

## **UNA VISIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN QUE REALIZAN LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

La regulación básica de los contratos de puesta a disposición está contenida en el capítulo segundo de la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (ETT).

Según su artículo 6º “El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél” a lo que añade “Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”.

Pero el artículo 8 señala unas excepciones y entre ellas “b) Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente”.

A lo que hay que añadir, para el sector de la construcción, el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Este anexo II establece una relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores:

1. Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo.
2. Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas.
4. Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión.
5. Trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión.
6. Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos.
7. Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático.
8. Trabajos realizados en cajones de aire comprimido.

9. Trabajos que impliquen el uso de explosivos.
10. Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

Por su parte el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal señala en su artículo 8, párrafo b), "que de conformidad con la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

- a. Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.
- b. Trabajos de minería a cielo abierto y de interior a los que se refiere el artículo 2 del Real decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que requieran el uso de técnica minera.
- c. Trabajos propios de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a las que se refiere el artículo 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero.
- d. Trabajos en plataformas marinas.
- e. Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos o instrumentos que contengan explosivos, regulados por el Reglamento de explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.
- f. Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real decreto 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.
- g. Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.
- h. Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.
- i. Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión".

Por consiguiente en el sector de la construcción no se pueden realizar contratos de puesta a disposición cuando supongan trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las

particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo”.

Teniendo en cuenta la normativa citada a continuación se exponen una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) ante un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior citado.

El motivo de fondo es un contrato de puesta a disposición, pero también son de destacar en estas dos Sentencias las reflexiones que se hacen sobre la concurrencia de la vía administrativa con el orden jurisdiccional penal, y la reincidencia.

La ETT celebró un contrato de puesta a disposición con un trabajador para la limpieza de una obra y el movimiento de material a nivel del suelo. En la ficha de riesgos laborales del lugar de trabajo se contemplaban los de caídas al mismo nivel, caídas de objetos, cortes y golpes. Posteriormente el trabajador sufrió un accidente laboral a consecuencia del cual falleció.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, después de la oportuna investigación, practicó acta de infracción por la realización de contratos de puesta a disposición prohibidos, no entrando en la causa del accidente de trabajo ya que estaba en vía penal. Asimismo propuso la suspensión de la acreditación durante un año para actuar como ETT.

La ETT alegó en todo momento que el accidente se había producido porque el trabajador estaba realizando funciones diferentes a las establecidas en el contrato y que era la empresa usuaria o el propio trabajador quienes deberían comunicarle este cambio.

El Tribunal Superior de Justicia y posteriormente el Tribunal Supremo establecen que la infracción por la que fue sancionada la ETT no deriva del accidente de trabajo, sino que se produce en el momento de la firma del contrato de puesta a disposición, ya que por la naturaleza de la obra y, a pesar de que el trabajo se realizaba a nivel del suelo, existía riesgos de sepultamiento, hundimiento y caída de objetos, por lo que se trataba de un trabajo de especial peligrosidad prohibido por la normativa vigente.

**Sentencia número 13, de 9 de enero de 2006, del tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª)**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Se interpuso este Recurso el día 19 de noviembre del año 2002, formalizándose demanda por la parte recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia que, estimando el Recurso, declare la nulidad o en su caso la anulabilidad de la Resolución impugnada, así como del Acta de infracción de la que deriva.

**Segundo.-** El Letrado de la Comunidad de Madrid contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demandante, y concluyó interesando una Sentencia íntegramente desestimatoria del Recurso, condenando en costas a la parte recurrente.

**Tercero.-** Practicada la prueba que en su día se admitió, se despachó por las partes el trámite de conclusiones, quedando los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 30 de septiembre del año 2005.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Se impugna en el presente Recurso contencioso-administrativo la desestimación por silencio administrativo, del Recurso de reposición interpuesto por la ahora recurrente por medio de escrito de fecha 10 de abril del año 2002, contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 7 de marzo del año 2002, por la que se acordó imponer a la empresa Adia Integrupp Empresa de Trabajo Temporal, S.A., una sanción en cuantía de 90.151,82 euros, por la comisión de una infracción muy grave, apreciada en su grado máximo, y suspender por un año sus actividades como empresa de trabajo temporal.

