



Roj: STSJ NA 778/2016 - ECLI:ES:TSJNA:2016:778  
Id Cendoj: 31201340012016100444

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social

Sede: Pamplona/Iruña

Sección: 1

Nº de Recurso: 362/2016

Nº de Resolución: 459/2016

Procedimiento: Recursos de Suplicación

Ponente: MIGUEL AZAGRA SOLANO

Tipo de Resolución: Sentencia

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> CARMEN ARNEDO DIEZ**

**PRESIDENTA EN FUNCIONES**

**ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

**ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña , a CUATRO DE OCTUBRE de dos mil dieciséis .

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A Nº 459/2016**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DON JOAQUIN FERMIN IBIRICU GOÑI , en nombre y representación de NORTE DE SALUD S.L. , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona/Iruña sobre IMPUGNACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS MATERIA LABORAL , ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON MIGUEL AZAGRA SOLANO, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra, se presentó demanda por NORTE DE SALUD, S.L., contra el Gobierno de Navarra frente a la Orden Foral 209/2015, de 22 de julio de 2015, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y empleo por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución 172/2015, de 24 de abril, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, recaída en el expediente de sanciones laborales número NUM001 , y contra esta resolución, por la que se confirmó la propuesta de sanción formulada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, respecto del acta de infracción número NUM000 , y se impuso a la empresa NORTE DE SALUD, S.L. la sanción de 40.986,00 euros, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de las resoluciones y, subsidiariamente, se declare que en el proceder de Norte de Salud, S.L. no hubo infracción alguna en materia de Seguridad y Salud, de modo que no procede imponer sanción alguna; declarando, en consecuencia, contrarias a derecho la Orden Foral 209/2015, de 22 de julio de 2015, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo del Gobierno de Navarra, y de la Resolución 174/2015, de 24 de abril, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, con el archivo del expediente sancionador iniciado.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda de impugnación de sanción deducida por NORTE DE SALUD S.L. frente al GOBIERNO DE NAVARRA, debo absolver y absuelvo al GOBIERNO DE NAVARRA demandado de las

pretensiones frente a el deducidas, confirmando las resoluciones administrativas impugnadas por ser ajustadas a derecho."

**CUARTO** : En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.-La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de infracción nº I NUM000 frente a la empresa NORTE Y SALUD S.L.-NORLABOR-, en la que proponía la imposición de una sanción en grado mínimo, por cuantía de 40.986 euros por considerar que la empresa había cometido la infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales tipificada como muy grave en el art. 13.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y todo ello por el incumplimiento por la empresa en los previsto en los arts. 22 y 31 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales , en relación con los artículos 16 , 17 , 19 , 20 y 37.3 del Real Decreto 39/1997 de 17 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y en relación también con el artículo 3 del 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 srevención (Acta de infracción que obra unido a los autos y se da aquí por reproducida).- En el acta consta que NORTE Y SALUD S.L. se constituyó el 12 de enero de 1993 y su objeto social es la prestación de toda clase de servicios médicos y la comercialización de productos y elementos médicos sanitarios. Se constata que desarrolla actividades en calidad de servicio de prevención ajeno, teniendo acreditación definitiva en virtud de la resolución del Director General de Trabajo del Gobierno de Navarra nº 2172/1998, de 1 de diciembre, y prestando servicios en calidad del servicio de prevención ajeno en cuatro especialidades preventivas, incluida la vigilancia de la salud.- SEGUNDO.-Como hechos constatados se hace referencia a que NORTE Y SALUD S.L. - NORLABOR- ha suscrito un concierto con la mercantil TRELLEBORG INEPSA S.A , el 1 de enero de 2014 para la prestación de la actividad en calidad de servicios de prevención ajeno, y denominado " *concierto para la cobertura externa del servicio de prevención de riesgos laborales*". Consta en el concierto que se prestará a la actividad del servicio de prevención externo para las áreas específicas de seguridad laboral, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada, y vigilancia de la salud, en relación al centro de trabajo de la mercantil contratante, situado en la calle Camino de Santa Lucía s/n de Pamplona.- En el apartado quinto del concierto, y con referencia a actividades concertadas, se incluye además de las referidas actividades preventivas, la cláusula específica referente a " *atención sanitaria continuada*", expresando lo siguiente: " *De acuerdo con el contenido del Pacto Noveno, punto 6 siguiente a petición de los responsables de TRELLEBORG INEPSA se recibirá en consulta médica a los trabajadores de la empresa que considere que deban ser citados de modo que el personal sanitario del servicio de prevención conozca las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias de trabajo por motivos de salud, a fin de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo*" ( según se dispone en el art. 37.3.d) del reglamento de los servicios de prevención y en el art. 20.4 del E.T ).- A solicitud de la empresa, los trabajadores serán citados en un máximo de 24 h. laborables; el número de consultas será ilimitado, teniendo en cuenta que nuestros facultativos podrán " *considerar convenientes las consultas de revisión*". - El acta de infracción, constata también que en la entrevista con los representantes de ambas mercantiles, se ha informado que se encomendó al servicio de prevención ajeno " *una labor de seguimiento de las bajas por 4 incapacidad temporal por contingencias comunes de los trabajadores*". Se añade que según manifiestan se trataba de verificar " *el estado y la posible evolución de los trabajadores que se encuentran en tal situación, así como informar a la mercantil sobre la previsible duración de la baja y sus posibilidades de incorporación, indicándose por el Director de R.R.H.H. de TRELLEBORG INEPSA S.A. como motivación para la realización de tal seguimiento el alto absentismo laboral existente en la empresa así como el hecho de que ésta abone a los operarios un complemento económico en las situaciones de incapacidad temporal*". Recoge el acta de infracción que el Director de Recursos Humanos de la Empresa TRELLEBORG INEPSA invocó lo establecido en el art. 37.3 d) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero , por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención.- Hace referencia el acta de infracción, a continuación, a la regulación en el art. 7.1 del Convenio Colectivo de la empresa TRELLEBORG INEPSA S.A de una mejora de enfermedad consistente en un complemento por importe de la diferencia entre prestaciones por incapacidad temporal y el 100 % del salario. Para la percepción de tal complemento o mejora de enfermedad se exige, entre otros requisitos, la " *presentación semanal ante el servicio médico de la empresa, siempre que éste lo solicite*", así como el " *suministro de la información requerida por el personal médico de la empresa*". - Conforme al acta de infracción, hasta el 31 de diciembre de 2013, esta tarea de seguimiento durante la situación de incapacidad temporal era desarrollada por el área de vigilancia de la salud del servicio de prevención mancomunado ANSME, al que estaba inscrito la mercantil, y pasó a ser realizada a partir del 1 de enero de 2014 por la entidad externa NORTE Y SALUD S:L: -NORLABOR-. El representante de la empresa NORLABOR indica que los trabajadores remitidos por

