



Roj: **STSJ AND 11529/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11529**

Id Cendoj: **41091340012017103249**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **3241/2016**

Nº de Resolución: **3097/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N° 3241/16 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a ocho de noviembre de dos mil diecisiete.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 3097 /17

En los recursos de suplicación interpuestos por la Lda. D^a Monserrat Francisco Espinosa en representación de la parte actora y por D^a Lucía Alvarez Riveira por Compañía Española de Petróleos S.A.U. (CEPSA) , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Algeciras ; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos número 105/15 se presentó demanda por D. Eloy , sobre despido, contra las mercantiles Centro Médico Linense, S.L., Compañía Española de Petróleos, S.A.U. y Huelva Asistencial, S.A. , se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 16/12/15 por el Juzgado de referencia en que se estimó la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante, Eloy , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001 , ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., desde el 1 de enero de 2010 (si bien cuenta una antigüedad en la empresa CML de 23 de septiembre de 2002), con la categoría profesional de ATS, percibiendo un salario diario a efecto de despido de 60,15 euros, siendo su salario mensual de 1.829,50 euros brutos con prorrata de pagas extras.

El trabajador ha prestado sus servicios profesionales en el centro de trabajo de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., sito en la Refinería Gibraltar-San Roque, de la localidad de San Roque (Cádiz).



(doc. nº 1 y 3 actor; interrogatorio trabajadores y del legal representante de la empresa CML)

SEGUNDO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al despido cargo de representación sindical ni delegado de personal (hecho no controvertido).

TERCERO.- El día 1 de enero de 2010 la sociedad CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. celebró un contrato de naturaleza mercantil con la entidad COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., el cual tenía por objeto la contratación de prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios por personal especialista y diplomado para el Servicio Médico de Empresa en la refinería que tiene CEPSA en la localidad de San Roque (Cádiz).

Se estipuló una duración de un año desde el día 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010, prorrogado de forma anual el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, y después de forma tácita en lo sucesivo hasta su extinción en fecha 30 de noviembre de 2014.

(doc. nº 1 actor; doc. nº 1 CEPSA)

CUARTO.- El día 24 de junio de 2014 CEPSA informó por e-mail a CML sobre el concurso de asistencia sanitaria, al tiempo que le invitaba a participar.

Por e-mail de 26 de junio de 2014 CML informa a CEPSA acerca de su voluntad de participar en el concurso de asistencia sanitaria.

Por e-mail de 9 de julio de 2014 CML remite información a CEPSA, previa requerimiento de ésta por e-mail de la misma fecha, acerca de los trabajadores de la primera y sus condiciones laborales (antigüedad y salario).

Nuevamente por correo electrónico de 30 de julio de 2014 CEPSA informa a CML de la prórroga del servicio prestado por ésta, al menos, hasta el día 30 de agosto de 2014.

(doc. nº 6 a 9 CML)

QUINTO.- CEPSA informó por correo electrónico a CML el día 10 de noviembre de 2014 que no había resultado adjudicataria del concurso, debiendo cesar en la prestación del servicio el día 30 de noviembre de 2014.

Por e-mail de 14 de noviembre de 2014 informó nuevamente CEPSA a CML de que la adjudicataria del concurso había sido HUELVA ASISTENCIAL, S.A.

(doc. nº 10 y 11 CML)

SEXTO.- Por burofax remitido por CML a CEPSA, el cual le fue entregado el 17 de noviembre de 2014, se le requería para que informara a la nueva adjudicataria del servicio, es decir, a HUELVA ASISTENCIAL, S.A., al objeto de que cumpla con "*la obligación de subrogar al personal, o en otro caso, asumir sus obligaciones de pago de las indemnizaciones por despido*".

Asimismo, por burofax de 17 de noviembre de 2014, entregado el día 18 del mismo mes, CML remitió a HUELVA ASISTENCIAL, S.A. listado y condiciones del personal que había prestado sus servicios como enfermeros en el centro de trabajo de CEPSA en virtud de la contrata de prestación de servicios antes referida.