**Segundo.-** En el expediente administrativo figura **Acta de infracción de trabajo número 4747/2001, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid con fecha 10 de agosto del año 2001, en la que literalmente consta lo que sigue:**

**" Mediante visita girada el día 21 de mayo del 2001, a partir de las 14,30 horas al centro de trabajo de la empresa Cogein, S.A., consistente en la construcción de un edificio de 150 viviendas, locales, garajes y piscina, sito en Madrid, calle Julián Camarillo número 48, y examen el día 24 de mayo del 2001 del contrato de puesta a disposición que luego se dirá, a quien la empresa titular de la presente Acta puso a disposición al trabajador D. Héctor, DNI ..., se comprueban los siguientes hechos:**

1º.- El trabajador acababa de fallecer aproximadamente a las 13 horas como consecuencia de un accidente de trabajo.

2º.- El accidente ocurrió cuando el Sr. Héctor junto con el trabajador de la empresa Compañía Madrileña de Alquiler de Maquinaria, S.L, D. Carlos Manuel, que también falleció, procedían a desmontar un andamio motorizado situado aproximadamente a 25 metros de altura. La plataforma del andamio volcó y los trabajadores se precipitaron al suelo.

3º.- Los trabajos de desmontaje de andamios están incluidos en el Anexo II nº 1 y 10 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

El hecho de celebrar contrato de puesta a disposición, el suscrito entre la titular de la presente Acta y Cogein, S.A., el día 9 de abril del 2001, y que dio lugar a la contratación laboral el mismo día del Sr. Héctor, para el tipo de trabajo como el descrito, supone infringir lo dispuesto en el artículo 8.1.b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio , por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 8 a) del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de las empresas de trabajo temporal y Anexo II nº 1 y 10 del Real Decreto 1627/1997 ya citado, en cuanto supone realizarlo para una actividad de especial peligrosidad.

Infracción calificada como muy grave, grado máximo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 18.3.b) y 39.1.2, en atención al perjuicio causado al trabajador, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Se propone la suspensión por un año de las actividades de la empresa, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 . Existe reincidencia en la comisión de infracción muy grave, del mismo tipo y calificación que la presente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000 , ya que el 23 de junio del 2000 se levantó Acta de infracción número 4.017 por el mismo motivo. Dicha sanción adquirió firmeza por Resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad Autónoma de Madrid de 5 de octubre del 2000".

**Tercero.-** (conurrencia con el orden jurisdiccional penal) En su escrito de demanda la mercantil recurrente articula un primer motivo que consiste en que

los hechos que dieron lugar al Acta de infracción objeto de este Recurso se están juzgando en la Jurisdicción Penal, que tiene absoluta prelación sobre las actuaciones administrativas sancionadoras, por lo que conociendo el órgano instructor administrativo la existencia de las Diligencias Previas número 2947/2001 que se seguían ante el Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid , debió archivar provisionalmente el expediente administrativo a la espera de lo que decidiese dicha Jurisdicción Penal mediante Resolución firme, y dice en este sentido que es indiferente que tales Diligencias Previas se refieran a otra Acta de infracción distinta de la que es objeto de este Recurso, porque de lo que conoce la Jurisdicción Penal no es de una u otra Acta, sino de unos hechos determinados y comunes a las dos Actas, que tienen en común el desgraciado accidente del trabajador Don Héctor.

El artículo 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), dice lo que sigue: "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".

De la lectura de este precepto resulta que la obligación del órgano administrativo de seguir el procedimiento sancionador, a la espera de lo que resuelvan los Jueces o Tribunales del Orden Penal, está condicionada a que entre los hechos que se persiguen administrativamente y los enjuiciados por el Orden Penal, exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Pues bien, basta ver los sujetos imputados en las Diligencias Previas número 2947/201 seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid para apreciar que la mercantil recurrente no figura imputada en ellas, apareciendo sin embargo en tales Diligencias Previas Cogeinsa, S.A. y la Compañía Madrileña de Alquiler de Maquinaria, S.L., las cuales figuran mencionadas en el Acta de infracción objeto de este Recurso, de manera que la ausencia como imputado, o al menos como responsable civil de la aquí recurrente en dichas Diligencias Previas, impide la apreciación de la identidad de sujetos requerida por el artículo 3.1 del TRLISOS para suspender el procedimiento administrativo, y ello al margen de que, figura también en la causa, en concreto en la Pieza de medidas cautelares, la Sentencia de fecha 3 de septiembre del año 2004,

