



Roj: **STSJ CANT 649/2023 - ECLI:ES:TSJCANT:2023:649**

Id Cendoj: **39075340012023100457**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2023**

Nº de Recurso: **368/2023**

Nº de Resolución: **463/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ELENA PEREZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Santander, núm. 6, 16-12-2022 (proc. 628/2021) ,
STSJ CANT 649/2023**

SENTENCIA nº 000463/2023

En Santander, a 16 de junio del 2023.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. Don Rubén López-Tamés Iglesias

MAGISTRADAS

Ilma. Sra. D.ª María Jesús Fernández García

Ilma. Sra. D.ª Elena Pérez Pérez (ponente)

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por las/os Ilmas/os. Sras/res. citadas/os al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En los recursos de suplicación interpuestos por la empresa Ilunion CEE Outsourcing SAU y por la Consejería de Empleo y Políticas Sociales contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 6 de Santander en el procedimiento número 628/21, ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña Elena Pérez Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Según consta en autos se presentó demanda por Ilunion CEE Outsourcing SAU, representada y asistida por el letrado Don Alberto Ebrat Fernández contra la sentencia dictada por el Juzgado, siendo demandada la Consejería de Empleo y Políticas Sociales, representada y asistida por el letrado de la Comunidad Autónoma de Cantabria sobre impugnación de sanción en materia de prevención de riesgos laborales y, en su día, se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 16 de diciembre de 2022 (procedimiento número 628/21), en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO. - Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Con fecha de 4 de junio de 2019, por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Cantabria se levantó acta de infracción nº I392019000033194, por la que se propuso la imposición a la empresa demandante, ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U, de una sanción por importe de 80.970 €, por la comisión de dos infracciones previstas en los artículos 12.1 b) y 12.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones den el orden social.



El acta de infracción consta en las actuaciones y se da por reproducida.

2º.- Incoado procedimiento administrativo sancionador nº 170/2019, tras las alegaciones de la empresa demandante, la ratificación del Inspector actuante y el informe de la Instructor del expediente; con fecha de 12 de noviembre de 2019, por el Director General de Trabajo se dictó resolución que confirmó parcialmente el acta de infracción nº 33194/19-SH, imponiendo a la empresa demandante la sanción de 40.980 €.

3º.- Interpuesto recurso de alzada por la empresa demandante contra la referida resolución, por el Consejero de Economía, Hacienda y Empleo se dictó resolución de fecha 10 de mayo de 2021, por la que se desestimó el recurso de alzada formulado.

El expediente administrativo consta en las actuaciones y se da por reproducido.

4º.- La empresa MAFLOW SPAIN AUTOMOTIVE S.L tiene como actividad principal la fabricación y ensamblaje de tuberías de aire acondicionado, mangueras para sistemas de dirección asistida y la distribución de productos líquidos, con destino a la automoción.

En el centro de trabajo de la empresa MAFLOW SPAIN AUTOMOTIVE S.L prestan servicios, además de los trabajadores de dicha empresa, trabajadores de la empresa ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U., con un promedio de 42 trabajadores, al haberse constituido con fecha de 1 de marzo de 2016 un enclave laboral como Centro Especial de Empleo entre ambas empresas. Los trabajadores de la empresa ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U. deben tener una discapacidad superior al 33%.

Los trabajadores de ILUNION prestan sus servicios en cuatro puestos de trabajo, denominados FUNDAS, CRIPAS, SOLDADURA y LEF, con rotación de tres turnos, de lunes a viernes; en situación de bipedestación durante toda la jornada laboral y utilizan los equipos de protección individual prescritos.

5º.- Con fecha de 11 de febrero del 2020, por el Juzgado lo Social nº 2 de Santander, en los autos nº 356/2019, se dictó sentencia firme, que ha estimado las demandas de las empresas ILUNION CEE OTUSOURCING S.A.U y MAFLOW SPAIN AUTOMOTIVE S.L, de impugnación de la resolución sancionadora de la Administración demandada, de fecha 8 de octubre de 2108, por la comisión de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales calificada como falta grave en grado medio del artículo 12.7 de la LISOS así como Anexo I del RD 39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Dicha resolución consta en las actuaciones y se da por reproducida.