(doc. nº 12 y 13 CML)

SÉPTIMO.- Por sendos escritos de 14 de noviembre de 2014 CML procedió a comunicar de forma individualizada a cada uno de los trabajadores adscritos al servicio prestado en CEPSA la extinción de la relación laboral con fecha de efectos del día 30 de noviembre de 2014, fecha en la cual causarían baja en la seguridad social, "*debiendo pasar a la nueva empresa adjudicataria por subrogación con efectos del día 1 de diciembre de 2014. La nueva empresa deberá respetar todos sus derechos y obligaciones*".

Todos los trabajadores de CML, entre los que se encuentra el trabajador demandante, adscritos al servicio médico de CEPSA en virtud de la contrata causaron baja en la seguridad social a instancia de la empleadora demandada el día 30 de noviembre de 2014.

(doc. nº 14 y 15 CML)

OCTAVO.- CEPSA, por e-mail de 24 de noviembre de 2014, propuso a CML una prórroga del contrato de prestación de servicios, acompañando copia de los contratos de prórroga en el e-mail de 25 de noviembre de 2014.

CML manifestó a CEPSA por e-mail de 28 de noviembre de 2014 su negación, cuando afirmó de forma expresa que "*Por todo ello, y dado que entiendo que se trata de una maniobra de engaño y en cualquier caso, que busca un beneficio a costa de mi empresa, le confirmo que no estamos dispuestos a mantener esa prórroga de un mes*".

(doc. nº 16 a 19 CML; doc. nº 7 CEPSA)



NOVENO.- Los trabajadores que fueron contratados por CML y adscritos al servicio de CEPSA, entre los que se encuentra el trabajador demandante, siguieron prestando sus servicios profesionales bajo la dependencia de CEPSA desde el día 1 hasta el 9 de diciembre de 2014 (doc. nº 1 actor; interrogatorio parte actora; testifical).

DÉCIMO.- Por el Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz se procedió, previa denuncia del trabajador demandante, a elaborar un informe en fecha 18 de marzo de 2015, en el cual se acuerda comunicar el alta de oficio a la Seguridad Social del trabajador demandante en CEPSA desde el día 1 al 9 de diciembre de 2014, al tiempo que acordó levantar acta de liquidación de cuotas de seguridad social por el mencionado periodo de tiempo.

Concluye la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social actuante en su informe que " *los trabajadores prestaron servicios en las instalaciones de CEPSA y de CEPSA QUÍMICA desde el 1 hasta el 9 de diciembre de 2014, en beneficio y por cuenta de ambas empresas, sin haber sido dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social* ".

(doc. nº 1 actor)

UNDÉCIMO.- Por sendos escritos fechado el día 9 de diciembre de 2014 CEPSA remitió a CML mediante burofax escrito por los cuales se le informó de que era voluntad de la entidad de poner fin al contrato de arrendamiento de servicio prestados en CEPSA, S.A.U. y CEPSA QUÍMICA, S.A. desde el día 9 de diciembre de 2014 a las 22:00 horas.

Por escrito de CML dirigido a CEPSA el día 11 de diciembre de 2014 se informó a ésta que el contrato estaba resuelto desde el día 30 de noviembre de 2014, fecha en la que se comunicó por CEPSA la resolución del contrato y que fue aceptado por CML.

(doc. nº 21 y 22 CML)

DUODÉCIMO.- Por CEPSA se impugnó las actas de liquidación practicadas a instancia del Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social a raíz del informe de 18 de marzo de 2015, formalizando el correspondiente recurso de alzada por escrito de fecha 4 de diciembre de 2015 dirigido a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Cádiz (doc. nº 6 CEPSA).

DÉCIMOTERCERO.- El día 10 de diciembre de 2014 CEPSA y HUELVA ASISTENCIAL, S.A. celebraron un contrato de naturaleza mercantil con la entidad CEPSA QUÍMICA, S.A.U., el cual tenía por objeto la contratación de prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios por personal especialista y diplomado para el Servicio Médico de Empresa en la planta de Guadarranque que tiene CEPSA en la localidad de San Roque (Cádiz).

Se estipuló una duración de tres años desde el día de la firma del contrato, es decir, desde el día 10 de diciembre de 2014.