dictada por el Juzgado de lo Penal número 19 de Madrid , que trae causa de las referidas Diligencias Previas, y en tal Sentencia dejando de lado que no se acusa a la hoy demandante, como ya hemos dicho, por otra parte lo que se enjuicia son acusaciones por homicidio imprudente y por delitos previstos en los artículos 315, 316, 317 y 318 del Código penal , todos ellos incluidos en la rúbrica de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y como lo que se imputa en el Acta a la Empresa de Trabajo Temporal ( ETT ) demandante es la infracción consistente en celebrar un contrato de puesta a disposición - del trabajador fallecido - con la mercantil Cogeinsa, S.A., para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente, esta concreta infracción no tiene ilícito penal equivalente en el vigente Código Penal, y en particular en sus artículos 311 y siguientes, que regulan los delitos contra los derechos de los trabajadores, lo que impide igualmente apreciar la identidad de hecho y fundamento que impone el artículo 3.1 referido, por lo que parece el motivo.

**Cuarto.- En un segundo motivo reprocha la recurrente a las Resoluciones impugnadas y al Acta de infracción**, que contrató el trabajador fallecido para funciones de peón a realizar a pie de obra y en el suelo, en concreto para limpieza y retirada de materiales de obra, y que nunca se le contrató para labores en altura o subsuelo, ni menos para desmontar andamio motorizado alguno, ni en altura ni a pie de suelo, como se aprecia del examen del contrato de puesta a disposición y la ficha de prevención de riesgos, de forma que el trabajador fallecido nunca debió cubrir un puesto de trabajo para realizar tareas distintas de las contempladas en el contrato de puesta a disposición, y en cuanto al cambio del puesto de trabajo para el que se le contrató a otro puesto de trabajo distinto, es la empresa usuaria o el propio trabajador la que debe comunicarlo a la empresa de trabajo temporal, lo que no sucedió, así que a falta de esta comunicación nada se puede reprochar a la ETT recurrente.

**La infracción muy grave que se imputa a la ETT recurrente es la recogida en el artículo 18.3.b) del TRLISOS". Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente. ", precepto éste que sanciona la prohibición que al respecto se establece en el artículo 8.1.b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio".**

**El Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero , dispone que: " De conformidad con lo dispuesto en el art. 8, párrafo b), de la Ley 14/1994, de 1 de junio , por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán**

celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad: a) Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción".

Finalmente en el Anexo II del Real Decreto 1627/1997, bajo la rúbrica "Relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores" se recogen en el número 1 "Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo" y en el número 10 "Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados."

En el presente caso el contrato de puesta a disposición que celebró la ETT recurrente con el trabajador fallecido señalaba como objeto del contrato "limpiezas de obra y movimiento de material por partida de proyectos en obra sita en Triumph", y en la ficha de riesgos del puesto de trabajo se contemplaban los de "caídas al mismo nivel, de objetos, cortes y golpes".

Aunque el contrato de puesta a disposición puede entenderse que es para trabajos de limpieza de obras y movimiento de materiales a nivel de suelo, lo cierto es que tratándose de unas obras de construcción, y con absoluta independencia del hecho concreto de que cuando sufrió el accidente el trabajador no estaba realizando las tareas para las que fue contratado, ello es indiferente de todo punto, puesto que aquí no se está enjuiciando una responsabilidad por muerte o lesiones, ni por tanto tampoco el hecho de que la ETT ignorara que se produjo el cambio de puesto de trabajo, sino que de lo que se trata simplemente es de comprobar si la contratación de un peón exclusivamente para tareas de limpieza de obra y movimiento de materiales, siempre a nivel de suelo, es un trabajo de especial peligrosidad conforme a lo determinado reglamentariamente por el Anexo II del Real Decreto 1627/197, y en tal sentido hay que partir de la obra concreta para la que se hizo el contrato de puesta a disposición, que como hemos visto era la construcción de un edificio de 150 viviendas con sus locales, garajes y piscina, y no le cabe duda a la Sala que este tipo de obra, con independencia de si los trabajadores que en ella operan lo hacen solo en el suelo o en altura o subsuelo, tiene de suyo riesgo grave de sepultamiento, de hundimiento y de caída de altura para los

