) LGSS atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»; c).- El procedimiento para imponerlo es el -como para cualquier prestación- el previsto en el RD 1300/1995 y en la OM 18/01/1996 (STS Pleno 17/07/13- rcud 1023/12 -); d).- Conforme al art. 121.3 LGSS [como su precedente art. 90.3 LGSS /74] los caracteres de las prestaciones atribuidos por el art. 40 [art. 22 en el TR/1974] son de aplicación al recargo de prestaciones. e).- Ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS y es susceptible de recaudación en vía ejecutiva, como si de garantizar una prestación cualquiera se tratase [en tal sentido, SSTs 27/03/07 -639/06 -; 14/04/07 - rcud 756/06 -; y 26/09/07 - rcud 2573/06 -]; f).- El plazo de prescripción que les resulta aplicables es el mismo que el legalmente establecido para las prestaciones, el de cinco años previsto en

el art. 43.1 LGSS (así, SSTS 09/02/06 -rcud 4100/04 -; ... SG 17/07/13 -rcud 1023/12- ; 19/07/13 -rcud 2730/12-; y 12/11/13 -rcud 3117/12-)). La lógica consecuencia de la atribución de tal naturaleza prestacional no puede ser otra que la aplicación de las normas que disciplinan las prestaciones en sus aspectos de eficacia temporal.

3. En este preciso sentido, la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en aplicar los diversos mandatos establecidos en el citado artículo 43 LGSS al recargo de prestaciones sin excepción alguna; así, por todas, la STS de 19 de julio de 2013, rcud 2730/2012, estableció que: «de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el recargo de prestaciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. Este comienza a correr desde el momento en que la acción puede ser ejercitada, que es en el momento en que concurren los tres elementos que integran el derecho: 1) el accidente de trabajo; 2) la infracción de las medidas de seguridad y 3) el hecho causante de la prestación de Seguridad Social objeto de recargo. Por otra parte, de conformidad con el art. 43.2 de la Ley General de la Seguridad Social, la prescripción del recargo se interrumpe por las causas ordinarias del art. 1973 del Código Civil y por reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o ante la Administración laboral o en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo "en relación con el caso de que se trate". El número 3 del precepto citado añade que "en el supuesto de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente, la prescripción quedará en suspenso mientras aquélla se tramite, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza». Una correcta interpretación del precepto en cuestión debería rechazar, por irracional, que todo él resultase aplicable al recargo de prestaciones menos el inciso relativo a los efectos temporales pues la norma en sí misma constituye un todo que no se puede parcelar a efectos de su aplicación a una institución concreta a la que hemos dicho reiteradamente que se le aplican todas las demás previsiones del reiterado artículo 43.1 LGSS.

4. En consecuencia, el INSS puede imponer el recargo, a iniciativa de la inspección de trabajo, de la autoridad laboral o del propio interesado, hasta que transcurra el plazo de prescripción, pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha inicial del reconocimiento de la prestación base. Por ello, como ocurre en el supuesto aquí examinado, constando que "el demandante inició expediente sobre recargo de prestaciones mediante solicitud registrada el 26 de enero de 2012" (h. p. 3º), ha de estarse a la previsión normativa reseñada, en la interpretación efectuada por esta Sala, conforme a la cual, la fecha de efectos del recargo debe ser la de tres meses antes de que el beneficiario, o, en su caso, la autoridad administrativa laboral, interesaran del INSS su imposición.

5. Esta es, en fin, la doctrina que, en lo esencial, se sienta en diferentes sentencias de ésta Sala, entre las que pueden citarse, como más recientes, las de 13 , 15 , 16 , 20 y 27 de septiembre de 2016 (RR núm. 3770/2015 ; 3272/2015 ; 1411/2015 ; 3346/2015 ; y 1671/2015).

6. Todo lo anteriormente razonado conduce a la estimación del recurso y, resolviendo en suplicación, hemos de revocar parcialmente la sentencia recurrida porque en el punto debatido es la referencial la que se ajusta a la doctrina correcta, ya que, insistimos, la retroacción de los efectos del recargo han de limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del propio recargo (no de la prestación), aunque en determinados supuestos, cuando no conste solicitud el beneficiario, pueda entenderse por tal "solicitud" la previa actuación administrativa promotora del recargo.

7. En consecuencia, en sentido concordante con lo resuelto en los citados precedentes de esta Sala, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso y concluir, en congruencia con el debate suscitado en suplicación, declarando que los efectos del recargo deberán imponerse con una retroactividad de tres meses a contar desde la fecha de la solicitud del beneficiario, esto es, desde el 26 de octubre de 2009 en el caso. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1) Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de URALITA, SA contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, en el recurso de suplicación núm. 1415/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid en autos núm. 839/2013, seguidos a instancias de la recurrente contra el INSS, la TGSS y D. Heraclio sobre recargo de prestaciones derivadas de contingencia profesional. 2) Casar y anular en parte la referida sentencia únicamente en el punto relativo a la fecha de efectos del recargo de prestaciones, quedando inalterada en los restantes pronunciamientos y, resolviendo el debate de suplicación, establecemos que los efectos del recargo han de retrotraerse al 26 de octubre de 2009. 3) No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

6-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 Zurich 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 Zurich 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 conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- 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 Zurich 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. Aníbal 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 contraste, 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. Aníbal, 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. Aníbal, 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.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia dictó sentencia , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda interpuesta por DON Severino frente a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES, S.L. y el INSS-TGSS, revoco la resolución administrativa de fecha 18 de noviembre de 2013, y declaro la existencia de responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo sufrido el 25 de abril de 2011 por D. Severino , y, en consecuencia, declaro que las prestaciones económicas derivadas de dicho accidente, descritas en el hecho probado noveno, sean descritas en un 40%, con cargo a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.».

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: «PRIMERO.- El trabajador, DON Severino , con DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1955, afiliado a la Seguridad Social con el número NUM002 y encuadrado en el Régimen General, ha venido prestando servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., como instalador electricista, con la categoría de oficial de primera. La empresa dedica su actividad al mantenimiento de instalaciones eléctricas, postes de electricidad y similares, prestando sus servicios para la empresa IBERDROLA. SEGUNDO.- El día 25 de abril de 2011, D. Severino sufrió un accidente

de trabajo, mientras prestaba sus servicios para la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., realizando labores de desmontaje del tendido eléctrico en las instalaciones de la empresa BODEGAS SIERRA en el término municipal de Villalmanzo. La cuadrilla de trabajo estaba formada por cinco trabajadores, dirigidos por el encargado D. Avelino, el cual abandonó el lugar tras distribuir el trabajo. El Sr. Avelino dio la orden a D. Eduardo , que actuaba como jefe de equipo en ausencia de aquel, de proceder, junto con el Sr. Severino , al desmontaje del trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Tras realizar la desconexión del trenzado sin incidencias, el Sr. Eduardo y el Sr. Severino se dirigieron al poste de madera, y procedieron a colocar una escalera de mano apoyada para el ascenso. D. Severino fue el encargado de subir a la escalera, mientras que el Sr. Eduardo sujetaba la escalera en la base. Tras cortar el Sr. Severino el cable de trenzado del lado de apoyo de hormigón, el poste comenzó a balancearse y oscilar, provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste, de aproximadamente diez metros. Los trabajadores no arriostraron debidamente el apoyo de madera, si bien disponían de medios para ello, ni utilizaron la cesta elevadora que también tenían disponible en el camión. TERCERO .- D. Severino disponía, a fecha del accidente, de formación e información en materia de prevención de riesgos laborales, incluido el riesgo de trabajados en altura, conforme a lo previsto en los artículos 18 y 19 de la Ley 31/1995 . CUARTO.- El puesto de trabajo del actor se encontraba, a fecha del accidente, evaluado, contando la empresa con un Plan genérico de seguridad y salud y para la coordinación de actividades empresariales, conforme al artículo 16 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales. El apartado 3.2.4.3 del Plan establece lo siguiente: - Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar. QUINTO.- El 12 de mayo de 2011 se emite informe por la Unidad de Seguridad y Salud Laboral. El informe obra a los folios 210 a 214 de los autos y su contenido se da íntegramente por reproducido.

SEXTO.- El 18 de octubre de 2011 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social concluye la investigación del accidente, y se emite informe, cuyo contenido obra a los folios 68 a 72 de los autos. El Inspector concluye lo siguiente "Del conjunto de actuaciones comprobatorias practicadas, hechos comprobados y manifestaciones vertidas con ocasión de las mismas, se concluye considerando que el accidente sufrido por el trabajador tiene su causa en la incorrecta decisión del trabajador. Ciertamente es que la empresa tiene una labor de garante de la salud de los trabajadores. No obstante, se considera que la empresa ha facilitado los medios necesarios para realizar el trabajo de manera segura, ya que, en primer lugar, pone a disposición de los trabajadores una cesta elevadora, que les permite un nivel óptimo de seguridad. Además, facilita a los trabajadores medios mecánicos para el adecuado enclavamiento del poste (cuerdas de seguridad, amarres) los cuales no son usados por los trabajadores. Por ello, el que suscribe entiende que no concurre responsabilidad administrativa de la empresa en relación con el accidente investigado". SÉPTIMO.- El 22 de agosto de 2012 el Inspector de Trabajo emite, a petición del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lerma, informe ampliatorio en el que manifiesta que a través de las actuaciones comprobatorias practicadas por la Inspección, no quedó acreditado quién ostentaba la dirección de los trabajos, por lo que se entendió que D. Eduardo y D. Severino actuaban en igualdad jerárquica. OCTAVO.- El 25 de febrero de 2013, ante la Jefatura Provincial de Burgos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el trabajador presentó escrito de disconformidad con la actuación llevada a cabo por la Inspección de Trabajo. El 17 de julio de 2013 la Subdirectora General, en contestación al mismo, concluye que la actuación llevada a cabo por dicho organismo en la investigación ha sido correcta y adecuada, tanto en los medios de investigación empleados como en las medidas adoptadas por el funcionario actuante, ajustándose a las normas y preceptos legales de funcionamiento de actuación inspectora. NOVENO.- El accidente sufrido por el trabajador dio lugar a prestaciones de incapacidad temporal, por importe de 22.158,40 euros y de incapacidad permanente total, declarada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 10 de julio de 2012, con arreglo a una base reguladora de 2.246,11 euros al mes, y efectos de 19 de abril del mismo año, siendo el capital coste de la prestación el de 363.935,16 euros. DÉCIMO.- Iniciado a instancia del trabajador, con fecha 25 de junio de 2013, ante la Dirección Provincial del INSS, expediente de recargo

en prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, con fecha 18 de noviembre de 2013, acogiendo el dictamen propuesta del EVI de 14 noviembre de 2013, se dicta resolución por la que se acuerda. "Denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitada por D. Severino contra la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido". UNDÉCIMO.- Tras el acaecimiento del accidente, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Lerma se siguieron Diligencias Previas 189/2011, dictándose, con fecha 7 de febrero de 2013, auto por el que, se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la misma. DUODÉCIMO.- Ejercitada por el trabajador la acción de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo, el 2 de abril de 2014, por el Juzgado de lo Social 3 de Burgos se dictó sentencia estimatoria de la demanda, recaída en autos 1099/2013, en la que se condena a la empresa URÁN SERVICIOS INTEGRALES S.L., y a la compañía aseguradora MAPFRE EMPRESAS, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., al abono al demandante de una indemnización. No consta si la referida sentencia ha sido o no objeto de recurso."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS, TGSS y Urán Servicios Integrales S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de suplicación formulados por la representación de la empresa URAN SERVICIOS INTEGRALES SL y por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 8 de mayo del 2014 por el Juzgado de lo Social número 2 de PALENCIA (Autos 790/2013), en virtud de demanda promovida por DON Severino contra las referidas recurrentes, sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD. En consecuencia, debemos confirmar y confirmamos el fallo de instancia en su integridad. Se imponen a

la empresa recurrente, URAN SERVICIOS INTEGRALES SL, las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado de la parte recurrida que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 400 euros. Se decreta igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.».

CUARTO.- Por la representación de Urán Servicios Integrales S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, 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 Castilla y León (sede Burgos) de fecha 20 de octubre de 2014, en el Recurso núm. 547/2014.

QUINTO.- Por providencia de ésta Sala de procedió a admitir a trámite el citado recurso y habiendo sido impugnado el recurso, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para su votación y fallo el día 15 de septiembre de 2016, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El actor, instalador electricista con categoría de oficial primera, realizaba tareas de desmontaje del tendido eléctrico con una cuadrilla compuesta de cinco trabajadores al frente de la cual se hallaba un encargado. Éste abandonó el lugar de trabajo una vez distribuido el plan de actividad y haber ordenado al que actuaba como jefe de equipo en su ausencia proceder con el demandante a desmontar el trenzado desde la fachada al poste y desde éste al apoyo de hormigón. Finalizada la desconexión del trenzado, colocaron una escalera de mano apoyándola en el poste subiendo por ella

el accidentado mientras el otro trabajador sujetaba la base. Una vez cortado el cabo del lado de apoyo de hormigón el poste empezó a balancearse oscilando y rompiéndose lo que provocó la caída del trabajador que estaba anclado al poste, dese una altura de diez metros.

Los trabajadores disponían de cesta elevadora y medios para arriostrar debidamente el poste de madera que no fueron utilizados. El Juzgado de lo Social impuso un recargo del 40% confirmado en Suplicación al considerar al trabajador que acompañaba al actor como jefe de equipo que actuaba a petición del encargado, quién se había ausentado.

Recorre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 20 de octubre de 2014 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos.

La sentencia de comparación revoca la de instancia desestimando así la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta por el mismo trabajador que ostenta la condición de parte actora en la sentencia recurrida y en relación al mismo accidente de trabajo en ella descrito.

Son preceptos examinados por la Sentencia al ser objeto de denuncia la infracción el artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La sentencia referencial razona, en función de los hechos probados que: «En el caso de autos, no es apreciable dicha responsabilidad empresarial. Pues no existe acto o omisión imputable a la empresa que haya incidido en el desgraciado accidente. Puesto que éste se produjo cuando el trabajador demandante estaba subido a un poste, donde

efectuaba su trabajo, y dicho poste se balanceó cayendo al suelo el trabajador. Habiendo observado ya éste que con anterioridad el poste se encontraba torcido. Y aun cuando sabía que debía utilizar grúa, o arriostrar el poste antes de subirse al mismo, y teniendo elementos materiales a su disposición para ello, procedió a subirse al mismo, utilizando medios manuales, una escalera de mano, que estaba siendo sujeta por su compañero. Con la desgracia que al cortar el trenzado el poste, que ya estaba torcido, se balanceó aún más, oscilando, provocándose su rotura, y cayendo al suelo el trabajador. Estando dicho poste torcido ya de antes, por circunstancias ajenas a la actividad empresarial de la entidad recurrente, que simplemente fue a realizar un trabajo encargado por otra empresa, en dicho lugar, concretamente la empresa Bodegas Sierra.».

En la sentencia recurrida es objeto de análisis por ser la fundamentación en la que se apoya el recurso el artículo 123 de la L.G.S.S. en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, así como del artículo 39.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en relación con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de noviembre de 2008 y el artículo 56 del Convenio colectivo del Sector de Siderometalúrgica de Madrid. De ahí que la sentencia valore de manera indistinta que en el lugar de trabajo no se encontrara presente el encargado o que sus funciones fueran válidamente asumidas por el Jefe de Equipo, formado por cinco personas, a la hora de atribuir a la empleadora la elección inadecuada de medios auxiliares de trabajo en lugar de achacar las consecuencias al trabajador, considera que se halla presente la empresa a la hora de atribuir la facultad de organización. Así mismo otorga relevancia en relación a las previsiones el convenio colectivo que la cuadrilla de trabajo se componía de cinco personas.

En la sentencia de contraste se alega por el recurso la infracción del artículo 1902 del Código Civil y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La sentencia examina los requisitos que deberán acompañar a la declaración de responsabilidad por culpa contractual, existencia de daños, acción u omisión con incumplimiento de obligaciones de seguridad, nexo causal y relevancia de la conducta

del trabajador para llegar a la conclusión de que no cabe establecer una afirmación positiva de culpa o negligencia en la conducta empresarial ante la ausencia de nexo entre actuación y resultado acaecido.

Entre ambas sentencias cabe establecer la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.R.J.S ., sin que sea óbice para ello que en la sentencia de contraste la reclamación se dirigiera a destacar la interpretación que mereciera dar al artículo 1902 del Código Civil respecto a los hechos acaecidos pues su invocación se hizo también en relación a los preceptos concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción del artículo 123 de la L.G.S.S ., 39.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 , y 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con carácter previo al análisis de su argumentación deberá examinarse la estructura de la misma pues si bien enuncia la formulación de un solo motivo es lo cierto que en él se incluye la denuncia de infracción de dos preceptos que por su naturaleza habrían merecido el planteamiento de dos motivos por separado.

Así, el precepto que en primer lugar se cita es el artículo 222.4 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

En suma se trata de alegar la existencia de cosa juzgada entre ambos procedimientos.

Aun siendo conscientes de la imposibilidad de tratar la cuestión en las fases anteriores del proceso, la sentencia de contraste data el 20 de octubre de 2014 en tanto

que el juicio oral ante el Juzgado de lo Social en las presentes actuaciones tuvo lugar el 22 de Abril de 2014, la sentencia recae el 8 de mayo y el recurso de suplicación frente a ésta se interpone el 29 de septiembre de 2014, no resulta factible su apreciación de oficio por hallarnos en la modalidad de casación unificadora siendo doctrina consolidada la necesidad de articular la contradicción respecto de las cuestiones procesales como se ve a continuación: «El artículo 219 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , admite en cuanto que objeto de casación para la unificación de doctrina tanto cuestiones sustantivas como procesales, si bien como reiteradamente ha señalado esta Sala en sentencias de 21 de marzo de 2000 (R. 2260/1999), 16 de Julio de 2004 (R. 4126/03), 6 de junio de 2006 (R. 1234/2005), 28 de mayo de 2008 (R. 813/2007), 9 de julio de 2009 (R. 2186/2008), 22 de marzo de 2010 (R. 4274/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 31 de enero de 2011 (R. 855/2009), y 4 de mayo de 2011 (R. 1534/2010), entre otras muchas, este excepcional recurso está condicionado, también cuando el objeto sea el examen de las infracciones procesales -salvo cuestiones de manifiesta falta de jurisdicción o relativas a la competencia funcional de esta Sala-, por la existencia de contradicción, siendo necesario para que pueda apreciarse ésta en los recursos en que se denuncian infracciones procesales no sólo "que las irregularidades que se invocan sean homogéneas", sino también que concurren en suficiente medida "las identidades subjetivas, la igualdad de hechos, fundamentos y pretensiones" que exigía el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral y que sigue exigiendo el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, [como así se determinó en las sentencias dictadas en Sala General de SSTs 21 de noviembre de 2000 (R. 2856/1999 y 234/2000), y 28 de febrero de 2001 (R. 1902/2000), y después se reiteró en múltiples, sentencias de esta Sala, entre otras, 29 de enero de 2004 (R. 1917/2003), 27 de enero de 2005 (R. 939/2004), 20 de marzo de 2007 (R. 747/2006), 19 de febrero de 2008 (R. 3976/2006), 15 de septiembre de 2009 (R. 1205/2008), 27 de abril de 2010 (R. 2164/2009), 28 de febrero de 2011 (R. 297/2010), y 8 de marzo de 2011 (R. 2327/2010)].».

Que se haya admitido la existencia de contradicción respecto a la cuestión de fondo no implica soslayarla respecto a la cuestión procesal.

No se ha intentado siquiera por la demandada estructurar la contradicción aportando una sentencia que resolviera sobre la cuestión de cosa juzgada, pues tal función no cabe predicarla de una sentencia de contraste que por vez primera se ocupa de la reclamación planteada y es preciso que la cuestión procesal sea tratada como en la sentencia de contraste.

Por lo expuesto procede desestimar la denuncia de infracción del artículo 222.4 de la L.E.C. que como parte del único motivo se formula.

TERCERO.- El recurso alega la infracción del artículo 123 del R.D. 1/1994 de 20 de junio en relación con el artículo 1902 del Código Civil y con el artículo 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

El artículo 123 de la L.G.S.S. en la redacción vigente en las fechas en que ocurrieron los hechos se limita a establecer con carácter general la posibilidad de la imposición del recargo. El artículo 1902 del Código Civil establece: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.».

El artículo 17 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales establece: «1. El empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las

medidas necesarias con el fin de que: a) La utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización.

b) Los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello.

2. El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo.».

La sentencia recurrida cifra en esencia la declaración e responsabilidad de la empresa en la circunstancia de hallarse presente durante los trabajos un Jefe de equipo, así denominado por el convenio Colectivo en una cuadrilla de trabajo formada por cinco personas según expresión de la sentencia. Ello es suficiente según la sentencia recurrida para determinar que la empresa se halla presente, por delegación del Encargado que se ausentó y por lo tanto su responsabilidad.

Los hechos se produjeron en una forma que figura redactada en forma idéntica tanto en la recurrida como en la Sentencia de contraste.

Así, ambos nos dan cuenta de que las tareas a realizar consistían en desmontar un tendido eléctrico, en concreto el trenzado que iba desde la fachada al apoyo de madera (poste) y desde éste al apoyo de hormigón. Se realiza la desconexión del

trenzado sin incidencias y a continuación el actor inició el ascenso del poste de madera sin arriostrarlo previamente. El ascenso lo realizó subido a una escalera de mano que otro trabajador sujetaba en la base pese a que disponían de medios para arriostrar así como de una cesta elevadora en el camión. Una vez cortado el cable del lado de apoyo del hormigón el poste comenzó a balancearse y a oscilar provocándose su rotura y la caída del trabajador, anclado al poste.

Consta que el trabajador, con carácter previo al accidente había recibido formación sobre prevención de riesgos incluido el de trabajo en altura así como la evaluación de su puesto de trabajo contando la empresa con un Plan Genérico de seguridad y salud, que se expresa en los siguientes términos: «Se analizará la resistencia del apoyo antes del ascenso, calzando y retacando debidamente la base y arriostrando cuando sea necesario. - Se compensarán las tensiones mecánicas ejercidas sobre el mismo, amarrando vientos, colocando refuerzos o arriostrando en caso necesario - Cuando se dude de la estabilidad de un apoyo se emplearán grúas o se prohibirá el ascenso - Apoyos de madera (excepto los soportados por zanca de acero). Antes de iniciar cualquier tipo de trabajo en ellos, además de todas las comprobaciones previas, es obligatorio arriostrar.».

Acreditado que existía tanto la información necesaria acerca del modo de llevar a cabo la operación de desmontaje como los medios adecuados para cumplir con el plan no existe razón para que la conducta de los dos trabajadores, incluido el actor, no siguieran las prescripciones indicadas y además prescindieran de los medios a su alcance por lo que, en el ámbito en que se desarrolla la presente controversia no cabe establecer la relación causa-efecto entre omisión de medidas de seguridad que no es dable imputar a la empresa, y resultado dañoso para el actor.

No consta la imposición por el encargado antes de ausentarse del uso de la escalera de mano ni que el Jefe de Equipo exigiera ese comportamiento al actor, con

categoría de oficial 1º sino que actuando conjuntamente éste con el Jefe de Equipo, ni arriostraron el poste ni usaron la cesta elevadora que se hallaba a su disposición.

