

## Sentencia T.S. (Sala 4) de 26 de diciembre de 2011

### RESUMEN:

Conflicto colectivo: Estimación. Vigencia del Decreto de 8 de junio de 1938 y de la Orden Ministerial de 30 de junio del mismo año. Obligación de las empresas de habilitar un local como comedor en los supuestos en que los trabajadores no dispongan de dos horas, al menos, para la comida o almuerzo.

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el "SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA", representado y defendido por el Letrado Don Felipe Martínez Ramonde, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 18-marzo-2011 (rollo 4441/2010) que revocaba la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de A Coruña en fecha 9-julio-2010 (autos 458/2010), seguidos a instancia del referido Sindicato contra las entidades "INDRA SISTEMAS, S.A." e "INDRA SOFTWARE LABS, S.A." sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Han comparecido en concepto de recurrido las entidades "INDRA SISTEMAS, S.A." e "INDRA SOFTWARE LABS, S.A.", representadas y defendidas por la Letrada Doña Elisa Caldeiro Ruiz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**-El día 18 de marzo de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación n.º 4441/2010 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de A Coruña en los autos n.º 458/2010, seguidos a instancia del "Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia" contra las entidades "Indra Sistemas, S.A." e "Indra Software Labs, S.A.", sobre conflicto colectivo. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, es del tenor literal siguiente: " *Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Indra Sistemas S.A e Indra Software Labs, S.A.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de A Coruña con fecha 9-7-2010 y debemos revocar y revocamos dicha resolución desestimando la demanda inicial formulada por Sindicato Nacional de CCOO de Galicia y absolvemos libremente de la misma a las empresas demandadas Indra Sistemas S.A e Indra Software Labs, S.A.U. "*

**Segundo.**-La sentencia de instancia, de fecha 9 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de A Coruña, contenía los siguientes hechos probados: " *1.º- Las empresas demandadas tienen su centro de trabajo en Baños de Arteixo s/n, Monte Patelo, Complejo Fenosa, Edificio Indra, 15007, A Coruña Indra Software Lab SAU tiene unos 227 trabajadores, e Indra Sistemas SA unos 97. Ambas empresas surgieron de la anterior Indra SA, que en su día absorbió a Soluzion Consultoría y Tecnología SA./ 2.º- En el citado centro de trabajo hay un local de 85 metros cuadrados con mesas y sillas, fuente de agua fría, fregadero, 1 horno, 4 microondas, y productos de alimentación como café, bebidas frías, snacks, sándwiches o zumos. No dispone de nevera. Desde octubre de 2009 a enero de 2010, los trabajadores de la empresa tenían a su disposición un servicio de catering, servido por un restaurante próximo, con un menú al precio de 11 euros./3.º- Los trabajadores disponen de un horario flexible con paralización de la actividad laboral a mediodía por un tiempo máximo de dos horas. Asimismo, para desplazarse al centro de trabajo deben tomar un bus lanzadera de unas 20 plazas, que hace un recorrido circular de unos veinte minutos. Entre el lugar donde aparcan sus vehículos particulares y el centro de trabajo, el trayecto dura unos diez minutos. En ocasiones, el bus no es suficiente para trasladar a todos los trabajadores que están esperando, debiendo de aguardar algunos a que regrese el autobús. Además, se facilitan plazas de aparcamiento -hasta cuarenta- a trabajadores que comparten vehículo./ 4.º- Los trabajadores de Soluzion, en marzo de 2007, recogieron 115 firmas pidiendo un comedor de empresa "*

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " *Estimar el conflicto colectivo planteado por el sindicato CCOO frente a las empresas Indra Software LAB SAU y Indra Sistemas SA, declarando el derecho de los trabajadores de las citadas empresas a que se habilite un comedor de empresa en el centro de trabajo sito en Baños de Arteixo s/n, Monte Patelo, Complejo Fenosa, Edificio Indra, 15007, A*

Coruña, con la obligación de las empresas demandadas a pasar por tal pronunciamiento dando cumplimiento al mismo".

**Tercero.**-Por el Letrado Don Felipe Martínez Ramonde, en nombre y representación del "Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia", mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 24-julio-2006 (rollo 2529/2006). SEGUNDO.- Alega infracción de los arts. 1 y 3 del Decreto de 8-junio-1938 y los arts. 1 y 4 de la Orden ministerial de 30-junio-1938, debe entrarse a resolver sobre el fondo las cuestiones planteadas.

**Cuarto.**-Por providencia de esta Sala de 21 de julio de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida, las entidades "Indra Sistemas, S.A." e "Indra Software Labs, S.A.", representadas y defendidas por la Letrada Doña Elisa Caldeiro Ruiz, para que formalizaran su impugnación en el plazo de diez días.

**Quinto.**-Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 21 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-1.-** Las dos cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación unificadora consisten: a) la primera, en determinar si continúa o no vigentes la normativa preconstitucional sobre comedores de empresa integrada por el Decreto de 8- junio-1938 y por su norma de desarrollo, la Orden ministerial de 30-junio-1938; y b) la segunda, de entender aplicable dicha normativa, determinar, partiendo de que en la empresa exista una interrupción horaria de dos horas entre la jornada de mañana y la de tarde, si la empresa estaría obligada a habilitar para los trabajadores " *un local-comedor que les permita efectuar sus comidas a cubierto de los riesgos del tiempo, y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua* ", si los trabajadores a pesar de la interrupción horaria, por las circunstancias concurrentes, no disponen efectivamente de dos horas como mínimo para el almuerzo o comida restando con tal fin un tiempo sustancialmente menor.

2.- La sentencia recurrida (STSJ/Galicia 18-marzo-2011 -rollo 4441/2010), revocando la sentencia de instancia (SJS/A Coruña n.º 3 9-julio-2010 -autos 458/2010), da una respuesta negativa a ambas cuestiones. Se trata, conforme a los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, no modificados en suplicación, de un supuesto en el que: a) en el centro de trabajo de las empresas demandadas prestaban servicio unos 227 trabajadores de la una y unos 97 trabajadores de la otra; b) " *En el citado centro de trabajo hay un local de 85 metros cuadrados con mesas y sillas, fuente de agua fría, fregadero, 1 horno, 4 microondas, y productos de alimentación como café, bebidas frías, snacks, sándwiches o zumos. No dispone de nevera* "; c) " *Los trabajadores disponen de un horario flexible con paralización de la actividad laboral a mediodía por un tiempo máximo de dos horas* "; d) los trabajadores " *para desplazarse al centro de trabajo deben tomar un bus lanzadera de unas 20 plazas, que hace un recorrido circular de unos veinte minutos* " y " *En ocasiones, el bus no es suficiente para trasladar a todos los trabajadores que están esperando, debiendo de aguardar algunos a que regrese el autobús* "; y e) por las empresas " *se facilitan plazas de aparcamiento -hasta cuarenta- a trabajadores que comparten vehículo* " y que " *Entre el lugar donde aparcan sus vehículos particulares y el centro de trabajo, el trayecto dura unos diez minutos* ". La respuesta negativa a las dos cuestiones planteadas la fundamenta la sentencia recurrida:

a) Por una parte, considera derogados por la Constitución española los referidos Decreto y Orden ministerial, argumentando, en esencia, que " *1.-... el Decreto se dicta en plena guerra civil, con ausencia absoluta de libertades democráticas y es dictado precisamente por quien se alzó contra la legalidad vigente, y se pretende ahora que sea aplicado en un contexto de paz y vigente nuestra Constitución de 1.978 con la que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho.- 2.- Dicha norma contiene elementos que son contrarios a las previsiones constitucionales y a su desarrollo por el llamado Zbloque de constitucionalidadZ. Así, es evidente la ausencia de reconocimiento a la libertad sindical cuando el art. 4.º del Decreto hace referencia al llamado ZSindicato VerticalZ...; actualmente el derecho a la libertad sindical viene reconocido por el art. 28.1 de nuestra Constitución ...- 3.- El art. 3 del Decreto*