**trabajadores que prestan en ella su servicios, por mucho que limiten sus actividades a las realizadas en el suelo, pues aún en tal caso el operario que limpia y mueve materiales en el suelo, está expuesto a ser sepultado por los materiales de la obra, o bien a que el suelo donde trabaja sufra hundimientos, y en fin a sufrir las consecuencias de cualquier objeto o persona que caiga de una zona elevada del edificio que se construye, y basta para ello con reparar que el trabajador que se limita a operar al nivel del suelo, lo hace en todo caso a pie de obra, y la construcción de un edificio de 150 viviendas con sus garajes y piscina, implica trabajos de cimentación y excavaciones que pueden originar hundimientos, los cuales pueden afectar a cualquiera que trabaje en la obra, lo haga en el suelo o no, y lo mismo cabe decir de los sepultamientos, que no alcanza la Sala a comprender por qué razón en una obra como ésta van a afectar tan solo a quien trabaje en el subsuelo o en altura y no a quienes lo hagan en el suelo, y en fin las caídas de altura, si quien cae es una persona, no solo le afectan a ella, sino a quienes trabajando a pie de obra puedan resultar afectados por la caída, y si lo que cae no es una persona sino un objeto, el único afectado es que el que hallándose en el suelo reciba el golpe del objeto que cae.**

**Así pues no cabe la distinción artificial que pretende la demandante para sostener que en una obra de construcción de un edificio de las características del descrito quienes trabajen en la obra al nivel del suelo no están expuestos a riesgos de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, porque una distinción así es contraria a la realidad. Lo anterior comporta sin más la desestimación del motivo porque los riesgos del puesto de trabajo son los que son, y no los que dice la ficha de riesgos del puesto de trabajo que confecciona la ETT, debiendo recordar finalmente que la infracción cometida nada tiene que ver con el accidente producido, al punto de que la infracción se produce desde el mismo momento en que se celebra el contrato de puesta a disposición para la obra de construcción de una vivienda que, por sus características, es de suyo especialmente peligrosa, y la infracción se habría producido en todo caso aunque el accidente no hubiera tenido lugar, sin que tenga virtualidad exculpatória la invocación al dolo y la culpa que retóricamente hace la demandante, porque en primer lugar esta alegación se realiza a hilo del cambio de puesto de trabajo del fallecido, lo que ya hemos visto que no es relevante, y en segundo término porque el elemento de culpabilidad concurre en la infracción que se imputa desde el momento en que la ETT que realiza el contrato de puesta a disposición, no se asegura de los riesgos reales que un trabajo - aunque se haga a nivel de suelo - como la construcción de un edificio**

de 150 viviendas lleva aparejados, falta de comprobación o de diligencia que sin dificultad encaja en un reproche al menos culposo.

**Quinto.- (reincidencia)** En el último motivo de la demanda la ETT recurrente, con independencia de que reitera las alegaciones relativas al cambio de puesto de trabajo del trabajador fallecido llevado a cabo por la empresa usuaria, y a su falta de responsabilidad en dicho cambio por no habersele comunicado, además de analizar la forma de suceder el accidente, cuestiones ambas que ya se han examinado anteriormente rechazando su influencia en la concreta infracción que se le imputa, discute además la concurrencia de la circunstancia de reincidencia, que es la que sirve al Acta de infracción y a las Resoluciones posteriores para acordar la suspensión de la actividad de la recurrente por un año.

La primera razón por la que niega la existencia de la reincidencia es porque los hechos del Acta de infracción número 4747/2001 objeto de este Recurso son, a su juicio, totalmente distintos de los hechos recogidos en el Acta de infracción 4017/2000, que es la que sirve para aplicar la reincidencia.

La reincidencia la regula el artículo 41 del TRLISOS en los siguientes términos:

" 1. Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza.

2. Si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción.

3. La reincidencia de la empresa de trabajo temporal en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta Ley podrá dar lugar a la suspensión de sus actividades durante un año.

Cuando el expediente sancionador lleve aparejada la propuesta de suspensión de actividades, será competente para resolver el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o la autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral.