la empresa al servicio de prevención ajeno en situación de incapacidad temporal lo han sido únicamente a los efectos de lo previsto en el art. 7 de dicho convenio colectivo.- También se menciona en el acta de infracción que por parte de la empresa demandante ha realizado reconocimientos médicos a tres trabajadores en situación de incapacidad temporal, citando de forma concreta la situación de Cayetano , que se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 16 de enero de 2014. Encontrándose en tal situación de IT fue realizado un reconocimiento médico por la empresa demandante, y además se le comunicó por la empresa TRELLEBORG INEPSA S.A. el 2 de abril de 2014 la extinción de su relación laboral al amparo del art. 52 a) del E.T ., por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Se recoge parte de la carta de comunicación de extinción del contrato y la referencia que hacía la empleadora a que se le había efectuado el reconocimiento médico necesario para conocer la aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo, y que el 14 de marzo de 2014 había sido emitido por el servicio de prevención un documento en el que se declara no apto para el puesto de trabajo por las limitaciones físicas derivadas de su estado de salud. Se solicitó a la propia empresa demandante la aportación de ese informe de aptitud, y se entregó a la Inspección Provincial de trabajo un informe sobre capacidad laboral fechado el 18 de marzo de 2014, y en el que se indica como puesto el de D. Cayetano , operario de compresión, al que se declaró no apto para ese puesto con fundamento en el reconocimiento médico realizado cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal.- La Inspección Provincial de Trabajo, para considerar cometida la infracción administrativa en materia de prevención de riesgos que se imputa a la empresa demandante, concreta los hechos en que NORLABOR, como servicio de prevención ajeno de la mercantil TRELLEBORG INEPSA, y en virtud del contrato suscrito con ésta mercantil, ha realizado actividades no previstas en la normativa de prevención de riesgos laborales en relación a las entidades especializadas que actúan como servicios de prevención ajenos, como es el seguimiento de las bajas de trabajadores en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, y ha realizado también reconocimientos médicos a trabajadores en situación de incapacidad temporal y emitiendo informes sobre la actitud laboral, que incluso en el caso del trabajador Cayetano , lo fue en relación a un puesto de trabajo que no era el que desempeñaba, y dando lugar al informe de aptitud que tuvo en cuenta la empleadora para proceder al despido objetivo por ineptitud de dicho trabajador.- TERCERO.- Dado traslado del acta de infracción a la empresa Norte y Salud S.L. presentó esta el correspondiente escrito de alegaciones y de descargo, solicitando que se resuelva que no procede la imposición de sanción por la inexistencia de infracción alguna en materia de seguridad y salud. Tras las alegaciones se dio traslado a la Inspección Provincial de Trabajo, que el 5 de febrero de 2015 emite un informe complementario, que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducido. -CUARTO.- Por resolución 174/2015, de 24 de abril de 2015, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos del Gobierno de Navarra, se acuerda confirmar la propuesta de sanción formulada por el Instituto de Trabajo y Seguridad Social respecto del acta de infracción antes indicada, y la imposición a la empresa NORTE y SALUD S.L.- NORLABOR-, la sanción de 40.986 euros. La mercantil NORTE y SALUD S.L., interpone recurso de alzada, frente a la anterior resolución, siendo desestimado por Orden Foral de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo del Gobierno de Navarra de fecha 22 de julio de 2015 (Orden Foral. 209/2015).- QUINTO.- Han quedado acreditados, los hechos constatados en el acta de infracción y, en concreto, que la demandante realizaba a los trabajadores de la empresa cliente reconocimientos médicos, comprobando la evolución de su enfermedad durante la situación de incapacidad temporal, y teniendo como finalidad tales reconocimientos médicos el percibir el complemento del subsidio de incapacidad temporal que como una mejora de la Seguridad Social está previsto en el convenio colectivo de la empresa cliente, así como comprobar posibles riesgos en los puestos de trabajo para su adaptación a la situación de los trabajadores o en su caso para reubicarles en otros puestos de trabajo, y comprendiendo también la actuación del servicio médico de la empresa demandante la realización de informes de aptitud profesional.- En el caso del trabajador D. Cayetano , D. Gines y D. Lorenzo , ha quedado plenamente acreditado que fueron citados a comparecencia para reconocimientos médicos y como consecuencia de los mismos se realizaron por la empresa demandante informes de aptitud, encontrándose en situación de incapacidad temporal.- El trabajador de la empresa cliente Cayetano , se encontraba reubicado en un puesto de limpieza, procedente de la sección de prensas, de la empresa TRELLEBORG INEPSA S.A. Acordada la externalización del servicio de limpieza y la reubicación de los operarios asignados a la limpieza a otros puestos de la empresa, y encontrándose Don. Cayetano en situación de incapacidad temporal, la empleadora solicitó al servicio de prevención demandante un informe de aptitud para el puesto de operario en comprensión, resultando declarado no apto para ese puesto y, finalmente, la empleadora le comunicó la extinción del contrato por causas objetivas por ineptitud sobrevenida. -SEXTO.- Obran unidos a los autos y se dan aquí por reproducidos el procedimiento de vigilancia de la salud del manual de procedimiento de la empresa TRELLEBORG INEPSA S.A., así como su programa de reubicaciones."