*habla de Zcooperación de la misma empresaZ, rezumando una actitud paternalista por parte de quien impone la norma, que resulta contrario al principio del derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, art. 37, y a la libertad de empresa , art. 38 de nuestra Constitución y a la participación de los trabajadores. Lo que también puede ser afirmado del art. 5.º, párrafo cuarto de la Orden.- 4.- El art. 6.º de la Orden establece una serie de normas no sólo antiguas sino que explicitan una discriminación expresa contra la mujer trabajadora por razón de sexo (como se ve sólo eran trabajadores los hombres), contrario asimismo al art. 14 de la vigente Constitución ...- 5.- La Orden hace una referencia explícita a la Ley de Contrato de Trabajo (obviamente se está refiriendo a la ley de 11-11-1931, de la II República) y la misma ya quedó derogada por la franquista Ley de Contrato de Trabajo de 24-2-44. De ello cabe deducir la derogación, como mínimo, de la Orden "; y*

b) Por otra parte, argumenta que, aunque las horas para el almuerzo no sean efectivas al existir una parada de dos horas para el almuerzo, no se cumple el presupuesto para que surja la obligación empresarial, razonando que " *debe cumplirse el requisito de que no se conceda al personal un plazo de dos horas para el almuerzo* ", que " *En la Sentencia de instancia, en el hecho probado tercero se recoge lo siguiente: ZLos trabajadores disponen de un horario flexible con paralización de la actividad laboral a mediodía por un tiempo máximo de dos horasZ* " y, en conclusión, que " *no compartimos la razón que expone la sentencia recurrida para estimar la demanda interpuesta de que, aunque es cierto que los trabajadores cuentan con dos horas de descanso para el almuerzo, estas dos horas no son ZefectivasZ, dado que tienen que tomar un bus lanzadera para llegar hasta las paradas de transporte público y locales de restauración más próximos, porque también hay otras circunstancias como, el hecho de que un elevado número de empleados acude a trabajar en su vehículo particular* ".

3.- En la sentencia invocada como de contraste (STSJ/Galicia 24-julio-2006 -rollo 2529/2006) por el Sindicato demandante en conflicto colectivo y ahora recurrente en casación unificadora, por el contrario, se da una respuesta positiva a ambas cuestiones. De sus hechos declarados probados se deduce que el Comité de Empresa solicitó, en su día, la habilitación de comedor de empresa en los locales del centro de trabajo, en un supuesto en el que " *la salida del puesto de trabajo del personal de fábrica se produce a las 13,15 horas* " y " *siendo la entrada a la fábrica a las 15,15 horas* ", es decir, había dos horas de parada del trabajo, pero en ese periodo intermedio resultaba que tras el cese en el trabajo, los trabajadores tenían que " *asearse y cambiarse de ropa... para posteriormente coger los autobuses puestos por la empresa, aquéllos que los puedan utilizar y que tienen su salida a las 13,25 horas* ", que " *el refuerzo de dichos autobuses a la puesta de la fábrica se produce a las 15,05 horas...*, por tanto el tiempo entre salida y regreso a la fábrica es de 1 hora y 40 minutos ", así como que " *a los largo del recorrido, la última parada se realiza a las 13,55 horas aproximadamente y en el retorno, el horario de salida de la primera para del recorrido es a las 14,35 horas. De ello se desprende que el tiempo de que disponen los trabajadores es de 40 minutos y la media de las otras paradas es de 52 minutos* ". Se argumenta, en esencia, que: a) Respecto a la vigencia de las normas cuestionadas, que las mismas continúan subsistentes aun perviviendo " *ahora dentro de un conjunto de principios generales muy distinto, conjunto en el que prima... la negociación colectiva* " y que la vigencia matizada de la referida normativa " *está sometida obviamente a la mayor virtualidad que hoy día se concede a la negociación colectiva, de manera que si en efecto en convenio colectivo o pacto entre las partes se regula la materia referida a comedores de manera diferente haya que estar a lo negociado, sea admisible el apartamiento de la normativa reglamentaria de 1938, la cual queda con calidad residual o supletoria, pero en el supuesto de autos no ha sucedido esto* "; y b) En cuanto a la obligación pretendida, interpreta que la misma debe imponerse a la empresa, puesto que " *el art. 1 del Decreto de 8 de junio de 1938 establece que toda empresa cuyo régimen de trabajo no conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo, viene obligada a habilitar un local-comedor, por lo que dado el inalterado relato histórico se ha de admitir que la sentencia que dio lugar a la demanda se ajusta a lo que dispone dicho precepto, pues como se dice en aquella resolución los trabajadores de la empresa demandada no pueden utilizar todos los días dos horas para el almuerzo o comida de mediodía* ".

4.- Como se deduce de lo expuesto y respecto a los dos puntos o extremos de contradicción planteados por el Sindicato recurrente en sus dos motivos del recurso, concurre el presupuesto o requisito de contradicción de sentencias exigido en el art. 217 de la hasta ahora vigente Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para viabilizar el recurso de casación unificadora, pues ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales las sentencias comparadas llegan a pronunciamientos distintos. Y citándose como infringidos por la sentencia recurrida los arts. 1 y 3 del Decreto de 8-junio-1938 y los arts. 1 y 4 de la Orden ministerial de 30-junio-1938, debe entrarse a resolver sobre el fondo las cuestiones planteadas.

**Segundo.-1.-** En los esenciales preceptos citados como infringidos, se dispone que: a) " *Toda empresa sujeta a un régimen de trabajo que no conceda a sus obreros un plazo de dos horas para el almuerzo, y aquéllas en que lo solicite la mitad del personal obrero vienen obligadas a habilitar, en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de este Decreto en el "Boletín Oficial", un local-comedor que les permita efectuar sus comidas a cubierto de los rigores del tiempo, y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua.- El local estará acondicionado para poder calentar las comidas* " (art. 1 Decreto de 8- junio-1938); y b) " *Toda empresa cuyo régimen de trabajo no conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo, estará obligada a habilitar, en sitio inmediato al trabajo, un local cubierto, apropiado al clima y provisto mesas, asientos y agua potable, en cantidad suficiente para la bebida, aseo personal y limpieza de utensilios.- En dicho local se dispondrá igualmente de hornillos y cualquier otro medio de uso corriente, con el combustible necesario para que el trabajador pueda calentar su comida...* " (art. 1 OM 30-junio-1938).

2.- La normativa cuestionada, -- dejando aparte su ideología, terminología y alguno de los principios en los que afirma inspirarse, propios de otras épocas e incompatibles con la normativa constitucional --, en cuanto ahora directamente nos afecta, como cabe deducir de su preámbulo, pretende que el trabajo se desarrolle en condiciones de dignidad y remediar la falta de atención que en ocasiones se dispensa a los trabajadores, resaltando que " *así sucede en la forma frecuente que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo y sin que los presida el decoro o sentido de orden que todos los actos de la vida han de tener* " y para intentar evitarlo impone la obligación, con los requisitos que establece, de habilitar en las empresas un local-comedor.