Transcurrido el plazo de suspensión, la empresa de trabajo temporal deberá solicitar nuevamente autorización administrativa que le habilite para el ejercicio de la actividad. "

Los requisitos objetivos - pues el subjetivo es obviamente que las infracciones se cometan por el mismo sujeto, y esta es una cuestión que no se discute - consisten en la existencia de una primera infracción castigada por una Resolución sancionadora que hubiese adquirido firmeza, y la comisión de una segunda infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó la sanción firme anterior.

En el presente caso tenemos en primer lugar el Acta de infracción que se levantó a la recurrente con el número 4017/2000, en la que se le impone una sanción por importe de 1.500.000 pesetas por la comisión de una infracción muy grave, en grado mínimo, regulada en el artículo 19.3.b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio : " Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente. ", siendo los hechos imputados la contratación por dicha ETT de tres trabajadores para la realización de tres trabajadores para desempeñar tareas, en una obra de construcción de un edificio, incluidas entre los riesgos graves recogidos en el Anexo II del Real Decreto 1627/1997 , lo que determina que los tipos infringidos sean los mismos, puesto que la infracción del artículo 19.3.b) de la Ley 14/1994 castiga exactamente la misma conducta que la recogida en el artículo 18.3.b) del TRLISOS , y es bien sabido que el tipo, tanto en Derecho Penal como en Derecho Administrativo Sancionador, es la descripción abstracta de la conducta - acción u omisión - que la norma castiga, y en cuanto a la calificación, consiste en la previsión como leve, grave o muy grave de una determinada infracción tipificada por la Ley, como demuestra la lectura del artículo 1.3 del TRLISOS : " Las infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley. ", de forma que para que concurra la reincidencia del artículo 3.1 de la que hablamos, basta con que las infracciones sucesivas que permiten la aplicación de la reincidencia sean del mismo tipo, lo que aquí se da, y que ambas infracciones sean bien leves, bien graves, bien muy graves, lo que también sucede en este caso, ya que las dos infracciones cometidas por la recurrente son muy graves.

Así las cosas, no es necesario que además de la identidad de tipo y de calificación, concurra también en las dos infracciones de que se trate, para poder aplicar la reincidencia, que la graduación de las sanciones sea la misma, porque la graduación se refiere a la sanción una vez calificada la infracción como leve, grave o muy grave, en tanto que el tipo y su calificación se refiere no a la sanción sino a la infracción, y es el caso que la apreciación de la reincidencia de acuerdo a lo previsto en el artículo 41.1 del TRLISOS exige tan

solo que entre la primera y la segunda infracción se de la coincidencia en el tipo y en la calificación de las infracciones, y no impone que las sanciones concurrentes se impongan en el mismo grado, de manera que aunque en el caso del Acta número 4747/2001 la sanción por infracción muy grave se imponga en el grado máximo, y en el caso de Acta número 4017/2000 la sanción por idéntica infracción muy grave se imponga en el grado mínimo, es indiferente a los efectos de apreciar la reincidencia, y acredita lo que acabamos de exponer respecto de la graduación de las sanciones y su diferencia con la calificación de las infracciones el tenor literal del artículo 39 del TRLISOS : " 1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes. 2. Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta Ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida. "

Finalmente mantiene la recurrente que no cabe la reincidencia porque el Acta de infracción número 4017/2000 es de fecha 23 de junio del año 2000, en tanto que el Acta que aprecia la reincidencia, la número 4747/2001 objeto del presente Recurso, se levanta con fecha 10 de agosto del año 2001, de tal forma que en esta última fecha han transcurrido con exceso los 365 días que prevé el artículo 41 del TRISOS .

Como ya expusimos el artículo 41.1 del TRLISOS decía lo siguiente: "1. Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza. ". Lo que impone el precepto es que la segunda infracción se cometa antes de que transcurran 365 días desde que se notifica la primera sanción - la cual por cierto es la que tiene que haber adquirido firmeza, y no la eventual Resolución sancionadora que derive de la segunda infracción, como sostiene la demandante, en flagrante contradicción con el tenor literal del precepto y con el funcionamiento de la reincidencia, que se funda en que un delito o infracción posterior a otro previo firme da lugar a la apreciación de la figura -, de forma que la notificación de la primera sanción no es la fecha del Acta, puesto que el Acta lo único que hace es iniciar el procedimiento sancionador, pero no imponer una sanción, y ello porque cuando