**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consignan cinco motivos, el primero al amparo del artículo 193.b) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para revisar los hechos declarados probados, y los cuatro restantes, amparado en el artículo 193.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la parte demandada.

**SEPTIMO:** : Manifestada a lo largo de la deliberación la discrepancia del Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ contra el criterio mayoritario de la Sala, expresó su intención de interponer voto de disenso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** La decisión del juzgado, por la que se rechaza la demanda de impugnación de sanción deducida por "Norte de Salud, S.L." contra el Gobierno de Navarra, es recurrida en suplicación por la representación letrada de la entidad demandante, planteando su recurso sobre la base de la alegación de seis motivos de suplicación distintos, a través de los cuales se pretende dar una nueva configuración al relato fáctico de la sentencia recurrida, así como cuestionar el derecho aplicado en ella.

**SEGUNDO:** Antes de proceder al análisis de cada uno de los motivos en los que se sustenta el recurso, es necesario efectuar una consideración relativa al hecho de que la parte recurrente, junto con el escrito de formalización de aquel, haya aportado el texto de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Navarra el 30 de marzo de 2016, en los autos 814/16.

A este respecto, y mediante "otrosí", quien interpone el recurso aporta una copia de la mencionada sentencia, afirmando que en ella se efectúa un pronunciamiento sobre los mismos hechos por los que se ha impuesto a la entidad ahora recurrente la sanción origen de las presentes actuaciones.

Pese a estas aseveraciones, en el recurso nada se solicita al respecto. Ni se pide la unión a las actuaciones de la sentencia, ni se solicita su admisión como documento debido a su imposible aportación durante el acto del juicio oral, ni se postula que su contenido sea tenido siquiera en consideración por esta Sala a los efectos que ahora se pretenden. De este modo, la sentencia aportada carece de posibilidad alguna para ser valorada o tenida en cuenta como documento propio de este proceso, máxime cuando la resolución referida ni se refiere a las mismas partes que ahora litigan, ni abordan las mismas cuestiones jurídicas, ni, por tanto, sus consideraciones y razonamientos pueden extrapolarse al supuesto que ahora se enjuicia.

**TERCERO:** Una vez realizada esta consideración previa debemos analizar y dar respuesta a los concretos motivos de suplicación planteados, comenzando por aquel que se dirige a revisar el relato de hechos probados que contiene la resolución adoptada en la instancia.

Así, con amparo procesal en el artículo 193.b) de la Ley Procesal Laboral, solicita la parte recurrente que se de una nueva redacción al hecho probado quinto de la sentencia que se impugna.

A tal efecto, en el motivo se propone que la redacción del mencionado hecho sea la siguiente:

"QUINTO: ha quedado acreditado que la demandante realizaba a los trabajadores de la empresa cliente reconocimientos médicos comprobando la evolución de su enfermedad durante la situación de incapacidad temporal con objeto de garantizar a todos los trabajadores de TRELLEBORG INEPSA la vigilancia periódica del estado de salud, teniendo en cuenta y comprobando los posibles riesgos inherentes a sus puestos de trabajo, facilitar la reincorporación a su puesto de trabajo o hacer que esta reincorporación fuera más segura adaptando el trabajo a la situación de los trabajadores o, en su caso, reubicarles en otros puestos de trabajo, y permitiendo a los trabajadores que voluntariamente acudieran a ella una mejora retributiva con la percepción del complemento del subsidio de incapacidad temporal que como una mejora de la Seguridad Social está previsto en el convenio colectivo de la empresa cliente.

En el caso de los trabajadores D. Gines y D. Lorenzo ha quedado plenamente acreditado que fueron citados a comparecencia para reconocimientos médicos ante su próxima reincorporación a su puesto de trabajo por alta de sus respectivos procesos de incapacidad temporal, lo que ocurrió pocos días después, y, consecuencia de tales reconocimientos, el primero fue reubicado y el segundo fue declarado apto con restricciones, de modo que durante 3 días no estuvo expuesto a nocturnidad.

El trabajador de la empresa cliente Cayetano se encontraba reubicado en un puesto de limpieza procedente de la sección de prensas, de la empresa TRELLEBORG INEPSA, S.A. Acordada la externalización

del servicio de limpieza y la reubicación de los operarios asignados a la limpieza a otros puestos de trabajo de la empresa, y encontrándose Don. Cayetano en situación de incapacidad temporal, la empleadora solicitó al servicio de prevención demandante un informe de aptitud para el puesto de operario en compresión, puesto de trabajo al que debería incorporarse tras su alta médica resultado de la reubicación señalada, resultando declarado no apto para ese puesto y, finalmente la empleadora le comunicó la extinción del contrato por causas objetivas por ineptitud sobrevenida, ante la imposibilidad de una recolocación".

A la vista de las alegaciones contenidas en este primer motivo suplicatorio, las variaciones que en él se solicitan parecen descansar en el contenido de los documentos nº 3 y 4 aportados a las actuaciones por la parte recurrente (folios 205 a 211) y, a través de las mismas, se pretende dejar constancia de que las revisiones realizadas por "Norte de Salud, S.L." a los trabajadores en situación de incapacidad temporal estaban orientadas a la prevención, eran necesarias para planificar nuevas actividades, y tenían su apoyo legal en el contenido del RD 843/2011, de 17 de junio.

Pues bien, la modificación pretendida no puede ser acogida por varias razones:

1º.- Porque los documentos que sirven de base y fundamento a la petición han sido objeto de valoración judicial, dejándose constancia de ello en el primer fundamento jurídico de la resolución recurrida, cuando el juzgador de instancia establece que, *"los hechos declarados probados resultan acreditados con el examen y valoración conjunta de la prueba practicada, consistente en los documentos aportados por las partes litigantes, incluyendo los que se encuentran en el expediente administrativo y el propio acta de infracción y en el informe complementario de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, así como la prueba testifical practicada en el acto del juicio"*. De este modo, la prueba documental en la que se sustenta la petición ha sido considerada, analizada y valorada por el juez "a quo", actualizando la función que a este respecto tiene legalmente encomendada, sin que -en relación a tal función- esta Sala aprecie error valorativo alguno que pueda ser corregido.