3.- Ese concreto principio vinculado a la dignidad y a las condiciones de trabajo, y con distinciones entre centros de trabajo permanentes, trabajos de emplazamiento eventual que se efectúen al aire libre o para trabajos agrícolas (art. 2 de la Orden de 30-junio-1938), tuvo también su desarrollo en la denominada Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo (Orden 9- marzo-1971 -BOE 16-03-1971) que concretó la obligación de instalar comedores en determinadas circunstancias para determinados trabajos al aire libre (en especial, arts. 45 y 47); y posteriormente en la normativa postconstitucional, como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales - LPRL (en especial, arts. 1 y 6 y disposición derogatoria única) en relación con su desarrollo efectuado a través del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En esta última norma no se rechazan los principios sustentados en la referida Ordenanza preconstitucional sobre la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, destacando que " *Buena parte de las materias reguladas en este Real Decreto, condiciones constructivas de los lugares de trabajo, iluminación, servicios higiénicos y locales de descanso, etc., han estado reguladas hasta el momento presente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada mediante Orden de 9 de marzo de 1971. Cuando se cumplen veinticinco años de su entrada en vigor, unas veces los compromisos internacionales adquiridos por España, otras la evolución del progreso técnico y de los conocimientos relativos a los lugares de trabajo, aconsejan la definitiva derogación de algunos capítulos del Título II de la Ordenanza que la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995 ha mantenido vigentes hasta ahora en lo que no se oponga a lo previsto en la misma, y su sustitución por una regulación acorde con el nuevo marco legal y con la realidad actual de las relaciones laborales, a la vez que compatible, respetuosa y rigurosa con la consecución del objetivo de la seguridad y la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo* "; así como se destaca que tales principios se inspiran y aplican, además, partiendo de que " *España ha ratificado diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que guardan relación con la seguridad y la salud en los lugares de trabajo y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. En concreto, con carácter general, el Convenio número 155 de la OIT, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, y en particular, el Convenio número 148 de la OIT, relativo al medio ambiente de trabajo, de 20 de junio de 1977, ratificado por nuestro país el 24 de noviembre de 1980* " y que " *En el mismo sentido hay que tener en cuenta que en el ámbito de la Unión Europea se han fijado, mediante las correspondientes Directivas, criterios de carácter general sobre las acciones en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo, así como criterios específicos referidos a medidas de protección contra accidentes y situaciones de riesgo. Concretamente, la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo* ". Finalmente en dicho Real Decreto (en su Anexo V) se reitera la antigua obligación de que " *En los trabajos al aire libre en los que exista un alejamiento entre el centro de trabajo y el lugar de residencia de los trabajadores, que les imposibilite para regresar cada día a la misma, dichos trabajadores dispondrán de locales adecuados destinados a dormitorios y comedores* ".

4.- La no vulneración de los principios constitucionales de las cuestionadas normas en los concretos extremos que ahora nos afectan (disposición derogatoria punto 3 Constitución), su falta de derogación expresa o tácita por otras normas infraconstitucionales posteriores (art. 2.2 Código Civil) y su no sustitución por la posible normativa de desarrollo de la LPRL, como posibilita su art. 6, ni por la negociación colectiva (art. 3 Estatuto de los Trabajadores), lo que no ha acontecido en el presente caso, obliga a entender que se mantiene su vigencia, y a declarar que la doctrina jurídicamente correcta sobre este extremo es la que se contiene en la sentencia referencial.

**Tercero.-1.-** A idéntica conclusión respecto a que la doctrina jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia referencial debe darse con relación al segundo motivo del recurso, pues de las aplicables normas referidas cabe deducir que la empresa no se exonera de su obligación de habilitar un local-comedor por el mero hecho de que exista una parada o descanso de dos horas entre la jornada de mañana y la de tarde si resulta que, a tenor de las circunstancias concurrentes (aislamiento del centro de trabajo u otras) los trabajadores no pueden emplear sustancialmente tal periodo temporal en la realización de su almuerzo o comida, puesto que tanto el Decreto ("*Toda empresa sujeta a un régimen de trabajo que no conceda a sus obreros un plazo de dos horas para el almuerzo*") como la Orden de desarrollo ("*Toda empresa cuyo régimen de trabajo no conceda al personal dos horas como mínimo para el almuerzo*"), pretenden como finalidad que el trabajador disponga de dichas dos horas como mínimo para el almuerzo o comida y que otras actividades necesarias para poder llegar a realizar tal almuerzo o comida no le resten un tiempo sustancial con tal fin.

2.- En definitiva, existe la obligación empresarial de habilitar un local-comedor si los trabajadores a pesar de la interrupción horaria de dos horas, por las circunstancias concurrentes, no disponen efectivamente de dos horas como mínimo para el almuerzo o comida restando con tal fin un tiempo sustancialmente menor; por lo que, en el presente caso, al restar los desplazamientos referidos un tiempo sustancial respecto de las dos horas que los trabajadores deben disponer como mínimo para el almuerzo, obliga a estimar también el recurso en este extremo.

**Cuarto.-** Todo lo anteriormente expuesto obliga a estimar el recurso de casación unificadora interpuesto por el sindicato recurrente, a casar y anular la sentencia impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, a desestimar el recurso de tal clase interpuesto por las empresas codemandadas, confirmado la sentencia de instancia y estimando la demanda. Sin costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el "SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 18-marzo-2011 (rollo 4441/2010) que revocaba la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de A Coruña en fecha 9-julio-2010 (autos 458/2010), en proceso de conflicto colectivo seguido a instancia del referido Sindicato contra las entidades "INDRA SISTEMAS, S.A." e "INDRA SOFTWARE LABS, S.A.". Casamos y anulamos la sentencia impugnada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por las empresas codemandadas, confirmado la sentencia de instancia y estimando la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

**Sentencia T.S.J. La Rioja 12/2012, de 24 de enero**

## RESUMEN:

Accidente de trabajo: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El accidente se originó por la inobservancia por parte de la empresa ahora recurrente de las obligaciones preventivas. La imposición del recargo en un 40% resulta ajustado y proporcional. Indefensión: Inexistencia. Presunción de certeza de las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LOGROÑO

SENTENCIA: 00012/2012

T.S.J. LA RIOJA SALA SOCIAL LOGROÑO

C/ BRETON DE LOS HERREROS 5-7 LOGROÑO

Tfno: 941 296 421

Fax:941 296 408

NIG: 26089 44 4 2010 0201297

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000002 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000343 /2010 JDO. DE LO SOCIAL n.º 002 de LOGROÑO

Recurrente/s: TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: Bernardo, INSS / TGSS

Abogado/a:, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a:,

Graduado/a Social: ,

Sent. N.º 12-2012

Rec. 2/2012

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua.:

Presidente.:

Ilma. Sra. D.ª Mercedes Oliver Albuerne.:

Ilmo. Sr. D. Guillermo Barrios Baudor.:

En Logroño, a veinticuatro de enero de dos mil doce.

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

EN NO MBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación n.º 2/2012 interpuesto por TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. asistido de la Ldo. D.ª Isabel Esteban Ponce de León contra la SENTENCIA N.º 77/11 del Juzgado de lo Social n.º DOS de La Rioja de fecha 18 DE FEBRERO DE 2011, y siendo recurrido D. Bernardo asistido del Ldo. D. Pedro M.ª Prusen de Blas, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

asistidos del Ldo. de la Administración de la Seguridad Social, ha actuado como PONENTE LA ILMA. SRA. DOÑA Mercedes Oliver Albuerne.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**--Según consta en autos, por TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número DOS de La Rioja, contra D. Bernardo, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de RECARGO DE PRESTACIONES.

**Segundo.**-- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 18 DE FEBRERO DE 2011 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS:

**Primero.**-- El día 2/04/08, cuando D. Bernardo, prestaba servicios como peón especializado, por cuenta de la empresa Tecsca Constructora SA, dedicada a la actividad de construcción, a la que el trabajador llevaba vinculado laboralmente desde el 2/11/06, en la obra de mantenimiento y trabajos de segunda intervención de las líneas de trazado de ferrocarril, cuya ejecución había sido subcontratada con su empleadora por ADIF, sufrió un accidente de trabajo, como consecuencia del cual se le originaron lesiones por las que causó baja por incapacidad temporal, y, tras el agotamiento de su plazo máximo de duración de 18 meses y acordar la demora de la calificación, por la DP del INSS se dictó resolución de 15/03/10 por la que se le declaró afecto de una incapacidad permanente absoluta con derecho al percibo de una pensión vitalicia del 100% de su base reguladora mensual de 1.396'02 €, más las correspondientes revalorizaciones y mejoras, con efectos económicos desde el 12/03/10, y ello, por presentar el siguiente cuadro residual:

Con antecedentes de prótesis en ojo izquierdo, a resultas del accidente se le ocasionó una herida penetrante corneal en ojo derecho, en el que tras la aplicación de diversos tratamientos, la agudeza visual ha quedado reducida a la percepción visual de bultos.