No cabe incardinar el supuesto que se somete a consideración en ninguna de las infracciones denunciadas cuyo tenor literal se reproduce en esta fundamentación por lo que el recurso visto el informe del Ministerio Fiscal deberá ser estimado resolviendo el debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados sin que haya lugar a la imposición de las costas, acorde con lo dispuesto en el artículo 235 de la L.R.J.S.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Daniel Muñoz Peinado actuando en nombre y representación de Urán Servicios Integrales S.L., contra de la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en recurso de suplicación nº 1877/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia , en autos núm. 790/2013, seguidos a instancias de D. Severino frente a INSS, TGSS, y Urán Servicios Integrales S.L. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, resolviendo el debate de Suplicación mediante nueva sentencia que desestima la demanda y absuelve a los demandados. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ABRIL DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El día 21 de octubre de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación nº 811/2014 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, en los autos nº 1055/2012, seguidos a instancia de la empresa "Estampaciones Metálicas Pablo Domínguez, S.L." (Actualmente "Esmet Fabricados Metálicos, S.L.") Contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y contra Don Claudio sobre seguridad social. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, es del tenor literal siguiente: " Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Claudio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón, de fecha 29-noviembre-2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 29 de noviembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón , contenía los siguientes hechos probados: "Primero.- En fecha 10-2-2010 a las 11:20 horas se gira visita de inspección a la empresa 'Estampaciones Metálicas Pablo Domínguez S.L.' al objeto de investigar sobre los hechos ocurridos el día 21-5- 2007, fecha en la que el demandado D. Claudio puso en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que sufrió un accidente de trabajo, encontrándose la empresa cerrada y sin aparente actividad, tras lo cual requiere a la partes para la presentación de documentación relativa, con entrevista con el trabajador. En base a todo ello, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se elabora acta de infracción nº NUM008 de 6-4-2010, por la que se propone la imposición de una sanción por infracción grave en su grado mínimo, con multa por importe de 4.092 euros, según el siguiente contenido, estableciéndose como causas del accidente, en resumen, manipulación inadecuada de cargas pesadas o de difícil manejo y

falta de formación específica en manipulación manual de cargas (folios 56 a 66): 'La empresa 'Estampaciones Metálicas Pablo Domínguez, S.L.' dedica su actividad económica a 'la estampación metálica no férrea' según consta en la escritura de la mercantil de fecha 8 de mayo de 2.000 y con número de cuenta de cotización a la Seguridad Social NUM012 . El trabajador D. Claudio, nacido el día NUM009 de 1.978, tiene categoría profesional de encargado operador de maquinaria para trabajar metales y figura de alta en el Régimen General de la Seguridad Social para prestar servicios laborales para la empresa de referencia desde el día 8 de enero de 1.999, siendo actualmente fijo en; plantilla de la empresa, tal y como consta en el parte oficial de accidente de trabajo. Primer parte oficial de accidente de trabajo. El accidente de trabajo, según el parte oficial de accidente de trabajo se produjo el día 21 de mayo de 2.007, lunes, a las 17,00 horas siendo la sexta hora de trabajo. La actividad que realizaba el trabajador era la siguiente: 'transportando un molde estampación se le resbaló y le dio un latigazo en la pierna provocándole una discopatía y dolor lumbar'. El resultado del accidente laboral produce 'otros tipos de dislocaciones, esguinces y torceduras en la espalda', de gravedad leve, según el médico que le presta asistencia en el centro médico al que fue trasladado. Como consecuencia del accidente el trabajador causa baja médica el día 28 de mayo de 2.007. Dicha baja es dada por el médico D^a Belén de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales n° 267 'Unión de Mutuas'. La empresa presenta el parte oficial de accidente de trabajo en fecha 30 de julio de 2.007, siendo el presentador D. Pedro Jesús y aceptado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales n° 267 'Unión de Mutuas' el día 13 de agosto de 2.007. El trabajador causa alta médica el día 5 de noviembre de 2.007 siendo dada por el médico D^a Belén. El accidente de trabajo fue investigado por D^a Palmira, trabajadora de la empresa, en fecha 21 de mayo de 2.007 según informe de investigación que aporta la empresa. De acuerdo con dicho informe el accidente: trabajo se produjo de la siguiente forma: 'Lugar del accidente: Almacén de montaje. Forma de producirse: Carga excesiva de peso. Elemento causante de la lesión: El peso. Parte del cuerpo lesionada: Espalda. Descripción detallada: El operario procedió a la carga de cajas de tamaño medio con material a cierta altura (por encima del hombro) y manualmente y cargó más peso del que su espalda pudo resistir'. Para evitar el riesgo de accidente, el informe especifica las siguientes recomendaciones: 'Advertir a los

operarios de los peligros de la manipulación inadecuada de cargas pesadas e invertir en su formación para que no se repita el suceso: curso manipulación de cargas manuales, curso conducción y manejo de torito'. De la entrevista mantenida con el trabajador accidentado se deduce que el accidente de trabajo se produjo de la siguiente forma: Tenía que bajar un molde de una máquina que estaba a una altura de un metro y medio aproximadamente. El molde pesa unos cien kilogramos y aunque la empresa dispone de dos carretillas elevadoras para realizar este trabajo, en el momento en que se dispone a bajar el molde no podían utilizarlas, si bien, se encontraban en la empresa. Para bajar el molde, el trabajador es ayudado por otro trabajador llamado Estanislao, quien en la fecha de comparecencia no presta servicios laborales en la empresa. El molde se levanta con una barra de hierro y se baja entre los dos trabajadores levantándolo y sujetando la barra de hierro a cada extremo del mismo. Inesperadamente, habiendo levantado el molde y estando en el aire, el trabajador Estanislao suelta la barra cayendo al lugar de donde se estaba levantando. El trabajador accidentado no sólo no soltó la barra sino que siguió sujetándola transmitiéndosele la vibración del golpe a su espalda notando un latigazo en su columna vertebral. Al finalizar la jornada laboral fue trasladado por el gerente D. Laureano (D.N.I. n° NUM010) a la Mutua de A.T. y E.P. para examen médico. El médico de la mutua no le dio de baja médica si bien acudía diariamente a recibir tratamiento. El día 28 de mayo de 2.007 cae al suelo sin motivo aparente y siendo trasladado a la Mutua es dado de baja médica. Segundo parte oficial de accidente de trabajo. El accidente de trabajo, según el parte oficial de accidente de trabajo se produjo el día 21 de mayo de 2.008, lunes, a las 17,00 horas siendo la sexta hora de trabajo. La actividad que realizaba el trabajador era la siguiente: 'transportando un molde estampación se le resbaló y le dio un latigazo en la pierna provocándole una discopatía'. El resultado del accidente laboral produce 'otros tipos de dislocaciones, esguinces y torceduras en la espalda', de gravedad leve, según el médico que le presta asistencia en el centro médico al que fue trasladado. Como consecuencia del accidente el trabajador causa baja médica el día 6 de mayo de 2.008 por recaída. La empresa presenta el parte oficial de accidente de trabajo en fecha 23 de mayo de 2.008, siendo el presentador D. Pedro Jesús y aceptado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales n° 267 Unión de Mutuas' el día 28 de mayo de 2.008. El trabajador causa alta médica el día 20 de octubre de 2.008 siendo dada por el médico D.

Jose Miguel de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 267 'Unión de Mutuas' y la causa del alta 'mejoría que permite realizar el trabajo habitual'. De la entrevista mantenida con el trabajador accidentado se deduce que el accidente de trabajo (recaída) se produjo de la siguiente forma: La actividad se realizaba en el centro penitenciario de Castellón y consiste en realizar actividad formativa a los internos. El día 6 de mayo de 2.008 tenía que bajar una caja de unos cincuenta kilogramos de peso de una estantería, ayudado por un interno, desde una altura de entre tres y cuatro metros. En el interior del centro penitenciario no están permitidas las escaleras de mano y para bajar el material deben escalar las estanterías y entre los dos ir bajando la caja apoyándola sucesivamente en las estanterías inferiores. Cuando la caja la están bajando, el interno suelta la caja cayendo al suelo y sujetándose el trabajador accidentado en la estantería quedando colgado con ambas manos de la misma y siendo rescatado por personal del centro penitenciario. Este brusco movimiento ocasiona un latigazo en su columna vertebral. Tercer parte oficial de accidente de trabajo. El accidente de trabajo, según el parte oficial de accidente de trabajo se produjo el día 11 de abril de 2.008, viernes, a las 17,00 horas siendo la sexta hora de trabajo. La actividad que realizaba el trabajador era la siguiente: 'transportando un molde estampación se le resbaló y le dio un latigazo en la pierna provocándole una discopatía. Observaciones: Los datos relativos al accidente son los mismos que el parte de baja de fecha 6 de mayo de 2.008, debido a que no ha habido un accidente de trabajo posterior'. El resultado del accidente laboral produce 'lesiones internas', de gravedad leve, según el médico que le presta asistencia en el centro médico al que fue trasladado. - Como consecuencia del accidente el trabajador causa baja médica el día 3 de diciembre de 2.009. La empresa presenta el parte oficial de accidente de trabajo en fecha 28 de diciembre de 2.009, siendo el presentador Don Pedro Jesús y aceptado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 267 'Unión de Mutuas' el día 8 de enero de 2.010. El trabajador causa alta médica el día 14 de enero de 2.010 siendo dada por el médico D. Bernardo de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 267 'Unión de Mutuas' y la causa del alta 'mejoría que permite realizar el trabajo habitual'. De la entrevista mantenida con el trabajador accidentado se deduce que el accidente de trabajo se produjo de la siguiente forma: La actividad se realizaba en el centro penitenciario de Castellón y consiste en realizar en cambiar las piezas de las

máquinas según el trabajo a realizar manipulando pesos y en posturas forzadas. El día 3 de diciembre de 2.009, el trabajador se pone a cambiar un molde de una máquina debiendo aflojar los tornillos. Una vez aflojados el trabajador mueve la máquina para poder sacarlos y en ese momento vuelve a notar un latigazo en la columna vertebral siendo trasladado a la Mutua de A.T. y E.P. para su tratamiento. El representante de la empresa desconoce el motivo de señalar como fecha del accidente de trabajo, en el parte oficial de accidente de trabajo, el día 11 de abril de 2,008, sugiriendo la posibilidad de que se trate de un error debiendo constar la fecha del primer accidente laboral, es decir, el día 21 de mayo de 2.007. El día 15 de enero de 2.010 el trabajador es dado de baja por el médico D. Genaro por incapacidad temporal por contingencias comunes, situación ésta en la que continúa en la fecha de su comparecencia en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. Desde la fecha del primer accidente de trabajo, el trabajador ha sufrido de patología neurofisiológica con disfunciones en los esfínteres que le impide realizar trabajos con manipulación manual de cargas y posturas forzadas sin que la empresa haya hecho adaptación alguna del puesto de trabajo. Como consecuencia del accidente laboral, en fecha 15 de octubre de 2.009 el Instituto Nacional de la Seguridad Social resuelve calificar al trabajador como incapacitado permanente en grado de parcial. La empresa dispone de evaluación de riesgos laborales realizada el día 27 de octubre de 2.003 por el técnico del servicio de prevención ajeno 'Unimat Prevención, S.L.' D. Raimundo. Entre la descripción de los riesgos del personal de prensas figura el número 4 'Caída de algunos de los objetos que se manipulan son pesados y pueden causar lesiones al caer en los pies' y el número 13 'sobreesfuerzos, en el manejo de cajas de piezas u objetos pesados, posturas inadecuadas o movimientos repetitivos. Como medidas preventivas, la planificación preventiva dispone las siguientes: Para el riesgo nº 4: Uso de calzado de seguridad, coordinación de los trabajos de transporte, manual de cargas e informar por escrito al personal sobre los riesgos asociados y las medidas preventivas a adoptar. Para el riesgo nº 13: Uso de dispositivos de elevación mecánicos cuando sea posible. Limitar desplazamientos manuales de cargas y posturas inadecuadas Repartir los esfuerzos entre varios operarios, coordinando los movimientos para evitar descompensación de la carga. No rebasar nunca el máximo de 40 kg. de carga manual transportada por un solo operario. El trabajador accidentado carece de formación específica en manipulación manual de

cargas o, al menos, la empresa no justifica que disponga de tal formación habiendo sido requerida para ello, siendo tarea habitual del trabajador la manipulación manual de cargas. Los hechos anteriormente expuestos constituyen a juicio de este Inspector de Trabajo y Seguridad Social dos infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales conforme dispone el artículo 5.2 en relación con el artículo 2.8 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2.000, de 4 de agosto (B.O.E. del 8), así como con el artículo 42. 1 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (B.O.E. del 10) por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 4.2.d) y 19 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 (B.O.E. del 29), así como de los artículos 14 , 15 , 17 , 18 y 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre y de la siguiente normativa reglamentaria: Primera infracción: Consistente en que el empresario no adoptó las medidas preventivas para evitar la manipulación manual de cargas por el trabajador accidentado cuando la empresa dispone de equipos de trabajo que evitaría tal manipulación manual. Ello constituye un incumplimiento de lo previsto en los artículos 2 (definición), 3 y 4 en relación con los números siguientes: 1 'características de la carga' puntos: Cuando la carga -es demasiado pesada o demasiado grande, cuando es voluminosa y difícil de sujetar, cuando está colocada de tal modo que debe sostenerse o manipularse a distancia del tronco o con torsión o inclinación del mismo. Número 2 'esfuerzo físico necesario' puntos: Cuando es demasiado importante, cuando se realiza mientras el cuerpo está en situación inestable, cuando se trate de alzar o descender la carga con necesidad de modificar el agarre. Número 3 'características del medio de trabajo' puntos: cuando la situación o el medio de trabajo no permite al trabajador la manipulación manual de cargas a una altura segura y en una posición correcta. Número 4: 'exigencias de la actividad' puntos: Esfuerzos físicos demasiado frecuentes o prolongados en los que intervenga en particular la columna vertebral y número 5 'factores individuales de riesgo', puntos: la insuficiencia o inadaptación de los conocimientos o de la formación, la existencia previa de patología dorsolumbar y la falta de aptitud física para realizar las tareas en cuestión del Real Decreto 487/1.997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para

los trabajadores (B.O.E. del 23 de abril). La conducta empresarial descrita se encuentra tipificada y calificada como infracción administrativa grave en el artículo 12.1.b) en relación con el artículo 12.16.b) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social sanción se propone en grado mínimo según criterios graduadores establecidos en el art. 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que se propone la imposición de una multa por importe de 2.046 euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, sin que se consideren circunstancias agravantes en la infracción cometida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.6 de la misma Ley . Segunda infracción: Consistente en que el empresario no ha proporcionado al trabajador accidentado la formación sobre los riesgos inherentes al puesto de trabajo y la forma de evitarlos. Ello constituye un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 31/1.995, de 8 de noviembre en relación con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 487/1.997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe, riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores (B.O.E. del 23 de abril). La conducta empresarial descrita se encuentra tipificada y calificada como infracción administrativa grave en el artículo 12.8 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. La sanción se propone en grado mínimo según criterios graduadores establecidos en el artículo 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por lo que se propone la imposición de una multa por importe de 2.046 euros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2.b) de la Ley sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, sin que se consideren circunstancias agravantes en la infracción cometida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.6 de la misma Ley. La cuantificación de la sanción expresada en euros está determinada por el Real Decreto 306/2.007, de 2 de marzo, (B.O.E. del 19 de marzo) por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 512.000, de 4 de agosto'. Segundo.- Con el mismo contenido, en fecha 21-5-2007 se emitió informe de accidente de trabajo por Inspección de Trabajo (expediente nº NUM011) (folios 62 a 67). Tercero.- La anterior acta de Inspección de Trabajo y la sanción en la misma propuesta fue confirmada por Resolución de 15-7-2010, contra la cual se formuló recurso de alzada y posterior recurso contencioso-

administrativo en fecha 11-4-2011, dictándose auto por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Castellón por el que se inadmitió el recurso por presentación extemporánea, confirmado en recurso de suplicación (sentencia del TSJ-CV de 15-3-2013 (folios 465 y siguientes/tomo III). Cuarto.- Asimismo, en fecha 1-4- 2010 por la Inspección de Trabajo se comunicó a la D.P. del Instituto Nacional de la Seguridad Social el anterior acta de infracción a los efectos de la tramitación del correspondiente recargo de prestaciones de la Seguridad Social por infracción de medidas de seguridad e higiene (folio 240), dictándose en fecha 16-4-2010 acuerdo de iniciación de procedimiento administrativo para la imposición de recargo del 30% al 50% en las prestaciones económicas causadas por accidente de trabajo derivado de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (folio 234). En fecha 21-5-2010 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se dictó acuerdo de suspensión del procedimiento de imposición del recargo de prestaciones, tras la solicitud en tal sentido por la empresa demandante por escrito de 17-5-2010, durante el tiempo que mediara entre la solicitud del informe a la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo y su recepción en la D.P. del Instituto Nacional de la Seguridad Social, quedando pendiente la comunicación de la reanudación del trámite administrativo (folio 221). Reanudada la tramitación en fecha 14-6-2012 se dicta resolución por el ente gestor declarando la responsabilidad de la empresa Estampaciones Metálicas Pablo Domínguez S.L. por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente _ sufrido por D. Claudio en fecha 21-5-2007 y la procedencia de incrementar con cargo exclusivo a la citada empresa las prestaciones del sistema de Seguridad Social derivadas del accidente, en un 30 % (folios 179 a 182). Disconforme la parte actora, interpuso reclamación previa en fecha 17-8-2012 solicitando la suspensión del procedimiento hasta que se obtuviera resolución firme en la jurisdicción Contencioso-administrativa de la impugnación del acta de infracción, que fue desestimada por el ente gestor por resolución de fecha 22-8-2012 (folios 137-138 y 153-154). Asimismo se interpuso también por la parte actora reclamación previa en fecha 21-8-2012 solicitando la suspensión del procedimiento por la misma razón ya indicada y que se revocara el recargo de prestaciones, la cual fue desestimada por resolución de 2-9-2012 (folios 139 a 144 y 145 a 152/tomo I). La única notificación a la empresa que consta de resolución a la reclamación previa formulada es de 3-9-2015

(folio 253/tomo I). Quinto.- En dicha resolución se califican los siguientes sucesos como accidentes de trabajo: -accidente de trabajo de fecha 21/05/2007 (incapacidad temporal del 28/05/2007 al 05/11/2007): el trabajador, con la ayuda de un compañero, intentaba bajar un molde de estampación de aproximadamente 1,00 kg de peso. Para ello trataron de levantarlo entre los dos utilizando una barra de hierro. En el transcurso de la operación, estando el molde en el aire, al compañero se le escapó la barra, pero el accidentado siguió, sujetándola, de modo que la vibración del golpe se transmitió a su espalda, sufriendo una discopatía en la columna vertebral. -proceso de incapacidad temporal del 06/05/2008 al 20/10/2008: el trabajador se encontraba en el centro penitenciario de Castellón llevando a cabo una actividad formativa dirigida a los internos. En un momento dado, tuvo que bajar una caja de unos 50 kg de peso, situada a una altura de entre 3 y 4 metros en una estantería. Para ello se ayudó de un interno, de modo que debían escalar las estanterías y entre los dos ir bajando la caja, apoyándola sucesivamente en las estanterías inferiores. En el transcurso de la operación, el interno soltó la caja. Para evitar la caída, el accidentado debió sujetarse a la estantería, quedando colgado de la misma con ambas manos. El brusco movimiento le ocasionó un latigazo en la columna vertebral. -proceso de incapacidad temporal del 03/12/2009 al 14/01/2010: el trabajador se disponía a cambiar un molde de una máquina, operación para la cual precisaba aflojar unos tornillos. Una vez aflojados, el trabajador intentó mover la máquina para poder sacarlos, momento en el cual volvió a notar un latigazo en la espalda. Sexto.- Por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social se ha certificado que el trabajador demandado ha percibido las siguientes prestaciones a consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 21-5-2007: incapacidad temporal (52.697,03 euros), incapacidad permanente parcial (51.546,65 euros) e incapacidad permanente total -en procedimiento de revisión de grado a instancia de parte- (1.361.33 euros iniciales al mes, sin regularización) (folio 180 y 190/tomo I). Séptimo.- En fecha 5-5-2005 por la empresa demandante se extendió informe de investigación de accidente, con los siguientes datos: fecha del accidente 18-4-2005, hora 8,30; lugar del accidente: sección limpieza granallado; elemento causante de la lesión: deslizamiento de una caja; parte del cuerpo lesionada: lumbares; descripción del accidente: 'con un compañero llevaban una caja de peso aprox. 60 kg. A su compañero se le resbaló la caja y a él le venció todo el peso, que le produjo un tirón en la espalda a la altura de lumbares';

testigos: Feliciano; acción inmediata: cambio de actividad. El riesgo estaba identificado (folio 20/tomo II). El parte de baja se extendió por los servicios médicos de Unión de Mutuas en fecha 21-4-2005, con fecha del accidente el 18-4-2005 y alta el 21-4-2005 (folio 22/tomo II). El trabajador D. Estanislao, que prestó servicios para la empresa desde el 3-6-1996 hasta el 1-2-2009, nunca ha ayudado al trabajador demandante a levantar ningún peso (folio 17/tomo II, prueba testifical Estanislao). Octavo.- La empresa elaboró parte de accidente de trabajo que presentó el día 28-5-2008, por el ocurrido el 21-5-2007, por el que el Sr. Claudio causó baja por incapacidad temporal en fecha 6-5-2008, con la siguiente descripción: 'transportando un molde de estampación se le resbaló y le dio un latigazo en la pierna provocándole una discopatía' (folios 69 a 72/tomo II). El parte de baja se extendió por los servicios médicos de Unión de Mutuas en fecha 28-5-2007, con fecha del accidente el 21-4-2007 y alta el 5-11-2005 (folio 46/tomo II). Noveno.- En fecha 6-11-2007 por la empresa se comunicó a D. Claudio escrito con el siguiente texto: 'Habiéndose usted recuperado recientemente de una importante lesión en la espalda que le ha mantenido durante varios meses de baja médica, y no deseando esta empresa que su salud pueda verse de nuevo afectada en su trabajo diario, por el presente escrito se le ordena, hasta nueva orden escrita, que durante su jornada de trabajo no levante ningún tipo de carga, ni haga movimiento de torsión ni ningún otro movimiento o maniobra que pueda afectar a su espalda. Se limitara, en sus funciones habituales de encargado, a dirigir y controlar el trabajo de las personas a su cargo. Ninguna instrucción verbal deberá ir en contra de este escrito, esperando de usted que se niegue a realizar cualquier actividad que ponga en peligro su recuperación' (folio 44/tomo 11). Décimo.- En fecha 28-12-2009 por la empresa se extendió parte de accidente de trabajo ocurrido en fecha 11-4-2008, fecha de la baja médica el 3- 12-2009, con la siguiente descripción: 'transportando un molde de estampación se le resbaló y le dio un latigazo en la pierna provocándole una discopatía. Los datos relativos al accidente son los mismos que el parte de baja de fecha 06/05/2008, debido a que no ha habido un accidente de trabajo posterior' (folios 76 y 77/tomo II). Por los servicios médicos de Unión de Mutuas se extendió parte de baja por incapacidad temporal en fecha 6-5-2008, con alta el 20-10-2008 (folio 74/tomo II). Por los servicios médicos de Unión de Mutuas se extendió parte de baja en fecha 3-12-2009, con fecha del accidente el 11-4-2008 y alta el 14-1- 2010 (folio 79/tomo II). Undécimo.-

En fecha 11-1-2011 se elaboró informe pericial por Unión de Mutuas en relación al estado secular de D. Claudio , indicándose en el mismo que su trabajo en el momento de producirse el accidente de trabajo era el de encargado de la sección de montaje y como tal realizaba las tareas de supervisión de procesos productivos, organizando el reparto de material a los diferentes operarios, si bien ocasionalmente debe ayudar a los operarios en la organización y distribución del material, ayudado por otros (folios 164 y 165/tomo II). Duodécimo.- En fecha 13-2-2004 la empresa hizo entrega al Sr. Claudio de la información relativa a 'Cómo conocer y proteger la espalda' (folios 311 y 312/tomo III). En fecha 13-2-2009 por Unimat Prevención se informó a la empresa demandante que el puesto de trabajo de operario de mantenimiento mecánico (sección mecanizado), ocupado por D. Claudio, presentaba el riesgo de manipulación manual de cargas (folio 315/tomo III). Decimotercero.- Además del presente y del suscitado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, D. Claudio ha sido demandante en diversos procesos de Seguridad Social. Constan las siguientes sentencias: - sentencia n° 415/2012 de 23 de octubre dictada por el Juzgado de lo Social n° 3 de Castellón (autos n° 948/11), por la que se denegó la incapacidad permanente absoluta solicitada por el trabajador en expediente de revisión de grado instado por el interesado de la incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo que tenía reconocida, reconocida tras la revisión del grado de incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo reconocida con anterioridad. - sentencia n° 212/13 de 21 de junio dictada por el Juzgado de lo Social n° 2 de Castellón (autos n° 65/2010), por la que se declaró que los efectos económicos de la incapacidad permanente total que tenía reconocida el trabajador son de fecha 15-10-2009. En tales procesos fue parte la empresa actora, sin que en ningún momento se planteara la contingencia común de las prestaciones objeto de tales procedimientos (folios 424 y siguientes/tomo III). Decimocuarto.- No consta demanda formulada por la empresa demandada ni mutua en proceso de Seguridad Social solicitando la contingencia común de los procesos de incapacidad temporal y prestación de incapacidad laboral permanente del actor que se han relatado en los anteriores hechos probados".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la excepción de caducidad de la instancia formulada por D. Claudio , estimo la demanda interpuesta por la empresa Estampaciones Metálicas Pablo Domínguez, S.L. (actualmente Esmet Fabricados Metálicos S.L.) contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, y contra Claudio, se revoca la resolución de fecha 14 de junio de 2012 por la que se declaró la responsabilidad de la empresa actora por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente sufrido por D. Claudio, declarándose la improcedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo citado sean incrementadas en el 30% de la base reguladora".