2º.- Porque en el texto que la parte recurrente propone se hace desaparecer -sin justificación ni base en prueba alguna- su primera manifestación, en donde se recoge que *"han quedado acreditados, los hechos constatados en el acta de infracción..."*, e inexistiendo razón para ello, esta expresión, de indudable trascendencia en el resultado del litigio, no debe ni puede eliminarse.

3º.- Porque el texto que quiere sustituir a la actual redacción del hecho quinto no se desprende, sin acudir a conjeturas, valoraciones o hipótesis de los documentos que les sirven de base, a lo que hay que añadir que su contenido se contradice con el resultado del resto de la prueba practicada en juicio que ha sido objeto de expresa valoración judicial. Efectivamente, el hecho que se quiere revisar establece, en su redacción originaria, la realidad de las actuaciones desarrolladas por la recurrente para la empresa cliente, su alcance y su contenido, y ello, con independencia de lo recogido en el manual de procedimientos aportado a las actuaciones que puede o no coincidir con lo realmente acontecido a estos efectos.

4º.- Porque, en cuanto a las variaciones que se postulan en relación al segundo y tercer párrafo del hecho quinto, estas carecen de base probatoria alguna con entidad para provocar la modificación solicitada.

5º.- Porque, en definitiva, lo realmente pretendido en este motivo del recurso es, simple y llanamente, sustituir el criterio imparcial y objetivo de valoración judicial, por el criterio subjetivo y necesariamente parcial de la parte que interpone el recurso, olvidando la función que, a este respecto, tiene atribuida el juez de instancia.

En el fondo, en este motivo de suplicación lo que se plantea no es otra cosa que la justificación de que la actuación de la recurrente se ajusta al ordenamiento jurídico, cuestión que conforma el verdadero objeto del litigio y por ende de este recurso.

Por lo expuesto, este primer motivo de suplicación debe ser rechazado.

**CUARTO:** El segundo motivo del recurso se ampara procesalmente en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, denunciándose a través del mismo que la sentencia recurrida infringe el artículo 151.8 de la Ley Procesal Laboral, en lo relativo a la presunción de certeza de los hechos contenidos en las actas de infracción.

La parte que plantea la alegación entiende que la sentencia de instancia *"no solo da presunción de veracidad a los hechos directamente constatados por el inspector actuante, sino que hace lo mismo con las conclusiones y valoraciones jurídicas a las que llega aquél, que no deben gozar de tal presunción..."*.

En relación con esa afirmación, no está de más recordar que con respecto a la presunción de certeza de que gozan las actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, reiterada doctrina unificadora del TS ha declarado lo siguiente:

A) La presunción de certeza alcanza no sólo a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sino también a aquellos hechos que resulten acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma.

Dicho de otro modo, la presunción de certeza *"debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada; de modo que esa presunción legal de certeza que, en cualquier caso, es de carácter "iuris tantum", pierde fuerza cuando los hechos afirmados en el acta por el Inspector, por su propia significación, no son de apreciación directa, no se hace mención en el acta a la realización de otras comprobaciones, o recogida de testimonios o documentos, comprobación de libros, etc., que corroboren su existencia"*. Por el contrario, cuando lo relatado en el acta resulta de una actividad de investigación y comprobación dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta, aunque no sea fruto de la percepción sensorial directa del Inspector, estará a cargo del recurrente la aportación de las pruebas precisas para demostrar que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección ( STS de 17-5-1996 )

Por tanto la presunción de certeza no sólo alcanza a los hechos directa y personalmente percibidos o apreciados por el Inspector actuante en el curso de las actuaciones comprobatorias, sino que también se extiende, entre otros, a los hechos comprobados a través de testimonios o declaraciones, ya sean de trabajadores o de sus representantes legales, del empresario o de sus representantes o terceros

B) Dicha presunción de certeza tiene su fundamento en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante, así como en la objetividad que rodea a quienes, sin ningún interés particular, obran en defensa del interés público. O dicho de otro modo, en la objetividad de la actuaciones de unos funcionarios a quienes legalmente está encomendada la constatación de los hechos consignados en las actas de infracción y de liquidación, y que por ello requiere para su desvirtuación pruebas indubitadas, incontestables y fehacientes, no bastando cualquier prueba, sino que ésta debe ser directa, eficaz y plenamente convincente para que pueda desvirtuar dicha presunción.

Pues bien, teniendo en consideración esta doctrina, y analizando el tenor de los fundamentos de la sentencia dictada en la instancia, se comprueba que el juzgador "a quo" ha hecho una escrupulosa aplicación de la misma, sin que pueda apreciarse la infracción denunciada.

Así, el fundamento de derecho primero de la decisión impugnada, tras hacer una referencia especial a la eficacia probatoria que debe ser atribuida a los hechos constatados tanto en el acta de infracción, como en el informe complementario obrante en autos, resume los hechos que entiende probados y, si bien es cierto que teniendo en consideración aquellos, alcanza la misma conclusión a la que llegan las resoluciones administrativas, no lo es menos que a la mencionada conclusión no se llega tras un traslado mimético de lo establecido en vía administrativa, sino que es el resultado de la valoración concreta y razonada de los hechos acreditados. La sentencia recurrida, tras aplicar la presunción de certeza a la que hemos referencia anteriormente y tras declarar como probados los hechos constatados por el Inspector de Trabajo, se limita a compartir los argumentos de la reacción llevada a cabo por la Administración, y por ello, alcanza la misma conclusión que aquella, lo que no es obstáculo para apreciar la existencia -en la sentencia que se recurre- de un razonamiento judicial particular e independiente, aunque sea coincidente con el mantenido en vía administrativa.