6º.- En la zona denominada LEF se lleva a cabo la aplicación mecanizada de un polímero denominado LEF, en racones de aluminio, que precisa la presencia de los trabajadores en las secuencias de aplicación.

La composición cuantitativa del polímero es un secreto industrial, siendo sus componentes el polímero Thixon 422, Savinyl Negro RLSN (colorante) y Metil Etil Cetona (disolvente). Los componentes del polímero Thixon 422 son etanol, xileno, metiletilcetona, butan-1-ol, etilbenceno, productos de reacción oligomérica de formaldehído con feno, acetato de etilo, metanol, glicidoxipropiltrimetoxilano, fenol y tolueno.

Consta en las actuaciones y se da por reproducida la evaluación de riesgos laborales para el operario de aplicación LEF realizada por la empresa demandada, de fecha 12 de junio de 2018, referida a trabajadores especialmente sensibles, que incluye a los trabajadores discapacitados. En dicha evaluación, dentro de los productos químicos utilizados para el desarrollo del trabajo, se incluye: "Polímero LEF y Butanona-etilmetilcetona", identificándose como riesgo: "Inhalación, contacto o ingestión de sustancias nocivas (Productos químicos utilizados en el proceso)". Se señala los EPIs correspondientes, y respecto de los riesgos de la actividad relacionados con el trabajador discapacitado se dispone: "Conforme a lo dispuesto por la INSST-02 de Colectivos Especialmente Sensibles, el trabajador realizará reconocimiento médico inicial obligatorio por su condición de trabajador discapacitado. En función de su resultado y teniendo en cuenta también los resultados de esta evaluación, si fuese necesario ante la situación concreta que afecte a dicha discapacidad, se procederá a la adaptación de su puesto de trabajo según lo dispuesto en la INSS-02 de Colectivos Especialmente Sensibles".

Consta en las actuaciones y se dan por reproducidos los reconocimientos médicos del artículo 22 de la Ley 31/95, tipo T.E.S para valorar su capacidad laboral (criterio médico) para el puesto de trabajo OPERARIO MAFLOW/APLICACIÓN LEF, que incluye los protocolos: ASMA LABORAL, CARGAS, DERMATOSIS, MOV. REPETIDOS MIEMBRO SUP, NEUROTÓXICOS (en algunos informes), POSTURAS FORZADAS, RUIDO, NOCTURNIDAD; los informes de adaptación de puesto de trabajo de trabajador especialmente sensible (TES), aportados por la empresa demandante.

7º.- Con fecha de 30 de junio de 2017 el Servicio Prevención Ajeno para la empresa ILUNION CEE OTUSOURCING, FREMAP, realizó un informe de higiene industrial, evaluación de exposición a agentes químicos, que arrojó el siguiente resultado:

- "En caso de estar presente, el acetato de etilo, alcohol n-butílico, alcohol metílico y fenol estarán en cantidades inferiores al límite de cuantificación, es decir, 0,007, 0,017, 0,013 y 0,01 mg/muestra, respectivamente. Los cálculos se realizan como resultado de dichos límites de cuantificación.

- En caso de estar presente, el etanol, fenol, butanol y xileno estarán en cantidades inferiores al límite de cuantificación, es decir, 0,006, 0,01, 0,017 y 0,009 mg/muestra, respectivamente. Los cálculos se realizan como resultado de dichos límites de cuantificación".

8º.- Consta en las actuaciones y se da por reproducido el informe de higiene industrial realizado por QUIRÓN PREVENCIÓN, de fecha 17 de mayo de 2018.

9º.- Se ha agotado la vía administrativa previa.