(doc. nº 2 CEPSA)

DÉCIMOCUARTO.- CML contrató al trabajador demandante con el objeto de que el mismo prestara sus servicios profesionales en el centro de trabajo que CEPSA tiene en Guadarranque, en la localidad de San Roque (Cádiz).

Los medios materiales utilizados por el trabajador demandante para la prestación de sus servicios como enfermero son de titularidad de CEPSA, así como los medicamentos y fármacos expendidos por el actor con ocasión de su trabajo eran adquiridos por esta última entidad mercantil.

El horario de trabajo del trabajador era fijado por CEPSA que, a su vez, elaboraba los calendarios de trabajo.

El trabajador hacía uso del comedor de CEPSA.

Las instrucciones acerca del modo de realizar el trabajo eran impartidas por el Jefe Médico de CEPSA, sin que en el centro de trabajo existiera un encargado de CML a través de quién se debían canalizar las órdenes e instrucciones. Las instrucciones impartidas por el Jefe Médico de CEPSA iban referidas a protocolo de actuación, forma de ejecutar el trabajo, etc.

La ropa de trabajo era facilitada por CEPSA QUÍMICA, consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad. De hecho, la ropa de trabajo contaba con el distintivo de CEPSA, junto con la identificación de esta mercantil que también le fue entregada.

Tenía acceso a los datos de los trabajadores de CEPSA, donde registraba las actuaciones efectuadas. De hecho, contaba con una identificación en soporte papel que le facultaba para acceder al historial clínico de cada uno de los trabajadores de CEPSA en la planta de Guadarranque.



Asimismo, aún cuando CEPESA tenía su propio servicio de prevención (doc. nº 3 CEPESA) el actor también realizaba algunas funciones de prevención como vacunas, recogida de orina, identificación de las muestras de orina, etc.

Cubría y sustituía en el ejercicio de sus funciones a personal de enfermería de CEPESA llegado el caso que fuera necesario.

Las vacaciones, si bien eran tramitadas por CML, previamente el trabajador debía comunicarlo al Jefe Médico de CEPESA.

Las nóminas eran abonadas al trabajador por CML.

(doc. nº 4 y 5 actor; interrogatorio de CML; interrogatorio de CEPESA; e interrogatorio parte actora)

DÉCIMOQUINTO.- Se ha celebrado ante el CMAC el preceptivo acto de conciliación el 15 de enero de 2015 con un resultado de intentado SIN AVENENCIA con respecto a HUELVA ASISTENCIAL, S.A. y CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. e intentado sin efecto con respecto a CEPESA, S.A.U.

La papeleta de conciliación fue presentada el día 30 de diciembre de 2014. (documental que acompaña a la demanda)."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de suplicación por el trabajador y la empresa condenada CEPESA habiéndose efectuado impugnación de esta empresa respecto del recurso del trabajador y la codemandada absuelta CENTRO MÉDICO LINENSE, S.L. impugna los dos recursos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La sentencia de instancia, de instancia, dictada en proceso de despido, instado por el trabajador D. Eloy contiene el siguiente fallo: *Que debo estimar la excepción material de caducidad de la acción de despido opuesta por la sociedad CENTRO MÉDICO LINENSE, defendida y representada por el Letrado D. Alfonso Jiménez Mateo.*

Que estimando la demanda formulada por D. Eloy , defendido y representado por la Letrada D^a. Montserrat Francisco Espinosa, contra la mercantil COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A.U., representada por D^a. María Eugenia Vega Ruíz y defendida por la Letrada D^a. María Eugenia Vega Ruíz, debo declarar y declaro improcedente el cese del trabajador demandante, con fecha de efectos 9 de diciembre de 2014, reconociendo a la empresa demandada a optar por la readmisión del trabajador, así como al abono de los salarios de tramitación, o el abono de la indemnización por importe de 13.473,59 euros, lo que deberá verificar en el término de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución judicial, bajo apercibimiento de que si no lo hiciera se entenderá que procede la readmisión en los términos dichos. Opción que se deberá hacer mediante escrito o simple comparecencia ante la secretaría de este Juzgado de lo Social.

Frente a dicha sentencia interponen recurso de suplicación el trabajador y la empresa condenada CEPESA.