se notifica una sanción es porque previamente se ha impuesto, y no cabe notificar una sanción que requiere como condición la existencia de una Resolución sancionadora que es siempre posterior al Acta de infracción, que no sanciona nada todavía, sino que " propone " una sanción. En cualquier caso, aunque aceptáramos hipotéticamente la tesis de la demandante, e iniciáramos el cómputo de los 365 días no desde que se dictó y notificó la Resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía y Empleo de la CAM de fecha 5 de octubre del año 2000 que impuso la sanción derivada del Acta de infracción número 4017/2000, en cuyo caso es claro que ni siquiera cuando se levanta el Acta número 4747/2001, el día 10 de agosto del año 2001, no habían transcurrido los 365 días, aunque aceptáramos esa hipótesis, decíamos, e iniciáramos el cómputo el día 23 de junio del año 2000, fecha de la primera Acta, tampoco aquí habrían transcurrido los 365 días, ya que el día final de ese plazo no es del levantamiento del Acta que recoge la segunda infracción, sino el día en el que se " comete " la segunda infracción, que en este caso no es el día en el que fallece el trabajador, que de todos modos al ser el 21 de mayo del año 2001 es antes del transcurso de los 365 días computados desde el 23 de junio del 2000, sino el día en que la recurrente celebra el contrato de puesta a disposición con aquel trabajador, el 9 de abril del año 2001, de forma que en ningún caso han transcurrido los 365 días a los que alude el artículo 41.1, lo que determina la desestimación del motivo y, con él, del Recurso contencioso-administrativo en su integridad.

**Sexto.-** Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, no se aprecian razones para una especial declaración sobre las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que desestimamos íntegramente el Recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil " Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, S.A. " contra la desestimación por silencio administrativo, del Recurso de reposición interpuesto por la ahora recurrente por medio de escrito de fecha 10 de abril del año 2002, contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 7 de marzo del año 2002, reseñada en el Fundamento de Derecho primero, por ser conforme a Derecho, todo ello sin costas.

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con el expediente administrativo, al órgano de origen de éste.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella pueden interponer Recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de diez días a partir de su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, hallándose celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

**Sentencia, de 2 de diciembre de 2008, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª)**

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 2847/06, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Alvaro Romay Pérez en nombre y representación de Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª en el recurso núm. 1736/02, interpuesto por Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA contra la desestimación por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2002, por la que se acordó imponer a la empresa Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA una sanción en cuantía de 90.151,82 euros, por la comisión de una infracción muy grave, apreciada en su grado máximo, y suspender por un año sus actividades como empresa de trabajo temporal. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid, representada por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**

En el recurso contencioso administrativo núm. 1736/02, seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, se dictó sentencia con fecha 9 de enero de 2006 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimamos íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil "Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, S.A." contra la desestimación por silencio

administrativo, del recurso de reposición interpuesto por la ahora recurrente por medio de escrito de fecha 10 de abril del año 2002, contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2002, reseñada en el Fundamento de Derecho primero, por se conforme a Derecho, todo ello sin costas".

## **SEGUNDO**

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, S.A, se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

## **TERCERO**

Por escrito presentado el 19 de mayo de 2006 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

## **CUARTO**

El Letrado de la Comunidad de Madrid formalizó el 14 de septiembre de 2007 escrito oposición al recurso de casación interesando su desestimación.

## **QUINTO**

Por providencia de fecha 30 de septiembre de 2008 se señaló para votación y fallo el 26 de noviembre de 2008, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto. Siendo Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO**

La representación procesal de Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA interpone recurso de casación 2847/2006 contra la sentencia desestimatoria de fecha 9 de enero de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3<sup>a</sup> en el recurso núm. 1736/02 , interpuesto por aquella contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición deducido contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid de fecha 7 de marzo de 2002 por la que se acordó imponer a la empresa Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA **una sanción en cuantía de 90.151,82 euros, por la comisión de una infracción muy grave, apreciada en su grado máximo, y suspender por un año sus actividades como empresa de trabajo temporal.**

La sentencia identifica el acto impugnado en su **PRIMER** fundamento mientras en el **SEGUNDO** recoge el contenido del acta de infracción levantada el 10 de agosto de 2001 relativa al **accidente con resultado mortal** sufrido por el trabajador Sr. Corona el 21 de mayo de 2001 el cual había sido puesto a disposición de una empresa constructora el 9 de abril anterior mediante un contrato de puesta disposición.