TERCERO. - En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la empresa ILUNION CEE OTUSOURCING contra la CONSEJERÍA DE EMPLEO y POLÍTICAS SOCIALES DEL GOBIERNO DE CANTABRIA, y en consecuencia, debo revocar y revoco parcialmente la resolución de fecha de 12 de noviembre de 2019, dictada por el Director General de Trabajo, fijando en 10.000 la sanción impuesta a la empresa demandante, por la comisión de la falta prevista en el artículo 12. 1. b) de la LISOS, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales a ello inherentes".

CUARTO .- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación ambas partes siendo impugnado por las mismas respectivamente, pasándose los autos a la Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda formulada por la empresa, ILUNION CEE OTUSOURCING, contra la Consejería de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria y revoca parcialmente la resolución de fecha 12 de noviembre de 2019, dictada por el Director General de Trabajo, fijando en 10.000 euros la sanción impuesta a la empresa demandante por la comisión de la falta prevista en el artículo 12. 1. b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social -en adelante LISOS-.

Frente a este pronunciamiento se alza tanto la parte actora como la demandada.

En el escrito de recurso de la parte actora se alegan dos motivos en los que, con adecuado amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -en adelante, LRSJ-, denuncia la infracción de los artículos 14.2, 16.2 y 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales -en adelante, LPRL- y por infracción del artículo 3 del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, así como la vulneración del artículo 39.3 LISOS.

Por su parte, en el recurso interpuesto por la Consejería de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria se oponen dos motivos, correctamente amparados en el apartado c) del mismo artículo 193 LRJS. En ellos se denuncia la vulneración de los artículos 222 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil -en adelante, LEC-, en relación a los artículos 5.2 y 12.7 LISOS y al artículo 25 LPRL, así como del 39.3 LISOS.

Ambos recursos han sido impugnados de contrario.

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción jurídica de la Consejería de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria. Vulneración de los artículos 222 LEC , 5.2 y 12.7 LISOS y 25 LPRL .

1.- En el primer motivo de recurso, la parte demandada se opone a la apreciación de la excepción de cosa juzgada respecto a la segunda infracción tipificada y sancionada en el acta por la vía del artículo 12.7 LISOS.

En términos generales, se sostiene que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, de fecha 11 de febrero de 2020, resolvió la impugnación de la sanción de 10.000 euros impuesta solidariamente a las empresas ILUNION CEE OTUSOURCING, S.A.U y MAFLOW SPAIN AUTOMOTIVE, S.L, por la resolución de la Dirección General de Trabajo de 8 de octubre de 2018. La infracción que se sancionó entonces también se calificó por la vía del artículo 12.7 LISOS, pero partiendo de una fundamentación diferente. De este modo, a su juicio, en el presente procedimiento lo que se sanciona es no haber realizado la correcta evaluación de riesgos para la seguridad y salud de trabajadores sensibles que deben ser objeto de especial evaluación por su discapacidad, tanto por el riesgo de agentes químicos peligrosos presentes en el lugar de trabajo, como por los riesgos derivados de la situación concreta de discapacidad. Por ello, se entendían vulnerados los artículos 14.2, 25.1, 16.2 y 24.2 LPRL, en relación con el artículo 9.1 del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, sobre

centros especiales de empleo como enclave laboral, el artículo 6.1.a) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero y el artículo 3 del RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

Por su parte, en el acta que dio lugar al referido pronunciamiento del Juzgado de lo Social núm. 2, el comportamiento antijurídico consistió en que varios trabajadores de la empresa ILUNION CEE OUTSOURCING S.A.U, que ocupaban los puestos de la zona LEF en el centro de trabajo de la empresa MAFLOW SPAIN AUTOMOTIVE, S.L, estaban expuestos a sustancias causantes de toxicidad aguda de categoría 3, por lo que se entendía vulnerado lo establecido en el artículo 9.2 del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad y el artículo 25.1 LPRL.