En definitiva, la eficacia probatoria a la que se refiere el motivo del recurso, solo alcanza a los hechos constatados por la Inspección de Trabajo, sin que pueda efectuarse respecto de este actuar censura jurídica alguna.

El motivo, por lo expuesto, se rechaza.

**QUINTO:** El tercer motivo de suplicación se destina como el anterior a la censura jurídica de la decisión del juzgado, en la consideración de que tal decisión infringe lo dispuesto en los artículo 22 y 31 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ; los artículos 16 , 17 , 19 , 20 y 37.3.b) del Reglamento de los Servicios de Prevención ; así como el artículo 3 del RD 843/2011, de 17 de junio , por el que se establecieron los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los Servicios de Prevención.



En síntesis resumida, la empresa que recurre considera que las actividades de los Servicios de Prevención, en aplicación de los preceptos que se dicen infringidos, no se encuentran tasadas o limitadas, y que el contenido de aquellas normas recogen las actividades mínimas que deberían realizar las empresas o entidades que pretendan acreditarse como tales Servicios, pero no son las únicas que pueden desempeñar. De igual modo, se afirma en el recurso que el legislador ha querido excluir la prohibición de que los Servicios de Prevención puedan verificar las razones de las ausencias al trabajo, y que, en definitiva, el campo en el que intervienen estos Servicios es mucho más amplio que el reconocido en las resoluciones administrativas recurridas y en la sentencia judicial que ahora se impugna.

Pues bien, esta Sala no comparte los razonamientos de la recurrente y, por el contrario, asume los establecidos en la sentencia de instancia que, al fin y a la postre, sirven para rechazar la solicitud deducida por la empresa demandante. Como afirma el juzgador de instancia, en aseveración que comparte este Tribunal, las resoluciones administrativas impugnadas son ajustadas a derecho, conclusión a la que llega tras quedar acreditado que la empresa ahora recurrente incurrió en un exceso en la contratación realizada en su día con la empresa "Trelleborg Inepsa, S.A.", respecto del contenido legal posible de sus servicios.

De esta manera, y como se establece en el fundamento de derecho segundo de la resolución impugnada, "Norte y Salud, S.L." (empresa ahora recurrente) pasó de la mera prestación de servicios de prevención ajenos, a realizar otras actividades sancionables conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Esta afirmación, lejos de revestir caracteres de gratuidad es consecuencia del siguiente razonamiento: de la prueba practicada en juicio, y particularmente de los hechos constatados en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo, así como del propio contrato suscrito entre "Norte y Salud, S.L." y "Trelleborg Inepsa, S.A." el 1 de enero de 2014, queda acreditado:

1º.- Que la empresa recurrente concertó con "Trelleborg Inepsa, S.A." un contrato para la realización de las actividades como servicio de prevención ajeno.

2º.- Que además de la realización de esas actividades, llevó a cabo reconocimientos médicos a los efectos del control de absentismo y de las situaciones de incapacidad temporal de los trabajadores de la empresa cliente, para que los mismos pudieran percibir una mejora de las prestaciones de Seguridad Social en la situación de IT.

3º.- Que la empresa recurrente realizó reconocimientos médicos a trabajadores que se encontraban en situación de IT y, por tanto, al margen de los supuestos de nueva asignación de funciones o de tareas, o de reubicación en otros puestos de trabajo.

4º.- Que la actividad reflejada en los apartados anteriores dio lugar, en el caso de tres trabajadores, a la realización por la recurrente de informes de aptitud durante la situación de IT.

En definitiva, y sobre la base de estos hechos acreditados -que aparecen resumidos en el fundamento de derecho primero de la resolución de instancia-, es lo cierto que la empresa que ahora recurre desempeñó además de las tareas propias de un servicio de prevención, otras tales, como el seguimiento de bajas de trabajadores en situación de IT por contingencias comunes; controles de absentismo laboral a efectos de la percepción de una mejora voluntaria de la Seguridad Social; o la realización de reconocimientos médicos a trabajadores en aquella situación (IT) emitiendo informes sobre su aptitud laboral, informes que, en el caso de el trabajador D. Cayetano , fue emitido en relación a un puesto de trabajo que no desempeñaba y en el que la empresa cliente se basó para despedirlo por ineptitud sobrevenida.

Así las cosas, debemos ahora establecer si la realización de estas actividades, acreditadas en juicio, pueden ser sancionables por exceder del contenido legalmente atribuido, en relación a la prestación propia de los servicios de prevención ajenos.

A este respecto, el artículo 31 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece, entre otras cosas, que *"se entenderá como servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados. Para el ejercicio de sus funciones, el empresario deberá facilitar a dicho servicio el acceso a la información y documentación a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior"*.

En este precepto ( artículo 31 ley 31/1995 ), el legislador nos recuerda también (apartado 3) que *"los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a:*

- a) *El diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva.*
- b) *La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores en los términos previstos en el artículo 16 de esta Ley.*
- c) *La determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia.*
- d) *La información y formación de los trabajadores.*
- e) *La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.*
- f) *La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo".*

Por su parte, el artículo 19 del RD 39/1997 , por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, afirma que *"las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el apartado 3 del artículo 31 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que hubieran concertado, teniendo presente la integración de la prevención en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma, sin perjuicio de que puedan subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad".*

En relación con esta disposición, el artículo 37.3.b) (precepto que como los anteriormente transcritos se denuncia como infringido por la recurrente) establece que *"en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales :*

- 1.º *Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.*
- 2.º *Una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores.*
- 3.º *Una vigilancia de la salud a intervalos periódicos".*

A lo que este mismo precepto añade, pero ahora en su apartado c), que *"la vigilancia de la salud estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador...."*.

Por otro lado, y como apunta el magistrado de instancia en su resolución, también debemos tener en consideración el artículo 3 del RD 843/2011, de 17 de junio , norma esta en donde se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, y que de forma expresa se remite al transcrito artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención , para establecer las funciones que tales servicios deben desarrollar.