En el **TERCER** fundamento examina la argumentación de la recurrente respecto a que los hechos sancionados estaban siendo juzgados por el orden jurisdiccional penal. Expone el contenido del art. 3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), relativo a la concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

(...)

Ya en el **CUARTO** recoge el **alegato de la recurrente que, según del contrato de puesta a disposición y la ficha de prevención de riesgos, el trabajador nunca debió cubrir un puesto de trabajo para realizar tareas distintas. Recoge asimismo que es la empresa usuaria o el propio trabajador el que debe comunicar el cambio a la empresa de trabajo temporal. Aduce también que la falta de la comunicación no se puede reprochar a la ETT recurrente.**

(...)

Finalmente en el **QUINTO** examina el rechazo de la reincidencia partiendo del contenido del art. 41 del TRLISOS.

(...)

## **SEGUNDO**

Un primer -y único- motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA atribuye conculcación del art. 8 de la ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT en relación con el art. 18.3.b) TRLISOS.

Invoca infracción del principio de culpabilidad y del de tipicidad pues si bien el trabajador fallecido no fue contratado para realizar trabajos en altura tal hecho no fue puesto en conocimiento de la recurrente.

Rechaza la argumentación de la sentencia porque va más allá de lo actuado por el Inspector que levantó el acta de infracción. Sostiene que el acta no valoró como tipificable la conducta en que la Sala apoya el fallo.

Reputa vulnerado el art. 8 de la Ley 14/94 por lo que interesa una retroacción para una nueva acta apoyada en la realización de la actividad contratada y conocida por ADIA. Con cita de una sentencia de un juzgado de lo contencioso administrativo de Madrid mantiene que la conducta sancionada no está definida.

Afirma que la resolución de 11 de marzo de 2002 que puso fin a la vía administrativa, se limitó a oponer a la recurrente que "el que la empresa usuaria ostente el poder de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios, no exime a la empresa de trabajo temporal de sus obligaciones frente al trabajador, no pudiendo la misma delegar su responsabilidad en la usuaria".

Aduce que, con el fin de suplir la falta de facultad de control de la actividad por la ETT, en los sucesivos convenios colectivos del Sector de ETT se pactó con los representantes de los trabajadores un Régimen Disciplinario que por la vía de las infracciones, acordaba un deber de información del trabajador en misión a la ETT, que entre otros extremos obliga al primero a comunicar a su empleadora los cambios de funciones decididos por la Empresa Usuaria.

Añade que, en coherencia, con esto, el artículo 46.9 del III Convenio del Sector de ETT tipifica como infracción del trabajador; "Art. 46 . Graduación de las faltas. Las faltas cometidas por los trabajadores se clasificarán atendiendo a su importancia y, en su caso, a su reincidencia, en leves, graves y muy graves. Se considerarán faltas leves las siguientes: (...) 9. No comunicar a la empresa de trabajo temporal el cambio de funciones o centro de trabajo ordenados por la empresa usuaria...".

Señala que este sistema convencional, hace recaer en el trabajador la carga de la responsabilidad de la información del cambio de funciones. Alega no consta queja alguna frente a la ETT o ante el Comité de Empresa. Insiste en que ADIA no tuvo medio alguno para evitar el cambio de funciones.

Objeta los argumentos la administración autonómica. Considera que el hecho imputado en el acta y en la resolución sancionadora es el mismo. Destaca que no se trataba de una obra menor sino de la construcción de un edificio de 150 viviendas con locales, garajes y piscina por lo que había riesgos de

sepultamiento y hundimiento. Reputa irrelevante que la empresa contratante cambiara el puesto de trabajo del fallecido dada la conducta poco diligente de la recurrente al no poner en evidencia los riesgos reales.

### **TERCERO**

Antes de entrar en el examen del único motivo de recurso conviene subrayar la improcedencia de esgrimir la doctrina sentada por un juzgado de lo contencioso administrativo ya que nos encontramos en un recurso de casación ordinario en que la única jurisprudencia que puede esgrimirse como conculcada es la emanada de este Tribunal Supremo.

De hallarnos frente a un recurso de casación para la unificación de doctrina cabría esgrimir sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única instancia con pronunciamientos diferentes para que este Tribunal se pronunciara sobre la doctrina procedente.