**Segundo.**--Como consecuencia del accidente por la Inspección de Trabajo se levantó a la empresa demandante acta de infracción proponiendo la imposición de una sanción de 8.196 €, graduada en su grado medio, por la comisión de una infracción grave tipificada en el Art. 12.16.b RD Legislativo 5/00, como consecuencia del incumplimiento de lo preceptuado en los Arts. 3 apartados 1, 2.a y b, 3, 4 y 5; 4 apartado 1; 5 apartados 1, 2 y 4, así como del Anexo I parte 1, apartado 6 y Anexo II parte 1 apartados 1 a 4, 7, 9, 13 y 17 del RD 1.215/97, en relación con los Arts. 14, 15.1.d, 15.2, 15.3, 17.1, 18 y 19 de la L 31/95, y de lo establecido en las páginas 37, 38, 82, 126 y 141 de la Evaluación inicial de riesgos laborales de agosto de 2007.

La anterior acta de infracción fue confirmada por resolución de 22/02/10, habiéndose desestimado por resolución de 16 de agosto el recurso de alzada que frente a la primera de ellas había interpuesto la empresa demandante.

**Tercero.**-- Iniciadas a instancias de la Inspección de Trabajo actuaciones administrativas en materia de recargo de prestaciones, por la DP del INSS se dictó resolución de 3/12/09 por la que se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas de seguridad en el accidente sufrido por el Sr. Bernardo el día 2/04/08, y la procedencia, en consecuencia, de que las prestaciones derivadas del mismo fueran incrementadas en un 40% con cargo exclusivamente a la empresa responsable.

**Cuarto.**--Con fecha 11/01/10 la demandante formalizó reclamación previa que fue desestimada mediante resolución expresa.

**Quinto.**-- El accidente de trabajo se produjo cuando D. Bernardo, que formaba parte de una cuadrilla integrada por otros cuatro peones especialistas, un capataz y un oficial de primera soldador, realizaban labores de mantenimiento en el tajo de la estación de Fuenmayor, concretamente la operación que ejecutaban consistía en la alineación de un desvío, pues la aguja no acoplaba y había una holgura para cuya corrección era necesario desplazarla los milímetros necesarios para que la aguja ajustase.

Para la realización de dicho trabajo el trabajador utilizaba un gato mecánico que se colocaba empleando como calzo una cuña de madera o una cinta de goma, y cuando estaba girando la manivela, la herramienta salió proyectada impactando en el ojo derecho del trabajador que no utilizaba gafas de seguridad.

**Sexto.**-- El sistema de trabajo utilizado por los trabajadores era el que se empleaba normalmente en la empresa.

**Séptimo.**--Unas horas antes de producirse el accidente al utilizar el gato mecánico se había producido también un repentino escape del mismo.

**Octavo.**--En la evaluación inicial de riesgos en la obra de referencia se contienen las siguientes previsiones:

1) Respecto a los trabajos de nivelación, alineación y perfilado de la vía, que cuando son en zonas localizadas y puntuales se realizan manualmente utilizándose entre otras herramientas manuales gatos de elevación, se contempla el riesgo de proyección de fragmentos o partículas por el golpeo con las herramientas auxiliares.

2) Como medidas preventivas frente al indicado riesgo se establecen las siguientes:

- Las herramientas manuales serán las más apropiadas por sus características, tamaño y operaciones a realizar.
- Todo trabajador tendrá instrucciones precisas sobre el uso correcto de las herramientas de forma que no se utilicen para operaciones distintas a las que están destinadas.
- Se utilizarán gafas o pantallas protectoras, cuando exista riesgo de proyección de partículas
- Se formará e informará a todos los trabajadores sobre el uso de herramientas, sus riesgos y la forma de evitarlos

3) En cuanto a los gatos de elevación y alineación de vías, se prevén las siguientes instrucciones de uso:

- El equipo solo debe ser utilizado por personal autorizado y debidamente instruido, con una formación específica adecuada.
- Siempre que se use el gato prestar especial cuidado al elegir el punto de apoyo.
- No realizar movimientos bruscos
- No sobrepasar la carga máxima admisible dada por el fabricante
- Evitar en todo momento situar la mano debajo del carril, ya que se puede producir un atrapamiento.

Como riesgos derivados de la utilización del indicado equipo de trabajo se mencionan la pisada sobre objetos, el atrapamiento por o entre objetos y golpes por objetos o herramientas, los atropellos o golpes con vehículos, así como la exposición a ruido o polvo.

4) Respecto a los gatos Robel como medidas de prevención para evitar riesgos se indican:

- Siempre poner el perrillo de sujeción a la manilla y vigilar que no falte
- Apoyarlo bien al subir y no soltar la manilla para bajarlo.

**Noveno.**-La anterior evaluación de riesgos fue revisada con ocasión del nuevo contrato de mantenimiento con ADIF para los años 2009-2010, introduciendo las siguientes modificaciones:

1) En el apartado correspondiente a herramientas manuales se señala: "El gato de nivelación y alineación de vía trabajará en la posición para la que ha sido diseñado (vertical) quedando prohibida su utilización en condiciones inseguras. Los elementos de seguridad de retención, se encontrarán en buen estado sin desgastes que comprometan la seguridad del equipo. Se debe prestar atención al posible retroceso.

DECIMO.- El manual de formación ha sido también revisado con posterioridad al accidente haciéndose mención expresa a los equipos auxiliares de vía, entre los que se cita el gato de vía, indicando expresamente que a fin de evitar riesgos de golpes se debe tener cuidado con el retroceso de la manilla para evitar golpes, durante la subida y bajada del carril. 1.- dispositivo de retención de la polea (cerrojo de bloqueo), 2.- pestillo de seguridad y 3.- rueda de trinquete.

Para la prevención del riesgo de sobreesfuerzos se indica que se ha de colocar correctamente el gato de forma que quede perfectamente estabilizado en la superficie de apoyo y colocar el cuerpo ergonómicamente en el momento de utilizar la palanca.

De igual forma se han introducido las siguientes menciones:

- La necesidad de que los trabajadores dispongan y conozcan el manual de uso e instrucciones de las máquinas y herramientas de trabajo, así como las instrucciones del fabricante

- La necesidad de comprobar inicialmente, tras su instalación y antes de su puesta en marcha aquellos equipos de trabajo y herramientas cuya seguridad dependa de sus condiciones de instalación.

**Undécimo.**-Con posterioridad a acaecer el accidente en que resultó lesionado el trabajador codemandado en la carpeta de instrucciones de trabajo que se entrega a los trabajadores en el curso de formación de 20 horas sobre "Formación de Operadores de Maquinaria Manual" se ha incluido una instrucción de trabajo para el uso correcto del gato de vía.

**Duodécimo.**-También tras el accidente, se ha establecido para los trabajos de alineación, siempre que el tipo de aguja lo permita, la utilización de una mordaza como equipo auxiliar de alineación.

**Decimotercero.**-Al Sr. Bernardo se le ha proporcionado la siguiente formación en materia preventiva:

1) 30/01/07, asistencia a un curso teórico práctico de 2 horas de duración en materia Formación inicial en materia preventiva para la obra, en la que se le entregó la siguiente documentación:

- Cartilla de seguridad de TECSA que incluye manual básico de prevención, normas de comportamiento para la prevención de accidentes, teléfonos de emergencias y manual de socorrismo

- Riesgos y su prevención en los trabajos de vía
- Riesgos y medidas preventivas, trabajos de vía
- Como conocer y proteger la espalda
- Protección de las manos en el trabajo
- Protección de los pies en el trabajo

2) Asistencia a charlas formativas sobre seguridad en la vía con una duración de 10 minutos diarios del 30/10 al 3/11/00 que versaron sobre:

- Obligatoriedad de colocar los silbates
- Piloto de seguridad, debe permanecer en la vía durante los trabajos y hay que obedecer sus órdenes
- La utilización de los EPI
- Estar atento a las circulaciones mientras se trabaja
- Los lugares donde hay que apartarse, donde dejar la maquinaria y materiales, y, por donde hay que andar en la vía
- La maquinaria ligera, su correcto uso, las protecciones y su cuidado
- La maquinaria pesada y su peligrosidad
- La herramienta, su buen uso, el trato y que debe estar recogida
- Las posturas de trabajo
- Botiquines de primeros auxilios

**Decimocuarto.**-En la planificación de la actividad preventiva para el año 08 que se contiene en el manual de gestión de la prevención confeccionado en septiembre de 07 se contempla la realización de las siguientes actividades, entre otras:

- Curso de reciclaje formación operadores de equipos manuales a realizar a lo largo de 2008, estando previsto efectuar su seguimiento en el mes de marzo
- Elaboración de instrucciones de trabajo de maquinaria ligera, a efectuar a lo largo del año por el servicio de prevención central

FALLO.- Que DESESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Ramo Herrando en nombre y representación de Tecsa Empresa Constructora SA contra INSS, TGSS y D. Bernardo debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones formalizadas en su contra."