TERCERO.- Por la representación Letrada de Don Claudio, 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 Cataluña de fecha 4-marzo-2014 (rollo 3812/2013). SEGUNDO.- Entiende que la sentencia objeto de recurso infringe lo dispuesto en el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L.P.R.L.), en relación con los arts. 16.2. b y 17.2 de la misma Ley , relativos al contenido del deber empresarial.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 18 de mayo de 2015, 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 para que formalizara 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 el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 27 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Impuesta a la empresa en vía administrativa el recargo del 30% ex art. 123 LGSS en las prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido en fecha 21-05-2007 por el trabajador ahora recurrente en casación unificadora, aquélla impugnó jurisdiccionalmente la citada resolución y su pretensión fue estimada en instancia. La sentencia de instancia (SJS/Castellón nº 1 de fecha 29-noviembre-2013 -autos 1055/2012) relata en sus hechos probados, siguiendo el Acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, sucesivos accidentes o recaídas sufridos por el demandado y distintas versiones sobre la forma de producirse el accidente de trabajo ahora cuestionado, sin concretar claramente la que estimaba realmente probada y sus circunstancias concurrentes, si bien en el FD 4º, con valor de concreción de los hechos probados, se afirma que el trabajador, como encargado de la sección de montajes en empresa dedicada a estampación metálica no férrea, efectuaba tareas de supervisión de los procesos productivos, organizando el reparto de material a los diferentes operarios, "si bien ocasionalmente debe ayudar a los operarios en el organización y distribución del material, ayudado por otros" y que el puesto de trabajo de operario de mantenimiento mecánico (sección mecanizado) que ocupaba presentaba el riesgo de manipulación manual de cargas, habiendo remitido la empresa una comunicación (06-11-2007), tras el accidente objeto de este litigio, en la que se le indicaba que se abstuviera de realizar movimientos de carga; así que, con anterioridad a dicho accidente, la empresa le hizo entrega de una información relativa a " Cómo conocer y proteger la espalda ", " en la que se detalla los procedimientos y posturas más ergonómicas, también a la hora de manipular y levantar pesos. Esta información podrá reputarse insuficiente a los efectos que nos ocupan, pero ninguna otra medida se ha acreditado que podrá haberse adoptado, teniendo en cuenta la exigencia física esporádica y que no se ha alegado (no acreditado) la ausencia en la empresa de herramientas útiles para el traslado de pesos. Cuestión distinta es que el demandante decidiese por comodidad manipular los objetos que se detallan en los partes de accidente de forma manual, a pesar del gran peso que se dice presentaban, más reprochable aun cuando consciente de

sus problemas de columna siguió manipulando pesos, todos por el mismo motivo y basada en la misma explicación”.

2.- Contra la anterior sentencia el trabajador accidentado interpuso recurso de suplicación, -- en el que no instó la revisión de los hechos declarados probados para que quedara, en su caso, perfectamente delimitada la forma y circunstancias en que se produjo el accidente --, y, en cuanto al fondo, argumentaba, en esencia, que la entrega del manual sobre " Cómo conocer y proteger la espalda " no es información suficiente y que es a la empresa a la parte que incumbe la carga de probar el que se había puesto a disposición del trabajador los medios adecuados para el levantamiento de dicho peso. La sentencia de suplicación (STSJ/Comunidad Valenciana 21-octubre-2014 -rollo 811/2014), ahora impugnada en casación unificadora por el referido trabajador, desestimó el recurso y, en cuanto al extremo ahora exclusivamente debatido, afirma que << En el presente supuesto se nos dice en los hechos probados de la sentencia recurrida, que el accidente se produjo cuando el trabajador, -con categoría profesional de encargado operador de maquinaria para trabajar metales-, cargó manualmente pesos, habiendo informado la empresa como proteger la espalda y disponiendo de carretillas elevadoras, debiéndose tener en cuenta que no estamos ante una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual la responsabilidad empresarial surgiría del hecho mismo del accidente, sino que, dada su vertiente sancionadora, es necesario que el accidente pueda ser imputado a la empresa a título, al menos, de culpa o negligencia como consecuencia de la infracción de normas de seguridad específicas o genéricas, pues de lo contrario, se haría de igual condición al empresario infractor que al que observa diligentemente el cumplimiento de las normas de seguridad, con el resultado perverso que es fácil imaginar. Por lo que no constando en el relato factico, -al que esta Sala queda vinculada, pues ni siquiera se interesa su revisión- que la empresa hubiese infringido normas de seguridad en el trabajo, no cabe apreciar que la sentencia de instancia haya incurrido en la infracción denunciada. Por lo que procede desestimar el recurso >>. Debemos constatar que existe discrepancia entre ambas sentencias respecto a la existencia o no en la empresa de carretillas elevadoras y que en el acta de infracción en que se fundamenta la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada las

infracciones imputadas a la empresa consistían en que: a) " el empresario no adoptó las medidas preventivas para evitar la manipulación manual de cargas por el trabajador accidentado cuando la empresa dispone de equipos de trabajo adecuados que evitaría tal manipulación manual " y b) que el trabajador que " aunque la empresa dispone de dos carretillas elevadoras para realizar este trabajo, en el momento en que se dispone a bajar el molde no podían utilizarlas, si bien, se encontraban en la empresa " (folio 60 y HP 1°).

3.- El recurrente invoca como contradictoria la STSJ/Cataluña 4-marzo-2014 (rollo 3812/2013). En dicha resolución:

a) En cuanto a la forma de producirse el accidente de trabajo y sus circunstancias, se sintetizan los inalterados HPs de la sentencia de instancia, señalando que << el accidente padecido por el trabajador se produce cuando se estaba procediendo a la instalación de una pieza prefabricada de hormigón con diseño de ventanas a una altura de unos 10 metros, pieza de 7,50 m de largo, por 2,50 m de ancho y 35 cm de grosor, con un peso de 4.900 Kg, siendo el accidentado, junto con otro compañero, los que se encargaron de la sujeción de la pieza en dos puntos, repartiendo por mitad el peso; para elevar esa pieza hasta el punto en que debía colocarse se utilizaba una grúa, habiéndose acreditado que a causa de la existencia en la parte superior del edificio de una especie de visera de hormigón, no era posible todo el juego vertical de la grúa, adoptando la empresa instaladora, de acortar las cadenas de sujeción de la pieza, utilizando unos limitadores, decisión que llevan a efecto el accidentado, junto con el Sr. ..., siguiendo las instrucciones del encargado; cada uno de los operarios se situó en una plataforma lateral elevada, a ambos lados de la pieza, que seguía elevándose mediante la grúa y guiándose desde abajo mediante una cuerda por otro operario; cuando la pieza ya estaba encajándose en el hueco de la fachada previsto, el enganche derecho cedió y aplastó la mano izquierda del Sr. ... [trabajador accidentado] contra la pieza colindante, constatando la Inspección de Trabajo que las piezas de enganche, cadenas y sujeciones estaban homologadas y no tenían deterioro ni irregularidad, por lo que la inadecuada

sujeción del amarre derecho, la decisión de acortamiento de las cadenas, no prevista, ni protocolizada en los planes de seguridad, es la que determina, a juicio de la Inspección, el accidente y resultado lesivo del mismo >>.

b) En cuanto al fondo del asunto, para mantener la responsabilidad ex art. 123 LGSS, se argumenta, en esencia, que << Atendiendo al modo en que se produjo el accidente, anteriormente descrito, debemos traer a colación la circunstancia de que la decisión de acortamiento de las eslingas o cadenas es adoptada en clara contravención de las normas de seguridad y prevención aprobadas por las empresas ..., en las que se contempla expresamente la prohibición de mover piezas prefabricadas con riesgos de atrapamientos o de caídas sobre los trabajadores, respondiendo tal decisión a la voluntad de salvar el obstáculo al íntegro desplazamiento vertical de la grúa que suponía el voladizo de la fachada; con independencia de que el acortamiento de las cadenas o eslingas sea o no un procedimiento habitual, de lo que no cabe duda es de que la sujeción de la pieza, el enganche de la misma, se hizo de forma incorrecta, pretendiendo la empresa que se haga recaer la responsabilidad en la existencia de una imprudencia compartida por parte del accidentado, su compañero y el encargado ..., imprudencia que, a su juicio, excluye la responsabilidad empresarial >>, pero concluye que << No puede compartir la Sala la tesis de la empresa recurrente, por cuanto en la operación de ascenso de la pieza prefabricada no se respeta el plan de seguridad aplicable, no constando que la empresa hubiera actuado conforme a las previsiones del artículo 15.4 de la LPRL que, en orden a lograr la efectividad de las medidas preventivas, impone a la empresa el deber de prever las distracciones o imprudencias no temerarias en que pudiera incurrir el trabajador ...; a juicio de la Sala, nos hallamos efectivamente ante una posible imprudencia profesional ..., distinta de la temeraria, y aquella puede servir para atenuar la responsabilidad de la empresa, pero en ningún caso para excluirla, pues aquella actitud poco diligente del trabajador no puede ocultar que, si la empresa hubiera adoptado las medidas de protección precisas, se hubiera preocupado de su mantenimiento adecuado, y hubiera vigilado efectivamente que las operaciones se efectuaran de la manera correcta, el accidente no se hubiera producido >>.

SEGUNDO.- 1.- Ciertamente, -- como se destaca, entre otras, en nuestra reciente STS/IV 27-abril-2016 (rcud 2943/2014) -, no se ha exigido por esta Sala de casación en los numerosos supuestos en los que ha entrado a conocer sobre la cuestión de fondo en materia de recargo de prestaciones una identidad fáctica extrema, pues de haber sido así nunca se hubiera podido conocer en casación unificadora de esta materia que, como todo lo relativo a la materia preventiva, afecta a la vida e integridad física de los trabajadores. Con tal fin era obligado elevar el análisis de la contradicción a la similitud de conductas de una y otra parte en cuanto afectan a la concreta forma de producirse el accidente y a la valoración jurídica de dichas conductas; observemos que, entre otras, en la STS/IV 12-julio-2007 (rcud 938/2006) para llegar a declarar la existencia de contradicción se determinaron los elementos precisos a tener en cuenta en el juicio de contradicción en dicho supuesto, razonando estrictamente que << La comparación entre los casos resueltos por ambas sentencias permite afirmar que entre las mismas concurre el presupuesto de contradicción, dado que en una y otra, de una parte los trabajadores han sido advertidos por el empleador de la forma y manera en que deben manejar la máquina, que utilizaban en el momento de sobrevenir el accidente, y, de otra, fue la carencia de medidas de adaptación a la protección requerida la que dio lugar a la lesión producida a operarios con cierta experiencia y práctica habitual >>.

2.- Pero, en cualquier caso, para llegar a determinar si concurre el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias exigido en el art. 219.1 LRJS para viabilizar el recurso de casación unificadora, se debe, centrándose en la cuestión objeto de debate y en la igualdad de las pretensiones, analizar si ante hechos sustancialmente iguales, tanto con respecto a la conducta del trabajador accidentado como con respecto a la insuficiencia de las medidas preventivas por una parte y por otra con relación a la concreta actividad empresarial sobre la suficiencia o no de las medidas preventivas existentes, para decidir, partiendo de esa identidad sustancial fáctica y de pretensiones, - y sin que suponga la que siempre se ha rechazado por esta Sala comparación "abstracta" de doctrinas ---, si resulta que la doctrina aplicada en la sentencia recurrida y en la de contraste son distintas.

3.- En el presente caso si acudiéramos directamente a analizar la doctrina aplicada por una u otra sentencias comparadas, -- efectuando esa vetada comparación " abstracta " de doctrinas --, realmente podía llegarse a la conclusión de que realmente existe esa diferencia radical, tanto más teniendo en cuenta que por esta Sala de casación se ha establecido reiteradamente como doctrina, -- con reflejo, entre otras, en la citada STS/IV 27-abril-2016 (rcud 2943/2014) --, que << En general, sobre la problemática de la carga de la prueba en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y su solución por la jurisprudencia de esta Sala, cuyo doctrina se refleja en el art. 96.2 LRJS , <<se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008), que "la propia existencia de un daño pudiera implicar ... 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]", aplicando la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual "la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual", 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" y que, en cuanto concretamente a la 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]" y 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", destacando expresamente que "La referida doctrina jurisprudencial se ha visto reflejada ulteriormente en el art. 96.2 LRJS ..., en el que 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" (STS/IV 27-enero-2014 -rcud 3179/2012); doctrina que se ha aplicado también, como posibilita el texto legal, en materia de recargo de prestaciones (entre otras, SSTS/IV 15-octubre-2014 -rcud 3164/2013) >> y que << De la doctrina anterior, especialmente sobre la admisibilidad de prueba en contrario, se deduce, claramente, que por esta Sala en esta materia no se aplica el principio de responsabilidad objetiva >>.

4.- No obstante en el presente caso, como pone también de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, ni siquiera de forma flexible puede llegarse a la conclusión de que existe igualdad sustancial en los hechos, pues aun dejando aparte las dudas que se suscita el supuesto analizado en la sentencia recurrida sobre las concretas circunstancias fácticas, del Acta de infracción no desvirtuada, con reflejo en los HPs, es dable deducir que en la empresa existía maquinaria para el levantamiento de piezas de determinado peso, que dicha actividad de esfuerzo de producía ocasionalmente y que el trabajador no utilizó dicha maquinaria sin que conste la causa, al no constar en los hechos probados inalterados, siendo dicho trabajador precisamente el encargado operador de maquinaria para trabajar metales; mientras que lo que se decide fundamentalmente en la sentencia de contraste es sobre las consecuencias de una orden empresarial a través del encargado dirigida al trabajador accidentado para que realice una concreta actuación no habitual y con riesgos no evaluados " por lo que la inadecuada sujeción del amarre derecho, la decisión de acortamiento de las cadenas, no prevista, ni protocolizada en los planes de

seguridad, es la que determina, a juicio de la Inspección, el accidente y resultado lesivo del mismo ".

5.- Procede, por tanto, en esta fase procesal, desestimar el recurso de casación unificadora. Sin 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 Don Claudio, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 21-octubre- 2014 (rollo 811/2014) recaída en el recurso de suplicación formulado por la empresa "ESTAMPACIONES METÁLICAS PABLO DOMÍNGUEZ, S.L." (Actualmente "ESMET FABRICADOS METÁLICOS, S.L.") contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón en fecha 29-noviembre-2013 (autos 1055/2012) en procedimiento seguido a instancia de la empresa anteriormente citada contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) y contra el trabajador ahora recurrente. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 19 DE ABRIL DE 2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación de la Federación de Industrias y Trabajadores Agrarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT) se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia por la que se <<declare la nulidad del Plan de Formación de 2014 de la empresa CLH, elaborado y realizado por la empresa, debiendo declararse que la elaboración del mismo, en los términos que establece el artículo 24 del Convenio Colectivo de CLH , debe ser llevada a cabo por la Comisión de Formación, condenando a la empresa CLH, SA a estar y pasar por tal declaración.>>

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 16 de octubre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: <<Desestimamos la demanda formulada por el sindicato FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE UGT a la que se adhieren los sindicatos CCOO y CGT y absolvemos a la demandada COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS CLH S.A. de las pretensiones deducidas en su contra.>>

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

<<1º.- El convenio colectivo de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH SA, publicado en BOE de 20-6-11, dispone en su art. 24: Formación profesional. La formación profesional dentro de la Compañía se orientará a conseguir el pleno empleo para el conjunto de los trabajadores y lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos en la misma. Para conseguir estos objetivos así como para el seguimiento y verificación de los resultados, existirá una Comisión de Formación, que contará con el asesoramiento y asistencia de los servicios de formación de la Compañía. Esta Comisión estará integrada por 8 miembros, de los que 4 serán nombrados por la dirección de la Compañía y los 4 restantes por las Secciones Sindicales referidas en el número 4 del artículo 78 del Convenio, actuando como Presidente el que a tal efecto sea designado por la empresa. La citada comisión se reunirá trimestralmente, levantándose acta en relación con la elaboración y seguimiento de las acciones formativas. Para el desarrollo de los respectivos programas de formación se estará a lo siguiente:

1.º Elaboración del Plan de Formación: Detectar necesidades formativas. Estudio y confección dentro de las acciones formativas que se consideren necesarias llevar a cabo. Definir las personas a las cuales irán destinadas las distintas acciones formativas de los planes de formación, así como concretar los perfiles profesionales de partida y final. Determinar las características de la formación: Interna o externa. Autoformación. Etc.

2.º Seguimiento del Plan de Formación: Realización, control y verificación del diseño definido, tanto en el contenido de las propias acciones formativas como en las personas implicadas en las mismas. Control de las personas asistentes previamente definido. Priorizar, en función de las necesidades, las distintas acciones formativas, pudiéndolas modificar o ampliar en cada caso. Control presupuestario del Plan de Formación.

3.º Verificación del Plan de Formación: Definir las fórmulas que permitan obtener una evaluación fiel de los resultados de las acciones formativas.

En los casos de formación obligatoria, a determinar por la Comisión de Formación, las horas que excedan de la jornada de trabajo se compensarán con descanso de idéntica duración y con el abono de una compensación económica con un importe por hora de 7,43 euros durante 2010 y 7,55 euros durante 2011. En los cursos de formación en los que la jornada lectiva coincida con alguno de los días de descanso que el trabajador tenga establecidos en cuadrante, se devengará el derecho a disfrutar de un descanso compensatorio equivalente a una jornada completa de trabajo y al abono de la compensación económica indicada en el párrafo anterior, en número de horas asimismo equivalente a una jornada completa de trabajo, independientemente de cuál hubiera sido la duración de la jornada lectiva dicho día, si esta hubiera sido menor. Caso de que la duración de la jornada lectiva excediera de la duración de una jornada ordinaria de trabajo, se abonarán las horas efectivamente empleadas. Si además de coincidir la jornada lectiva con día de descanso, se trata del último día del curso y el trabajador retorna a su localidad de origen ese mismo día, percibirá la compensación adicional en comisión de servicio prevista en el apartado b) del artículo 103 del vigente convenio colectivo; 2º.- La Comisión de Formación, en representación de los trabajadores, está formada por dos representantes de UGT, uno de CCOO y otro de CGT; 3º.- En acta de 16-10-2013 de la comisión del plan de formación UGT propuso cursos sobre fibra óptica para el personal CPM, office para administrativos y de inglés para el personal de control de entrada; 4º.- En diciembre de 2013 CLH remitió a la comisión de formación el borrador del plan para 2014 comprensivo de las siguientes materias: 1 SEGURIDAD, PREVENCIÓN Y MEDIO AMBIENTE 2 CONOCIMIENTO Y APLICACIÓN TÉCNICA 3 CALIDAD E INNOVACIÓN 4 INFORMÁTICA 5 ECONÓMICO-FINANCIERO 6 COMERCIAL 7 RSC, COMUNICACIÓN Y RELACIONES INSTITUCIONALES 8 CONOCIMIENTO JURÍDICO - LEGAL Y AUDITORÍA 9 RECURSOS HUMANOS 10 HABILIDADES COMPETENCIALES 11 IDIOMAS 12 SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS; 5º.- Recibido el borrador del mismo se trata en la reunión de la comisión de 12-12-2013 en los términos siguientes: La RS de

UGT cita literal: "Ante el borrador de formación presentado por la empresa, no estamos de acuerdo por no contar con la otra parte en la elaboración de dicho plan, tal como establece el Art. 24 del vigente convenio colectivo en sus puntos de elaboración, seguimiento y verificación". La RS matiza su disconformidad haciendo referencia a su desacuerdo en cuanto a los colectivos a los que van destinadas las acciones formativas. Asimismo solicitan no se modifiquen unilateralmente los colectivos a los que va destinado cada curso durante la ejecución del plan, ya que dicho plan estaba aprobado por la Comisión de Formación. La RE contesta que ha elaborado un borrador resultado de la compilación de las necesidades formativas enviadas por cada una de las áreas. Es este el documento presentado, como en años anteriores, a la Comisión de Formación. Por tanto, entendemos como incorrecta y no procedente la manifestación realizada por la parte social. La RE solicita a la RS que manifieste concretamente aquellos cursos en los que está en desacuerdo en cuanto a los colectivos, ya que precisamente se acordó el plazo de una semana y la celebración de esta reunión extraordinaria para que la parte social concretara sus sugerencias, comentarios y disconformidades, siempre sin menoscabo de las ya aportadas en la reunión anterior. Por otro lado clarifica de nuevo que el documento es borrador. La RS de UGT manifiesta que los cursos planteados en tiempo y forma por dicha representación no se han tenido en consideración. La RE responde que las tres peticiones realizadas por UGT en la citada acta de 16.10.2013 han sido tenidas en cuenta y contempladas en el borrador del plan de formación entregado y del que esperan sugerencias, propuestas, comentarios, etc. Del mismo modo, se puso en marcha la solicitud efectuada por CGT en la misma reunión. Antes del día 20.12.2013 la RS se compromete a indicar por escrito aquellos cursos en los que está en desacuerdo en cuanto a los colectivos a los que va destinado y la empresa responderá a la mayor brevedad posible y siempre antes del 21.01.2014, fecha de celebración del próximo CISS, incluso llega a plantear que con el esfuerzo de todos podría quedar sustanciado la semana próxima. La RE manifiesta también su inquietud, como en reuniones anteriores, por el tema de los plazos y anima a la comisión a ganar en agilidad tras los retrasos producidos por la parte social después de tres requerimientos a lo largo de más de un mes por le RE para propiciar una reunión de trabajo previa a la del CISS de diciembre enfocado a trabajar en la elaboración del Programa Formativo nº 1 correspondiente a Seguridad, prevención y Medioambiente. La RS de UGT manifiesta

que los cursos de seguridad tienen que pasar por el CISS y cuando se aprueban en esta, se pasará a la comisión de formación, asimismo solicita que el borrador del Plan de Formación en años sucesivos se entregue en la tercera reunión del año para poder elaborar dicho plan como marca el Art. 24 del convenio colectivo. La RE manifiesta su desacuerdo con lo comentado por la RS y plantea que aun entendiendo el paso del programa formativo por el CISS entiende que se podría haber realizado un trabajo previo como solicitó a la parte social al objeto de llevar al citado comité un documento más trabajado; 6º.- A dicha reunión le suceden otras los días 28-1, 19-3 y 11-6-2014 cuyo contenido se da por reproducido; 7º.- Promovida por UGT acto de conciliación ante el SIMA que concluyó finalmente sin acuerdo, el 18-6-2014 CLH remite escrito a la comisión paritaria del convenio precisando su postura con relación al plan de formación de 2014, escrito que obra al hecho 4º de la demanda y se da por reproducido. Se han cumplido las previsiones legales. >>

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la Federación de Industrias y Trabajadores Agrarios de la Unión General de Trabajadores (FITAG-UGT), siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la parte recurrida y personada CLH, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Pretensión y sentencia recurrida.-

Por la Federación de Industrias y Trabajadores Agrarios de la Unión General, de Trabajadores (FITAG-UGT), se formula demanda de Conflicto Colectivo, a la que se han adherido los Sindicatos CCOO y CGT, contra la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH SA, en la que se interesa que se "declare la nulidad del Plan de Formación de 2014 de la empresa CLH, elaborado y realizado por la empresa, debiendo declararse que la elaboración del mismo, en los términos que establece el artículo 24 del Convenio Colectivo de CLH , debe ser llevada a cabo por la Comisión de Formación, condenando a la empresa CLH, SA a estar y pasar por tal declaración".

La sentencia de instancia, dictada por la Sala Social de la Audiencia Nacional de fecha 16 de octubre de 2014 (proc. 215/2014), desestima la demanda, en base a que el cumplimiento de la obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales y otra de naturaleza obligatoria para la empresa, no puede condicionarse a que se alcance un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, y el art. 24 del convenio de empresa no prevé que la formación haya de ser necesariamente pactada en el seno de la comisión paritaria, ni siquiera para aquella que legalmente no es obligatoria para la empresa.