En el párrafo tercero de este artículo tercero, se recoge a su vez que *"con carácter general, y sin perjuicio de lo previsto en los apartados 1, letras j) y k) de este artículo, no se incluirán entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a los trabajadores o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas. En todo caso, toda prueba o exploración deberá acompañarse de la mención explícita del riesgo o problema de salud asociado a la actividad laboral que se pretende examinar, sin que esto suponga detrimento de la autonomía técnica y científica de los profesionales sanitarios ni de su facultad para la realización de pruebas o exploraciones que consideren relevantes según criterio médico".*

Por otro lado, el Reglamento de los Servicios de Prevención regula en su artículo 17 los requisitos que deben reunir las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención, estableciendo que podrán actuar como tales si se reúne el requisito de *"...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, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22"*, siendo precisamente el incumplimiento de esta obligación



la determinante de la sanción impuesta en aplicación de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, pues su artículo 13.2 considera una infracción muy grave *"mantener las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas o concertadas, distintas a las propias de su actuación como tales, así como certificar, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación preventiva, actividades no desarrolladas en su totalidad"*.

En aplicación de los preceptos transcritos, cuya referencia consta en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, solo cabe afirmar que la actividad desempeñada por la recurrente, excede de la normativa citada y resulta sancionable conforme a las previsiones de la LISOS.

El contrato suscrito entre la recurrente y la empresa cliente "Trelleborg Inepsa, S.A." el 1 de enero de 2014, para la prestación por la primera de la actividad del servicio de prevención ajeno, incluyó en el apartado quinto del pacto una función adicional concreta y específica que fue denominada *"atención sanitaria continuada"* con base en la cual y a petición de la empresa cliente, se recibiría en consulta médica a los trabajadores de la empresa que consideren que daban ser citados de modo que el personal sanitario del servicio de prevención conozca las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud a fin de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo. Estableciendo igualmente que, *"A solicitud de la empresa los trabajadores serán citados en un máximo de 24 horas laborables; el número de consultas será ilimitado, teniendo en cuenta que nuestros facultativos podrán considerar convenientes las consultas de revisión"*.

De este modo, se introduce en el contrato sobre la actividad de prevención ajena, una actuación al margen de la normativa de prevención, como es la de verificación del absentismo, que resulta ajena al ámbito preventivo en donde debe desarrollarse la actividad de la recurrente.

Como se recoge, con evidente valor fáctico, en el fundamento de derecho tercero de la decisión recurrida, la empresa recurrente realiza controles de absentismo laboral a los efectos de la percepción de la mejora de seguridad social que establece el convenio colectivo de aplicación; realiza informes de aptitud laboral a trabajadores en situación de IT; y realiza el seguimiento de las bajas de trabajadores en IT por contingencias comunes, actividades estas que, o bien no están previstas en la normativa de riesgos laborales en relación a las entidades que actúan como servicios de prevención ajenos (seguimiento de bajas), o bien no tienen amparo en la Ley 31/1995 o en el Reglamento de los Servicios de Prevención (ni en el artículo 22 de la Ley 31/1995), ni en el 37.3.b) del Rd 39/1997).

En definitiva, las actividades descritas conforman el tipo por el cual la empresa que recurre ha sido sancionada ( artículo 13.12 de la LISOS ).

El RD 843/2011, antes referido, no autoriza a la recurrente a desarrollar las actividades llevadas a cabo. Como bien se recoge en el escrito de impugnación del recurso, sus artículos 3.1.b ) y 3.2 solo autorizan a "estudiar" y "conocer" las enfermedades "a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de la enfermedad o la ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo", pero no permiten atender a finalidades diferentes como son las referentes al control sobre el absentismo laboral a los efectos de percepción de un complemento, o las relativas al control de bajas para determinar posteriormente la aptitud de un trabajador para desempeñar su puesto de trabajo.

Las actividades de los servicios de prevención, a diferencia de lo afirmado por quien recurre, se encuentran limitadas y específicamente tasadas, sin que tales Servicios puedan incluir entre sus actuaciones, otras diferentes. De no ser así, no tendría sentido la prohibición contenida en el artículo 17.1.c) del RD 39/1997 respecto del mantenimiento por estos servicios con las empresas concertadas, de vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo.

Por otro lado, la actividad desarrollada por la empresa interponente del recurso excede de las actividades autorizadas a los servicios de prevención ajenos en el ámbito de la vigilancia de la salud y reconocimientos médicos, los cuales en ningún modo, y como ya hemos apuntado antes, van referidos al control del absentismo para percibir mejoras del subsidio establecidas convencionalmente, o a la realización de reconocimientos durante la situación de IT.

La inclusión en el contrato suscrito entre empresas de actividades como las descritas implica el mantenimiento efectivo de una vinculación comercial distinta y superadora a la legalmente establecida para

un servicio de prevención ajeno, que no tienen amparo legal o reglamentario alguno y que es sancionable administrativamente. Y a este respecto, como bien se establece en la resolución combatida, no pueden confundirse ni mezclarse dos ámbitos de actuación empresarial distintos como son: el poder de dirección del empleador, y el ámbito de actuación meramente preventivo. La actividad de verificación del absentismo está permitida a las empresas en relación con sus propios trabajadores, pero es ajena al ámbito preventivo y a las actividades establecidas como autorizadas a los servicios de prevención ajenos en ese ámbito. Es esta última actividad la que ha dado lugar a la vinculación de la empresa recurrente con la concertada, dando lugar a un vínculo no permitido con directa influencia en la actividad del servicio de prevención.

De este modo, la actuación de la empresa que ahora recurre supone una vulneración de los preceptos que en el propio recurso se dicen infringidos por la sentencia recurrida, no apreciándose -por tanto- ninguna de las vulneraciones que se dicen cometidas en la decisión judicial.

El motivo, por lo expuesto se rechaza.