2.- El examen de la cuestión planteada ha de partir de la regulación del artículo 222 LEC. El referido artículo, en su párrafo primero, regula el denominado efecto negativo de la cosa juzgada, estableciendo que: "1.- La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

Los apartados segundo y tercero disponen: "2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen. 3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado".

Por último, el apartado cuarto regula el efecto positivo de la cosa juzgada del modo siguiente: "4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

Como recuerda la STS de 9 de diciembre de 2010 el precepto regula los dos efectos de la cosa juzgada material, distinguiendo el efecto negativo, al que alude el apartado primero y el efecto positivo, al que se refiere el apartado cuarto.

El efecto negativo o preclusivo impide la existencia de un proceso ulterior y requiere para su apreciación que ambos procesos tengan idéntico objeto. En coherencia con ello el artículo 421.1 LEC dispone que "cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento".

La identidad de objetos a la que se refiere el art. 222.1 LEC viene constituida por "las pretensiones de la demanda y de la reconvención" y la identidad subjetiva, con carácter general, alcanza a "las partes del proceso en que se dicte [la sentencia firme] y a sus herederos y causahabientes..." [STS de 24-1-2005 (Rec. 5204/03)].

Se trata de una concepción amplia de la cosa juzgada, en la línea de la doctrina de la STS de 29 de mayo de 1995, como recoge la STS de 20 de octubre de 2004 (Rec. 4058/2003) -todas ellas referidas en las SSTs de 9 de diciembre de 2010 y 26 de diciembre de 2013- que ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades exigidas para apreciar el efecto preclusivo de la cosa juzgada.

Por su parte, el efecto positivo no excluye un ulterior proceso. Pero cuando el previo aparezca como antecedente lógico del ulterior, el Tribunal quedará vinculado por lo resuelto en el primero por sentencia firme.

El efecto positivo exige que exista identidad entre los litigantes o que así venga dispuesto por una norma que expresamente lo establezca. En coherencia con ello el párrafo segundo del apartado primero del artículo 421 LEC dispone que: "Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior".

Por tanto, la identidad de sujetos y la conexión entre los pronunciamientos, debe interpretarse en el sentido de entender que no es necesaria una completa identidad [SSTs de 23-10-1995 (Rec. 627/1995 y 27-5-2003 (Rec. 543/2002)], "sino que para el efecto positivo es suficiente, como ha destacado la doctrina científica, que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso

como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona vinculándolo a lo ya fallado". Es decir, "no es necesario que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que, aunque en alguno de ellos no concurra la más perfecta igualdad, es bastante con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial que ha de dictarse en el nuevo juicio. Esto no significa que lo resuelto en pleito anterior sea inmodificable indefinidamente pues, si cambian las circunstancias, no opera la presunción legal pero, en caso de no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada" [STS de 29-5-1995 (Rec. 2820/94)].

En el mismo sentido se pronuncia la STS 19 octubre 2021 (Rec. 2077/2020), que establece que: "*Con la nueva normativa hemos venido declarando que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio pues no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria (STS de 9 de diciembre de 2010, Rec. 46/2009). A diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado". (...) " con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes..."*

3.- En el presente caso, lo cierto es que tal como adecuadamente resuelve la sentencia de instancia, existe absoluta identidad entre los objetos de ambos procedimientos y una parcial identidad subjetiva. De este modo, no es posible entender que estemos ante objetos diferentes, pues tal como se recoge en la previa SJS núm. 2 de Santander, de fecha 11-2-2020 (proc. 356/2019), el acta de infracción de 8-10-2018 imponía una sanción de 10.000 euros por la comisión de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, tipificada en el artículo 12.7 LISOS, así como en el Anexo I del RD 39/1997. Se trataba, básicamente, de que las personas trabajadoras con discapacidad que forman parte del enclave laboral constituido por la empresa, ILUNION, en la empresa, FAFLOW, han entrado en contacto con productos incluidos en el Anexo I del RD 39/1997, en concreto, el producto en cuestión era el THIXON 422.

Por su parte, en el presente procedimiento se impugna la sanción impuesta igualmente por la vía del artículo 12.7 LISOS. Lo que sanciona es el incumplimiento observado de ocupación de trabajadores con discapacidad en el "enclave laboral" con exposición a sustancias que componen el preparado Thixon 422 en el puesto de trabajo de aplicación LEF, entre las que se encuentra el metanol o alcohol metílico y fenol o ácido carbónico.

A la luz de los datos expuestos, es evidente la clara identidad objetiva que determina la apreciación de la excepción de cosa juzgada. Frente a ello, no resultan oponibles las alegaciones relativas a la diferente fundamentación, pues lo que se exige para la aplicación de la cosa juzgada es que la igualdad del objeto, lo que no puede identificarse con la similitud de los razonamientos jurídicos. Además, hay que matizar que, aunque es cierto que la segunda sanción parte de que la conducta infractora vulnera lo dispuesto en los artículos 25.2, 14 y 15 LPRL, así como el artículo 9.2 RD 2090/2004, de 20 de febrero, sobre los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, pero este último precepto remite a lo dispuesto en el Anexo I del RD 39/1997, de 17 de enero, por lo que tampoco, desde esta perspectiva, podría considerarse que nos encontramos ante hechos y pretensiones diferentes.

No obstante, es necesario precisar que el efecto positivo de la cosa juzgada requiere la identidad de sujetos y una conexión entre los pronunciamientos, sin que sea necesaria una completa identidad de objetos, ya que ello excluiría el segundo proceso. Esto es, basta con que lo resuelto en el primer proceso actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado. Por estas razones, tal como apuntamos antes, no es preciso que la identidad se produzca respecto de todos los componentes de los dos procesos, sino que el referido efecto vinculante se produce, aunque en alguno de ellos no concurra tal igualdad, siendo así suficiente con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionante y prejudicial.

Además, hemos de indicar que lo resuelto en pleito anterior no va a ser inmodificable indefinidamente, pues es posible que pueda producirse un cambio de circunstancias. Pero si lo que ocurre es que no constan hechos o datos nuevos, al no producirse esta alteración, se produce la eficacia material de la cosa juzgada. Esto es lo

que ocurre en el presente caso en donde, expresamente, se declara en el fundamento de derecho primero, con indudable valor fáctico, que no constan "nuevos datos en cuanto a la variación del preparado LEF, puesto que, los informes señalados en el acta de infracción de 4 de junio de 2019 fueron los considerados por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santander, el informe del INSTITUTO CÁNTABRO DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (ICASST), de fecha 12 de septiembre de 2018, y el informe de FREMAP SETGURIDA Y SALUD, de fecha 30 de junio de 2018", lo que permite que se despliegue el efecto positivo de la cosa juzgada.

En definitiva, el motivo de recurso no puede ser acogido.

TERCERO.- Primer motivo de infracción jurídica del recurso de la empresa. Vulneración de los artículos 14.2 , 16.2 y 25.1 LPRL y 3 del Real Decreto 374/2001 .

1.- En términos generales, alega que no se ha incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales alegada por la administración, ya que consta la realización por la empresa, MAFLOW, de un informe de higiene industrial, por el Servicio de Prevención Ajeno PREMAP, el 30 de junio de 2017, que evidencia que las mezclas de componentes, en su composición global, no pueden ser consideradas como peligrosas.

Además, consta que la empresa consideró la situación de potencial sensibilidad de los trabajadores con discapacidad, a través de los reconocimientos médicos efectuados a los trabajadores, en los que, entre otros protocolos, se aplicó el de neurotóxicos.

Por último, aduce que también se identificó en la evaluación de riesgos (código 17), la posible inhalación, contacto o ingestión de sustancias nocivas.

2.- El motivo de recurso exige recordar que la sanción impuesta a la empresa deriva de la infracción de lo dispuesto en el artículo 12.1.b) LISOS, tipifica como infracción grave: "No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales."

Por su parte, el artículo 25.1 LPRL dispone: "1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo".

Con apoyo en dichos preceptos, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia viene considerando como infracción grave el hecho de que una empresa que cuenta con trabajadores especialmente sensibles por su condición de discapacidad, haya evaluado los puestos de trabajo sin tener en cuenta su condición de trabajadores especialmente sensibles.

3.- La sentencia de instancia considera que la evaluación de riesgos laborales aportada por la empresa recoge la presencia de los siguientes productos químicos, a saber, "Polímero LEF y Butanona-etil-metil-cetona". Tal indicación se considera completamente insuficiente, dado que el denominado "polímero LEF" es una mezcla de distintos componentes, como el fenol y el metanol, que, a su vez, son considerados o clasificados, de forma individual, como causantes de toxicidad aguda de la categoría 1, 2 y 3 [Anexo I letra b) del Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención].

Por otro lado, también valora los distintos informes de vigilancia de la salud aportados por la empresa, como los reconocimientos médicos y los informes de adaptación de puesto de trabajo para trabajadores especialmente sensibles y concluye que contienen datos genéricos relativos a protocolos de asma bronquial, dermatosis y neurotóxicos, pero sin concretar las sustancias a las que se aplican los referidos protocolos.

Todos estos datos permiten a la Magistrada concluir que efectivamente nos encontramos ante la infracción que regula el artículo 12.1.b) LISOS, dada la generalidad de los términos de la evaluación de riesgos y de los restantes informes considerados.

4.- La Sala comparte las adecuadas y ponderadas conclusiones expuestas en la sentencia recurrida, pues el documento de evaluación de riesgos es excesivamente genérico a la hora de considerar los riesgos derivados de los productos químicos presentes en el puesto de operario de aplicación LEF. Dicha generalidad se pone de manifiesto claramente cuando alude a la existencia de elementos químicos identificando, únicamente, el "polímero LEF" y "butanona-etil-metil- cetona". La constancia cierta de que el "polímero LEF" es el resultado de la mezcla de diferentes componentes químicos como el "fenol" y el "metanol" evidencia la generalidad de la evaluación de riesgos. De este modo, las conclusiones alcanzadas respecto a la mezcla THIXON 422 en la previa sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2, a la que antes se aludió, en nada modifican la valoración que nos merece la genérica alusión a los productos químicos presentes en el puesto de trabajo de operario de aplicación LEF. La falta de identificación concreta de los distintos agentes químicos a los que se ven sometidos los trabajadores durante la jornada laboral evidencia un claro incumplimiento del deber de protección que impone el artículo 25.1 LPRL, que puede y debe ser sancionado por la vía del citado artículo 12.1.b) LISOS.

Por otro lado, el hecho de que el referido documento pudiera haberse elaborado a partir del informe de higiene industrial del Servicio de Prevención Ajeno PREMAP, no modifica la anterior conclusión, dada la generalidad de los términos empleados en la evaluación de riesgos que, como decimos, no identifica más que dos de los componentes químicos de la mezcla, mientras que el referido informe de junio de 2017 menciona diferentes agentes químicos como "xileno, alcohol nbutílico, acetato de etilo, etanol, metanol, metietilcetona y fenol", identificando el riesgo a través de la inespecífica mención a la "inhalación, contacto o ingestión de sustancias nocivas, (Cambio de mezcla LEF/MEK)".

Por tanto, en virtud de los concretos datos que obran no es posible considerar que la empresa haya realizado una correcta evaluación de riesgos para garantizar la seguridad y la salud de trabajadores especialmente sensibles por razón de las distintas discapacidades que sufren, ya que la generalidad de los términos de la evaluación no puede entenderse paliada por la adopción de medidas como los controles médicos, pues se trata de cuestiones claramente diferenciadas, dado el contenido de los artículos 12.1.b) y 12.2 LISOS, ya que la falta de realización de reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, constituye otra infracción de naturaleza grave, que se encuentra tipificada en el apartado segundo del artículo 12 LISOS y que, como tal, es diferente y autónoma de la que prevé el apartado primero, letra b) del mismo precepto.

Todo lo anterior determina la íntegra desestimación del motivo de recurso.

CUARTO.- Proporcionalidad de la sanción. Motivo segundo de los recursos de la empresa y de la Consejería.

1.- En el recurso de la Consejería se alega que la sentencia, si bien mantiene la calificación de la infracción sancionada por la vía del artículo 12.1.b) LISOS como grave en grado medio, sin embargo, rebaja la multa a 10.000 euros, considerando excesiva generalidad de la evaluación, las distintas discapacidades que sufren las personas trabajadoras afectadas, el carácter permanente de los riesgos y el número de afectados. Dicha parte solicita que se califique la infracción como grave, en grado medio y en el tramo superior.

2.- Por su parte, en el segundo motivo del recurso de la empresa se alega que la referida reducción a 10.000 euros de la sanción impuesta conculca lo establecido en el artículo 39.3 LISOS, dada la conducta general seguida por la empresa, que consistió en la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, lo que debería determinar la rebaja de la sanción impuesta al grado mínimo y en su tramo inferior, esto es debería fijarse en la cuantía de 2.451 euros.

3.- En definitiva, en ambos motivos de recurso se cuestiona el importe de la sanción aplicada, alegando vulneración del artículo 39 LISOS, en relación con el principio de proporcionalidad.

Respecto a esta cuestión, hemos de recordar que el artículo 39 LISOS establece los criterios de graduación de las sanciones, indicando que podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo. Además, en su apartado tercero, prevé que tratándose de "sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo. b) El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades. c) La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias. d) El número de trabajadores afectados. e) Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos. f) El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. g) La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias



legales existentes. h) La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales".

Por tanto, es cierto que el precepto considera todas las circunstancias a las que las partes recurrentes aluden en sus respectivos escritos de recurso. Ahora bien, también se fija como criterio de valoración "la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias" (apartado c, del art. 39.3 LISOS). Pues bien, entendemos que este es el criterio que la sentencia de instancia tiene en cuenta a la hora de graduar la sanción en el grado medio, rebajándola al importe fijado, ya que considera que, a pesar de la generalidad de la evaluación, lo cierto es que la posible exposición a distintos elementos químicos se produce en niveles de concentración que no superan los límites legales, no pudiendo considerarse la mezcla utilizada como causante de toxicidad aguda de categoría 1, 2 o 3, ni en particular, a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción de categoría 1A y 1 B.

En definitiva, concurriendo en este caso la circunstancia tenida en cuenta por la Magistrada para rebajar en el referido límite el importe de la sanción en el grado medio, entendemos que no se han vulnerado los criterios de graduación establecidos en el artículo 39 LISOS, lo que determina la desestimación de ambos motivos de recurso, procediendo así la confirmación de la sentencia de instancia y, en consecuencia, la desestimación de ambos recursos, con imposición de costas procesales a la empresa recurrente (art. 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Ilunion CEE Outsourcing SAU y la Consejería de Empleo y Políticas Sociales contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 6 de Santander, de fecha 16 de diciembre de 2022, en el procedimiento número 628/2021, tramitado a instancia de Ilunion CEE Outsourcing SAU frente a la Consejería de Empleo y Políticas Sociales y, en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en su integridad.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma. **Medios de impugnación**

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0368 23.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0368 23.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.

DILIGENCIA.- La pongo yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, para hacer constar que en la misma fecha se envía copia de la anterior sentencia, a efectos de notificación a la Fiscalía del Tribunal Superior. Doy fe.

OTRA.- Para hacer constar que en el mismo día de su fecha se incluye el original de la precedente resolución, una vez publicado, en el libro de sentencias de esta Sala de lo Social, poniendo en la pieza del recurso y en los autos certificación literal de la misma. Seguidamente se notifica telemáticamente al Ministerio Fiscal y a los letrados Don Alberto Ebrat Fernández y al letrado de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.