SEGUNDO.- Recurso de Casación ordinaria.-

1.- Contra la referida sentencia se formaliza recurso de casación ordinario por FITAG-UGT, articulando un único motivo de recurso, al amparo del art. 207 e) de la LRJS por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, denunciando la infracción de lo dispuesto en el art. 24 del vigente Convenio Colectivo de la empresa CLH y su personal (2010- 2015), publicado en el BOE de 20 de junio de 2011, artículos 3.1 y 1281 del Código Civil sobre interpretación de normas y contratos respectivamente, y la doctrina legal aplicable a la interpretación de los convenios colectivos, recogida, entre otras, en las sentencias que cita.

Entiende la parte recurrente, contrariamente a lo señalado en la sentencia recurrida, que la elaboración del Plan de Formación, en los términos que establece el art. 24 del Convenio Colectivo de CLH, debe ser llevada a cabo por la Comisión de Formación que establece este mismo artículo, por lo que ha de declararse la nulidad del Plan de Formación de 2014 de la empresa CLH elaborado y realizado por la empresa unilateralmente.

2.- El recurso es impugnado por la empresa demandada que interesa su desestimación y confirmación de la sentencia recurrida.

3.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de estimar que el recurso era improcedente.

4.- Procede resolver el único motivo del recurso de casación formulado por la parte recurrente.

La cuestión litigiosa ha quedado centrada y delimitada a determinar si en el supuesto de la formación que el empresario debe impartir legalmente, puede o no condicionarse el cumplimiento tal obligación al requisito previo de que se alcance un acuerdo con la representación de los trabajadores.

De conformidad con el art. 24 del Convenio Colectivo de la Compañía Logística de Hidrocarburos CLH SA (BOE 20/06/2011) en relación con la formación:

“Formación profesional.

La formación profesional dentro de la Compañía se orientará a conseguir el pleno empleo para el conjunto de los trabajadores y lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos en la misma. Para conseguir estos objetivos así como para el seguimiento y verificación de los resultados, existirá una Comisión de Formación, que contará con el asesoramiento y asistencia de los servicios de formación de la Compañía.

Esta Comisión estará integrada por 8 miembros, de los que 4 serán nombrados por la dirección de la Compañía y los 4 restantes por las Secciones Sindicales referidas en el número 4 del artículo 78 del Convenio, actuando como Presidente el que a tal efecto sea designado por la empresa. La citada comisión se reunirá trimestralmente, levantándose acta en relación con la elaboración y seguimiento de las acciones formativas.

Para el desarrollo de los respectivos programas de formación se estará a lo siguiente:

1.º Elaboración del Plan de Formación: Detectar necesidades formativas. Estudio y confección dentro de las acciones formativas que se consideren necesarias llevar a cabo .Definir las personas a las cuales irán destinadas las distintas acciones formativas de los planes de formación, así como concretar los perfiles profesionales de partida y final. Determinar las características de la formación: Interna o externa. Autoformación. Etc.

2.º Seguimiento del Plan de Formación: Realización, control y verificación del diseño definido, tanto en el contenido de las propias acciones formativas como en las personas implicadas en las mismas. Control de las personas asistentes previamente definido. Priorizar, en función de las necesidades, las distintas acciones formativas, pudiéndolas modificar o ampliar en cada caso. Control presupuestario del Plan de Formación.

3.º Verificación del Plan de Formación: Definir las fórmulas que permitan obtener una evaluación fiel de los resultados de las acciones formativas.

En los casos de formación obligatoria, a determinar por la Comisión de Formación, las horas que excedan de la jornada de trabajo se compensarán con descanso de idéntica duración y con el abono de una compensación económica con un importe por hora de 7,43 euros durante 2010 y 7,55 euros durante 2011.

En los cursos de formación en los que la jornada lectiva coincida con alguno de los días de descanso que el trabajador tenga establecidos en cuadrante, se devengará el derecho a disfrutar de un descanso compensatorio equivalente a una jornada completa de trabajo y al abono de la compensación económica indicada en el párrafo anterior, en número de horas asimismo equivalente a una jornada completa de trabajo, independientemente de cuál hubiera sido la duración de la jornada lectiva dicho día, si esta hubiera sido menor.

Caso de que la duración de la jornada lectiva excediera de la duración de una jornada ordinaria de trabajo, se abonarán las horas efectivamente empleadas.

Si además de coincidir la jornada lectiva con día de descanso, se trata del último día del curso y el trabajador retorna a su localidad de origen ese mismo día, percibirá la compensación adicional en comisión de servicio prevista en el apartado b) del artículo 103 del vigente convenio colectivo".

Por otro lado, el art. 64.5 ET establece que: "El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de

las decisiones tomadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: ... e) los planes de formación profesional en la empresa".

Nos encontramos pues, ante dos distintas situaciones que coexisten y que son compatibles. La intervención de la representación de los trabajadores prevista en el art. 64.5 ET se concreta en la elaboración de un informe previo a su implantación; y lo acordado entre las partes en el art. 24 de la norma convencional ahora en cuestión, no permite, atendiendo al contexto legal citado, considerar la pretendida existencia de necesaria participación de los demandantes en la toma de decisiones en materia de formación, y deviene inadmisibile a partir del texto, la necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores o pacto en el seno de la Comisión para el caso de la formación que es legalmente obligatoria para la empresa. La posibilidad de sometimiento de los planes y acciones de formación profesional al requisito de un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores solamente es posible respecto de aquellas acciones formativas que el empresario no está obligado a desarrollar.

Como señala la sentencia recurrida, y resalta el informe del Ministerio Fiscal, " de la lectura de la norma, interpretada por los precedentes de años anteriores, no se deduce tampoco que para otro tipo de acciones formativas no obligatorias para el empresario resulte una obligación de acuerdo con la representación de los trabajadores, sin el cual la formación devenga ilícita. En ninguna parte del texto del convenio se exige el pretendido acuerdo y cuando la norma convencional diseña el contenido de las fases de elaboración, seguimiento y verificación del plan de formación, se limita a concretar los aspectos en los que los demandantes deben ser informados y consultados, pero no les atribuye facultades en orden a constituirse en sujetos que ostenten capacidad decisoria en la materia. Y dado que además, éste ha sido el modo de operar en años precedentes (téngase en cuenta que el convenio a debate es de 2011), no cabe admitir la pretensión en los términos que se ejercita y la demanda se debe desestimar".

Atendiendo a las circunstancias del caso, la Sala comparte la solución dada por la sentencia recurrida en la interpretación de la norma convencional.

Por otra parte, en orden a la interpretación de los convenios colectivos esta Sala tiene declarado, entre otras en la STS 5-abril- 2010 (rco 119/2009) y en las que en ella se citan, que: "a) el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3 , 4 y 1281 a 1289 CC (así, recientemente, SSTS 03/12/08 -rco 180/07 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 21/07/09 -rco 48/08 -; 21/12/09 -rco 11/09 -; y 02/12/09 -rco 66/09 -); b) la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico (así, SSTS 16/01/08 -rco 59/07 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -), junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (por ejemplo, SSTS 26/11/08 -rco 95/06 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; y 27/01/09 -rcud 2407/07 -); y c) las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical; o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes (aparte de otras muchas, SSTS 16/01/08 -rco 59/07 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 03/12/08 -rco 180/07 -; 21/07/09 -rco 48/08 -; 21/12/09 -rco 11/09 -; 02/12/09 -rco 66/09 -) ".

Asimismo, entre otras, en la STS/IV de 22 de enero de 2013 (rec. 60/2012), que con remisión a consolidada doctrina señala: "[...] Así en nuestra sentencia de 23 de septiembre de 2010 (Rec. 206/09), reproducida por la de 11 de noviembre de 2010 (Rec.

23/2010) dijimos: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).- No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 -rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".

A su vez, en la Sentencia de 18 de Mayo de 2010 (rec. 171/09) argumentábamos: ".....como reiteradamente ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo -entre otras, STS de 27 de abril de 2001 (rec. 3538/2000), es doctrina constante de este Tribunal (sentencias de 12 de noviembre de 1993 , 3 de febrero y 21 de julio de 2000, con cita de igual doctrina de la Sala Primera) " que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual ". A ello añade la sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1997 (recurso 3588/96), matiza " que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes ".

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos nos lleva a desestimar el recurso, por cuanto la interpretación que del art. 24 del Convenio Colectivo de aplicación hace la sentencia recurrida es acorde con la literalidad del precepto

interpretado y la intención de las partes firmantes del mismo, según el inatacado relato de hechos probados. Los términos del Convenio son claros, y no dejan lugar a dudas sobre cuál fue la intención de los firmantes, como con acierto señala la sentencia recurrida haciendo una interpretación sistemática, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, al no apreciarse que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

Por cuanto antecede, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal se impone la desestimación del recurso, confirmando la sentencia recurrida. Sin 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 interpuesto por la FEDERACIÓN DE INDUSTRIAS Y TRABAJADORES AGRARIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (FITAG-UGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 16 de octubre de 2014, en el procedimiento núm. 215/2014, seguido a instancias del recurrente, contra COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS CLH SA, SECCIÓN SINDICAL DE CC.OO. EN CLH y SECCIÓN SINDICAL DE CGT EN CLH, sobre Conflicto Colectivo; confirmando la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas.

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.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE FEBRERO DE
2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la representación legal del "Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo" (CGT), se formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare: " que la interpretación y aplicación que hacen la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. y la Mutua 'MUPRESA', consistente en declarar los accidentes como no laborales utilizando para ello el informe de la investigación de accidente de trabajo es ilegal por infringir preceptos legales y reglamentarios, y que la interpretación y aplicación que hacen la empresa demandada del derecho a la información de los delegados de prevención consistente falta de previsión del derecho a los delegados de prevención de acceso a la documentación de la investigación del accidente como parte de la documentación preventiva es ilegal por infringir preceptos legales y reglamentarios; todo ello de acuerdo con los hechos y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda y por ser ajustados a Derecho, condenándose a la demandada a estar y pasar por dicha declaración ".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de conflicto colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 30 de octubre de 2014 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: "En el procedimiento 226/2014, seguido por demanda del Sindicato Federal de Correos y

Telégrafos de la Confederación General del Trabajo (CGT), contra la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. y contra la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Fraternidad Muprespa, así como, en cuanto legitimados, CC.OO., UGT., Sindicato Libre de Correos y CSI-CSIF, sobre conflicto colectivo. Desestimamos las excepciones opuestas por la Abogacía del Estado de falta de legitimación activa del sindicato actor y de falta de legitimación pasiva de la sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A. respecto de la primera pretensión (calificación de la contingencia). Y, en relación con el fondo de la misma, desestimamos esa primera pretensión. En relación con la segunda pretensión, estimamos la excepción de falta de legitimación pasiva de la Mutua demandada y, entrando en el fondo de la pretensión, estimamos la misma y declaramos que los delegados de prevención tienen derecho a acceder a los informes y documentos resultantes de la investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales realizada por la empresa”.

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero.- La Confederación General del Trabajo tiene como mínimo un 9,28% de los representantes unitarios de personal en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. Segundo.- La sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A. está asociada para la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus trabajadores a la Mutua de Accidentes de Trabajo Fraternidad Muprespa. Tercero.- Para la atención sanitaria por los servicios de la Mutua Fraternidad Muprespa de los trabajadores de la sociedad estatal, cuando sufren algún accidente de trabajo o enfermedad profesional, la Mutua exige que éstos presenten a sus servicios sanitarios un 'volante de solicitud de asistencia' expedido por la empresa a través de los responsables de la unidad o dependencia en la que preste servicios el trabajador accidentado. Con independencia de ello la Mutua posteriormente acepta o no la contingencia como accidente de trabajo o enfermedad profesional o bien entender que se trata de accidente no laboral o enfermedad común, para su atención por los servicios públicos de salud. Cuarto.- Cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional la sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A. lleva a cabo una investigación del mismo siguiendo unos criterios internos establecidos conocidos como protocolo PR00004, lo

que culmina en la emisión de un informe interno. La empresa no proporciona copia de este informe a los delegados de prevención ni a los demás representantes de los trabajadores. Se han cumplido las previsiones legales”.

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpusieron sendos recursos de casación, uno por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la "Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A." y otro por el Letrado Don Lluç Sánchez Bercedo, en nombre y representación del "Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo" (CGT), formalizándose los correspondientes recursos y, articulándolos en los motivos siguientes: Con respecto al recurso interpuesto por el Abogado del Estado: Primero.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia extra petita. 1. El primer motivo de casación se formula al amparo del artículo 207.c) de la LJS, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en relación con los arts. 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), y 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), por incongruencia extra petita. Segundo.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia o incoherencia internas. 1. El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 207.c) de la LJS, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en relación con los arts. 218.2 de la LEC y 24.1 de la CE, por incongruencia o incoherencia internas. Tercero.- Error en la apreciación de la prueba respecto al hecho probado primero. 1. El tercer motivo de casación se formula al amparo del art. 207.d) de la LJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador. Cuarto.- Error en la apreciación de la prueba respecto al HP cuarto. 1. El cuarto motivo de casación se formula al amparo del art. 207.d) de la LJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador. Quinto.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico respecto a la legitimación activa del sindicato demandante. 1. El presente motivo de casación se formula al amparo del art. 207.e) de la LJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en

relación (i) con los arts. 17.1 y 2 y 154.a) de la LJS y 10 de la LEC; (ii) 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertas Sindical (en adelante, LOLS), y 3 y 4 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical (en adelante, Ley 19/1977); y (ii) con la jurisprudencia. Sexto.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia respecto del derecho de información. 1. El presente motivo de casación se formula al amparo del art. 207.e) de la LJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con los arts. 36.2.c), por un lado, y 36.2.b, 23 y 16, por otro lado, de la LPRL; 6 del RSP; 18 de la CE; 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), y demás que serán citados. Y por la representación del "Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General del Trabajo" (CGT): Primero: Al amparo del art. 207.d) de la Ley 36/20: octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Solicitando la modificación del Hecho Probado Tercero de la sentencia, por error en la valoración de la prueba documental practicada. Segundo: Con fundamento en lo dispuesto en el artículo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se denuncia por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Vulneración del Protocolo PR004 de Procedimiento de Investigación de Accidentes de Trabajo y los artículos 92, 113 y 114 del el III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S .A., Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en virtud del RD de 13 de Diciembre. La Sentencia recurrida en su Fundamento de Derecho quinto considera que como no se ha acreditado que la Mutua recibe previamente información de la empresa sobre el accidente la pretensión de la demanda ha de desestimarse por falta de sustento fáctico.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos,

señalándose para la votación y fallo el día 18 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1.- Por el " Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación General de Trabajo " (CGT) se presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra la empresa " Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A ." , la " Fraternidad-Muprespa, Mutua Colaboradora con La Seguridad Social nº 275 ", la " Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras " (CC.OO.), la " Federación de Servicios Públicos-Sector Postal de la Unión General de Trabajadores" (UGT), el "Sindicato Libre de Correos y Telecomunicaciones "(SL) y la "CSI-CSIF Sector Postal", en la que se formulaban, en esencia, dos pretensiones tendentes a que se declarara que: a) la interpretación y aplicación que hacen la Sociedad Estatal y la Mutua, "consistente en declarar los accidentes como no laborales utilizando para ello el informe de la investigación de accidente de trabajo es ilegal por infringir preceptos legales y reglamentarios"; y b) "la interpretación y aplicación que hace la empresa demandada del derecho a la información de los delegados de prevención consistente falta de previsión del derecho a los delegados de prevención de acceso a la documentación de la investigación del accidente como parte de la documentación preventiva es ilegal por infringir preceptos legales y reglamentarios".

2.- La sentencia de instancia (SAN 30-octubre-2014 -autos 226/2014), -- tras desestimar con carácter general la excepción de falta de legitimación activa del Sindicato actor opuesta por la Sociedad estatal --, resuelve:

a) Con respecto a la primera pretensión (calificación de la contingencia), -- desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Sociedad

estatal --, no estima la pretensión actora. Parte para llegar a tal conclusión de su HP 3º en el que declara probado que << Para la atención sanitaria por los servicios de la Mutua Fraternidad Muprespa de los trabajadores de la sociedad estatal, cuando sufren algún accidente de trabajo o enfermedad profesional, la Mutua exige que éstos presenten a sus servicios sanitarios un "volante de solicitud de asistencia" expedido por la empresa a través de los responsables de la unidad o dependencia en la que preste servicios el trabajador accidentado. Con independencia de ello la Mutua posteriormente acepta o no la contingencia como accidente de trabajo o enfermedad profesional o bien entender que se trata de accidente no laboral o enfermedad común, para su atención por los servicios públicos de salud >> y argumentando, en esencia, que << no se ha considerado acreditado ese hecho, esto es, el acceso por parte de la Mutua al informe de investigación del accidente y por ello esta pretensión de la demanda ha de desestimarse por falta de todo sustento fáctico. No es éste el procedimiento adecuado, ni siquiera se pretende que lo sea, para hacer una declaración general sobre cuál ha de ser el procedimiento de tramitación de los accidentes de trabajo por la Mutua demandada, procedimiento recientemente modificado por el Real Decreto 625/2014, cuyo artículo 3 contiene hoy la regulación relevante al respecto, y que sería de aplicación por la Mutua para ésta y para cualquier otra empresa asociada. En definitiva la pretensión, dirigida específicamente para el caso de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, está estrictamente vinculada a una supuesta conducta como es la remisión del informe de investigación del accidente que no consta acreditada >>.

b) Con respecto a la segunda pretensión (derecho de los delegados de prevención a acceder a los informes de investigación de accidentes de trabajo realizados por la empresa), la sentencia de instancia, -- tras estimar la falta de legitimación pasiva de la Mutua demandada, partiendo de que en nada le afecta jurídicamente ese conflicto sobre el derecho a la información de los representantes de los trabajadores en la sociedad estatal --, estima la pretensión actora y declara que " los delegados de prevención tienen derecho a acceder a los informes y documentos resultantes de la investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales realizada por la empresa".

3.- La sentencia de instancia es recurrida en casación ordinaria tanto por el Sindicato demandante como por la Sociedad estatal empleadora, pretendiendo, en esencia, el Sindicato que se estime también la primera de las pretensiones de su demanda que fue rechazada íntegramente en instancia, y la empleadora que, en definitiva, por las una u otra de las diversas causas que alega, se rechace por motivos procesales o de fondo la demanda. Por razones de claridad y sistemáticas, analizaremos ambos recursos atendidas separadamente las respectivas pretensiones de la demanda a que se refieren, empezando por lo relativo a la falta de legitimación activa del Sindicato actor que formula en su recurso la empleadora por afectar, en su caso, a ambos pronunciamientos o pretensiones.

SEGUNDO.- 1.- La empleadora, tras combatir por la vía del art. 207.d) LRJS el HP 1º de la sentencia de instancia (<< La Confederación General del Trabajo tiene como mínimo un 9,28% de los representantes unitarios de personal en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.>>), pretendiendo su modificación ("La Confederación General del Trabajo (CGT) presentó candidaturas en el último proceso electoral realizado en Correos y Telégrafos. S.A. en 2011 en las distintas provincias y tiene un 9,28% de los representantes unitarios de personal en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. El Sindicato CGT tiene estatutos sindicales y personalidad jurídica diferenciada del Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de CGT"), con pretendido apoyo en sus documentos nº 3 a 6 y el nº 1 de la parte actora, para intentar acreditar que " queda claro que CGT tiene un representatividad propia en la empresa, pero no la tiene el demandante, es decir el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de CGT, el cual tiene, en cambio, personalidad propia y distinta de CGT y carece de legitimación activa en este proceso " (motivo 3º recurso empresarial); denuncia luego, consecuentemente, por el cauce procesal del art. 207.e) LRJS , que la sentencia de instancia ha infringido los arts. 17.1 y 2 y 154.a) LRJS , 10 LEC , 6 y 7 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), 3 y 4 Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical, para que se declare, en definitiva, que " el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT carece de legitimación activa para reclamar la atribución de derechos informativos que se ventila en este proceso, ya que dicha

legitimación corresponde al Sindicato CGT, que es quien tiene la suficiente implantación en el ámbito del conflicto" (motivo 5º recurso empresarial).

2.- La sentencia de instancia para desestimar la excepción de falta de legitimación activa del sindicato demandante, por afirmarse que la representación en la sociedad estatal la tendría el sindicato Confederación General del Trabajo, por tener personalidad jurídica diferente del sindicato demandante, argumenta, en esencia, con relación al aspecto fáctico y a la solución jurídica, que:

a) Sobre el contenido del HP 1º, que <<En cuanto a la estructura interna del sindicato CGT y del Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT y las relaciones entre ambos, la carga de la prueba se atribuye íntegramente a la Abogacía del Estado que alega la diferencia entre ambas organizaciones y su separación jurídica, puesto que se trata de una excepción que opone en el acto del juicio y sin previo anuncio de la misma que permita exigir a la parte actora la preparación de una prueba sobre su estructura interna como sindicato. Para acreditar cuál sea esa estructura, con efectos frente a terceros, sería preciso aportar los estatutos de los sindicatos completamente actualizados y certificados por la oficina pública competente en relación con la fecha correspondiente, puesto que no cabe olvidar que el procedimiento para la constitución del sindicato es el mismo que ha de aplicarse, también en cuanto al registro y publicidad, para la modificación de los estatutos de las organizaciones sindicales ya constituidas (art. 4.8 LOLS). Por consiguiente en este caso esta Sala no puede considerar acreditado, como pretende la Abogacía del Estado, la CGT y el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT sean dos organizaciones sindicales distintas y separadas, con personalidades jurídicas diferenciadas, frente a la tesis de la parte demandada, según la cual la organización sindical Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la CGT tendría personalidad jurídica pero al mismo tiempo estaría confederada dentro del sindicato CGT, también con personalidad jurídica >>; y

b) En cuanto a la problemática de la legitimación activa cuestionada, que <<Para resolver la cuestión hay que partir de que la LOLS en su art. 2.2 reconoce a las organizaciones sindicales, como parte esencial del derecho fundamental de libertad sindical del art. 28.1 LOLS [CE] , el derecho de autoorganización, consistente en la posibilidad de redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción y así mismo constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas. La separación de personalidades jurídicas entre dos organizaciones sindicales confederadas o federadas entre sí no tiene la relevancia que pretende conferir a ello la Abogacía del Estado cuando se trata de determinar la representatividad de un sindicato dentro de un determinado ámbito, representatividad que es la que, en definitiva, confiere la legitimación para el conflicto colectivo. Dentro de la LOLS, la existencia de diferentes sindicatos federados en otros se estima una forma válida de organización e incluso a efectos de representatividad se considera a tales sindicatos de manera unitaria, independientemente de que gocen o no de personalidad jurídica, de manera que frente a terceros no cabe diferenciar estrictamente a dos personas jurídicas pertenecientes a la estructura del mismo sindicato en diferentes niveles. Así la mayor representatividad sindical en el nivel estatal se comunica a "los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa" (art. 6.2.b LOLS) y la mayor representatividad en el nivel de Comunidad Autónoma se comunica a "los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa" (art. 7.1.b LOLS). Debe llamarse la atención sobre el hecho de que en estos supuestos de federación o confederación, la Ley Orgánica atribuye el concepto de "organización sindical" a la confederación, que engloba bajo su paraguas a distintos "sindicatos o entes sindicales", independientemente de su personalidad jurídica. Aún más, esta consideración unitaria se refuerza impidiendo adquirir la condición de más representativos en un ámbito estrictamente autonómico a los sindicatos que "estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal", esto es, del mero hecho de la federación o confederación se deduce su absorción bajo la organización sindical estatal y ello obliga a adquirir la mayor representatividad en aquel

ámbito estatal, no siendo posible que el sindicato que forme parte de una organización sindical estatal adquiriera la mayor representatividad en un ámbito autonómico aislado (art. 7.1.a LOLS). Esta consideración unitaria impide distinguir, a efectos de exigencia de legitimación activa en el proceso (legitimación activa que se fundamenta precisamente en la implantación y representatividad del sindicato en el correspondiente ámbito conflictivo), entre los distintos sindicatos o entes sindicales, con o sin personalidad jurídica, que forman parte de la misma organización sindical en sentido amplio. Por ello la excepción planteada por la Abogacía del Estado ha de ser desestimada>>.