SEGUNDO .- El trabajador que recurre con la pretensión de que se revoque parcialmente la sentencia de instancia, para que se desestime la excepción de caducidad que la misma estima respecto de la empresa codemandada CENTRO MÉDICO LINENSE, y se reconozca además que el actor tiene una antigüedad desde junio de 2002, con la consiguiente modificación de la indemnización que por despido improcedente la sentencia reconoce, proponiendo que la misma alcance la cantidad de 31.646,62 €, invoca los apartados b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Por tramite procesal correcto del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , solicita en primer lugar la rectificación del hecho probado primero para que se sustituya el inciso en que se expresa " ..ha venido trabajando para la empresa Compañía Española de Petróleo, S.A.U. desde el 1 de enero de 2010, si bien cuenta con una antigüedad en la empresa CML de 25 de Junio de 2002", por lo siguiente: *"Ha venido trabajando en los servicios médicos de la empresa Compañía Española de Petróleos, S.A.U. desde el 25 de Junio de 2002"*.

En el segundo motivo de recurso solicita la adición de un nuevo hecho probado, que sería el Tercero, pasando el tercero actual a ser Tercero Bis, del siguiente tenor literal:

"El 5 de Junio de 1995 la empresa demandada Centro Médico Linense, S.L. celebró contrato con Cepsa cuyo objeto era la prestación de servicios de ayudantes técnicos sanitarios en el Servicio Médico de empresa que la Refinería de CEPESA tiene en San Roque en el que se estipuló la duración de un año, siendo prorrogado de forma tácita hasta el 1 de enero del 2010."



No ha lugar a lo solicitado, porque de la documentación que se invoca en apoyo de la pretensión de revisión, documento obrante al folio 36 de las actuaciones, contrato suscrito entre la demandada CENTRO MÉDICO LINENSE y CEPESA, el 5 de julio de 1991 (no el 5 de julio no de 1995), como, por error tal vez solo material indica la recurrente, no se extrae lo que la dicha parte pretende sin necesidad de acudir a conjeturas o suposiciones en las que no puede basarse la revisión fáctica de la sentencia, de manera que no evidenciado de manera palmaria error de valoración probatoria por parte del juzgador de instancia, a quien corresponde la tarea de valoración de todos los elementos de convicción, tal como dispone el artículo 97.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede sustituir su objetivo valoración por el mas subjetivo de parte.

TERCERO .- En el siguiente motivo de recurso, con invocación correcta del apartado c) del artículo 193 LRJS denuncia el recurrente la infracción del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la LRJS, para defender que no se encuentra caducada la acción respecto de CENTRO MEDICO LINENSE, S.L y por tanto ha de ser revocada la sentencia que se impugna para incluir en la condena a dicha empresa.

Alega el recurrente que el Juzgador de instancia razona que "probado que CML comunicó al trabajador su decisión de extinguir la relación laboral por subrogación el día 14/11/2014, con efectos de 30/11/2014, y que en esa fecha causó baja en la Seguridad Social a instancia de CML, resultando probado que ésta se negó a renovar el contrato de prestación de servicios con CEPESA se ha de entender que el plazo para ejercer la acción de despido frente a CML se inició el 1 de diciembre" resultando tal razonamiento erróneo por cuanto que, no ha de entenderse como día del despido el día 30/11/2014, sino el día el 9 de diciembre de 2014, día este en que se comunica que ya no se ha de seguir prestando servicios, habiéndolos prestado durante el período comprendido entre el 1 y el 9 de diciembre, sin que nadie le informase de que CML no había accedido a la prórroga del contrato con CEPESA.

A esta cuestión ha dado ya respuesta esta Sala al resolver recurso de otro trabajador que se encontró en identificas condiciones a las que se encuentra el trabajador actor y recurrente en el supuesto examinado y como él pretendía dejar sin efecto la estimación de la excepción de caducidad que también estimaba respecto de la empresa CENTRO MEDICO LINENSE, S.L. la sentencia que se recurría. La Sala en Sentencia 20 de julio de 2017 (RECURSO 3221/16) razonaba de la siguiente manera:

El motivo no puede prosperar imponiéndose su rechazo, y el de este primer recurso, dado que la extinción de la relación laboral le fue comunicada al actor por CML el 14/11/2014, con efectos de 30/11/2014, siendo irrelevante a estos efectos que el actor hubiere continuado prestando sus servicios, después de esa fecha y hasta el 9/12/2014 en el centro de trabajo de CEPESA, hasta que tuvo lugar la celebración de un nuevo contrato mercantil para la prestación de los servicios de ayudantes técnicos sanitarios con la nueva adjudicataria del servicio, Huelva Asistencial, S.A., el 10/12/2014.