**Tercero.**-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

**Cuarto.**-En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**-La parte recurrente solicita la anulación de la sentencia recurrida, con reposición de los Autos al momento anterior al de dictarse la Sentencia dictada por el Juzgado, y que se dicte nueva Sentencia por la que se declare la nulidad de la Resolución administrativa del INSS impugnada, dejando sin efecto el recargo de prestaciones impuesto a su representado y ordenando el archivo del procedimiento administrativo y, subsidiariamente, para el caso de no apreciarse indefensión, que se declare no haber lugar al recargo de prestaciones o, subsidiariamente, se reduzca al porcentaje del 30%; Articulando el recurso en cuatro motivos: el primero, al amparo de lo establecido en la letra a) del Art. 191 de la LPL, por vulneración del derecho a la defensa del Art. 24.2 de la CE, y del principio de seguridad jurídica del Art. 9.3, generando indefensión; el segundo

conforme a lo dispuesto en la letra b) del Art. 191 de la LPL, dirigido a la revisión fáctica de la Sentencia, en los términos que serán objeto del correspondiente análisis; y el tercero y el cuarto al amparo de lo dispuesto en la letra c) del citado precepto legal para denunciar respectivamente, el Art. 123 de la LGSS en relación a los Art. 10 y 11 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, los números 3 y 11 del Anexo IV, parte C, del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, en relación con los Art. 14, 15 y 17 de la citada ley 31/1995 y los Art. 14 y 17, y Art. 4.2.d) y 19 del ET así como del Art. 7 del citado RD, las Sentencias de los TSJ que cita, el Art. 1.101 del CC y 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; y mediante el cuarto la infracción de lo establecido en el Art. 123 de la LGSS en relación con lo dispuesto en el Art. 39,3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social.

**Segundo.**-Mediante el primero de los motivos articulado al amparo de la letra a) del Art. 191 de la LPL, con cita de los preceptos denunciados como vulnerados que se recogen en el fundamento de derecho precedente, la parte recurrente alega que la Sentencia recurrida y las resoluciones dictadas en el procedimiento de recargo de prestaciones, se basan exclusivamente en lo recogido en el Acta de Inspección que fue levantada con ocasión del accidente, la cual no justifica la existencia de los requisitos del recargo, conforme al Art. 16.2 de la OM de 18 de enero de 1996; que el Acta de infracción en que se basan las Resoluciones administrativas y la sentencia no es firme por encontrarse recurrida ante la Jurisdicción Contenciosa; la Resolución contra la que se interpuesto la demanda carece de motivación, limitándose a analizar la imprudencia del trabajador, para concluir que se trata de una imprudencia no temeraria del mismo, haciendo responsable a la empresa, sin valorar los fundamentos de la Reclamación Previa; a lo que añade que el procedimiento administrativo de recargo tiene naturaleza sancionadora por lo que debe respetar las garantías de los procesos penales, y que se le ha ocasionado indefensión, al haberse limitado el INSS a fundamentar el expediente de recargo en un Acta de infracción, no firme, sin realizar ninguna actividad de averiguación de los hechos, por lo que debe dictarse sentencia por la que se declare la nulidad de la Resolución administrativa del INSS impugnada, dejando sin efecto el recargo de prestaciones impuesto a su representado y ordenando el archivo del procedimiento administrativo.

En el presente caso, no podemos concluir que la Resolución administrativa que impone el recargo y luego la que desestima la Reclamación Previa hayan vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) del recurrente, pues de la consideración del expediente administrativo en su conjunto y de la propia Resolución se puede concluir que contiene los elementos necesarios, hechos, fundamentación jurídica y recargo impuesto en términos que no vulneran el citado derecho fundamental como acertadamente concluye la Juzgadora de instancia. La Resolución administrativa de fecha 3 de diciembre de 2009 describe la forma en que se produjo el accidente y cita correctamente el art. 123 de la LGSS concretando el incumplimiento de las concretas medidas de seguridad previstas en los Art. que se citan expresamente de la Ley de Prevención de Riesgos laborales y en el Anexo II del RD 1215/1997... (folio 180 de los autos) estableciendo por remisión tanto al Informe de la Inspección como al Dictamen del EVI la relación causa-efecto entre la omisión de medidas de seguridad y el accidente de modo que la recurrente pudo conocer cuál era la calificación jurídica de los hechos, los hechos y el resultado del expediente pudiendo articular su defensa sin menoscabo alguno de su derecho fundamental. En definitiva, la lectura de la referida Resolución y de la posterior desestimando la Reclamación previa, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión.

Por otro lado, y como se afirma por la Juzgadora de instancia en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia recurrida y se ha mantenido reiteradamente por la Sala, el recargo de prestaciones se configura en el art. 123.3 LGSS como una medida de naturaleza mixta prestacional y sancionadora (SSTS 27/03/; 14/04/07 y 26/09/07), absolutamente independiente de las posibles infracciones administrativas o de otra índole en que pueda haber incurrido la empleadora del trabajador accidentado, de suerte que puede haber ocasiones en que su patrón haya sido sancionado por haber cometido una falta en materia de prevención de riesgos laborales y por el contrario no proceda la imposición del recargo por no haber incidido dicha infracción en la causación del accidente, y podrá haber también supuestos en que el recargo resulte procedente a pesar de que el empresario no haya sido sancionado en vía administrativa, por cuanto lo que exige el Art. 123.1 L.G.S.S. es que el accidente haya estado originado por un incumplimiento en materia de seguridad e higiene en el trabajo, pero no que dicha contravención necesariamente haya dado lugar a la imposición de una sanción administrativa; En nuestro ordenamiento jurídico no existe precepto alguno que, en el aspecto puramente procedimental, establezca que la sustanciación y resolución del expediente administrativo en materia de recargo de prestaciones se subordine a que el procedimiento sancionador que eventualmente hubiera podido tramitarse como consecuencia de las infracciones patronales en materia preventiva haya sido dirimido mediante resolución firme, sino que, por el contrario el legislador, establece también procedimentalmente la independencia entre ambos tipos de procedimiento, permitiendo el Art. 27 RD 928/08 que la iniciación del expediente de recargo se produzca por la mera solicitud del propio interesado sin necesidad siquiera de que como consecuencia del accidente se hayan adoptado medidas sancionadoras ni levantado acta de infracción; Tampoco el art. 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000 establece que las actuaciones administrativas en materia sancionadora lleven aparejada la suspensión del procedimiento de recargo, pues dicho precepto se limita a disponer que los hechos probados de la sentencia firme del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo vincularán al orden social en lo que se refiere al recargo, sin regular causa de suspensión alguna del procedimiento laboral, de forma directa ni indirecta; Razones todas por las que en el presente supuesto las Resoluciones administrativas y posteriormente la Sentencia que ahora se recurre se han dictado independientemente de la carencia de firmeza del Acta de Infracción, y la Sentencia recurrida en concreto, valorando la prueba practicada conforme a lo dispuesto en el Art. 97 2 de la LPL, ello teniéndose en cuenta que como también se afirmara por esta sala en Sentencia de 12 de mayo de 2011 entre otras: "El Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social,

dispone en su art. 15 que "las actas formalizadas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo anterior estarán dotadas de presunción de certeza de los hechos y circunstancias reflejados en la misma que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social". La misma previsión se establece, en el artículo 32.1 c) del propio Reglamento con respecto a las actas de liquidación, en el artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y en el artículo 53.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

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 Tribunal Supremo ha declarado lo siguiente: 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.