3.- El Ministerio Fiscal en su preceptivo informe hace suyos los referidos argumentos de la sentencia impugnada, instando que se desestimen los motivos tercero (por no existir ningún error patente por parte del Juzgador) y quinto (manteniendo la no diferenciación organizativa sindical) del recurso empresarial.

4.- En parecido sentido se pronuncia el Sindicato demandante en su impugnación del recurso empresarial, tanto en cuanto a la pretendida modificación del HP 1º ("Para acreditar cuál es la estructura interna de un sindicato se deben presentar los estatutos actualizados y certificados por la oficina pública correspondiente. La Abogacía del Estado presentó unas copias incompletas de unos estatutos desactualizados y derogados por congresos estatales de la CGT posteriores. Por ello, la sentencia acierta al declarar que no se puede tener por acreditado lo que pretende la Abogacía del Estado y mucho menos modificar los fundamentos fácticos en virtud de una documental que ya ha sido valorada por la Sala de instancia "), como en cuanto a la pretensión de dualidad sindical (" la LOLS estima como una forma válida de organización la federación o confederación de sindicatos considerando estas federaciones o confederaciones de manera unitaria").

5.- Se asumen por esta Sala los expuestos argumentos para no admitir la revisión fáctica, pues los documentos invocados, -- respecto de los que, a pesar de la extensión

de alguno de ellos, ni siquiera se concreta en que precisos extremos de los mismos se fundamenta su pretensión revisora, sin que sea función de esta Sala elegir los posibles apartados de aquéllos en los que pudiera fundarse la tesis del recurrente (pues << la remisión genérica a unos documentos no es admisible jurídicamente para pretender una revisión fáctica pues la Sala de casación no debe construir el recurso de la parte, sin que, como le era legalmente exigible para que prosperara este motivo, la parte recurrente haya señalado, ni siquiera mínimamente, "de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere ..." - art. 210.2.b LRJS >> - STS/IV 21-abril-2015 -rco 296/2014, Pleno)">> y/o <<con incorrecta, también, invocación genérica de los documentos en los que se fundamenta sin precisión de los extremos concretos de los mismos que justifiquen la redacción alternativa de hechos propuesta >> - STS/IV 23-diciembre-2015 -rco 28/2015) --, ya fueron razonadamente valorados en la sentencia de instancia, sin que proceda una nueva valoración, tanto más cuanto de tales documentos, cuya actualidad no consta, no se evidencia o demuestra la equivocación del juzgador (arg. ex art. 207.d LRJS).

6.- El rechazo de la revisión fáctica, comporta, además de por lo anteriormente expuesto en cuanto al fondo que se asume plenamente, -- vistos los correctamente aplicados en la sentencia de instancia arts. 28.1 CE (libertad sindical), 2.2 (derecho de autoorganización sindical), 6.2.b) y 7.1.b) (representatividad sindical) LOLS en relación con el art. 17.1 y 2 LRJS --, la desestimación del motivo 5º del recurso empresarial.

TERCERO.- 1.- Analizaremos ahora los motivos impugnatorios contenidos en los recursos de la empleadora y del sindicato demandante con respecto a la primera de las pretensiones de la demanda (calificación de la contingencia) que fue rechazada en la sentencia de instancia.

2.- La empleadora, en el motivo 2º de su recurso, por la vía del art. 207.c) LRJS ("Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre

que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte "), alega infringidos por la sentencia de instancia los arts. 218.2 LEC y 24.1 CE , por incongruencia o incoherencia internas. El motivo, -- de argumentación poco clara, como destaca el Ministerio Fiscal (" No llegamos a entender claramente la argumentación de la Abogacía del Estado ...") --, debe ser rechazado, pues parece pretender que cuando una parte demandada sea absuelta de unos o de varias o de todas las pretensiones de la demanda debe declararse con respecto al extremo en que haya sido absuelta que carece de legitimación pasiva (" esta parte considera que si la pretensión se desestima por falta de acreditación de los hechos o «de todo sustento fáctico», la única conclusión lógica posible es que no existe ni puede existir ninguna conexión o vínculo subjetivo de Correos y Telégrafos, S.A. con unos hechos que no están acreditados y que, por ende, no existen en sentido procesal, lo que determina que no haya tampoco legitimación pasiva alguna de la demanda en relación con tales hechos no acreditados ni existentes, que es en lo que consiste la legitimación ad causam, como cuestión de fondo que es ") , olvidando que su presencia en el litigio y la posibilidad de utilizar los medios oportunos para su defensa (arg. ex art. 24.1 y 2 CE) obedece a que se ha considerado judicialmente que ostenta interés legítimo para ser parte en el proceso, intervenir en el mismo y en oponerse a la pretensión actora por poder resultar afectado de estimarse aquella o, en definitiva, en ser titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (arg. ex arts. 17 y 240.1 LRJS , 10 LEC), y, en el presente caso, se instaba la declaración de ilicitud de una conducta empresarial, por lo que resulta evidente, como también se razona en la sentencia recurrida, que la empresa estaba legitimada para oponerse a tal pretensión; aun dejando aparte que la impugnante no detalla ni justifica, como exige el citado art. 207.c) LRJS , que por tal concreta decisión judicial de la sentencia de instancia de estimar su legitimación pasiva " se haya producido indefensión para la parte".

3.- El Sindicato demandante pretende en su recurso casacional, centrado exclusivamente en la primera de las pretensiones de su demanda que fue desestimada en instancia: a) la revisión fáctica, instando que se modifique el HP 3º adicionando un párrafo final, instando que quede redactado afirmándose que "", invocando el documento nº 11 de su prueba documental; y b) la declaración de que la citada sentencia

infringe el " Protocolo PR004 de Procedimiento de Investigación de Accidentes de Trabajo ", los arts. 92, 113 y 114 del "III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A." y las competencias del INSS contenidas en el RD 2583/1996; para que, en definitiva, se entienda contrario a Derecho declarar los accidentes como no laborales utilizando para ello el informe de la investigación de los accidentes de trabajo.

4.- Del documento invocado por el Sindicato recurrente no es dable deducir una conducta generalizada, y menos que se aporte por la empresa a la Mutua el informe de investigación del accidente, más bien resulta que la Mutua pide a la empresa que le comunique si considera que las lesiones se han producido con ocasión de accidente de trabajo para que le remita volante de solicitud de asistencia o que, en caso contrario, el trabajador deberá acudir al Servicio público de salud, y luego, en su caso, la Mutua comunica al trabajador que al no reconocer la empresa como laboral el hecho causante que origina la previa actuación médica " nos vemos en la obligación de rechazar el accidente como laboral y anular el correspondiente parte médico de baja "; por lo que, sin perjuicio de lo que pudiera decirse da tal forma de actuación de predominar los criterios empresariales a los médicos en casos concretos y de las acciones que incumban a los posibles afectados, no existe base para estimar acreditado, con carácter general, en el ámbito de este conflicto colectivo que " Con dicho volante y en virtud del informe de investigación del accidente de trabajo la Mutua posteriormente acepta o no la contingencia como accidente de trabajo o enfermedad profesional o bien entender que se trata de accidente no laboral o enfermedad común, para su atención por los servicios públicos de salud ".

5.- Rechazada la revisión fáctica, en la que se fundamentaba la pretensión de fondo sobre este extremo del Sindicato recurrente, procede, -- como informa el Ministerio Fiscal --, desestimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato demandante. Sin costas (art. 235.2 LRJS).

CUARTO.- 1.- Finalmente la empresa demandada articula los restantes motivos de su recurso casacional más directamente relacionados con la segunda de las pretensiones de la demanda que, como se ha indicado, fue estimada por la Sala de instancia. Así:

a) Por el cauce procesal del art. 207.c) LRJS , alegando infracción de las normas reguladoras de la sentencia por vulneración de los art. 218.1 LEC y 24.1 CE , indicando que en la demanda se invocaba el art. 36.2.c) LPRL y en la sentencia de instancia aplica "conscientemente" otros preceptos distintos (los arts. 36.2.b , 23 y 16 LPRL y 6 RD 39/1997), lo que le genera indefensión. Este motivo, como con rotundidad, insta el Ministerio Fiscal debe ser desestimado, puesto que como se razona suficientemente en la sentencia impugnada << En definitiva el derecho reclamado nace del artículo 36.2.b de la LPRL y no del 36.2.c, que es el citado por la parte actora, pero dicha errónea identificación del precepto no impide su aplicación, como pretende la Abogacía del Estado, puesto que la causa de pedir al respecto está perfectamente definida y lo exigible a las demandas de conflicto colectivo es meramente una "referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada" (art. 157.1.c LRJS), rigiendo por lo demás el principio "iura novit curia" >>. Además, debe señalarse que en la modalidad procesal de conflicto colectivo, como excepción a la regla general en el proceso social de inexigencia de fundamentación jurídica (art. 80.1.c LRJS), únicamente se exige " Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada " (art. 157.1.c LRJS) lo que cumple la demanda; y, por otra parte, debe resaltarse que el invocado art. 218.1.II LEC preceptúa claramente, al regular la congruencia de las sentencias, que " El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes ", lo que tiene reflejo en las normas procesales sociales (en especial en el art. 182.1.a LRJS).

b) Por la vía del art. 207.d) LRJS pretende la empresa la revisión del HP 4º (en que consta que " Cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional la sociedad estatal Correos y Telégrafos S.A. lleva a cabo una investigación del mismo siguiendo unos criterios internos establecidos conocidos como protocolo PR00004, lo que culmina en la emisión de un informe interno. La empresa no proporciona copia de este informe a los delegados de prevención ni a los demás representantes de los trabajadores "), para que se suprima el inciso final (" La empresa no proporciona copia de este informe a los delegados de prevención ni a los demás representantes de los trabajadores ") y se sustituya por " pero en caso de accidente grave, muy grave, mortal o que afecte a más de cuatro trabajadores se comunica a los Delegados de Prevención la información relativa al accidente mediante la remisión de una copia del PR 0004R01, que es una comunicación individual en la que se hace constar la calificación del accidente, datos y forma de producción del mismo, etc. Asimismo, para el resto de accidentes la información se les suministra a través a través del "Informe de accidentabilidad" PR0005-R01 constando en dicho informe numerosos datos relativos al accidente, a la baja, a la lesión, a la descripción del accidente, etc.". El motivo debe ser desestimado, pues incluso la Sala, que ya valoró los documentos ahora invocados por la recurrente, afirma que el citado hecho es conforme: y, además, como informa el Ministerio Fiscal, y asumimos, aunque con ello la recurrente pretende dar a entender que ya suministra determinada información y ello es suficiente, resulta que precisamente la Sala sentenciadora era conocedora de esa circunstancia y no la ha hecho constar así porque no es coincidente con la petición de la demanda, que en definitiva solicita que " siempre " se ha de suministrar la información de los siniestros, por lo que, en suma, no ha existido ninguna interpretación incorrecta ni ha existido equivocación o error por parte del juzgador.

c) Por el cauce procesal del art. art. 207.e) LRJS, alega que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 36.2.b), 23 y 16 LPRL, 6 RSP, 18 CE y 4.2.e) ET . En dicho motivo, como advierte el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado vuelve a insistir en que la sentencia aplica preceptos que no fueron alegados por las partes, por lo que debe estarse sobre este extremo a lo ya expuesto; opone, además, de que de los preceptos que

se aplican en la sentencia recurrida se deduzca la obligación empresarial a la que ha sido condenada relativa a que " los delegados de prevención tienen derecho a acceder a los informes y documentos resultantes de la investigación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales realizada por la empresa " y reitera que con ello se vulneraría también el derecho a la intimidad personal.

2.- Sobre lo planteado por la empresa recurrente en dicho motivo, en la sentencia de instancia se razona fundadamente, lo que asume por esta Sala de casación, para llegar a la conclusión de que los delegados de prevención tienen derecho a acceder, al igual que las Autoridades laborales, a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de los trabajadores, puesto que dichos informes forman parte del proceso global de evaluación de los riesgos laborales, aun cuando puedan existir determinadas limitaciones por diversas causas, que no han sido objeto del conflicto; señalando, en esencia, que:

A) << a) El art. 36.2.b LPRL confiere a los delegados de prevención el derecho a tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del art. 22 de esta Ley , a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta Ley , añadiendo que, cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad.

b) La remisión al art. 23 de la Ley supone que el derecho de información de los delegados de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral en este ámbito, puesto que dicho artículo define la documentación que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral. Si se negare el acceso a los delegados de prevención ello sería equivalente a negar también el de la autoridad laboral.

c) El art. 23 LPRL contempla el derecho de información de la autoridad laboral (y, por ende, de los delegados de prevención) respecto a la "evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 16 de esta ley".

d) A su vez la regulación de la evaluación de riesgos aparece en el art. 16 de la Ley, donde, aparte de la evaluación inicial, se dice que "la evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido" (art. 16.2.a). El art. 16.3 LPRL, dentro del artículo destinado a regular la evaluación de los riesgos y en relación con la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por la empresa, nos dice que "cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores... el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos". La conexión entre evaluación e investigación de accidentes se desarrolla lógicamente en el art. 6 del Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997), el cual nos dice que "en todo caso se deberá revisar la evaluación correspondiente a aquellos puestos de trabajo afectados cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores...", y para ello se tendrán en cuenta los resultados de "la investigación sobre las causas de los daños para la salud que se hayan producido".

e) Por consiguiente la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (entendida como investigación de los daños para la salud, esto es, de las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, según las define el art. 4.3º de la Ley), no es una actividad autónoma, sino una parte del proceso de evaluación de los riesgos laborales, en cuanto elemento eventualmente determinante de la revisión de la evaluación inicial. El acceso a los resultados de dicha investigación forma parte del derecho de información sobre la evaluación de riesgos y está

comprendido dentro del art. 23 de la Ley 31/1995, de manera que la autoridad laboral tiene derecho a acceder a tales investigaciones y, por consiguiente (en cuanto la regulación del art. 36.2.b es una mera remisión al art. 23), también tienen derecho a ello los delegados de prevención.

f) Por otra parte, el que la Autoridad Laboral ha de tener acceso a los resultados de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por la empresa (y por tanto también los delegados de prevención, de manera refleja) se manifiesta claramente en que la realización de dicha investigación es una obligación de la empresa que se sitúa bajo su campo de vigilancia, dado que el art. 12.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción administrativa grave de las empresas "no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores". Y ha de recordarse que, de conformidad con el art. 36.1.d LPRL, una de las misiones de los delegados de prevención es la de "ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales", a cuyos efectos tienen derecho a "acompañar a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 36.2.a LPRL) y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe informar a los delegados de prevención sobre los resultados de las visitas a que hace referencia el apartado anterior y sobre las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas (art. 40.3 LPRL). Todo este esquema legal dejaría de tener sentido, en relación con la infracción por falta de realización por la empresa de las investigaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si se privara a inspectores y delegados de prevención del acceso a la documentación y a los resultados de tales investigaciones >>.

B) Añadiendo que << En cuanto a la oposición manifestada por la Abogacía del Estado a dicho acceso a los resultados de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por los delegados de prevención, por cuanto pudiera afectar a la intimidad del trabajador que sufre los daños, ya hemos visto cómo el propio artículo

excepciona los datos relativos a la salud del art. 22 y en los términos regulados en dicho precepto y los concordantes que cita. En general pueden existir varias limitaciones a los derechos de información de los delegados de prevención, las cuales no cabe concretar en este proceso por no haber sido objeto del mismo, de manera que lo que se resuelve aquí se hace sin perjuicio de tales limitaciones y de las obligaciones de reserva y confidencialidad que incumben a los delegados de prevención >>.

3.- Por lo expuesto, cabe concluir que la empresa recurrente no ha logrado desvirtuar ninguno de los citados argumentos, que deben ser corroborados, -- vistos, especialmente, el art. 36.2.b) LPRL, regulador de las competencias y facultades de los Delegados de Prevención, en el que se preceptúa que " 2. En el ejercicio de las competencias atribuidas a los Delegados de Prevención, éstos estarán facultados para: ... b) Tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley, a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta Ley. Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad " en relación con el art. 23.1 LPRL en que se detalla que " 1. El empresario deberá elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la siguiente documentación relativa a las obligaciones establecidas en los artículos anteriores: ... "; así como el art. 16.3 LPRL, regulador del " Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva " en que se dispone que " 3. Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos " --, por lo que, por una parte, el derecho de información de los delegados de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral en este ámbito, y, por otra parte, la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales forma parte del proceso de evaluación de los riesgos laborales y el acceso a sus resultados forma parte del derecho de información sobre la evaluación de riesgos

comprendido en el art. 23 LPRL , por lo que la autoridad laboral tiene derecho a acceder a tales investigaciones y, por consiguiente también tienen derecho a ello los delegados de prevención.

4.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal. Sin costas (art. 235.2 LRJS).

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 ordinaria interpuestos por la "SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A." y por el "SINDICATO FEDERAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJO" (CGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 30-octubre-2014 (autos 226/2014), dictada en proceso de conflicto colectivo seguido a instancia del referido Sindicato contra la indicada Sociedad estatal, contra "FRATERNIDAD-MUPRESA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 275", la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS" (CC.OO.), la "FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-SECTOR POSTAL DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES" (UGT), el "SINDICATO LIBRE DE CORREOS Y TELECOMUNICACIONES" (SL) y la "CSI-CSIF SECTOR POSTAL". Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, 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.

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE
2016

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: "Primero.- 1.- Por resolución del INSS (en Córdoba) de 2 de marzo de 2010, -en lo que aquí importa- se declaró la existencia de responsabilidad empresarial y solidariamente de las mercantiles PAVIMCOSA O.C. S.L. y FERMONCO S.L. (hoy actoras), por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente sufrido por el trabajador D. Secundino , en fecha 20 de febrero de 2009; todo ello, en los términos que en el meritado acto administrativo consta (folios 320 a 323 de las presentes actuaciones, entre otros) y que doy aquí por íntegramente reproducidos. Es dable indicar que la meritada resolución administrativa trae causa del Informe-propuesta en su día elaborado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en Córdoba) y obrante (entre otros) a los folios 34 a 38 de las presentes actuaciones; siendo así que, a results del referido AT, el (hoy) codemandado Sr. Secundino , por otra resolución del INSS de 12 de febrero de 2010 (y efectos económicos del día 16 siguiente), fue declarado afecto de IPT/AT para su profesión de encofrador y por la siguiente secuela: fractura conminuta de calcáneo derecho. 2.- Disconforme con dicha resolución, el 7 de abril de 2010, las mercantiles (hoy) actoras formalizaron frente a la misma y ante el INSS la preceptiva reclamación administrativa y previa a la vía judicial. Ésta fue íntegramente desestimada por nueva resolución del meritado organismo y fecha 23 de abril de 2010. 3.- Y el 18 de mayo de 2010, finalmente, las mercantiles (hoy) actoras interpusieron ante este juzgado la demanda que da origen a las presentes actuaciones; Segundo.- 1.- Se da la circunstancia de que el Sr. Secundino era un oficial encofrador altamente experimentado y formado cuando, en fecha 20 de febrero de 2009, sufrió el AT preindicado mientras formaba

parte de la plantilla laboral de la mercantil FERMONCO, siendo ésta, a su vez, contratista de su principal PAVIMCOSA. 2.- Señaladamente, el AT en cuestión se produjo cuando el Sr. Secundino , subido a la sazón sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 metros de altura; y ello a pesar de que el mismo sabía que existían a su disposición en la obra un andamio tubular homologado, escaleras homologadas e incluso una plataforma elevadora o torre móvil también homologada), pertrechado con un arnés más sin ternero anclado a un punto fijo (ya que el mosquetón «no cogía» los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa), estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de aproximadamente seis metros y medio de altura, y, por causas no aclaradas, perdió el equilibrio, se giró y saltó cayendo de pie sobre el suelo, provocándose lamentablemente las lesiones descritas. 3.- Por último, resta indicar que PAVIMCOSA, en relación a la obra en la que se accidentó el Sr. Secundino , disponía del correspondiente Plan de Seguridad y al que se adhirió FERMONCO, y que ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y de Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban a diario los tajos. Además consta que PAVIMCOSA, a través de su Encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo, y éste a su vez advirtiéndolo a todos los trabajadores de lo intolerable de tales conductas) puntuales irregularidades pretéritas observadas en las tareas de encofrado y para su corrección: concretamente, que dicho elemento de andamio estaba siendo utilizado por los trabajadores de FERMONCO a modo de escalera de mano."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones y, en consecuencia, confirmo la resolución del INSS de 2 de marzo de 2010 y aquí impugnada por las mercantiles PAVIMCOSA O.C.S.L. y FERMONCO S.L."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por PAVICOMSA OC S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2014 , en la que consta el

siguiente fallo: "Que estimamos el recurso de suplicación entablado por "Pavicomsa OC SL" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Córdoba de 10 de diciembre de 2012 en el procedimiento seguido a instancias de la recurrente y "Fermonco SL" frente a D. Secundino , Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de recargo de prestaciones, revocando dicha sentencia y en su lugar declarando no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta a las empresas demandantes. Se devolverá a la recurrente el importe del depósito y consignaciones efectuado para recurrir, una vez firme esta sentencia.".

TERCERO.- Por la representación de DON Secundino se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla el 10 de julio de 2014. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha 26 de febrero de 2004.

CUARTO.- Con fecha 12 de marzo 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 el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de febrero de 2016, fecha en que tuvo lugar; acordando la Sala el nombramiento como Ponente del Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez García de la Serrana, al anunciar la anterior designada, voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. Es objeto del presente recurso la procedencia del recargo impuesto a la empresa en vía administrativa por no vigilar la observancia por los trabajadores de las medidas de seguridad existentes.

La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal, revoca la sentencia de instancia y estima las demandas sobre impugnación de recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido, interpuestas por aquélla y por la empresa contratista, S.L., declarando no haber lugar al mismo.

2. En el relato de hechos probados consta, que el trabajador, oficial encofrador altamente experimentado y formado, prestaba servicios para la empresa contratista de la principal cuando sufrió un accidente de trabajo con ocasión de subirse sobre un elemento de un andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 m. de altura), pese a saber que existían a su disposición en la obra otros elementos más adecuados al efecto, como un andamio tubular homologado, escaleras homologadas y una plataforma elevadora o torre móvil homologada. Subió con un arnés que no tenía anclado a un punto fijo y estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de unos 6,5 m. de altura, cuando por causas no aclaradas perdió el equilibrio, cayendo al suelo y resultando con lesiones. La empresa principal disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió la contratista y ambas mercantiles tenían un Encargado de Obra y Seguridad, que se coordinaban entre sí y visitaban diariamente los trabajos. La empresa principal por medio de su Encargado, hizo saber a la contratista (poniendo en conocimiento de su Encargado y éste, a su vez, comunicándolo a todos los trabajadores) la existencia de

puntuales irregularidades observadas en las tareas de encofrado para su corrección y concretamente que el elemento de un andamio estaba siendo utilizado como escalera de mano. Por resolución del INSS de 2/3/2010 se declaró la procedencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social en cuantía del 30%, con carácter solidario para ambas empresas.

La sentencia recurrida, partiendo de los hechos declarados probados, considera que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo y que el operario no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta, así como la posibilidad de utilizar de otros medios que no entrañaban peligrosidad, sin que pueda atribuirse a ninguna de las empresas la infracción de norma concreta de seguridad en el trabajo. Y en cuanto al equipo de protección individual, el mismo no hubiera sido necesario de haber utilizado el trabajador el elemento adecuado para el trabajo que realizaba, por lo que tampoco cabe apreciar incumplimiento empresarial a este respecto. En consecuencia, estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa principal, revoca la sentencia de instancia que había confirmado la resolución del INSS de 2/3/2010, y en su lugar declara no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta por las empresas demandantes.

3.- Contra la anterior sentencia se ha interpuesto por el trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por objeto determinar si, aun concurriendo imprudencia no temeraria del trabajador puede considerarse roto el nexo causal, ya que, la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad, ni adoptó medidas de precaución en atención a la forma en la que se llevaban a cabo los trabajos.

A fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al art. 219 de la L.J .S., se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26/2/2004 (R.S. 2631/2003). Dicha resolución desestima el recurso de suplicación

interpuesto por cierta empresa, y confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda de impugnación del recargo de prestaciones de Seguridad Social que le había sido impuesto, por el accidente de trabajo sufrido por un trabajador. Consta que el trabajador venía prestando servicios a esa empresa actora con la categoría de oficial 1ª encofrador, en la realización de los trabajos de estructura en una obra que su empleadora tenía subcontratada y que cuando se encontraba, en unión de otro trabajador, realizando las tareas de instalación de protecciones colectivas perimetrales (redes), ubicándolas en el primer forjado de la obra, se dispuso a fijar el pie de una de las horcas de sujeción de las redes, sin que el cinturón de seguridad que llevaba estuviese anclado a elemento de sujeción alguna, cayendo al suelo desde una altura aproximada de 3 m.

Ante esos hechos, la sentencia de contraste consideró que, si bien es cierto que el trabajador no tenía anclado el cinturón de seguridad que tenía a su disposición, cuando ocurrió el accidente, aun cuando no fuese muy diligente su conducta, debía tenerse en cuenta que existían medios alternativos que hubieran evitado el accidente, cuya utilización no consta. De donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Nexo no se rompe - entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

4. Inadmisión del recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

Pese a las similitudes existente con relación al trabajo realizado, categoría profesional y falta de anclaje del arnés de seguridad, las diferencias existentes son relevantes y justifican el dictado de pronunciamientos diferentes, por cuanto, si el núcleo de la contradicción consiste en determinar si ha existido o no culpa in vigilando

por parte de la empresa, resulta que en el caso de la sentencia recurrida existen elementos fácticos que permiten concluir a la misma que no hubo culpa "in vigilando" por parte de las empleadoras, mientras que en el caso de la sentencia de contraste no concurren elementos fácticos similares, lo que posibilita el dictado de dos resoluciones diferentes y ajustadas a derecho y hace innecesario la unificación de doctrina que se persigue con este recurso.

En efecto, aparte de las diferencias de hecho, derivadas del distinto trabajo realizado al tiempo de ocurrir el accidente, resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa "pudo" haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...". Esos argumentos no son trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad en las que incurrían los trabajadores usando uno de los elementos de los andamios a modo de escalera de mano, conducta que le habían reprendido a todos por intolerable. Estos hechos evidencian que no hubo falta de medidas de seguridad, ni falta de vigilancia del uso que de los mismos se hacía, lo que hace que la conducta del recurrente, aunque no se la considere temeraria, si pueda calificarse de negligencia profesional agravada por la desobediencia, elemento agravatorio que no concurre tampoco en el caso de la sentencia de contraste.

Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos ocupa establece el artículo 219 de la L.R.J.S ., por cuanto en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias.

SEGUNDO.- La falta de contradicción analizada es causa bastante para fundar la desestimación de un recurso que no debió admitirse a trámite por no cumplir uno de los requisitos de orden público procesal que condicionan la viabilidad del recurso de unificación de doctrina. Sin 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 unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Cristóbal Fernández Jurado en nombre y representación de DON Secundino contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en recurso de suplicación nº 1108/2013 , interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba , en autos núm. 628/2010, seguidos a instancias de PAVIMCOSA O.C. S.L. y FERMONCO S.L. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y DON Secundino. Se declara la firmeza de la sentencia recurrida. 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.

VOTO PARTICULAR:

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excma. Sra. D^a. Rosa María Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 11 de febrero de 2016 en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2806/2014.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2806/2014 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala. Mi discrepancia se resume, como se argumentará, en entender que debió apreciarse la existencia de contradicción (art. 219 LRJS) entre las sentencias comparadas, y entrando en el fondo del asunto reconocer el derecho al recargo por falta de medidas de seguridad postulado como lo hizo la sentencia de instancia confirmando las resoluciones del INSS.

Así, fundo este voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- La sentencia -voto mayoritario- resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina, formulado contra sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), inadmitiendo el recurso formulado por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

Argumenta su decisión el voto mayoritario en que:

"Pese a las similitudes existente (sic) con relación al trabajo realizado, categoría profesional y falta de anclaje del arnés de seguridad, las diferencias existentes son relevantes y justifican el dictado de pronunciamientos diferentes, por cuanto, si el núcleo de la contradicción consiste en determinar si ha existido o no culpa in vigilando por parte de la empresa, resulta que en el caso de la sentencia recurrida existen elementos fácticos que permiten concluir a la misma que no hubo culpa "in vigilando" por parte de las empleadoras, mientras que en el caso de la sentencia de contraste no concurren elementos fácticos similares, lo que posibilita el dictado de dos resoluciones diferentes y ajustadas a derecho y hace innecesario la unificación de doctrina que se persigue con este recurso.

En efecto, aparte de las diferencias de hecho, derivadas del distinto trabajo realizado al tiempo de ocurrir el accidente, resulta que, según los hechos declarados probados en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura requiere el Anexo IV, parte C-3 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador. Por contra, en el caso de la sentencia de contraste no consta que esos elementos de seguridad se pusiesen a disposición del trabajador, cual evidencia el tenor literal de la sentencia de contraste

que en su fundamento de derecho tercero refiere los medios de seguridad alternativos que la empresa "pudo" haber facilitado al trabajador. Pero existen más diferencias relevantes, pues la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...". Esos argumentos no son trasladables al caso de la sentencia recurrida en el que si consta que la empresa proporcionó los medios de seguridad establecidos para trabajos en altura y que había en la obra dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad en las que incurrían los trabajadores usando uno de los elementos de los andamios a modo de escalera de mano, conducta que le habían reprendido a todos por intolerable. Estos hechos evidencian que no hubo falta de medidas de seguridad, ni falta de vigilancia del uso que de los mismos se hacía, lo que hace que la conducta del recurrente, aunque no se la considere temeraria, si pueda calificarse de negligencia profesional agravada por la desobediencia, elemento agravatorio que no concurre tampoco en el caso de la sentencia de contraste.

Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos ocupa establece el artículo 219 de la L.R.J.S ., por cuanto en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias."

SEGUNDO.- 1.- La sentencia recurrida.-

La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2014 (rec. 1108/2013), estima el recurso de suplicación interpuesto por una de las empresas, PAVICOMSA OC, SL, y

revocando la sentencia de instancia, estima las demandas sobre impugnación de recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido, interpuestas por aquélla y por la empresa FERMONCO, SL., declarando no haber lugar al mismo.

Consta en la misma, en síntesis, que el trabajador era un oficial encofrador altamente experimentado y formado. Prestaba servicios para la empresa FERMONCO, siendo ésta contratista de la principal PAVICOMSA. Sufrió un accidente de trabajo cuando, subido sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano (aproximadamente de unos 4 m. de altura), y ello a pesar de que sabía que existían a su disposición en la obra otros elementos, pertrechado con un arnés, que no tenía anclado a un punto fijo, estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de unos 6,5 m. de altura, y por causas no aclaradas perdió el equilibrio, giró y saltó, cayendo sobre el suelo y provocándose lesiones. PAVICOMSA disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió FERMONCO, ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban diariamente los trabajos, y PAVICOMSA a través de su Encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo y éste, a su vez, comunicándolo a todos los trabajadores), puntuales irregularidades observadas en la parea de encofrado para su corrección, concretamente que el elemento de andamio estaba siendo utilizado como escalera de mano. Por resolución del INSS de 2/3/2010 se declaró la procedencia del recargo de prestaciones de Seguridad Social en cuantía del 30%, con carácter solidario para ambas empresas.

Entiende la Sala de suplicación, partiendo de los hechos declarados probados que debe considerarse que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo, que no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta, así como de la posibilidad de utilización de otros medios que no entrañaban dicha peligrosidad, sin que pueda atribuirse a ninguna de las empresas la infracción de norma concreta de seguridad en el trabajo. Y en cuanto al equipo de protección individual, el mismo no hubiera sido

necesario de haber utilizado el trabajador el elemento adecuado para el trabajo que realizaba, por lo que tampoco cabe apreciar incumplimiento empresarial a este respecto. En consecuencia, estimando el recurso de suplicación entablado por la empresa PAVICOMSA OC, SL., revoca la sentencia de instancia que había confirmado la resolución del INSS de 2/3/2010, y en su lugar declara no haber lugar a la imposición de responsabilidad alguna por el recargo de prestaciones de Seguridad Social objeto de la demanda interpuesta por las empresas demandantes.

SEGUNDO.- El Recurso de casación para la unificación de doctrina.-

Por el trabajador se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por objeto determinar si, aun concurriendo imprudencia no temeraria del trabajador puede considerarse roto el nexo causal, y que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad ni adoptó medidas de precaución en atención a la forma en la que se llevaban a cabo los trabajos.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26/2/2004 (rec. 2631/2003). Dicha resolución desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Hierros y Construcciones San Juan del Puerto, SA. (HICONSA), y confirma la sentencia de instancia, que desestimó la demanda de impugnación del recargo de prestaciones de Seguridad Social que le había sido impuesto en cuantía del 30% por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador. Consta que el trabajador venía prestando servicios a la empresa actora desde el año 1989 con la categoría de oficial 1ª encofrador, desarrollando su actividad laboral últimamente en la realización de los trabajos de estructura en una obra que su empleadora tenía subcontratada; y que el 23/11/1999, cuando se encontraba, en unión de otro trabajador, realizando las tareas de instalación de protecciones colectivas perimetrales (redes), ubicándolas en el primer forjado de la obra, se dispuso a fijar el pie de una de las horcas de sujeción de las redes, sin que el

cinturón de seguridad que llevaba estuviese anclado a elemento de sujeción alguna, cayendo al suelo desde una altura aproximada de 3 m.

Entiende la Sala de suplicación que, si bien es cierto que el trabajador no tenía anclado el cinturón de seguridad que tenía a su disposición cuando ocurrió el accidente, aun cuando no fuese muy diligente su conducta, ha de tenerse en cuenta que existían medios alternativos que hubieran evitado el accidente, que no constan utilizados. De donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

TERCERO.- Análisis de la existencia de contradicción (art. 219 LRJS).

1.- Mi discrepancia se encuentra en este extremo, al entender que existe contradicción suficiente entre las sentencias comparadas, contrariamente a lo que ha entendido el voto mayoritario de la Sala.

De la comparación de las sentencias (recurrida y de contraste), entiendo, ha de estimarse que concurre la contradicción requerida por el art. 219 LRJS, por cuanto el accidente consiste en ambos casos, el de la sentencia recurrida y el de la de contraste, en caída por precipitación en una obra, en un caso en labores de encofrado y en el otro en instalación de medidas de seguridad (redes), diferencia en este extremo no relevante a tales efectos.

Como se ha indicado, en la sentencia recurrida se considera que fue la actuación del trabajador la que originó el accidente de trabajo ya que por su experiencia y formación no podía dejar de conocer la peligrosidad de su conducta así como la posibilidad de utilización de otros medios que no entrañaban dicha peligrosidad (tenía a su disposición otros elementos más adecuados para el trabajo que realizaba) y que no podía reprocharse a las empresas el incumplimiento de la normativa aplicable.

Por otro lado, en la sentencia de contraste, se argumenta que si bien es cierto que el actor no tenía anclado el cinturón de seguridad (en la recurrida en notable proximidad el accidentado tenía puesto un arnés pero tampoco estaba anclado) y no fuese diligente en su conducta (lo cual equivale en cierto modo, a atribuir culpa al trabajador como hace la recurrida), existían otros medios alternativos que hubieran evitado el accidente, que no constan utilizados, de donde concluye que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

No puede obviarse que, que el núcleo argumental decisivo, es justamente si disponiendo de otros medios idóneos, la utilización de medios peligrosos o inadecuados por el trabajador que da lugar al accidente integra omisión de sus deberes de proteger al trabajador frente a su propia imprudencia y de la correspondiente culpa in vigilando, susceptible de integrar el concepto legal que da origen al recargo, aunque no haya incumplimiento de normas o requerimientos técnicos concretos, pero sí del deber de vigilancia sobre el trabajador para asegurar el cumplimiento de las normas e incluso de las instrucciones o precauciones adicionales que pueda disponer la empresa.

Todo ello determina, como se ha adelantado, la concurrencia de las exigencias de contradicción requeridas por el art. 219 LRJS.

2.- Como reiteradamente ha señalado esta Sala IV/ TS (entre otras, en la reciente de 20-enero-2016 (rcud. 3106/2014):

"El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013), 17/06/2014 (R. 2098/2013), 18/12/2014 R. 2810/2012) y 21/01/2015 (R. 160/2014).

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

Esta Sala admite la contradicción a fortiori en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión. En otras palabras, ha dicho la Sala, esta situación se produce en aquellos casos en los que, aun no existiendo igualdad propiamente dicha en los hechos, sin embargo el resultado de las dos sentencias es tan patente que se hubiera producido aún en el caso de que los hechos fueran los mismos (sentencias, entre otras, de 19/11/2013, R. 1418/2012, 02/12/2013, R. 34/2013, 21/01/2014, R. 941/2013, 19/02/2014, R. 3205/2012, 25/03/2014, R. 1268/2013, 17/06/2014, R. 1441/2013 y 10/02/2015- R. 1764/2014)".

Por otro lado, señala la doctrina constitucional que " los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y «en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado» (SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre)".

3.- Señala el voto mayoritario que en el supuesto contemplado por la sentencia recurrida consta que la empresa había puesto a disposición del trabajador los elementos que para trabajos en altura se requieren (escaleras homologadas al efecto, andamio tubular homologado, plataforma elevadora o torre móvil homologadas), elementos de los que no hizo uso el trabajador, lo cual -señala- no consta en la sentencia de contraste; asimismo que la sentencia de contraste funda su fallo condenatorio en que la empresa "no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba previsto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles...", mientras que en la sentencia recurrida consta que había en la obra dos "encargados de seguridad" que vigilaban a diario los trabajos, que detectaron las irregularidades en materia de seguridad . Así, estima que "Las diferencias de hecho reseñadas hacen que no pueda estimarse que concurre la identidad sustancial que para la viabilidad del recurso que nos

ocupa establece el artículo 219 de la L.R.J.S ., por cuanto en el caso de la recurrida no hubo falta de vigilancia, sino desobediencia de órdenes expresas y uso incorrecto del trozo de un andamio a guisa de escalera de mano, en lugar de usar la escalera de mano homologada existente, lo que no acaeció en el caso de la sentencia de contraste y obliga a estimar que las sentencias comparadas, como se apuntó antes y ha informado el Ministerio fiscal, no son contradictorias."

Estimo, dicho sea con los debidos respetos que el voto mayoritario se apoya para el examen de la contradicción, en las distintas conclusiones a las que llegan las sentencias comparadas, omitiendo que aun partiendo de unos hechos probados no coincidentes plenamente, como señala la doctrina de la Sala antes referida, ha de tenerse en cuenta cual sea el núcleo de la contradicción. Y en el caso, el núcleo argumental decisivo, es justamente si disponiendo de otros medios idóneos, la utilización de medios peligrosos o inadecuados por el trabajador que da lugar al accidente integra omisión de los deberes empresariales de proteger al trabajador frente a su propia imprudencia y de la correspondiente culpa in vigilando , susceptible de integrar el concepto legal que da origen al recargo, aunque no haya incumplimiento de normas o requerimientos técnicos concretos, pero sí del deber de vigilancia sobre el trabajador para asegurar el cumplimiento de las normas e incluso de las instrucciones o precauciones adicionales que pueda disponer la empresa.

Aunque para el examen de la cuestión, hemos de partir del reconocimiento de la existencia de contradicción (art. 219 LRJS), que la Sala -voto mayoritario- niega, es cierto que el trabajador no tenía anclado a un punto fijo el cinturón de seguridad (ya que el mosquetón "no cogía" los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa) cuando ocurrió el accidente, pero aun cuando no fuese muy diligente su conducta, al no utilizar medios alternativos que quizás hubieren podido evitar el accidente, que no constan utilizados; aunque lo que está claro es que la empresa no vigiló la utilización de los medios de seguridad de que estaba provisto el trabajador accidentado, ni adoptó todas las medidas de precaución posibles en atención a la forma en que se llevaban a cabo los

trabajos de instalación de redes, infringiendo con ello sus deberes de vigilancia y seguridad y existiendo el nexo causal entre tal omisión y el acaecimiento del accidente. Lo que no se rompe -entiende- porque en la conducta del trabajador no existió temeridad.

Y partiendo de ello, se insiste, que debió apreciarse la concurrencia de contradicción entre las sentencias comparadas.

CUARTO.- Examen de los motivos de recurso.

Y, superado el requisito de la contradicción, procedería entrar en el examen de los concretos motivos de recurso, y aquí sí analizar las concretas cuestiones en las que en realidad la sentencia apoya la desestimación por falta de contradicción.

Examinando el motivo de recurso único de censura jurídica, en el que se denuncia la infracción de los arts. 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 15 de la Ley 31/95 y con la jurisprudencia, reproduciendo el fundamento jurídico segundo de la sentencia designada de contraste.

El recurso, en tal caso, merecería su estimación. Como recuerda la STS/IV de 20-noviembre-2014 (rcud.2399/2013), y las que en ella se citan:

“La Constitución, en su artículo 15, proclama que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral", señalando el artículo 40. 2 que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo, estableciendo el artículo 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con el mandato constitucional, el

derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

El artículo 14.1 de la LPRL establece que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone, no sólo que tienen derecho a que se adopten medidas que garanticen su seguridad y salud, sino que éstas han de ser eficaces.

En correlación con el derecho de los trabajadores, el mismo precepto impone al empresario el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

En cumplimiento de dicho deber, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, tal como señala el artículo 14.2 de la LPRL. El empresario deviene en garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo. En consecuencia, el empresario ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, desarrollando una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, adaptando las medidas de protección a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que inciden en la realización del trabajo.

El examen de los preceptos anteriormente transcritos nos lleva a concluir que la ley no utiliza el término "riesgo laboral" únicamente de forma abstracta, sino que lo relaciona con la prevención o con las medidas que la empresa ha de adoptar para evitar o reducir dichos riesgos. El concepto de riesgo laboral ha de trasladarse a la actividad desarrollada por una determinada empresa con lo que se concreta atendiendo a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por el

trabajador o a sus características personales. El riesgo concreto existente en la empresa es el objeto de la prevención, manifestada en la identificación del mismo para posteriormente evitarlo, eliminarlo o reducirlo. Aparece así el riesgo unido a las concretas condiciones de trabajo existentes en la empresa, entendiéndose por condiciones de trabajo, a tenor del artículo 4.7 LPRL , cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador (...)".

Respecto a la exigencia, contenida en el artículo 123 de la LGSS , de infracción de normas concretas de seguridad para que proceda la imposición del recargo, ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 12 de junio de 2013, recurso 793/2012, en la que se contiene el siguiente razonamiento : "Para resolver la cuestión planteada conviene, ante todo, recordar la doctrina sentada por esta Sala sobre la materia en sus recientes sentencias de 12 de julio de 2007 (R. 938/2006) y 26 de mayo de 2009 (R. 2304/2008) entre otras. en la primera de ella se dice: " El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e 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 sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

"Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, 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 apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

"Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

"Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución , obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

"A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de

seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998).".

"(...) Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

Doctrina de aplicación al supuesto sometido a la consideración de la Sala teniendo en cuenta circunstancias fácticas que concurren, y constan acreditadas, a saber: a) por resolución del INSS de 2 de marzo de 2010, se declaró la responsabilidad empresarial y solidaria de las mercantiles actoras PAVIMCOSA OC, SL y FERMONCO SL , por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador D. Secundino en fecha 20 de febrero de 2009; b) como consecuencia de este accidente el trabajador fue declarado, por resolución del INSS de 12 de febrero de 2010, afecto de IPT/AT para su profesión de encofrador y por la secuela de fractura conminuta de calcáneo derecho; c) el trabajador Sr. Secundino , era un oficial encofrador altamente experimentado y formado cuando, en fecha 20/2/2009

sufrió el AT indicado, mientras formaba parte de la plantilla laboral de la mercantil FERMONDO, siendo ésta, a su vez, contratista de su principal PAVIMCOSA; d) el accidente se produjo cuando el trabajador Sr. Secundino , subido sobre un elemento de andamio que él mismo cogió y usó a modo de escalera de mano(aproximadamente de unos 4 metros de altura; y ello a pesar de que el mismo sabía que existían a su disposición en la obra un andamio tubular homologado, escaleras homologadas e incluso una plataforma elevadora o torre móvil también homologada) pertrechado con un arnés más sin tenerlo anclado a un punto fijo (ya que el mosquetón "no cogía" los distintos agujeros que al efecto tiene la chapa), estaba trabajando en las tareas de encofrado de un muro de aproximadamente seis metros y medio de altura, y, por causas no aclaradas, perdió el equilibrio, se giró y saltó cayendo de pie sobre el suelo, provocándose las lesiones descritas; e) la empresa PAVIMCOSA en relación a la obra en la que se accidentó el trabajador, disponía del correspondiente Plan de Seguridad al que se adhirió la empresa FERMONCO, y que ambas mercantiles tenían su propio Encargado de Obra y de Seguridad, quienes se coordinaban entre sí y visitaban a diario los trabajos. Asimismo consta que la empresa PAVIMCOSA, a través de su encargado, hizo saber a FERMONCO (poniéndolo en conocimiento del suyo, y éste a su vez advirtiéndolo a todos los trabajadores de lo intolerable de tales conductas) puntuales irregularidades pretéritas observadas en las tareas de encofrado y para su corrección, concretamente, que dicho elemento de andamio estaba siendo utilizado por los trabajadores de FERMONCO a modo de escalera de mano.

Ninguna duda cabe, que existe nexo causal entre los medios inidóneos utilizados en la prestación del servicio y el resultado lesivo para el trabajador. Las empresas eran sabedoras de la utilización de tales medios a través de sus respectivos Encargados y se limitaron a advertir "de lo intolerable de tales conductas", sin adoptar medida alguna activa que hubiera podido evitar el accidente.

En consecuencia, y apreciando la existencia de contradicción, entiendo, que habría de haberse estimado que la doctrina correcta se contiene en la sentencia de contraste seguida por la de instancia.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

Madrid, a 11 de febrero de 2016.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2015

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La empresa DRAGADOS OFFSHORE, S.A., interpuso demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se estime la presente demanda, anulando el acto impugnado y subsidiariamente proceda a la disminución de las sanciones, imponiéndolas en el grado y cuantía mínimas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de impugnación de sanción en materia de seguridad y salud laboral, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 20 de junio de 2014 se dictó sentencia, en la que consta el siguiente fallo: "Estimando la demanda de interpuesta por DRAGADOS OFFSHORE

S.A., sobre impugnación de sanción en materia de seguridad y salud laboral, contra la JUNTA DE ANDALUCÍA y emplazados como interesados CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI S.A., DESOXIDADOS Y PINTURAS INDUSTRIALES S.A., MONTAJES CAMBEL EUROPA S.A., T. CABRERA S.A. y los TRABAJADORES AFECTADOS, en el procedimiento de instancia única nº 35/2013 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, y como consecuencia anulamos la resolución de 7 de mayo de 2013 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, como la de fecha 31-7-2013 confirmando la precedente; sin que se realice especial pronunciamiento sobre los interesados emplazados".

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- El 2 de julio de 2003, sobre las 13:00 tiene lugar accidente de trabajo en el Centro de Trabajo de DRAGADOS OFFSHORE S.A., sito en Bajo de la Cabezucla S/N. Puerto Real consistente en un fallo en el grupo de tracción de los motores de una plataforma elevadora, así como en el dispositivo paracaídas de la misma, resultando como consecuencia de ello, la salida y desprendimiento del grupo motor izquierdo y la caída-desplome de la cabina siendo lesionados 13 trabajadores que prestaban servicios para diversas empresas.

DRAGADOS OFFSHORE S.A. contrató con PEMEX (Petróleos Mexicanos) la construcción de una planta de prospección de gas. Para la realización de los distintos trabajos, DRAGADOS OFFSHORE S.A. subcontrató con diversas empresas, entre ellas T CABRERA ALQUILER DE MAQUINARIA SA, para la instalación, mantenimiento y reparación de elevadores. Como consecuencia de este último contrato T CABRERA montó un elevador en el módulo IPC-78-C marca Geda número 0082, para cargas y personas de 1500 Kilos de carga.

Las normas del fabricante de la plataforma elevadora establecían la obligación de llevar a cabo un protocolo de pruebas, que no se efectuaron, ni fueron exigidos por los responsables de seguridad y mantenimiento de DRAGADOS OFFSHORE S.A.

En el momento de llevarse a cabo el contrato de suministro de maquinaria con T. CABRERA ALQUILER DE MAQUINARIA S.A., esta empresa carecía de autorización del Ministerio de Industria para llevar a cabo las tareas de mantenimiento de la plataforma elevadora o ascensor.

Una vez contratada la instalación de la plataforma elevadora ninguno de los jefes del proyecto se cercioró del cumplimiento por parte de la empresa T. CABRERA ALQUILER DE MAQUINARIA S.A. de esos requisitos, ni comprobaron la cualificación profesional que tenían las personas que posteriormente se iban a encargar del montaje, mantenimiento y reparaciones del aparato elevador durante el tiempo que se utilizaba en el proyecto, ni elaboraron un plan de seguridad y salud en el trabajo específico para el módulo IPC-78-C previo al inicio de la obra. Tampoco comprobaron ni recabaron información del cumplimiento de las instrucciones del fabricante, en cuanto a las revisiones periódicas del aparato, ni respecto a las pruebas que cada tres meses debían de llevarse a cabo sobre los mecanismos de seguridad y en concreto respecto de los sistemas de freno de paracaídas. Tampoco existía autorización de la Delegación de Industria para el funcionamiento del aparato.

La formación de los ascensoristas, fue insuficiente.

2º.- Se levantó Acta de Infracción, número NUM001 de 15 de diciembre de 2003, practicada por la Inspección Provincial de Trabajo de Cádiz a la empresa DRAGADOS OFFSHORE S.A., como consecuencia de un accidente de trabajo producido con fecha 2 de julio de 2003 que afectó a 13 trabajadores de distintas empresas concurrentes en la construcción de la citada plataforma.

El expediente sancionador nº NUM000 , consecuencia del acta de infracción nº 2103/03, levantado a DRAGADOS OFFSHORE S.A. el 9-2-04 "se constató que estaba suspendido" por la apertura de las diligencias previas nº 908/03 del Juzgado de Instrucción nº 1 de puerto Real.

3º.- Se siguió enjuiciamiento penal de los hechos que motivan la resolución impugnada (quedando suspendido el procedimiento administrativo sancionador en tanto no cayese resolución judicial en el orden jurisdiccional penal), dictándose Sentencia en fecha 9 de enero de 2013 por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Cádiz , donde se declaran como hechos probados:

-DRAGADOS OFFSHORE S.A. contrató con PEMEX (Petróleos Mexicanos) la construcción de una planta de prospección de gas. Para la realización de los distintos trabajos, DRAGADOS OFFSHORE S.A. subcontrató con diversas empresas, entre ellas T CABRERA ALQUILER DE MAQUINARIA SA, para la instalación, mantenimiento y reparación de elevadores. Como consecuencia de este último contrato T CABRERA montó un elevador en el módulo IPC-78-C marca Geda número 0082, para cargas y personas de 1500 Kilos de carga.

-En el momento de llevarse a cabo el contrato con T CABRERA esta empresa carecía de autorización del Ministerio de Industria para llevar a cabo las tareas de mantenimiento del ascensor.

-Las medidas referentes a las revisiones periódicas del aparato así como las pruebas que cada tres meses debían ser llevados a cabo sobre los mecanismos de seguridad y en concreto sobre el sistema de freno paracaídas, no fueron realizadas por T CABRERA SA.

-No existía autorización de la Delegación de industria para el funcionamiento del aparato.

-Un fallo en el grupo de tracción de los motores de una plataforma elevadora, así como en el dispositivo paracaídas de la misma, resultando como consecuencia de ello, la salida y desprendimiento del grupo motor izquierdo y la caída- desplome de la cabina.

- Se omitió por parte de los Jefes de Proyectos la realización de un Plan de Seguridad y Salud en el trabajo específico para el módulo IPC-78-C con carácter previo al inicio de la obra.

Fueron condenados penalmente, en Sentencia de conformidad del Juzgado de lo Penal de Cádiz nº 3, de 9 de enero de 2013, Hernán, Manuel, Roberto y Jose Luis por la condición de directivos y jefes de proyecto de los tres primeros, siendo el cuarto el empresario responsable de la actividad generadora del riesgo y del accidente.

Se reseña igualmente en la sentencia penal referida la existencia de continuas dilaciones y paralizaciones de varios meses en el procedimiento no realizándose diligencia alguna en extensos períodos de tiempo, de marzo a septiembre de 2004, de julio a noviembre del 2005, de septiembre de 2007 a enero de 2008, de enero a julio de 2008 y de diciembre de 2009 a mayo del 2012.

4º.- Tras la sentencia penal, se levanta la suspensión en la tramitación del procedimiento sancionador, otorgando trámite de audiencia a DRAGADOS OFFSHORE S.A. por resolución de 4 de abril de 2013. Cumplimentando ese trámite de audiencia, DRAGADOS OFFSHORE S.A. presenta alegaciones el 18 de abril de 2013.

El 7 de mayo de 2013 se dictó Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por la que se acuerda la imposición a DRAGADOS OFFSHORE S.A. de una sanción de 415.000 euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 13.10 LISOS así como de una sanción de 30.050,61 euros por infracción de lo previsto en el artículo 12.6 LISOS.

DRAGADOS OFFSHORE S.A. presentó el 10 de junio de 2013 recurso de reposición frente a la anterior resolución.

El 31 de julio de 2013, se dicta nueva Resolución por el Consejo de Gobierno, desestimando el recurso de reposición y confirmando en todos sus extremos la Resolución de 7 de mayo de 2013.

5º.- Fueron incoados expedientes administrativos sancionadores a las empresas CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI S.A., DESOXIDADOS Y PINTURAS INDUSTRIALES S.A., MONTAJES CAMBEL EUROPA S.A., T. CABRERA S.A. por el mismo accidente de trabajo y derivados de actas de infracción distintas, que fueron archivados.

6º.- DRAGADOS OFFSHORE S.A. presentó la demanda el 12-7-2013, ampliada el 17-10-13 frente al acuerdo de 31-7-13 dictado por el Consejo de Gobierno".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de la JUNTA DE ANDALUCÍA. Su Letrado, Sr. Pérez Pastor, en escrito de fecha 3 de octubre de 2014, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 207 de la LRJS por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. SEGUNDO.- Al amparo del art. 207 de la LRJS por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos. TERCERO.-

Al amparo del art. 207.e) de la LRJS por infracción del art. 4.3 del RD Legislativo 5/2000, en relación con los arts. 3.2 y 3.3 del mismo texto legal y con el art. 7.2 del Real Decreto 928/1998. CUARTO.- Al amparo del art. 207.e) de la LRJS, por infracción de los arts. 13.10, 12.6 y 42.3 del RD Legislativo 5/2000 en relación con los arts. 14 y 24 LPRL y arts. 4.2.d) y art. 19 del ET.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 10 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Datos relevantes del procedimiento.

Sin perjuicio de que acaban de recordarse los antecedentes de hecho pertinentes, para centrar el debate casacional interesa recordar lo sucedido, examinar el alcance de la demanda, su respuesta judicial y el recurso interpuesto, así como la impugnación e Informe del Fiscal.

La cuestión fundamental consiste en determinar si la resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía imponiendo una sanción (de 415.000) a la empresa DRAGADOS OFFSHORE SA, (DOSA, Dragados) por infracción del artículo 13.10 LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, cuyo texto Refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) y otra de

30.050,61 € por infracción del artículo 12.6 de la misma LISOS, se encontraba o no prescrita.

1. Los hechos probados.

Los hechos relevantes se remontan al año 2003, cuando DRAGADOS contrató con PEMEX la construcción de una planta de prospección de gas. Para ello DRAGADOS subcontrató con distintas empresas, entre las que se encontraba Tesifonte Cabrera S.A., especializada en ascensores.

El 2 de julio de 2003, sobre las 13:00 tiene lugar accidente de trabajo en el centro de trabajo de DOSA, sito en Bajo de la Cabezuela S/N. de Puerto Real. En concreto, se produce un fallo en el grupo de tracción de los motores de una plataforma elevadora, así como en su dispositivo paracaídas. Consecuencia de ello es la salida y desprendimiento del grupo motor izquierdo, con caída-desplome de la cabina. Trece trabajadores, que prestaban servicios para diversas empresas, sufren lesiones de diversa consideración.

Como consecuencia del accidente de trabajo se inició expediente sancionador por la Inspección Provincial de Trabajo. Esta actuación administrativa fue suspendida por la apertura de diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción.

Diez años más tarde el Juzgado de lo Penal dictó sentencia (9 de enero de 2013) condenando al empresario y varios directivos y jefes de proyecto, lo que motivó que se levantase la suspensión del expediente sancionador concluyendo con la Resolución del Consejo de Gobierno a que hemos hecho referencia. En esta sentencia, dictada "de conformidad", fueron condenados tres directivos y jefes de proyecto de DOSA y el empresario responsable de la actividad generadora del riesgo y del accidente.

2. Actas de la Inspección de Trabajo.

A) El Acta de la Inspección de Trabajo nº 2103/03, fechada el 15 de diciembre de 2003 (aunque al pie consta la fecha del día siguiente) se dirige frente a "Dragados Offshore S.A." (En su propio encabezamiento, pág. 1), da cuenta de que representantes de tal empresa (así como varios empleados) han comparecido ante los Servicios de la Inspección (págs. 2 ss) y de que se ha puesto en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puerto Real "la situación del expediente administrativo" (con fecha 11 de septiembre de 2013, pág. 2). Asimismo condensa el contenido de los "Informes de Investigación de Accidente" aportados por la propia empleadora (págs. 8 ss.) y por sus Delegados de Prevención (págs. 11 ss.). Entre otros incumplimientos, se imputa a Dragados no haber elaborado el Plan de Seguridad y Salud con carácter previo al inicio de la obra (pág. 20). El Acta entiende vulnerados los artículos 13.10 y 12.6 LISOS, en conexión con diversas normas sustantivas, y propone la imposición de una sanción por importe de 415.000 y otra de 30.050,61; asimismo advierte que se propone ante la Dirección Provincial del INSS expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y que se pone en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puerto Real las actuaciones administrativas practicadas (pág. 22).

B) El Acta de la Inspección de Trabajo nº 2102/03 es gemela de la anterior en su contenido. La variación estriba en que se eleva por infracción de los artículos 5.2 y 13.10 LISOS, en concordancia con diversos preceptos sustantivos. Se propone una sanción de 30.050,062. Asimismo, invocando el artículo 42.3 LISOS se aprecia la responsabilidad solidaria de la empresa principal, DOSA.

C) A la vista de lo expuesto es innegable que la actuación sancionadora promovida por la Inspección de Trabajo tomó como claro sujeto pasivo a la empresa DOSA. A ella se le imputan comportamientos sancionados por la LISOS; respecto de la

misma se propone la imposición de sanciones administrativas; como sujeto activo de conductas ilícitas se le ha dado audiencia; y, en concordancia con todo ello, al Juzgado competente en materia penal se le traslada lo actuado.

3. Las resoluciones recurridas.

A) Mediante Acuerdo de 7 de mayo de 2013, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía impuso a DOSA una sanción de 415.000 euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 13.10 LISOS y otra de 30.050,61 euros por infracción de lo previsto en el artículo 12.6 LISOS.

Se basa dicha resolución en los hechos constatados por la Inspección de Trabajo en el Acta 2103: el montaje y mantenimiento de la plataforma elevadora se llevó a cabo por trabajadores sin la debida cualificación profesional; la empresa a la que Dragados encomendó esas operaciones no estaba tampoco debidamente acreditada; DOSA no había elaborado el Plan de Seguridad en los términos legalmente exigidos. Asimismo se apoya el Acuerdo sancionador en los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal de Cádiz.

Descarta que exista duplicidad sancionadora en los términos prohibidos por el artículo 3º LISOS y el art. 5.1 del RD 928/1998 puesto que "en el ámbito penal han resultado condenadas diversas personas físicas, mientras que el procedimiento sancionador administrativo se dirige frente a la empresa Dragados Offshore S.A., en su condición de empresario titular del centro de trabajo".

B) DRAGADOS OFFSHORE S.A. presentó el 10 de junio de 2013 recurso de reposición frente a la anterior resolución. El 31 de julio de 2013, se dicta nueva Resolución por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía desestimando tal

recurso potestativo y confirmando en todos sus extremos la Resolución de 7 de mayo de 2013.

El Acuerdo descarta la nulidad del precedente, dado que hubo respuesta clara y directa a las alegaciones formuladas en su día, quedando claros los hechos y la norma en que se consideraban subsumibles. Insiste en el respeto a la prohibición de duplicidad sancionadora, invocándose la STC 17/1999, de 11 octubre. Conforme a su doctrina no existe identidad, ni duplicidad, cuando los mismos hechos dan lugar a una multa administrativa para la empresa responsable del ilícito y a sanción judicial para las personas físicas autoras cuando entre ambas discurre una relación de representación o dirección empresarial.

Detallada atención se presta a las alegaciones que la empresa realiza sobre la incorrecta gradación de la sanción impuesta desde diversas perspectivas: número de afectados, requerimientos previos de la Inspección, incumplimiento de normas preventivas o peligrosidad de las actividades. El Acuerdo concluye afirmando que son hasta cuatro las razones que abocan a la imposición de la sanción en su grado máximo.

4. La demanda interpuesta y su ampliación.

A) Con fecha 12 de julio de 2013 la representación letrada de DOSA presentó demanda impugnando el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 7 de mayo anterior. Dejando al margen la solicitud de que se adoptasen medidas cautelares, que han quedado por completo al margen del presente recurso, son cinco los fundamentos en que se asienta su compleja pretensión:

1º Vulneración de la tácita prohibición consitucional (art. 25.1 CE) de duplicar sanciones por un mismo hecho. Se razona acerca de la virtualidad del art. 133 de la Ley

30/1992, del art. 3.1 LISOS y del art. 3.1 RD 928/1988. A este respecto se citan diversas sentencias, entre las que destaca la STC 177/1999, conforme a la cual existe identidad subjetiva aunque en un caso se sancione a la empresa incumplidora (multa administrativa) y en otro a sus representantes o directivos (sanción judicial en vía penal).

2º Nulidad del Acuerdo por falta de motivación y de tipicidad, vulnerándose lo dispuesto en los arts. 54 y 129 de la Ley 30/1992, en relación con el art. 24 CE.

3º Ausencia de responsabilidad de DOSA por no concurrir los presupuestos exigidos en el artículo 24.3 LPRL, en relación con el art. 42.3 LISOS. En particular, se rechaza que exista una actividad identificable como "propia" en los hechos enjuiciados, y atendiendo a las específicas de DOSA y T. Cabrera.

4º Prescripción de la sanción por dilaciones indebidas en el procedimiento, o subsidiariamente moderación de la misma. El transcurso del tiempo priva de razón al castigo de los incumplimientos pretéritos. Se propugna la traslación de la regla contenida en el artículo 21.6 del Código Penal, así como de las previstas en el art. 132 de la Ley 30/1992 .

5º Improcedencia de las sanciones impuestas, por no estar correctamente graduadas, a la vista de los arts. 39.3 y 39.5 LISOS.

B) El 17 de octubre de 2013 se presentó por la representación procesal de DOSA solicitud, al amparo del art. 36.1 LRJCA, de ampliación de la demanda extendiendo la impugnación al acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 julio 2013 que resuelve el recurso de reposición formulado contra el inicial de 7 de mayo de 2013.

5. La sentencia de instancia.

Mediante su sentencia 1821/2014, de 26 de junio, ahora recurrida, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede de Sevilla) estima la demanda interpuesta por DOSA y declara la nulidad de los dos Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a que se hizo mención. Son varias las líneas argumentales desarrolladas para justificar esa conclusión.

1ª) La prescripción, además de alegada, puede ser apreciada de oficio y debe examinarse prioritariamente. Su cómputo comienza en la fecha de comisión de la infracción y está fijada para las infracciones muy graves en cinco años, contados desde la fecha de la infracción (art.4.3 RD Leg. 5/2000; art.132.1 y 2 LRJPAC; art.7.1 y 2 RD 928/1998).

2º) Contra la empresa no se siguió procedimiento penal alguno, sino solo frente a algunos empleados de la misma, finalmente condenados.

3º) La interrupción de la prescripción respecto de DOSA es imposible porque ni hubo comunicación de la autoridad laboral al órgano judicial penal o al Ministerio Fiscal, por si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, ni viceversa, pues el Ministerio Fiscal no notificó a la Administración laboral y a la ITSS la existencia de un procedimiento penal. Se sancionó cuando la infracción hacía años -10 años- que había prescrito.

4º) La tramitación simultánea de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, carece de aplicación si no concurre tal dualidad de identidades. Al tramitarse el procedimiento

administrativo sancionador contra DOSA y el penal frente a empleados suyos no cabe la suspensión del primero.

5º) El artículo 42.3 LISOS vincula la responsabilidad de la empresa principal o comitente a que concurran dos circunstancias: titularidad del centro de trabajo y que la actividad sea propia, esté vinculada a su ciclo productivo. Esta segunda circunstancia no concurre.

6º) La responsabilidad en Derecho Sancionador surge por hechos propios, de modo que no puede alcanzar, por la vía de la responsabilidad solidaria, a quien no realiza los hechos negligentes o dolosos, por exigencia del principio de culpabilidad. Ello refuerza la idea de la prescripción.

7º) Es incomprensible que solo haya sido sancionada la empresa principal y no la auxiliar. A la luz de las normas aplicables (art. 24.3 LPRL y art. 43.2 LISOS) sobre solidaridad en la responsabilidad por infracción de la deuda de seguridad, si es inexistente la responsabilidad de la contrata por hechos propios, no cabe inferir responsabilidad de la comitente. Sin embargo, fue suspendido el expediente sancionador por la Administración, y diez años después sanciona a quien nunca tuvo responsabilidad penal.

6. El recurso de casación.

Contra la referida sentencia de la Sala, el 3 de octubre de 2014 se formaliza recurso de casación por parte del Letrado de la Junta de Andalucía. Está articulado en cuatro motivos:

Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la LRJS se propone una redacción alternativa del Hecho Probado Segundo de la Sentencia recurrida, al ser obviado por la Sala sentenciadora un hecho relevante, cuya realidad resulta acreditada por documento que obra al folio 73 del expediente administrativo.

Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la LRJS se propone una redacción alternativa del Hecho Probado Segundo de la Sentencia recurrida, al ser obviado por la Sala sentenciadora un hecho relevante, cuya realidad resulta acreditada por documentos que obran al folio 1 y 27 del expediente administrativo.

Al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LRJS, se solicita la nulidad de la sentencia recurrida por infracción, del artículo 4.3 del RD Legislativo 5/2000 , en relación con el artículo 3.2 y 3.3 del mismo texto legal y con el artículo 7.2 del Real Decreto 928/1998.

Al amparo del apartado e) del artículo 207 de la LRJS , se solicita la nulidad de la sentencia recurrida por infracción, del artículos 13.10; 12.6 y 42.3 del RD Leg 5/2000 en relación con los artículos 14 y 24 de la LPRL y artículos 4.2.d y art 19 del ET.

7. La impugnación al recurso.

El 28 de noviembre de 2014 se presenta la impugnación al recurso por parte de la representación letrada de DOSA.

Considera que los motivos de revisión fáctica incumplen las exigencias que la jurisprudencia viene sosteniendo para que pueda prosperar; en particular, destaca que no se ha razonado su pertinencia y que resultaría irrelevante su triunfo.

Asimismo expone los argumentos que cimentan la prescripción acogida en la sentencia de instancia: ya se había alegado, es apreciable de oficio, unas actuaciones penales frente a determinados sujetos no pueden interrumpir la prescripción de infracciones cometidas por un tercero, resulta indiferente la posterior modificación del Código Penal, la empresa DOSA posee diversa actividad que la responsable del accidente.

8. El Informe del Ministerio Fiscal.

El 26 de marzo de 2015 emite el Ministerio Fiscal ante esta Sala el Informe previsto por el artículo 214.1 LRJS en los recursos de casación (aunque erróneamente alude a la casación unificadora y a una inexistente sentencia del Juzgado de lo Social).

Considera que el recurso debe prosperar tanto en los motivos que censuran el relato de hechos cuanto en los dedicados a la infracción normativa. El eje de su posición lo constituye la doctrina de esta Sala sobre interrupción de la prescripción del recargo de prestaciones. En concreto, la STS 15 septiembre 2009 (rec. 171/2009) y las que en ellas se cita, con apoyo en el art. 43.3 LGSS, sostienen que si se entablan acciones (civiles o criminales) frente a un presunto culpable la prescripción queda en suspenso, volviendo a contarse el plazo desde la fecha en que se notifique el auto de sobreseimiento o desde que la sentencia adquiera firmeza.

9. Estructura de nuestra sentencia.

Examinaremos en primer lugar los dos motivos que el recurso formaliza en orden a la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia dictada en la

instancia, tanto por exigencias lógicas cuanto por seguir el orden que la Ley ha marcado.

Acto seguido habremos de abordar los dos motivos de recurso que denuncian infracciones normativas y que consideran que la prescripción no opera en el presente caso. En este punto interesa reparar en algunas cuestiones expuestas:

La demanda había desarrollado diversas argumentaciones que desembocaban en otras tantas peticiones.

Sin embargo, la sentencia recurrida solamente se centra en una de ellas, por conducir su estimación a la anulación de la sanción combatida por la empresa.

Esa respuesta judicial solo es recurrida en casación por la Administración autonómica, la cual se centra de modo exclusivo en la concurrencia de argumentos obstativos de la prescripción.

A su vez, la impugnación al recurso que ha presentado la empresa también se ciñe al tema de la prescripción, enlazado con la proscripción de la duplicidad sancionadora, sin mención alguna al resto de argumentaciones que había desplegado en la demanda.

En consecuencia, si prosperase el recurso habríamos de revocar la sentencia de instancia y determinar las consecuencias de ello, habida cuenta de que nos encontramos en el ámbito de un recurso extraordinario y de que en lo no previsto por la LRJS opera de manera supletoria el tenor de la LRJCA.

SEGUNDO.- Revisión de hechos probados.

1. Requisitos para la revisión fáctica por vía de casación.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". Antes de examinar la revisión postulada hemos de recordar las limitaciones y funcionalidad que esa cuarta apertura del artículo posee.

En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del

recurso explican estas limitaciones. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio

contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

2. Adición interesada en el primer motivo de recurso.

A) Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la LRJS se propone una redacción alternativa del Hecho Probado Segundo de la Sentencia recurrida, al ser obviado por la Sala sentenciadora un hecho relevante, cuya realidad resulta acreditada por documento que obra al folio 73 del expediente administrativo. Sin embargo, al

desarrollar ese motivo, en dos ocasiones expone que el dato debe añadirse en el Hecho Probado Cuarto.

Dado el contexto de la propuesta, la referida discordancia hemos de salvarla en favor de la modificación del HP Cuarto, que debería quedar redactado así: "Tras la sentencia penal notificada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Cádiz a la Junta de Andalucía el 16 de febrero de 2013, se levanta la suspensión en la tramitación...".

B) El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación de este motivo de recurso, por entender que el documento invocado posee literosuficiencia y permite reconsiderar las cosas ya que en el Fundamento Segundo la sentencia recurrida razona sobre la base de que "no había existido comunicación oficial alguna".

Sin embargo, lo que ese Fundamento afirma es que "ni hubo comunicación de la autoridad laboral al órgano judicial penal o al Ministerio Fiscal, por si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, ni viceversa, pues el Ministerio Fiscal no notificó a la Administración laboral y a la ITSS la existencia de un procedimiento penal".

Por lo tanto, la constancia de la fecha en que el Juzgado de lo Penal notifica su sentencia a la Administración deja incólume la base del razonamiento de la Sala sevillana. Su argumento se construye por referencia a comunicaciones respecto de la existencia de procedimientos sancionadores (penal, administrativo), que no respecto de la sentencia en que desemboca la vía penal.

C) Como ha quedado expuesto más arriba, uno de los requisitos para que podamos acceder a la revisión de hechos probados que el artículo 207.d) LRJS permite consiste en que se propugne una rectificación cuyo carácter decisivo se acredite de manera evidente.

No hay en el recurso una justificación, ni siquiera una explicación, del modo en que podría alterarse el resultado del litigio si se tiene en cuenta el dato atinente a la fecha en que se notificó la resolución del Juzgado de lo Penal a la Administración Laboral. Nótese que la sentencia recurrida basa toda su argumentación en que ha transcurrido un extenso periodo de tiempo desde que se producen las conductas infractoras hasta que se sancionan, sin que haya existido válida interrupción del plazo prescriptorio.