Por razones de seguridad jurídica, ha de adoptarse la misma solución ante supuesto identifico como ya se ha dicho, y abundando en el razonamiento, ha de indicarse que, al margen de que el trabajador continuara en la prestación de servicios en el centro donde lo venia efectuando, cuyos efectos luego serán analizados, es lo cierto que a él se le notificó cese con efectos de 30 de noviembre de 2014 y si lo entendía no conforme a derecho, debió de haberlo impugnado, con independencia de que CML hubiera o no accedido a la prórroga del contrato con CEPESA.

Lo expuesto hasta ahora conduce a la desestimación integra del recurso del trabajador.

CUARTO .- En el recurso interpuesto por la empresa condenada, CEPESA, se invocan los apartados b) y c) del art 193 LRJS, a través de los cuales se propone la redacción alternativa de los hechos probados tercero y decimocuarto, denunciándose a continuación: 1) la infracción de los artículos 43 y 54 ET y del art. 103 LRJS sin argumentar la pertinencia del motivo; 2) la infracción del art. 43 ET en relación con la Ley 22/2017 de Farmacia de Andalucía sin concretar norma infringida de tal Ley; 3) la infracción del art. 20 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) vinculado al éxito de la revisión del HP 3º; y 4) la infracción del artículo 56 y Disposición Transitoria Undécima del ET, relativa a las indemnizaciones por despido improcedente.

El recurso es en todo igual otros anteriores resueltos por esta Sala, concretamente al Recurso 3221/16 resuelto mediante Sentencia 20 de julio de 2017, que se ha citado ya, incluida la petición que se contiene en el Suplico del escrito de recurso que es concretamente solicitud de sentencia declarando que: "no procede la imposición de recargo de prestaciones a mi representada revocando la misma y ordenando la devolución de las cantidades ingresadas", petición que obviamente debe de obedecer a un error, por lo que ha de resolverse en idéntico sentido y de igual manera que la sentencia referenciada que a su vez se remite a otro recurso anterior y dice: *El recurso –exceptuando el motivo último indicado– es en todo igual al anterior núm. 2437/2016, resuelto por esta Sala en sentencia núm. 1795/2017, de fecha 13 de junio de 2017, por lo que, resolvemos de igual manera, al no existir razón alguna para su modificación.*



Razonamos en dicha sentencia del modo siguiente:

"La recurrente pretende la revisión del HP 3º para que se adicione "la contratación de la prestación de servicios de primera asistencia sanitaria y primeros auxilios, el traslado de urgencia y la prestación de asistencia técnica sanitaria a los enfermos ambulatorios" y lo apoya en los doc de los f. 133 a 136 a lo que no se accede por ser intrascendente al sentido del fallo.