A lo expuesto debemos añadir que una constante y extendida Doctrina Jurisprudencial, elaborada por los distintos Tribunales del Orden Jurisdiccional Social, ha venido declarando la nulidad de las sentencias dictadas en la instancia cuando las mismas omiten datos esenciales en los "hechos probados" que el Tribunal "ad quem" considera necesarios, a los efectos de fundamentar la sentencia de suplicación o casación. Esta misma jurisprudencia ha proclamado, con igual asiduidad, que esta nulidad se produce cuando las sentencias contienen declaraciones fácticas, oscuras, incompletas o contradictorias. También, ha sentado la necesidad de dejar constancia, en el relato histórico, de los hechos probados, con toda precisión y detalle que requiera el reflejo de la realidad, deducible de los medios de prueba aportados a los autos, con la claridad y exactitud suficientes para que el Tribunal "ad quem" -que no puede alterar aquéllos, sino mediante el cauce procesal adecuado que los recurrentes le ofrezcan- tenga, en caso de recurso, los datos imprescindibles para poder resolver, con el debido conocimiento, la cuestión controvertida.

En definitiva, esta obligación del órgano judicial de motivar el "factum" de su sentencia, actúa pues, de una parte, para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio, y, de otra, como elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993) aunque, lógicamente, esta obligación no debe ser entendida en el sentido de que coarte la libertad del Juez en la formación de su convicción o de que le imponga una extensa y prolija redacción. Basta, en términos generales, con decir que la motivación fáctica -y también, evidentemente la jurídica- ha de ser suficiente; suficiencia que, como todo concepto indeterminado, habrá de ser precisada en cada caso concreto (STC de 12 de diciembre de 1994. Como afirma la jurisprudencia (STS de 22 de enero de 1998) "La declaración de hechos probados debe ser concreta y detallada en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la Ley".

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las afirmaciones fácticas efectuadas en la fundamentación jurídica tienen innegable valor de hechos probados; circunstancia que no posibilita obviar la obligación legal establecida en las normas, doctrina y jurisprudencia antes mencionadas.

En el presente supuesto, la acción ejercitada por la empresa se deriva de la imposición de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y a este respecto, la juzgadora de instancia establece ampliamente y con detalle, aquellos hechos determinantes de una posible omisión en la aplicación de tales medidas, debiendo centrarse la controversia en el hecho de si tales incumplimientos se acreditan o no.

Por todo lo expuesto, no se aprecia la indefensión alegada por la parte recurrente, y el motivo analizado debe ser desestimado.

**Tercero.-**Mediante el segundo de los motivos, la parte recurrente solicita la modificación del hecho probado quinto de la sentencia, en el sentido de adicionar un último párrafo al mismo, resaltado en letra negrita del siguiente tenor literal:

"QUINTO.- El accidente de trabajo se produjo cuando D. Bernardo, que formaba parte de la cuadrilla integrada por otros cuatro peones especialistas, un capataz y un oficial de primer soldador, realizaban trabajos de mantenimiento en el tajo de la estación de Fuenmayor, concretamente la operación que ejecutaban consistía en la alineación de un desvío, pues la aguja no acopla y había una holgura para cuya corrección era necesario desplazarla los milímetros necesarios para que la aguja ajustase.

Para la realización de dicho trabajo el trabajador utilizaba un gato mecánico que se colocaba empleando como calzo una cuña de madera o una cinta de goma, y cuando estaba girando la manivela la herramienta salió proyectada impactando en el ojo derecho del trabajador que no utilizaba gafas de seguridad, si bien en el momento del impacto no era necesario su uso, habida cuenta que el uso de las gafas antiproyección estaba prevista como medida de protección frente al polvo o frente a salpicaduras, circunstancias que no concurrían en el momento del accidente, pero no como medida de protección contra el impacto del propio gato, pues éste se produjo por utilización inadecuada de la herramienta en contra de las instrucciones dadas por la empresa."

Apoya la modificación de este hecho probado en la prueba documental aportada por su representada como Doc. n.º 2, relativo a las instrucciones de trabajo del gato de vía, obrante en autos a los folios 330 a 331,

documento en el que se expone cuándo estaba prevista la utilización de las gafas de seguridad por el personal de la Compañía; alegando que la modificación pretendida resulta trascendente para el fallo de la Sentencia, toda vez que en la normativa de prevención relativa a la utilización del gato no estaba prevista la utilización de gafas de seguridad si no existía polvo o salpicaduras, ya que de una utilización correcta del utensilio no se preveía accidentes como el ocurrido, que en el presente supuesto se ha ocasionado como consecuencia de una utilización por parte del trabajador contraria a las instrucciones dadas por la empresa.

Y para dar respuesta y resolución al referido motivo debe tenerse en cuenta que como con reiteración ha venido recordando esta Sala, para que pueda prosperar en suplicación la revisión de los hechos declarados probados por el Juzgador de instancia, han de cumplirse los siguientes requisitos:

1) Han de concretarse los documentos o pericias en los que se base (artículo 194.3 LPL). No es, entonces, suficiente la usual remisión a la documental o pericial "en su conjunto" o a "la que obra en autos", sin especificar el concreto folio o folios en los que ésta consta. La documental ha de ser pública o privada reconocida en juicio. La pericial, en conformidad con el principio de contradicción, debe estar ratificada, salvo en el caso de dictámenes oficiales que obren dentro del mismo expediente administrativo del que forman parte (como sucede en los procesos de incapacidad permanente con los informes del Equipo de Valoración de Incapacidades).

2) No son admisibles la testifical, la confesión (incluida la ficta confessio) o la prueba indiciaria, porque contraen su eficacia a la instancia y, en concreto, a su práctica dentro del juicio oral, con la inmediación, oralidad y concentración que caracteriza a éste.

3) Tampoco la confesión o la testifical cuando aparezcan enmascaradas de documental, lo que es frecuente (declaración de una de las partes que obra en escritura pública, informe de detective privado, declaración de autoridad o funcionario público, pero respecto de hechos que no constan en los archivos que tiene a su cargo, etc.).

4) La indicación del concreto hecho que se trata de modificar o suprimir es necesaria y, en su caso, la redacción del texto alternativo que se pretende para el mismo. Esta última es exigencia no prevista específicamente en la ley, pero que facilita a la otra parte la contradicción y permite a la Sala que pueda obrar en correspondencia con lo pedido. Tal rigorismo puede salvarse, pero sólo cuando del recurso se desprende claramente lo pretendido por la parte.

5) La revisión ha de ser trascendente para el signo del fallo, es decir, ha de constituir un elemento de hecho que tenga relevancia, más o menos inmediata, para la parte dispositiva de la sentencia. Es contrario a la economía procesal la constancia de datos que ninguna relación guardan con el objeto litigioso o que tan sólo guardan una relación lejana.

6) La prueba ha de ser fehaciente, es decir, debe reflejar la verdad por sí sola, y con ello el error del Juzgador, sin otras consideraciones colaterales, hipótesis o conjeturas, porque, si éstas se admitieran, la Sala se encontraría suplantando al Juez de lo Social en la valoración de la prueba, como si de un nuevo juicio se tratara (una mera apelación) y no resolviendo un recurso que tiene naturaleza extraordinaria. En este sentido, no son admisibles tampoco los motivos de recurso basados en deducciones u operaciones matemáticas de cierta complejidad.