### **CUARTO**

Hemos dejado consignado en fundamento anterior los razonamientos esenciales de la sentencia de instancia y las normas en que se apoya. No procede, pues, repetir el contenido del art. 8 de la ley 14/1994, de 1 de junio ( RCL 1994, 1555) ni el art. 18.3.b) del TRLISOS ( RCL 2000, 1804, 2136) .

**A su vista cabe concluir que la interpretación realizada por la Sala de instancia para confirmar la resolución administrativa se ajusta plenamente a derecho.**

Pretende la parte recurrente volver a reabrir el debate acerca de que el trabajador no fue contratado para realizar trabajos en altura mas tal hecho no fue el contemplado por el acto administrativo como ilícito administrativo objeto de sanción confirmada por la Sala de instancia.

Tampoco puede ser objeto de examen si, actualmente, constituye infracción del trabajador no comunicar a la empresa de trabajo temporal un cambio de funciones ordenado por la empresa usuaria. El establecimiento de tal infracción del trabajador puede resultar elemento coercitivo para ejercitar un mayor control sobre las empresas usuarias respecto a las Empresas de Trabajo temporal y sus trabajadores. Pero, el objeto del recurso en instancia se centra en la existencia de una conducta de la empresa de trabajo temporal tipificada legalmente si bien con remisión reglamentaria prevista por la Ley.

Explicita muy bien la Sala de instancia que **la actuación reputada ilícita fue la concertación de un contrato de puesta a disposición respecto de un trabajo que implicaba, conforme al art. 8 del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, en relación con el anexo II del RD 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.**

**Actuación empresarial que figura debidamente definida en el acta inicial de infracción y en la resolución sancionadora final.**

**Valora de forma razonable que el entorno del trabajo encajaba en tal situación de riesgo tras un minucioso análisis de las obras de construcción en cuestión engarzado con las normas legal y reglamentaria que veda la concertación en sistema de puesta a disposición de determinadas actividades en el ámbito de la construcción**

Tampoco puede alegarse vulneración del artículo 18.3.b) del TRLISOS .

En consecuencia, no puede hablarse de conculcación del art. 8 b) de la Ley 14/1994, de 1 de junio que excluye de la concertación de contratos de puesta a disposición "la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente".

**Precepto legal que tuvo muy en cuenta la Directiva 91/383/CEE, del Consejo de 25 de junio estableciendo medidas limitativas de la realización de determinados trabajos en los que, por su especial peligrosidad, la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad. No debe olvidarse que aquella concluye que, según las investigaciones llevadas a cabo en general, los trabajadores en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo. Situación que determina prohibiciones o limitaciones en su contratación a fin de que la empresa de trabajo temporal o empresario no adscriba al trabajador para trabajar para y bajo el control de una empresa cuya actividad comporta riesgos derivados de las condiciones de trabajo.**

Es claro el art. 8 b) del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero , al exponer que "De conformidad con lo dispuesto en el art. 8, párrafo b) de la Ley

14/1994, de 1 de junio , por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad: a) Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción".

Y es explícito el Anexo II del Real Decreto 1627/1997, bajo la rúbrica "Relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores" al comprender en su número 1 "Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo".

Por todo ello no puede aceptarse el motivo.

#### **QUINTO**

Procede hacer expresa imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 LJCA y teniendo en cuenta la entidad del proceso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima por honorarios del Letrado de la parte recurrida, sin perjuicio de la posible reclamación, en su caso, del cliente de la cantidad que se estime procedente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

#### **FALLAMOS**

**No ha lugar al recurso de casación** deducido por la representación procesal de Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA contra la sentencia desestimatoria de fecha 9 de enero de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª en el recurso núm. 1736/02 , interpuesto por aquella contra la desestimación por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido contra la Resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 7 de marzo de 2002, por la que se acordó imponer a la empresa Adia Intergrupp Empresa de Trabajo Temporal, SA **una sanción en cuantía de 90.151,82 euros, por la comisión de una infracción muy grave, apreciada en su grado máximo, y suspender por un año sus actividades**

**como empresa de trabajo temporal, la cual se declara firme con expresa imposición de costas en los términos reflejados en el último fundamento de derecho.**

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico