



Roj: **STSJ M 1794/2006 - ECLI:ES:TSJM:2006:1794**

Id Cendoj: **28079330032006100202**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/03/2006**

Nº de Recurso: **1936/2003**

Nº de Resolución: **269/2006**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **RAFAEL MARIA ESTEVEZ PENDAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00269/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Recurso número 1936/2003

Ponente: Don Rafael Estévez Pendás

Recurrente: Grupo MGO, S.A.

Procurador: Sra. Rodríguez Puyol

Demandado: CAM

Letrado: Sr. Letrado de la CAM

SENTENCIA nº 269

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 13 de marzo del año 2006, visto por la Sala el Recurso

arriba referido, interpuesto por la Procuradora Doña María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de la mercantil " Grupo MGO, S.A. ", contra la Administración General de la Comunidad Autónoma de Madrid, defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, en la representación que por Ley le corresponde. La cuantía de este Recurso es de 6.010,12 euros. Es ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don Rafael Estévez Pendás, que expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de Hecho

Primero.- Se interpuso este Recurso el día 3 de noviembre del año 2003, formalizándose demanda por la parte recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia que, estimando el Recurso, anule la Resolución impugnada y la sanción que se le impone o, subsidiariamente, se califique la infracción como grave en su grado mínimo, imponiendo una sanción por importe de 1.502,54 euros.

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

Tercero.- Al no interesar las partes el recibimiento del proceso a prueba, ni la celebración de vista o el despacho del trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 16 de enero del año 2006.

Fundamentos de Derecho

Primero.- Se impugna en el presente Recurso contencioso-administrativo la Orden número 7234/03, de fecha 3 de septiembre del año 2003, de la Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid, por la que se desestimó el Recurso de alzada interpuesto en su día por la ahora recurrente contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de la citada Consejería, de fecha 26 de abril del año 2002, por la que se acordó confirmar el Acta promotora del correspondiente expediente sancionador, con imposición a la empresa Grupo MGO, S.A., de una sanción en cuantía de 6.010,12 euros, por la comisión de una falta grave, apreciada en su grado mínimo.

Segundo.- En el expediente administrativo figura Acta de infracción de prevención de riesgos laborales número 6135/01, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid con fecha 26 de octubre del año 2001, en la que literalmente consta lo que sigue:

" Que el día 4 de mayo del año 2001 visitó el centro de trabajo sito en el Parque Ferial Juan Carlos I, 28042-Madrid, donde se realiza una obra de ampliación de éste, de la que es contratista principal la UTE Ampliación Feriales I. Como subcontratista del movimiento de tierras de ésta realizaba sus funciones la empresa LCR Excavaciones y Áridos, S.A. , con CIFy domicilio social en La plantilla de dicha subcontratista es de 14 trabajadores.

Al no disponer LCR Excavaciones y Áridos, S.A. en dicho centro de trabajo de la documentación relativa a su sistema de prevención de riesgos laborales, inicialmente se le remitió escrito de 23 de mayo del 2001 para que presentara en las oficinas de esta Inspección la documentación relativa a su organización preventiva, evaluación de riesgos laborales, medidas de emergencia, planificación de la actividad preventiva, información sobre los riesgos laborales proporcionada a sus trabajadores, formación preventiva impartida hasta entonces a todos ellos y plan de formación para el presente año. No teniendo constancia formal de que lo hubiera recibido, se remitió nuevo escrito el 22 de agosto del 2001 requiriéndole idéntica documentación.

Examinada la documentación preventiva presentada en las oficinas de esta Inspección el 12 de septiembre del 2001 conjuntamente por LCR Excavaciones y Áridos, S.A. y Grupo MGO, S.A., se comprueba lo que más adelante se indica.

Como resultado de todo ello se han comprobado los hechos que a continuación se indican, que infringen los artículos 4.2.d) y 19.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , artículo 14, apartados 1 y 2 de la Ley 31/1995 , y artículo 11 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre , todos ellos en relación con los preceptos que más adelante se señalan.

Hecho: El servicio de prevención ajeno Grupo MGO, S.A., concertó el 16 de febrero del 2001 con la empresa LCR Excavaciones y Áridos, S.A., entre otras actividades preventivas, las relativas a la evaluación de riesgos laborales, medidas de emergencia, planificación de la actividad preventiva, información sobre riesgos laborales y formación preventiva, por un importe de 148.400 pts/año.

Según se ha comprobado documentalmente, la evolución de riesgos y planificación de la actividad preventiva no se realizó hasta julio del 2001, cinco meses después del concierto, y dos meses después de la actuación inspectora. Como formación preventiva, el servicio de de prevención ajeno solo impartió el 7 de septiembre del 2001 a 11 trabajadores de la empresa una clase de dos horas sobre prevención en general, y ello siete meses después del concierto. Como primera información de riesgos a los trabajadores, el mismo día les entregó a los asistentes unas fichas informativas.

Tan dilatado retraso por parte del servicio de prevención ajeno en el cumplimiento de las obligaciones pactadas ha ocasionado que la empresa desconociera durante el periodo antes indicado sus riesgos laborales y adoptara las necesarias medidas preventivas, y que sus trabajadores no fueran informados sobre ellos y recibieran una formación preventiva.

Preceptos infringidos: Artículo 19 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero .

- Artículo 16 de la Ley 31/1995 y artículos 3 a 9 del Real Decreto 39/1997 .

- Artículo 18 de la Ley 31/1995 .

- Artículo 19 de la Ley 31/1995 .

Calificación de la infracción y graduación de la sanción: Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable, constituye infracción grave, según determina el artículo 12.22 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 . De conformidad con lo señalado en el artículo 39 del mismo, la sanción se gradúa en grado mínimo, en atención a ser afectados la totalidad de los trabajadores de la empresa concertada. "

Tercero.- En su escrito de demanda la parte recurrente dice que el concierto que suscribió con la empresa entró en vigor el día 5 de marzo del 2001, por un periodo de un año, y que cuatro meses después de la entrada en vigor se entrega la evaluación de riesgos laborales, y que previamente a dicha evaluación con fecha 6 de abril del 2001 se remite a la empresa un primer documento sobre programación, política y organización de la actividad preventiva, por lo que durante esos cuatro meses existe un proceso de elaboración que culmina con la referida evaluación de riesgos.

La infracción grave que se imputa a la empresa es la prevista en el artículo 12.22 del TRLISOS del año 2000 : " Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable. "

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

Finalmente dispone el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales que : " Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a:

- a) El diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa.
- b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores en los términos previstos en el art. 16 de esta ley .
- c) La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia.
- d) La información y formación de los trabajadores.
- e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.
- f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo. "

En el presente caso la Mutua recurrente concertó su servicio de prevención con la empresa constructora con efectos 5 de marzo del año 2001 y desde entonces, y hasta el 4 de julio del año 2001, no entrega la evaluación inicial de riesgos, no considerando la Sala que el escrito que envía la recurrente a la empresa concertada de fecha 6 de abril del año 2001, sirva para acreditar que previamente a la realización de la evaluación se realizaban una serie de actuaciones previas necesarias para realizarla adecuadamente, como son la visita al centro o centros de trabajo, para entrevistarse con el personal de la empresa, directivos y trabajadores, conocer los métodos de trabajo y cada puesto concreto, y requerir información y documentación sobre diversos aspectos del funcionamiento de la empresa, todo ello como presupuesto inexcusable para que la evaluación inicial y la posterior planificación de la actividad preventiva responda realmente a las características concretas de la empresa de que se trate, porque nada de lo anterior prueba el escrito referido, que se limita a enviar determinada documentación y a señalar que para poder realizar la evaluación de riesgos laborales se necesita realizar una visita a las oficinas de la empresa y a las obras donde esté trabajando, ya que son justamente esas visitas las que demostrarían que hubo desde el principio una actividad previa directamente encaminada a hacer posible aquella evaluación, y es lo cierto que si realmente se hubieran llevado a cabo tales actividades previas a la evaluación, la recurrente tendría en su mano acreditarlas, o al menos que intentó llevar a cabo esas actividades previas y la empresa concertada no se lo permitió, pero esa prueba no existe, por lo que resulta meridianamente claro que la recurrente incumplió con las obligaciones adquiridas en virtud del concierto que

firmó, porque aunque es verdad que aquel tiene un plazo de duración de un año, la completa inactividad durante un tercio de su duración es ya por sí mismo un incumplimiento de las diversas actividades previas que llevan aparejadas actuaciones de una relativa complejidad, como es la evaluación inicial de riesgos de una empresa de construcción, evaluación inicial de riesgos que, además, al ser el presupuesto de la posterior planificación de la actividad preventiva de la empresa concertada, no puede dejarse para el final del periodo de vigencia del concierto, por lo que parece este primer motivo.

Cuarto.- En el siguiente motivo la recurrente señala en cuanto a la información y formación de los trabajadores de la empresa concertada, que el 1 de agosto del 2001 envió a dicha empresa documentación relativa a información de riesgos de puestos de trabajo, y el 9 de agosto siguiente le remite un Manual de Formación Preventiva y un cuestionario de evolución (exámenes), y el 7 de septiembre del 2001, cuando consta que el empresario desea que se celebren cursos " presenciales " con sus trabajadores, se lleva a cabo uno al que asisten 11 de los 14 trabajadores de la empresa, no siendo imputable a la demandante la ausencia de esos 3 trabajadores.

En relación a la información y formación de los trabajadores de la empresa concertada la recurrente envía a ésta un escrito de fecha 1 de agosto del 2001, sobre determinada documentación informando al empresario sobre las obligaciones que en lo relativo a la acción formativa, tiene respecto de sus trabajadores, y el 9 de agosto un manual sobre formación y unos exámenes que la empresa debe realizar a los trabajadores y remitir más tarde a la recurrente para su corrección.

Aquí el incumplimiento de la obligación contraída por la recurrente en lo relativo a la información y formación de los trabajadores se demora casi cinco meses desde la entrada en vigor del concierto, y en particular en lo relativo a la formación, no es sino hasta el día 7 de septiembre del año 2001, seis meses después de la entrada en vigor del concierto, cuando por primera vez se imparte un curso a los trabajadores por el servicio de prevención ajeno, porque es de esencia a la formación el que esta " se imparte " por el servicio de prevención, como dice el artículo 19 de la Ley 31/1995 , de tal manera que los manuales de formación o los exámenes no " presenciales " no sustituyen a ese deber que compete realizar al servicio de prevención, sin olvidar que la información y la formación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales no debe aplazarse demasiado, ya que en tanto no se cumple con ella los trabajadores operan sin conocimientos adecuados en materia preventiva; la recurrente dice que en materia de información y formación de los trabajadores hubo falta de cooperación y colaboración del empresario concertado, pero esta afirmación no está demostrada, antes bien lo que se acredita es que cuando la recurrente decide realizar un curso para la formación de los trabajadores, éste se celebra sin ningún impedimento, pero lo cierto es que hasta septiembre del 2001 no hay ninguna actividad en este sentido por la recurrente, de forma que hasta entonces se incumple con este aspecto del concierto, por lo que se rechaza el motivo.

Quinto.- Finalmente concluye la demandante afirmando que se debe imponer la infracción en el tramo mínimo del grado mínimo, no pudiendo tenerse en cuenta la totalidad de los trabajadores de la empresa concertada ya que el ámbito del concierto era respecto de todos ellos.

Efectivamente en esta cuestión asiste la razón a la recurrente, ya que las obligaciones asumidas e incumplidas en virtud del concierto se referían a actividades que necesariamente afectaban a la totalidad de la plantilla de la empresa, de forma que no es imaginable un incumplimiento de tales obligaciones que afectase solo a parte de la plantilla, por lo que el número de trabajadores afectados no puede ser tenido en cuenta como criterio de agravación, lo que comporta la estimación del motivo y la anulación del Acta de infracción y de las Resoluciones posteriores tan sólo en la cuantía de la sanción, que quedará reducida a la cantidad de 1.502,54 euros.

Sexto. - Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , no se aprecian razones para una especial declaración sobre las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimando en parte el Recurso contencioso-administrativo interpuesto por " Grupo MGO, S.A. contra la Orden número 7234/03, de fecha 3 de septiembre del año 2003, de la Consejería de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Madrid, la anulamos en el solo punto de la cuantía de la sanción a imponer a la recurrente, que será por importe de 1.502,54 euros, con desestimación del resto de las pretensiones de la recurrente, por ser en todo lo demás conforme a Derecho, todo ello sin costas..

Llévese esta Sentencia al libro de su clase y expídase testimonio de ella que se enviará, junto con los autos principales, al órgano administrativo de origen.



Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que es firme y que contra ella no cabe Recurso ordinario alguno, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