7) Puede solicitarse la revisión de cuanto tenga contenido fáctico y obre, sin embargo, de forma indebida en los Fundamentos de Derecho de la sentencia del Juez de lo Social. Al contrario, los conceptos jurídicos o predeterminantes del fallo se tendrán por no puestos, y de ser solicitada su constancia, serán rechazados por la Sala.

8) Siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, que haya permitido la valoración judicial, resulta inadmisibles la llamada prueba negativa, es decir, la revisión fundada en la simple alegación de la carencia de pruebas referidas al hecho de que se trate.

9) Los errores materiales o aritméticos pueden ser subsanados a través del recurso de aclaración, sin acudir a la vía de la suplicación más que cuando aquél fuese desestimado.

10) Puede solicitarse la constancia de los hechos sobre los que las partes mantuvieran verdadera y estricta conformidad, sin necesidad de que estuvieran avalados por prueba documental o pericial alguna."

Doctrina que debe añadirse a la expuesta en el fundamento precedente en relación a la presunción de certeza de que gozan las actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que 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; de modo que 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.

Desde la óptica de la Doctrina Jurisprudencial trascrita, el motivo no puede prosperar, en primer lugar, porque consta en el relato fáctico de la sentencia y en concreto en el hecho probado octavo de la misma junto a otros extremos relevantes, cuya supresión no ha sido interesada, el relativo a cuando se utilizaran gafas o pantallas

protectoras, dado que el documento en el que la parte apoya su pretensión revisora ha sido valorado por la Juzgadora junto al resto de la prueba practicada como se deduce del fundamento de derecho primero de la Sentencia, sin que se constate error alguno en dicha valoración realizada conforme a las reglas establecidas en el Art. 97.2 de la LPL; y en segundo lugar porque con la redacción resultante de la adición se pretende la introducción de una valoración jurídica predeterminante del fallo.

**Cuarto.-** Mediante el tercero de los motivos la parte recurrente como ya quedara expuesto en el primero de los fundamentos de derecho de la presente resolución denuncia la infracción de lo establecido en el artículo 123 LGSS, en relación con los artículos 10 y 11 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con los números 3 y 11 del Anexo IV, parte C, 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, en relación con los artículos 14, 15 y 17 de la citada Ley 31/1995 y los artículos 4.2.d) y 19 del ET, así como del artículo 7 del citado RD 1627/1997, en relación con los artículos 14 y 17 de la también citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como en relación con la STSJ que cita, y la indebida aplicación del artículo 1.101 del Código Civil y 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; alegando al respecto, que en el supuesto enjuiciado no puede establecerse un nexo causal entre la presunta infracción de riesgos laborales por parte de la empresa y el resultado dañoso producido, porque nada pudo hacer la empresa por evitar el accidente y su resultado, puesto que no ha quedado acreditado lo que refleja el acta de infracción no firme en cuanto a que la empresa no tuviese establecidas las medidas de prevención necesarias para utilizar el gato, ni que no hubiera comunicado al trabajador los riesgos inherentes, habiendo recibido toda la formación e información necesarias, a lo que añade que el trabajador no guardó la diligencia debida; y que la herramienta se disparó de modo fortuito, o por un defecto en el calzado de la misma, responsabilidad imputable al trabajador, lo que rompe el nexo causal entre el incumplimiento empresarial y el daño.

Antes de entrar en el análisis del contenido de este motivo del recurso, debe recordarse que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo 2002, las sentencias de los TSJ no son "eficaces para acreditar una infracción de la jurisprudencia que, por expresa prescripción del artículo 1.6 del CC sólo establece el Tribunal Supremo". De este modo, las referencias que se contienen en el motivo, relativas a resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, no pueden servir de base a las alegaciones efectuadas sobre una posible infracción de la doctrina jurisprudencial.

Sentado lo que antecede es conveniente efectuar una serie de consideraciones recogidas por esta Sala en pronunciamientos anteriores. En estas se recuerda que, siguiendo una amplia tradición legislativa en nuestro ordenamiento jurídico sobre accidentes de trabajo (- art. 5 de la primera Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, Art. 65 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922, por el que se aprobó el Reglamento Provisional de la Ley de Accidentes de Trabajo del mismo año, Art. 27 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, Art. 55 del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de la misma fecha que el anterior, y Art. 93.1 del Texto Refundido de la LGSS aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo-), el Art. 123 del vigente Texto Refundido, aprobado por R.D Legislativo 1/1994, de 20 de junio, dispone:

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Cierto es que el análisis de la naturaleza jurídica de esta peculiar institución del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, en la que confluyen características propias de la sanción administrativa con las de la indemnización, ha dado lugar a numerosas discrepancias en la doctrina tanto jurisprudencial como científica, si bien parece que, actualmente, el criterio predominante es el que la identifica con una medida sancionadora que, por tanto, ha de ser interpretada restrictivamente.

Ha de señalarse, por otra parte, que el artículo 123.1 de la LGSS establece, para la procedencia del recargo, como ha recordado casi unánime jurisprudencia (sirva de ejemplo la Sentencia del TS de 6 de mayo de 1998), la necesidad de que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, y que esa conexión puede romperse según la doctrina de la propia Sala cuando la infracción es imputable al propio interesado (Sentencias de 20 de marzo de 1985 y 21 de abril de 1988)".

Así pues, el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, impuesto en el Art. 123 del TR de la LGSS, cuando deriva de la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, causantes del accidente, exige, según reiterada jurisprudencia, la existencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o la integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos, o

lugares de trabajo, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de manera imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición.

La omisión, puede afectar a las medidas generales o particulares de Seguridad exigibles en la actividad laboral, por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o en la salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de la Seguridad Social de un derecho básico en el contenido de la relación laboral, recogido en los art. 4.2 y 19 del ET, y que con carácter general y como positivación del principio de derecho "alterum non laedere" (elevado a rango constitucional por el Art.15 del Texto Fundamental y que en términos de gran amplitud consagra el CC), debe entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el art. 7 de la Ordenanza de nueve de marzo de 1971, ha de valorarse con criterio de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el Art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional de Trabajo de veintidós de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, en cuanto impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores.

Ahora bien, el recargo de prestaciones no se aplica automáticamente en el momento de producirse un accidente de trabajo, o de sufrir una enfermedad profesional, debiendo existir la trasgresión de una norma preventiva para imponer el mencionado recargo

Como han expuesto autores tales como Antonio Vicente Sempere Navarro y Rodrigo Martín Jiménez en su obra "El recargo de prestaciones" (Cuadernos Aranzadi núm. 7) una cuestión polémica, a los efectos aquí pretendidos, es la que se refiere si las prescripciones inobservadas por la empresa para que entre en juego el recargo sobre las prestaciones, han de ser o no concretas y determinadas, existiendo, al respecto, dos interpretaciones diferentes: la primera, de carácter estricto o restrictivo, proclama la insuficiencia de cualquier incumplimiento empresarial para dar lugar al recargo, requiriendo que el empresario hubiera vulnerado o incumplido una medida de seguridad general o particular prevista en la norma. Por contra, la segunda interpretación, de carácter amplio, entiende la expresión "medidas de seguridad", no ciñéndose, exclusivamente, a las expresas y particulares previsiones normativas, pues, según esta corriente, debe tenerse en cuenta que al empresario le corresponde adoptar cuantas medidas sean necesarias para la debida prevención de los riesgos y que tal deber general no siempre reclama la presencia de una medida específica prevista o impuesta.

La tesis amplia parece ir imponiéndose al acomodarse mejor con un ordenamiento que consagra un genérico deber patronal de seguridad en favor de los trabajadores que desea hacerlo efectivo; pero, en todo caso, se requiere una conducta previa de la empresa, mediante la cual se omitan ciertas obligaciones heterónomas o convencionales.

En definitiva, y como resumen de lo expuesto, debe entenderse que el empresario tiene contraída con sus trabajadores, una deuda de seguridad por el solo hecho de que éstos presten sus servicios bajo su ámbito organizativo, al tener que dispensarles una protección eficaz en la materia, a fin de que se haga efectivo el derecho que, al respecto, les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, derivado del que tienen al conservar su integridad física, obligación que le exige adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia, de la debida prevención de los riesgos, que pueden afectar a la vida, a la integridad y a la salud de los trabajadores.