La recurrente pretende revisar el HP 14º para que se excluya a CEPESA de todo lo que ahí se refiere a ella y sea sustituida por la referencia a CML, y lo apoya en los doc de los f. 133 a 136, 156 a 184. No se accede al no inferirse de tales documentos error en su valoración amen de contradecirse lo pretendido suprimir y adicionar con lo que con valor de hechos se nos dice en la sentencia "a) Los medios materiales utilizados por el trabajador demandante para la prestación de sus servicios como enfermero son de titularidad de CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA). b) Los medicamentos y fármacos expendidos por el actor con ocasión de su trabajo eran adquiridos por CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA). c) El horario de trabajo del trabajador era fijado por CEPESA que, a su vez, elaboraba los calendarios de trabajo. d) El trabajador hacía uso del comedor de CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA). e) Las instrucciones acerca del modo de realizar el trabajo eran impartidas por el Jefe Médico de CEPESA. f) En el centro de trabajo donde prestaba sus servicios el trabajador demandante no existía un encargado de CML (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA) a través de quién se debían canalizar las órdenes e instrucciones. g) Las instrucciones impartidas por el Jefe Médico de CEPESA iban referidas a protocolo de actuación, forma de ejecutar el trabajo, etc. h) La ropa de trabajo era facilitada por CEPESA QUÍMICA, consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad. De hecho, la ropa de trabajo contaba con el distintivo de CEPESA, junto con la identificación de esta mercantil que también le fue entregada. i) Tenía acceso a los datos de los trabajadores de CEPESA, donde registraba las actuaciones efectuadas. De hecho, contaba con una identificación en soporte papel que le facultaba para acceder al historial clínico de cada uno de los trabajadores de CEPESA en la planta de Guadarranque. j) Aún cuando CEPESA tenía su propio servicio de prevención (doc. nº 3 CEPESA) el actor también realizaba algunas funciones de prevención como vacunas, recogida de orina, identificación de las muestras de orina, etc. k) Cubría y sustituía en el ejercicio de sus funciones a personal de enfermería de CEPESA llegado el caso que fuera necesario. l) El trabajador debía comunicar las vacaciones antes de comenzar a disfrutarlas al Jefe Médico de CEPESA. .../... Por el contrario, CML se limitaba únicamente a abonar las nóminas al trabajador, así como a tramitar las vacaciones, sin olvidar que los trabajadores que prestaran sus servicios en el centro de trabajo de CEPESA debían tener el visto bueno de esta.../...".

TERCERO.- La recurrente denuncia la infracción del art. 43 y 54 ET y del art. 103 LRJS motivo que fracasa al incumplirse lo preceptuado por el art. 196.2 LRJS de modo que si se enumeran una serie de incongruencias de la sentencia, más bien contradicciones, debió pretenderse alguna consecuencia respecto a la sentencia y no la que aparece en el suplico del escrito de formalización del recurso: "no procede la imposición de recargo de prestaciones" (sic). Inferir de las contradicciones que pone de manifiesto la recurrente alguna consecuencia conllevaría el construir de oficio el recurso, obviamente prohibido.

CUARTO.- La recurrente denuncia la infracción del art. 43 ET en relación con la Ley 22/2017 de Farmacia de Andalucía motivo que fracasa al incumplirse el art. 196.2 LRJS ya que no se indica norma concreta vulnerada cuando se debe citar el precepto que se dice conculcado pues sino aquí elaboraríamos de oficio el recurso. Mas, inferir de que como debe existir un único suministrador de medicamentos y por tanto CML no los podía suministrar y sí CEPESA no hay cesión ilícita es cuanto menos ilógico por obviar las siguientes circunstancias:

"a) Los medios materiales utilizados por el trabajador demandante para la prestación de sus servicios como enfermero son de titularidad de CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA).

b) Los medicamentos y fármacos expendidos por el actor con ocasión de su trabajo eran adquiridos por CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA). c) El horario de trabajo del trabajador era fijado por CEPESA que, a su vez, elaboraba los calendarios de trabajo.

d) El trabajador hacía uso del comedor de CEPESA (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA).

e) Las instrucciones acerca del modo de realizar el trabajo eran impartidas por el Jefe Médico de CEPESA.

f) En el centro de trabajo donde prestaba sus servicios el trabajador demandante no existía un encargado de CML (extremo reconocido por el testigo el Sr. Ruperto a instancia de CEPESA) a través de quién se debían canalizar las órdenes e instrucciones.

g) Las instrucciones impartidas por el Jefe Médico de CEPESA iban referidas a protocolo de actuación, forma de ejecutar el trabajo, etc.



h) La ropa de trabajo era facilitada por CEPESA QUÍMICA, consistente en polo, pantalones, abrigo, chaleco y calzado de seguridad. De hecho, la ropa de trabajo contaba con el distintivo de CEPESA, junto con la identificación de esta mercantil que también le fue entregada.

i) Tenía acceso a los datos de los trabajadores de CEPESA, donde registraba las actuaciones efectuadas. De hecho, contaba con una identificación en soporte papel que le facultaba para acceder al historial clínico de cada uno de los trabajadores de CEPESA en la planta de Guadarranque.