**SEXTO:** En el siguiente motivo de suplicación, la parte que lo interpone afirma que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en los artículos 22 y 31 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ; los artículos 16 , 17 , 19 , 20 y 37.3.b) del Reglamento de los Servicios de Prevención ; así como el artículo 3 del RD 843/2011, de 17 de junio , por el que se establecieron los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los Servicios de Prevención.

En esta ocasión, y sobre la base de la alegación de los mismos preceptos que se afirmaron como infringidos en el motivo anterior, la parte recurrente considera que "Norte de Salud, S.L." no hizo en "Trelleborg Inepsa, S.A." nada contrario a lo dispuesto en el artículo 3.3 del RD 843/2011 , ni vulnerador del artículo 37.3.b) del RD 39/1997, de 17 de enero , pues en definitiva, las exploraciones o reconocimientos llevados a cabo tenían relación con los riesgos correspondientes a las tareas asignadas a los trabajadores de la empresa, a lo que añade que, la mejora retributiva es una herramienta valiosa en el programa de gestión, y que nunca se incluían datos clínicos ni se emitían consideraciones sobre la idoneidad de una baja.

Pues bien, en relación a estas cuestiones nos hemos pronunciado en el ordinal anterior.

Los hechos declarados probados en la resolución de instancia acreditan que la entidad demandante ha desempeñado y, por tanto, ha llevado a cabo actividades no relacionadas con los riesgos específicos de las tareas asignadas a los trabajadores de la empresa cliente y excluidas de la actuación propia de un servicio de prevención ajeno, sin que el hecho de que el artículo 37.3.d) del RD 39/1997 , exija al personal sanitario del servicio de prevención conocer las enfermedades que se produzcan en ese ámbito, suponga dar carta de naturaleza al desarrollo de cualquier actividad sanitaria, máxime cuando esa misma norma establece que el referido conocimiento lo será a los "solos" efectos de poder identificar la relación causal entre la enfermedad y el riesgo para la salud.

La parte recurrente confunde en el desarrollo de la gestión de la incapacidad temporal, funciones de prevención y tareas ajenas al ámbito preventivo, incumpliendo el ámbito que legalmente tiene asignado, lo que hace que no podamos apreciar ninguna de las infracciones que se denuncian.

**SÉPTIMO:** El último motivo del recurso, destinado como los anteriores a la censura jurídica de la resolución combatida, considerar que ésta decisión infringe el artículo 13.12 de la LISOS .

En el parecer de quien recurre, la realización por parte de la entidad recurrente de los reconocimientos médicos causantes de la sanción no suponen exceso alguno en la contratación, ni una vinculación comercial con la empresa cliente diferente a la correspondiente a un Servicio de Prevención ajeno, a lo que añade que el criterio de la sentencia impugnada supone una vulneración de los principios de tipicidad, legalidad y presunción de inocencia.

Pues bien, como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia no permiten alcanzar la misma conclusión a la que llega la parte recurrente. Es evidente que la empresa que interpone el recurso desarrolló, con respecto de los trabajadores de la empresa "Trelleborg", funciones propias de un Servicio de Prevención ajeno, sin embargo, no lo es menos que también desarrollo funciones correspondientes a una "*atención sanitaria continua*" cuyo contenido y alcance (control del absentismo y de las IT de trabajadores de la empresa cliente) excede de los límites legal y reglamentariamente establecidos, dando lugar a un vínculo contractual distinto al propio de aquel Servicio.

Como ya hemos expuesto, la LISOS considera una infracción muy grave "mantener las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o las personas o entidades

que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas o concertadas, distintas a las propias de su actuación como tales, así como certificar, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación preventiva, actividades no desarrolladas en su totalidad", y habiendo sido sancionada la recurrente conforme a tal precepto no pueden entenderse vulnerados ninguno de los principios que se dicen infringidos.

La infracción sancionada se comete por la mera existencia del vínculo prohibido y acreditado este, no puede negarse lo ajustado a derecho de la decisión sancionadora llevada a cabo.

Todo lo expuesto, permite el rechazo de todos los motivos de suplicación interpuesto y, por ello, posibilita la confirmación en su totalidad de la sentencia dictada en la instancia.

**OCTAVO:** Al no gozar la empresa recurrente del beneficio de justicia gratuita, ha de disponerse la pérdida de la consignación y del depósito que constituyó para recurrir, y condenarle a abonar al impugnante de su recurso la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 204.1 y 4, y 235.1 de la LRJS.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa "NORTE DE SALUD, S.L.", frente a la Sentencia número 141/16, dictada en fecha 1 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra, y correspondiente al procedimiento referenciado con el nº 828/15, seguido por la recurrente, frente al GOBIERNO DE NAVARRA, en reclamación sobre impugnación de actos administrativos en materia laboral o de Seguridad Social, CONFIRMANDO LA SENTENCIA de instancia en su integridad y condenando a la recurrente a abonar al letrado de la parte impugnante del recurso la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios, con la pérdida de la consignación y del depósito que constituyó para recurrir a los que se les dará el destino que legal o reglamentariamente corresponda una vez sea firme la sentencia.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen, debiendo la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 600 €. en la cuenta de Procedimiento que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia tiene abierta en el Banco Santander, (con el nº 31 66 0000 66 0362 16, (si se realiza a través de Internet el nº de c/c ES550049 3569 92 0005001274 y en el campo observaciones o concepto de la transferencia se consignará el número de cuenta de procedimiento mencionado) debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el recurso.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado DON JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ a la Sentencia dictada en el recurso de Suplicación nº **362/2016**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**PRIMERO** : Se impugna en el presente procedimiento la resolución sancionadora 174/2015 de 24 de abril, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales (folio 21 y ss de las actuaciones) que impone a la empresa NORTE Y SALUD S.L.-NORLABOR una sanción en grado mínimo, por cuantía de 40.986 €, por infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, tipificada como muy grave, al introducir dentro de la actividad preventiva contratada con TRELLEBORG INEPSA SA, la verificación del absentismo, permitida a las empresas en relación con sus propios trabajadores de acuerdo al Art. 20. 4 ET, pero ajena al ámbito preventivo y a las actividades de los servicios de prevención externos.