Entre las medidas adoptadas por nuestro ordenamiento, para intentar garantizar dicha deuda de seguridad, se encuentra la prevista en el Art. 123.1 de la LGSS que requiere, como hemos expuesto, para que opere, la existencia de una adecuada relación causal entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o la integridad física del trabajador y la conducta del empleador, para lo cual, es preciso un elemento de voluntariedad, a título de dolo, culpa, o al menos, negligencia, del llamado incumplimiento del deber de seguridad o deuda de seguridad a la que hemos hecho antes referencia. En definitiva, el recargo por falta de medidas de seguridad, exige que se produzca una conducta negligente o inadecuada empresarial, una falta de los cuidados precisos, la falta de adopción de las medidas evitadoras del riesgo y el nexo causal entre las mismas y el resultado lesivo.

Asimismo, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su Art. 17.1 establece que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores.

Del juego de este precepto en relación al 14 y 15 del mismo texto legal se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Habiendo declarado reiterada Jurisprudencia de unificación que el empresario no cumple solo con la dotación del equipo sino que también ha de velar porque se utilice y se haga de forma correcta: la deuda de seguridad no se agota con dar a los trabajadores los medios normales de protección sino que el empresario viene además obligado a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones, que deben tender no solo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea el servicio encomendado, sino además la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales, pudiendo impedir, si fuera necesario, la actividad laboral de quienes incumplan el debido uso de aquellos (Sentencias del Tribunal Supremo 28.2.1995, 27.5.1996, 18.2.1997 y 8.10.2001 entre muchas otras).

Aplicada la Doctrina jurisprudencial hasta ahora expuesta, al inmodificado relato de hechos probados y afirmaciones fácticas que con idéntico valor se contienen en la Sentencia recurrida, esta Sala comparte y muestra su conformidad plena con los razonamientos establecidos por la Juzgadora de instancia en el apartado C) del fundamento de derecho quinto de la Sentencia a cuyo contenido integro nos remitimos, debiendo resaltarse no obstante que el accidente de trabajo en el que el Sr. Bernardo resultó accidentado se produjo, cuando junto con un equipo de trabajadores en el que había un capataz, estaba realizando trabajos de mantenimiento de vía en la estación de Fuenmayor, procediendo a la alineación de un desvío para lo que usaba un gato mecánico que había sido colocado usando como calzo una goma o una cuña de madera, como se venía haciendo habitual y normalmente en la empresa desde los años 70, tal y como indicó a la inspectora de trabajo el Sr. Ezequiel, y, al no haber quedado correctamente fijada su estabilidad, cuando el trabajador lo manejaba girando la manivela, el indicado equipo de trabajo salió repentinamente proyectado impactando en el ojo derecho del operario que no utilizaba gafas de protección; habiendo quedado probado asimismo, que la única formación en materia preventiva que había recibido el trabajador era la que se señala en el hecho probado decimotercero, sin que al mismo se le hubiera proporcionado formación ni información sobre el manejo de la indicada herramienta manual en condiciones de seguridad conforme a las indicaciones del fabricante y a las propias previsiones contenidas al respecto en la evaluación de riesgos de la obra, tal y como se desprende del hecho de que su actuación se realizara en presencia del capataz que ese mismo día había presenciado un incidente de similares características, sin que conste que a pesar de ello hubiera advertido a los trabajadores acerca de que la forma en que procedían a la estabilización y sujeción del equipo de trabajo fuera inidónea o insegura, así como de la circunstancia de que ese fuera el sistema de trabajo utilizado históricamente en la empresa, y de las propias medidas correctoras aplicadas por la empresa tras la producción del accidente, revisando el plan de seguridad y el manual de formación e incluyendo en el material formativo que se entrega en el curso de formación de operadores de maquinaria manual la instrucción de trabajo para el uso del gato de vía confeccionada en febrero de 2008, actividad de formación la mencionada que, a pesar de que estaba prevista en la planificación de la actividad preventiva para el año 2008, con anterioridad al accidente no había sido impartida al Sr. Bernardo, que recibió el último curso de formación en enero de 2007; descartándose que por parte del trabajador accidentado mediara cualquier tipo de imprudencia profesional y mucho menos aún temeraria que hubiera influido decisivamente en la producción del accidente, pues siendo cierto que la causa del mismo fue que no había quedado asegurada la estabilidad del equipo de trabajo, no lo es menos, que el trabajador actuó en la forma en que siempre había actuado utilizando el método de trabajo usual y habitual en la empresa en presencia de su capataz, no siéndole por ello imputable ninguna negligencia o incumplimiento de medidas de seguridad.

De todo ello se deduce, que el accidente se originó por la inobservancia por parte de la empresa ahora recurrente de las obligaciones preventivas que imponen los Art. 3 apartado 4, 5 apartados 1, 2 y 4, y los Anexos I parte primera apartado 6 y II parte primera apartados 1 a 3, 9, 13 y 17 del RD 1215/97, habida cuenta que el Sr. Bernardo no había recibido instrucciones ni se le había proporcionado formación para el manejo del equipo de trabajo en condiciones de seguridad ni dotado de equipos de protección individual frente al riesgo de proyección que ese incorrecto método de trabajo entrañaba; por lo que debe concluirse que en el supuesto enjuiciado concurre la necesaria relación de causalidad entre las medidas omitidas y el accidente y resultado lesivo sufrido por el trabajador Sr. Bernardo; sin que en consecuencia en la sentencia recurrida se haya producido la infracción de normas denunciadas por al parte recurrente, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**Quinto.-**Mediante el cuarto de los motivos, y con carácter subsidiario, la parte recurrente denuncia la vulneración del Art. 123 de la LGSS en relación con lo dispuesto en el Art. 39.3 de la Ley sobre Infracciones del Orden Social, alegando que procede la minoración del recargo del 40 al 30%, ponderándose que la calificación de la sanción propuesta es de grave en su grado medio y no en su grado máximo.

Conforme al art. 39 de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, la sanción por incumplimiento empresarial tiene distintos grados: mínimo, medio y máximo, correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves, graduación que se efectúan en atención a determinadas circunstancias previstas asimismo en el apartado 3 del referido artículo. En el presente caso, la infracción se ha calificado como grave 12.16.b) (incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de: b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos) graduándose la sanción en su grado medio; habiendo sido varios los incumplimientos preventivos apreciados como ha quedado expuesto, remitiéndonos asimismo al contenido del apartado B) del fundamento de derecho sexto de la Sentencia recurrida para evitar reiteraciones, por lo que la imposición del recargo en un 40% resulta ajustado, y proporcional, criterio jurisprudencial; razones todas que fundamentan la desestimación del motivo, y del recurso de suplicación examinado y la confirmación de la Sentencia recurrida.

**Sexto.-**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 a los letrados impugnantes de su

recurso respectivamente la cantidad de 600 € en concepto de honorarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 202.1 y 4, y 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Vistos los preceptos legales de pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que DESESTIMANDO el Recurso de Suplicación interpuesto por la letrada Sra. Esteban Ponce de León en representación de TECSA EMPRESA CONSTRUCTORA SA, contra la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de la Rioja en Autos 343/2010, seguidos por dicha parte contra D. Bernardo representado por el Letrado Sr. Prusen de Blas, y frente al INSS y la TGSS, representados por la Letrada Sra. Amelivia García en materia de Recargo de Prestaciones debemos CONFIRMARLA.

Con condena a la parte recurrente a abonar respectivamente la cantidad de 600 €, en concepto de honorarios, a los Letrados impugnantes de su recurso.

Disponiéndose la pérdida del depósito y de la consignación constituidos para recurrir a los que se dará el destino legal cuando la presente resolución sea firme.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la cuenta que esta Sala tiene abierta con el n.º 2268-0000-66-0002-12 del BANESTO, Código de entidad 0030 y Código de oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos E./