En ese sentido, la concreción de la fecha en que se ha dado conocimiento a la Junta de Andalucía de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, carece de relevancia. En el HP Tercero se identifica con exactitud su fecha (9 enero 2013), sin que el llevar a un mes después la reactivación del plazo prescriptorio (si es que estuviere suspendido) cambiara las cosas. Si se entendiera que no había habido suspensión del plazo de prescripción, tampoco el dato que se pretende introducir alteraría la solución del problema atinente a la prescripción.

Tampoco el folio 73 del expediente administrativo contiene el dato que se desea adicionemos, aunque ello en modo alguno significa que se dude de su veracidad.

D) La consideración sobre el carácter intrascendente de la adición propugnada basta para que fracase el motivo de recurso examinado. Adicionalmente, el recurrente no ha levantado la carga que pesa sobre él, en el sentido de que ha omitido la exposición sobre las razones del carácter trascendente que posee su propuesta.

El escrito de recurso afirma que "resulta determinante quede consignado" ese dato, a los efectos del artículo 7.2 del RD 928/1998, sin más aditamento que el de anunciar que ello se verá así con posterioridad.

Siendo del todo imposible que este Tribunal construya el recurso de casación, por así exigirlo tanto su carácter extraordinario cuanto la preservación de la tutela judicial de la contraparte, y a la vista de las consideraciones precedentes, hemos de considerar que el motivo también fracasa por no aparecer suficientemente expuesta su pertinencia.

3. Adición interesada en el segundo motivo de recurso.

A) Al amparo del apartado d) del artículo 207 de la LRJS se propone una redacción alternativa del Hecho Probado Segundo de la Sentencia recurrida, al ser obviado por la Sala sentenciadora un hecho relevante, cuya realidad resulta acreditada por documentos que obran al folio 1 y 27 del expediente administrativo. En concreto, se solicita la siguiente adición: "el acta de infracción nº NUM001 de 15 de diciembre de 2003, junto con el resto de lo actuado por parte de la Inspección de Trabajo actuante, se puso en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Puerto Real, órgano judicial que estaba conociendo de las DP 908/2003".

B) En el HP Tercero la sentencia recurrida ha dejado constancia de que quedó suspendido el procedimiento administrativo en tanto no recayese resolución judicial en el orden penal. En el HP segundo se da cuenta de que el Acta de Infracción NUM001 dio lugar al expediente sancionador NUM000, suspendido primero y reactivado años más tarde.

El Acta de la Inspección, a su vez, como ha quedado expuesto, da cuenta de que las actuaciones practicadas se trasladan al Juzgado.

C) El recurso incurre en la misma deficiencia que en el caso anterior: omite la explicación del carácter decisivo que se atribuye a la adición postulada. Se limita a manifestar que estamos ante dato "trascendental en el presente caso, como más adelante desarrollaremos".

Hemos de censurar nuevamente ese modo de instrumentar la revisión de hechos probados, que viene a poner en manos de la Sala un papel diverso al propio del juzgador.

D) Adicionalmente, se trata de una adición innecesaria, puesto que en la sentencia existe constancia indirecta de que así fue. Sobre todo, se trata de añadido insuficiente para alterar la solución acogida por la sentencia que se recurre. Su eje central es que no se han desarrollado actuaciones penales relevantes para DOSA, por lo que tampoco ha habido válida interrupción del plazo de prescripción para sancionar los incumplimientos que el Acta de la Inspección le atribuye. Si ninguna actuación penal se dirigía frente a la empresa sancionada en vía administrativa, era imposible que el plazo de prescripción contemplado en la LISOS se interrumpiera.

4. Desestimación.

A la vista de cuanto antecede, aun siendo evidente la veracidad de los datos cuya adición se propone en ellos, los dos primeros motivos del recurso han de fracasar. Porque están contruidos prescindiendo del carácter decisivo que han de tener para su éxito.

TERCERO.- Normas en presencia.

1. Términos de la casación.

Recapitulemos algunos aspectos ya expuestos. Los hechos sustantivos de los que trae causa este procedimiento poseían una trascendencia y complejidad innegables. El Acta de la Inspección de Trabajo 2103/2003 realizó una descripción detallada de lo acaecido, propuso la imposición de una importante sanción a DOSA, promovió expediente por recargo de prestaciones y trasladó al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción las actuaciones practicadas.

Los hitos posteriores relevantes (Acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, demanda y ampliación presentada por DOSA) desembocan en una sentencia donde la multiplicidad de temas propuestos por la demanda (y ratificados ante el Tribunal) se reduce al de la prescripción, aunque basada en el juego de la prohibición de doble castigo.

A su vez, tanto el recurso de la Junta de Andalucía cuanto su impugnación se centran en esa exclusiva cuestión, aunque desde diversas perspectivas. Todo ello quiere decir que escapa a la función casacional que nos compete el examen del acierto que las sucesivas actuaciones merezcan, el alcance de las normas invocadas o las consecuencias de ellas extraídas. Para determinar si la argumentación acogida por la sentencia recurrida (su solución, para ser más exactos) debe ceder ante la postulada en los motivos segundo y tercero del recurso parece relevante comenzar por precisar el alcance de los preceptos cuya infracción se denuncia. Se trata de diversos mandatos de la LISOS, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, del Estatuto de los Trabajadores y del Real Decreto 928/1998.

2. Preceptos de la LISOS.

El recurso de casación considera que la sentencia desconoce el tenor de diversos artículos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; asimismo, la sentencia recurrida basa en diversos pasajes de la norma su solución. Siempre por referencia a la redacción vigente en el momento en que acaecen los hechos, se trata de los siguientes:

A) El artículo 3º disciplina la concurrencia con el orden jurisdiccional penal y establece lo siguiente:

1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente

para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

B) El artículo 4º aborda la prescripción de las infracciones y sienta un plazo general de tres años. Sin embargo, el apartado 4 contiene la regla específica que ahora interesa, y conforme a la cual "en materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones prescribirán: al año las leves, a los tres años las graves y a los cinco años las muy graves, contados desde la fecha de la infracción”.

C) Entre las infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales, el artículo 12.6 describe la conducta consistente en " El incumplimiento de la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de los riesgos. El incumplimiento de la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo en cada proyecto de edificación y obra pública, con el alcance y en la forma establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, así como el incumplimiento de dicha obligación, mediante alteraciones, en fraude de ley, en el volumen de la obra o en el número de trabajadores".

D) Una de la infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales es la contemplada en el artículo 13.10 cuando alude a "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”.

E) Bajo la rúbrica de "responsabilidad empresarial" el artículo 42.1 advierte que las infracciones a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 ET determinarán la

responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos. Y en su apartado 3, párrafo primero, añade lo siguiente:

La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley 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 la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

3. Preceptos del Estatuto de los Trabajadores.

Aunque se trata de norma cuyo Título Primero disciplina genéricamente el contrato de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores, en la versión vigente al momento de producirse los incumplimientos denunciados posee un par de previsiones que el recurso de la Junta de Andalucía considera infringidas por la sentencia recurrida:

A) El artículo 4 enumera los "derechos laborales" y su apartado 2.d) prescribe que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho "a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene".

B) El artículo 19 disciplina la "seguridad e higiene" y en sus cuatro primeros números posee el siguiente contenido:

1. El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

2. El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene.

3. En la inspección y control de dichas medidas que sean de observancia obligada por el empresario, el trabajador tiene derecho a participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes en la materia a tenor de la legislación vigente.

4. El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes. El trabajador está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas.

4. Preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El Acuerdo sancionador del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía considera que DOSA ha incumplido obligaciones en materia de salud laboral y ahora el recurso de casación achaca a la sentencia recurrida la infracción de dos preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la principal norma sobre la materia. Recordemos su redacción a la altura del año 2003.

A) El artículo 14 de la Ley regula el derecho a la protección frente a los riesgos laborales. En las partes que ahora interesan, su tenor es el siguiente:

1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente Ley.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

B) Por su lado, el artículo 24 de la Ley aborda la coordinación de actividades empresariales. Las previsiones que ahora interesa recordar son las siguientes:

1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la

información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

5. Preceptos de la Ley 30/1992.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contiene diversas previsiones en materia de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Varias de ellas van a ser traídas para la resolución del recurso examinado.

A) El artículo 128 ("Irretroactividad") precisa que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa (número 1) y añade que "las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor" (número 2).

B) El artículo 133 ("Concurrencia de sanciones") dispone que "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

6. Real Decreto 928/1998.

El RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Su artículo 7º ("Prescripción y cosa resuelta") tiene un apartado 2 que está en el centro del debate ahora resuelto. Veamos su literalidad:

"2. Los plazos de prescripción para la imposición de sanciones en el orden social se interrumpen por cualquiera de las causas admitidas en Derecho, por acta de infracción debidamente notificada, requerimiento u orden de paralización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En las deudas por cuotas a la Seguridad Social se estará a lo dispuesto en el artículo 21, párrafo segundo, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. La prescripción también se interrumpirá por la iniciación del procedimiento de oficio señalado en el artículo 6 del presente Reglamento y, en todo caso, por el inicio de actuación administrativa con conocimiento formal del sujeto pasivo conducente a la comprobación de la infracción o de la deuda, por cualquier actuación del sujeto responsable que implique reconocimiento de los hechos constitutivos de la infracción o de la deuda, o por la interposición de reclamación o recurso de cualquier clase por parte de los afectados o sus representantes.

La comunicación trasladando el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, interrumpe la prescripción hasta que se notifique a la Administración la resolución

judicial que recaiga, o hasta que el Ministerio Fiscal comunique su decisión de no ejercitar la acción penal".

CUARTO.- La interrupción de la prescripción (Motivo 3º del recurso).

1. Desarrollo del recurso.

El extenso motivo 3º del recurso, no siempre con el deseable hilo conductor, desarrolla un doble plano de reflexión: primero exponiendo cómo deben ser las cosas; segundo censurando las bases del razonamiento central de la sentencia recurrida. Se basa en las previsiones del art. 7.2 del RD 928/1998 y del art. 3.2 LISOS para sostener que la prescripción quedó interrumpida en el caso examinado. La comunicación dirigida por la Administración al Juzgado o al Ministerio Fiscal debe tener ese efecto.

Por tanto el plazo de prescripción (de cinco años) se inicia el día del accidente (2 julio 2003), se suspende al comunicar la Inspección al Juzgado sus actuaciones (16 diciembre 2003) y se reactiva cuando la sentencia penal es notificada a la Administración (16 febrero 2013).

Critica la argumentación de la sentencia sobre ausencia de acto suspendiendo la tramitación del expediente sancionador: la Ley no lo exige y la Administración (a través de la Inspección de Trabajo) comunicó al órgano judicial el tanto de culpa, e incluso posteriormente notifica a DOSA que el expediente estaba suspendido.

Sale al paso del argumento sobre ausencia de acciones penales dirigidas frente a DOSA. El art. 3.2 LISOS no exige triple identidad para que opere la interrupción de la prescripción. Además, hasta 2010 no era posible accionar frente a personas jurídicas,

por lo que los procedimientos penales no se dirigían frente a sociedades. Y en el propio expediente administrativo consta solicitud de DOSA del procedimiento administrativo sancionador.

En fin, con cita del criterio de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no existe identidad subjetiva cuando se sanciona a la empresa por un lado y a sus dirigentes por otro.

Asimismo se invoca la jurisprudencia de esta Sala Cuarta sobre la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la prescripción pues no se asienta sobre principios de estricta justicia sino de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho objetivo.

2. Consideraciones del Tribunal.

A) Aunque sin hacer hincapié en ello, protesta el recurso ante la estimación de una prescripción que no había sido alegada.

Sin embargo, lo cierto es que (aunque en sentido diverso del asumido por la Sala de Sevilla) la demanda se refería a ella en su motivo cuarto, lo que fue ratificado en el acto del juicio oral. Además, viene admitiéndose desde antiguo que la prescripción de las infracciones administrativas (por tanto, la extinción de la responsabilidad administrativa del sujeto infractor) es cuestión de orden público que puede ser apreciada de oficio, sin necesidad de invocación por el interesado y sin que éste pueda renunciar a sus efectos. En este sentido pueden verse las SSTs-CONT de 9 de marzo de 1972, 21 de abril de 1987, 12 de noviembre de 1988 o 23 de junio de 1989.

B) El principio de supremacía del orden penal (art.133 Ley 30/1992; art. 3.1 LISOS) se basa en la imposibilidad de imponer una doble sanción por los mismos hechos. Pero esa articulación procedimental del non bis in idem no solo se orienta a impedir el resultado de la doble incriminación y castigo a un mismo sujeto por unos mismos hechos; también se pretende evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio como consecuencia de la sustanciación simultánea o sucesiva de dos procedimientos -penal y administrativo- atribuidos a autoridades de diferente orden. Precisamente para evitar que se dicten resoluciones (judiciales y administrativas) contradictorias, los órganos jurisdiccionales penales tienen atribuido con carácter prioritario el enjuiciamiento de los hechos que prima facie se muestren delictivos. Esta atribución preferente descansa en la competencia exclusiva de este orden jurisdiccional en cuanto a la imposición de sanciones por conductas constitutivas de delito "y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el Texto Constitucional" (STC 177/1999).

En realidad, la previsión de la LISOS (art. 3.2) se refiere a la suspensión de la actuación de la Inspección de Trabajo previa a la iniciación del procedimiento sancionador stricto sensu, pues en ese momento pueden ya detectarse los indicios de criminalidad. No obstante, también se prevé la suspensión del procedimiento sancionador durante su tramitación. En este caso, el Inspector actuante "lo comunicará por su cauce orgánico al Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo, con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados", siendo el Jefe de la Inspección, si estimase la eventual concurrencia de ilícito penal, quien lo comunique al Ministerio Fiscal art. 5.1.2º RD 928/1998). La prescripción garantiza la eficiencia administrativa en orden a la imposición de sanciones y también otorga seguridad jurídica al sujeto infractor en tanto asegura cierta continuidad temporal entre la comisión de la infracción y la imposición de la sanción.

C) Profundicemos en el tema de la paralización cuando la Inspección ha levantado un Acta que apunta diversas infracciones de la empresa, se trasladan los hechos al ámbito penal y allí no se siguen actuaciones específicas contra tal entidad. Este es el meollo del debate actual. La sentencia considera que la quiebra de la identidad subjetiva lleva a que no debían haberse paralizado las actuaciones administrativas y a que carece de efecto suspensivo la intervención del Juzgado penal. Por el contrario, el recurso considera que la identidad subjetiva no resulta imprescindible para que proceda la detención del procedimiento sancionador administrativo, con la consiguiente paralización del plazo de prescripción.

El artículo 3.2 LISOS no contempla la exigencia de triple identidad (hechos, sujetos, fundamento) para que opere la paralización del procedimiento administrativo sancionador. Pero cuando tal precepto habla de que "las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal" hay que llevar la locución a su sentido lógico y contextual. Para que haya "infracciones" debe existir alguien a quien atribuir las "constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social" (art. 1.1 LISOS).

La referencia al artículo 7.2 del RD 928/1998, que se considera infringido por la sentencia recurrida difícilmente podría alterar lo querido por una norma con rango de Ley. Pero es que la disposición reglamentaria abona la conclusión anterior pues en ella hay repetidas alusiones a la identidad del sujeto presuntamente autor de infracciones: acta de infracción debidamente notificada, conocimiento formal del sujeto pasivo, actuación del sujeto responsable, recurso por parte de los afectados o sus representantes. Si la norma realiza todas esas precisiones no puede pensarse que resulte indiferente la identidad de los sujetos frente a los cuales se dirige la indagación penal.

D) Ambas tesis son defendibles y poseen sólidos argumentos, lo que constituye claro indicio de que quizá haya una vía interpretativa conciliadora o intermedia. Así lo

indica el artículo 3.4 LISOS. Conforme al mismo la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

Esta previsión es la que permite examinar cada caso a fin de determinar si la indagación penal posee "conexión directa" con las conductas examinadas en el ámbito administrativo. Respecto de algunos supuestos será imprescindible la identidad subjetiva, pero no así en otros.

En el presente caso es evidente que los hechos examinados son los mismos, que en el procedimiento administrativo y en el penal intervienen representantes de DOSA, que lo acreditado ante el Juzgado de lo Penal concuerda con lo investigado por la Inspección, en suma, que aparece una conexión directa tan clara que la propia empresa solicitó, en su día, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

E) Hay que salir al paso de la invocación que el Informe del Ministerio Fiscal o el recurso contienen sobre criterios doctrinales albergados en sentencias de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo al hilo de supuestos sobre recargo de prestaciones de Seguridad Social o sobre derechos del trabajador derivados de su contrato de trabajo.

El artículo 43 LGSS es inhábil para regular la prescripción cuando se trata de infracciones administrativas, del mismo modo que sucede con el artículo 59 ET. Porque aquí se trata de exigir responsabilidad en el ámbito del Derecho Sancionador de carácter público y los principios en que se basan las construcciones normativas (y su interpretación) son muy diversos. La proscripción de la analogía o de la intelección ampliatoria de los tipos sancionadores son buenos ejemplos de ello.

F) La "conexión directa" entre actuaciones administrativas y penales que concurre en el presente caso (con independencia de que hubiera sido aceptada por la propia DOSA en su día) conduce a considerar que la paralización de la actividad sancionadora de la Administración fue una decisión ponderada, acorde con las finalidades perseguidas por la examinada supremacía del orden penal.

Ahora bien, tanto la Administración cuanto DOSA han aludido en sus escritos a la incidencia de la doctrina constitucional albergada en la STC 177/1999 y es el momento de que le prestemos atención detallada.

El principio non bis in idem constituye "un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de sancionarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción" (STC 177/1999). El principio conecta con las exigencias de la legalidad y de la tipicidad pues "si la exigencia de « lex praevia » y « lex certa » que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una misma sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita".

En el caso allí contemplado los hechos constitutivos de la mencionada conducta delictiva (de un directivo empresarial) son los mismos que fueron objeto, con carácter previo, de la sanción administrativa de multa en cuantía de un millón de pesetas, impuesta, en el oportuno procedimiento sancionador, a la entidad mercantil. Ante esa hipótesis hay que advertir que "irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de

la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo".

El supuesto no es del todo igual al presente, aunque es obvio que la doctrina sentada resulta del máximo interés. Si se examina con detenimiento, se comprueba que el TC admite el juego del principio "ne bis in ídem" aunque en un caso se sancione al directivo de la empresa y en el otro a la propia Compañía. No hay razonamiento sobre el particular y el objetivo se fija en garantizar la primacía de los derechos constitucionales. Trayendo al presente recurso la construcción de la sentencia constitucional expuesta, hemos de significar lo siguiente:

Si se defiende que la disparidad subjetiva permite imponer una sanción a los trabajadores (penal) y otra a la empresa (administrativa), no habría que haber paralizado el procedimiento administrativo y operará la prescripción de las infracciones (como entiende la sentencia recurrida).

Si se acepta que cabe la paralización del procedimiento administrativo, porque opera la prohibición de duplicidad sancionadora (como la STC preconiza y la Junta de Andalucía defiende) nos encontraremos con la imposibilidad de sancionar a DOSA, por impedirlo el artículo 25.1 CE.

Lo que no resulta admisible es que la disparidad subjetiva despliegue sus efectos en un sentido (para permitir la paralización del expediente y la interrupción de la prescripción) y no lo haga en otro (el juego de la regla ne bis in ídem).

G) Resumiendo: la Administración actuó correctamente al paralizar el expediente; la prescripción de las infracciones quedó paralizada. Pero recordemos que el artículo 3.3 LISOS dispone que la Administración continuará el expediente sancionador

en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados "de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal". La anomalía surge cuando se reactiva el expediente pese a que existe sentencia penal condenatoria por los mismos hechos, supuesto en el que opera la tan examinada prohibición de sancionar doblemente.

El erróneo enfoque del tema por parte de la sentencia recurrida, por tanto, no puede conducir a estimar el recurso y alterar el fallo anulatorio de las sanciones impuestas por el Consejo de Gobierno. No por la prescripción de las infracciones, sino por el hecho de haber sido reprendidas en vía penal. Si se recuerda, se trata del primero de los alegatos de la demanda presentada en su día por DOSA, argumentación que la sentencia recurrida asume solo de manera auxiliar y que, sin embargo y por lo expuesto, resulta decisiva.

Quedan fuera de nuestra reflexión otras posibles consideraciones de política punitiva sobre la mayor o menor lenidad de las penas administrativas o penales, sobre la coetánea sanción penal a quienes encarnan a la empresa y no a ésta (como entidad específica).

QUINTO.- La responsabilidad solidaria de la empresa (Motivo 4º del recurso).

1. Alcance del motivo.

A) La sentencia recurrida expone en su Segundo Fundamento las razones que abocan a considerar prescritas las infracciones sancionadas. Acto seguido, en el Tercero de los Fundamentos invoca los artículos 24.3 y 42.3 LISOS (más arriba reproducidos) para sentar su conclusión: la responsabilidad en ellos contemplada requiere que la

empresa principal sea titular del centro de trabajo y que la actividad de la auxiliar pertenezca a su propio ciclo productivo.

Esta segunda nota se considera ausente en el caso examinado: DOSA no tiene como parte de su actividad productiva la instalación y reparación o mantenimiento de plataformas elevadoras. Como el responsable directo de las infracciones detectadas es la empresa auxiliar, a ella debe imponerse la sanción, sin que proceda solidaridad alguna. La empresa principal posee determinadas obligaciones y respecto de ellas ha de responder, pero DOSA carece de responsabilidad solidaria por las infracciones que haya cometido su auxiliar.

B) A la vista de esa argumentación, el cuarto motivo de recurso solicita "la nulidad de la sentencia recurrida" por infracción, de los artículos 13.10 ; 12.6 y 42.3 del RD Leg 5/2000 en relación con los artículos 14 y 24 de la LPRL y artículos 4.2.d y art 19 del ET , todos ellos ya reproducidos con anterioridad.

Se expone que realmente a DOSA no se le imputa responsabilidad solidaria por infracciones de la empresa subcontratada, sino por incumplimientos propios: ha permitido el uso de un aparato elevador anómalo, ha encargado su manejo a un trabajador sin preparación adecuada, ha omitido la formación adecuada; estamos ante una actividad subsumible en la "propia" de la empresa principal; no ha elaborado el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo.

2. Consideraciones del Tribunal.

En el ámbito de un recurso de casación, frente a cuya sentencia resolutoria no cabe recurso alguno, es innecesario examinar el último motivo de recurso. Su eventual triunfo serviría para censurar la interpretación brindada por la sentencia de instancia a

los artículos 24 LPRL y 42 LISOS. Esa hipotética estimación del motivo no alteraría, sin embargo, el resultado del recurso: al estar previa y penalmente sancionadas las infracciones en cuestión, la sentencia que anula el ulterior castigo administrativo debe confirmarse.

En consecuencia, carece de sentido que examinemos ahora las diversas cuestiones que suscita el motivo: si es posible una responsabilidad solidaria por incumplimientos propios; si la actividad de la subcontratista se integra en la principal de DOSA; si existía un mero contrato de suministro o una contrata de prestación de servicios auxiliares; si la tipificación de la conducta comprobada es o no la correcta: si la gradación de la sanción se ajusta a las exigencias legales.

Puesto que el recurso de casación no está destinado a cuestionar o a combatir los diversos fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, sino la solución adoptada (incluyendo sus hechos relevantes y sus argumentos decisivos), en este caso carece de utilidad el estudio del motivo.

Su fracaso comporta también el del recurso, así como la confirmación de la sentencia dictada en la instancia. Y conforme al artículo 235.1 LRJS "la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social".

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

1) Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y defendida por el Letrado Sr. Pérez Pastor, contra la sentencia 1821/2014, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 26 de junio de 2014, en autos nº 35/2013, seguidos a instancia de DRAGADOS OFFSHORE, S.A. contra dicha recurrente, sobre impugnación de sanción en materia de seguridad y salud laboral.

2) Confirmamos dicha sentencia.

3) Imponemos las costas de la impugnación al recurso a la Junta de Andalucía.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), 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.

XVI. 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, N° 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, n° 1, Páginas.51-56.

- VALDES DAL-RÉ, F., «Representación y representatividad sindicales en España», Relaciones Laborales, tomo II-1988, pág. 145.

TALENTUM EST TANTUM PARS SUCCESSU RELIQUUM EST
OPUS ET SACRIFICIUM