**SEGUNDO:** Con todos los respetos al criterio mayoritario de la Sala y de instancia, que confirma la sanción, lo estimo infundado. A mi entender el recurso debe admitirse por diversas razones. La principal la falta de tipicidad de la sanción impuesta.



La sanción se funda en el Art. 13.12 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. "Mantener las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas o concertadas, distintas a las propias de su actuación como tales, así como certificar, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación preventiva, actividades no desarrolladas en su totalidad".

La alegada norma sancionatoria no se refiere para nada a la exclusión del ámbito preventivo de los controles del absentismo o de informes sobre la aptitud laboral de los trabajadores en incapacidad temporal, lo que esta expresamente habilitado en el Art. 20.4 ET . Recuérdese que en materia de legalidad sancionatoria no se permiten las interpretaciones extensivas o analógicas. A mi entender la referencia a vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, tiene sentido para garantizar la independencia de los servicios médicos de prevención (no mezclar actividades de lucro con actividades de prevención, como se establece en el Art. 17.1 del reglamento de servicios de prevención Real Decreto 39/1997 de 17 de enero ) pero no excluye que los servicios de prevención puedan controlar médicamente a los trabajadores en IT lo que tiene su sentido en una racionalización de los servicios médicos de empresa, que no tiene sentido alguno que se dupliquen

La resolución sancionatoria se extiende largamente sobre el Art. 3 del RD 843/2011 de 17 junio 2011 que refiere textualmente "Con carácter general, y sin perjuicio de lo previsto en los apartados 1, letras j) y k) de este artículo, "no se incluirán entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a los trabajadores o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas " . A mi parecer esto no excluye los controles médicos durante la IT, y en todo caso esta exclusión se hace desde una interpretación extensiva y analógica de la norma incompatible con la tipicidad del derecho sancionatorio.

Y es muy importante destacar que no se ha incorporado al texto final del Real Decreto, el párrafo del último borrador donde se explicitaba la incompatibilidad respecto del control del absentismo laboral. Esto es expresamente ha de entenderse permitido al no haber sido tipificado y de acuerdo al principio administrativo *quae non sunt prohibita epermisa intelliguntur* .

**TERCERO:** La prevención es un concepto global que no se refiere a actividades tasadas. Y a mi entender la actividad de prevención esta sustancialmente ligada al control de la enfermedad durante la incapacidad temporal. Y la prevención no es solo una actividad interna de la empresa, sino también es un control universal de la propia actividad empresarial y de la actuación social que representa .

El Art. 22 L 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero , por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención se refiere con carácter genérico a las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores. Y específicamente a una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores ( Art. 3 b 2º del Real Decreto 39/1997 ) como el realizado a los trabajadores D. Cayetano , D. Gines y D. Lorenzo .

Todo ello desde luego partiendo de la base de que los controles médicos no son obligatorios STC 196/2004 : salvo la existencia de un riesgo o peligro cierto objetivable, y a tenor del Art. 196 LGSS siempre sujeta a los criterios de proporcionalidad, que en el presente caso no se cuestiona, y con salvaguarda del derecho a la intimidad del trabajador.

En este sentido puede la STS 22-7-05 concluir que : "El artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales , impone al empresario la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, excluyéndose la necesidad de que el trabajador afectado preste su consentimiento cuando, entre otros supuestos y previo informe de los representantes de los trabajadores, la realización del reconocimiento sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Por otra parte, los servicios de prevención de riesgos laborales, que incluyen la vigilancia de la salud de los trabajadores, deben ser concertados con entidades especializadas cuando la empresa no disponga de medios suficientes, pudiendo actuar como tales entidades las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, según los artículos 31 y 32

de la citada Ley , desarrollada en esta concreta materia por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, y específicamente por el artículo 20 del mismo a los efectos de que aquí se trata".

Lo que ha de ponerse en relación con las muchas sentencias que imputan a las empresas una inadecuada prevención por falta de controles médicos o por insuficiencia de los mismos (STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Social de 13 noviembre 2014), O que establecen sanciones a los trabajadores por negarse indebidamente a pruebas médicas en casos de Bajas de larga duración ( STSJ Asturias 9 de noviembre de 2007 ), o indicios razonables de drogadicción en conductor ( STSJ Cantabria 23 de junio de 2010 ). Todo ello porque la prevención es un concepto universal dentro de la medicina de empresa que a mi entender no se puede diferenciar en actuaciones típicas, por servicios médicos distinto, lo que es irracional.

**CUARTO:** En el presente caso se da además la circunstancia de que el Art. 7 del convenio colectivo de TRELLEBORG INEPSA SA, prevé una mejora en caso de enfermedad de hasta el 100% del salario del mes en curso y por ello esta incurso en la propia excepción que prevé el Art. 3 del RD 843/2011 de 17 junio , que habilita los controles por el servicio de prevención, mas allá de los términos del Art. Art. 20. 4 ET , cuando establece "No obstante, **el servicio de prevención** podrá realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva".

Es decir que la propia norma que se cita en la resolución administrativa para imponer la sanción prevé expresamente la legitimidad de la actuación de los servicios de prevención por estar prevista una mejora en la IT por el convenio de la empresa.

#### **LA SALA DEBIO FALLAR**

Que procede estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de NORTE DE SALUD, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Navarra, en el Procedimiento nº 828/2015. Y en su virtud procede declarar la improcedencia de la resolución sancionadora 174/2015 de 24 de abril, de la Directora General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales (folio 21 y ss de las actuaciones) que impone a la empresa NORTE Y SALUD SL.-NORLABOR una sanción en grado mínimo, por cuantía de 40.986 €, por infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales

Así lo acuerda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado disidente de la opinión de la Sala.