j) Aún cuando CEPESA tenía su propio servicio de prevención (doc. nº 3 CEPESA) el actor también realizaba algunas funciones de prevención como vacunas, recogida de orina, identificación de las muestras de orina, etc.

k) Cubría y sustituía en el ejercicio de sus funciones a personal de enfermería de CEPESA llegado el caso que fuera necesario.

l) El trabajador debía comunicar las vacaciones antes de comenzar a disfrutarlas al Jefe Médico de CEPESA. .../... Por el contrario, CML se limitaba únicamente a abonar las nóminas al trabajador, así como a tramitar las vacaciones, sin olvidar que los trabajadores que prestaran sus servicios en el centro de trabajo de CEPESA debían tener el visto bueno de esta.../..." circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, y que son las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y, los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (SSTS 30-5-02, EDJ 27392 ; 25-6-09 , EDJ 166020) serie de circunstancias complementarias, y que tienen mas que un simple valor indicativo u orientador al ser abrumadoras de la existencia de cesión laboral ilícita.

QUINTO.- La recurrente denuncia la infracción del art. 20 LPRL vinculado al éxito de la revisión del HP 3º infracción que no concurre pues el que el empresario tenga determinadas obligaciones de seguridad en previsión de emergencias nada tiene que ver el cómo se cumpla que puede ser servicios externos si no cuenta con ellos, lógicamente.

La recurrente cuenta con un servicio propio de primeros auxilios y enfermería y que se valió de otra empresa, prestamista laboral, para cubrir el servicio de enfermería durante la parte de jornada no cubierta con sus trabajadores: las noches, domingos y festivos."

CUARTO.- Por último, hemos de referirnos a la denunciada infracción del artículo 56 y Disposición Transitoria Undécima del ET , apreciando su concurrencia dado que, teniendo en cuenta la antigüedad de 1 de enero de 2010, la fecha del despido de 9 de diciembre de 2014 y el salario diario indiscutido del trabajador de 32,26 €, el importe de la indemnización opcional correspondiente al despido improcedente asciende a 6.161,66 €, siendo por tanto inferior a la fijada en la sentencia de 7.226,24 €, por lo que, debemos estimar en parte el recurso en tal sentido.

Asumiendo ahora, según se ha indicado las razones que expone la sentencia meritada, sin que exista motivo jurídico que aconseje cambio de criterio, ha de ser estimado el recurso de la empresa solo parcialmente y en lo tocante a la indemnización que corresponde abonar al trabajador, rectificando el error de la sentencia de instancia, tal vez derivado de haber aplicado artículo 56 de Estatuto de los Trabajadores , sin tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria Undécima del mismo texto legal y en recta aplicación de tales normas, tomando en cuenta la antigüedad consignada del trabajador de 1 de enero de 2010, la fecha del despido de 9 de diciembre de 2014, y el salario diario indiscutido de 60,15 € día,, corresponde una indemnización de 11.488,65 €, ligeramente superior a la que propone el recurrente, aunque inferior a la que consigna la sentencia de instancia que, solo en este sentido ha de ser modificada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Eloy y con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por Compañía Española de Petróleos S.A.U. (Cepsa) , contra la sentencia dictada en los autos nº 105/15 por el Juzgado de lo Social de Algeciras , en virtud de demanda formulada por D. Eloy , sobre despido, contra las mercantiles Centro Médico Linense, S.L., Compañía Española de Petróleos, S.A.U. y Huelva Asistencial, S.A. , debemos revocar parcialmente la sentencia recurrida, en el solo sentido de reducir el importe de la indemnización opcional por el despido improcedente que en la misma se declara a la cantidad de 11.488,6 €, manteniendo íntegramente los restantes pronunciamientos de la misma.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá



designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION . - Sevilla a 08/11/17.

El recurso formulado por el actor tiene por objeto la revocación parcial de la sentencia de instancia, en el sentido de que se desestime la excepción de caducidad frente a la empresa codemandada CENTRO MÉDICO LINENSE, y se reconozca además que el actor tiene una antigüedad desde junio de 2002, modificando la cuantía de la indemnización y fijándola en la suma de 17.097,80 €, manteniendo íntegramente el resto del fallo de la sentencia.