



Roj: **STSJ CL 5906/2011 - ECLI: ES:TSJCL:2011:5906**

Id Cendoj: **47186340012011101868**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2011**

Nº de Recurso: **1735/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01735/2011

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

-

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2009 0101675

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0001735 /2011 R.L.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000725 /2009 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de VALLADOLID

Recurrente/s: Victoriano , ISS FACILITY SERCICES S.A.

Abogado/a: MARTA RODRIGUEZ DURANTEZ, DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA

Procurador/a: ,

Graduado/a Social: ,

Recurrido/s: Victoriano , ISS FACILITY SERCICES S.A. , MASQUEPAN CORPORACION INDUSTRIAL S.L. , INSS Y T.G.S.S.

Abogado/a: MARTA RODRIGUEZ DURANTEZ, DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA , JUAN FRANCISCO ARGENTE MARTIN , LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a: , , ,

Graduado/a Social:

Rec. Núm:1735 /2011

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

Dª. Mª del Carmen Escuadra Bueno

D. Rafael A. López Parada /

En Valladolid a veintitrés de Noviembre de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.1735 de 2.011, interpuesto por Victoriano Y ISS FECILITY SERVICES, S.A. contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº U NO de VALLADOLID (Autos:725/2009) de fecha 21 de enero de 2011, en demanda promovida por Victoriano contra la empresa demandada y recurrente Y CONTRA EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MASQUEPAN CORPORACION INDUSTRIAL, sobre RECARGO DE PRESTACIONES DE ACCIDENTE **LABORAL**, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Rafael A. López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de Julio de 2009, se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Número Uno, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: " **Primero.-** El actor, Don Victoriano, nacido el 29 de abril de 1.981, figura afiliado a la Seguridad Social con el número NUM000, siendo su profesión habitual la de Limpiador en la empresa Iss Facility Services, en la que cesó con fecha 26 de noviembre de 2.007, habiendo prestado, posteriormente, servicios para la empresa Securitas S.A., con la categoría de vigilante, teniendo concertado ambas empresas el **riesgo** de contingencias profesionales con la Mutua Universal.

Segundo.- Con fecha 15 de marzo de 2007, cuando el demandante se encontraba prestando servicios para la mencionada empresa demandada, en las dependencias de la empresa Masquepan Corporación Industrial, sufrió caída de una escalera siendo atendido por la Mutua Universal, no expidiendo la empresa parte de baja por accidente de trabajo. Al persistir los dolores, el demandante acude nuevamente a la Mutua que, con fecha 12 de julio de 2.007, expide parte de baja por incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo sufrido el 15 de marzo de 2.007, sufriendo distintas recaídas que han dado lugar a que, agotado el período de incapacidad temporal, fuera valorado por el E.V.I., dictándose resolución por el I.N.S.S. el 23 de febrero de 2.010, declarando al demandante afecto de invalidez permanente en grado de total para su profesión habitual de limpiador, derivada de accidente de trabajo, con derecho a la prestación económica del 55% de la base reguladora de 1.110,11 Euros mensuales. La base reguladora de la prestación de incapacidad temporal asciende a 32,83 Euros diarios.

Tercero.- El demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo durante los siguientes períodos: Del 12 al 27 de julio de 2.007; Desde el 10 de octubre al 14 de diciembre de 2.007; Desde el 25 de julio al 4 de noviembre de 2.008 y, desde el 2 de diciembre de 2.008 hasta el reconocimiento de la invalidez permanente total.

Cuarto.- El accidente de trabajo tuvo lugar cuando se realizaban por la empresa Iss Facility Services trabajos de limpieza de restos de obra en las instalaciones de Masquepan Corporación Industrial S.L., no teniendo esta empresa intervención alguna en la actividad de limpieza realizada por Iss Facility. En concreto el accidente de trabajo ocurrió cuando el encargado Don Marcial ordenó al actor y a otras dos trabajadoras la limpieza de un falso techo, utilizando para ello una escalera extensible, desdoblándose para poder alcanzar la altura del techo a unos 2,3 metros de altura, accediendo al falso techo, primero, las dos trabajadoras, sujetando el demandante la escalera, produciéndose la caída de este cuando trató de subir al falso techo.

QUINTO.- Inició expediente en solicitud de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, siendo denegada la solicitud por resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 17 de diciembre de 2009, interponiendo demanda ante el Juzgado decano el día 6 de Julio de 2009, siendo turnada a este juzgado el día 13 del mismo mes".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandada y demandante. fue impugnado por la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.-La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda del trabajador en solicitud de que se impusiera un recargo del 30 al 50% de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo de manera solidaria a Masquepán Corporación Industrial e ISS Facility Services por vulneración de las normas de prevención de **riesgos laborales**. En concreto ha impuesto un recargo del 30% a cargo exclusivamente de ISS Facility Services. Contra dicha sentencia recurren ISS Facility Services solicitando que se le exima de dicho recargo y el propio trabajador actor solicitando la elevación al 50% del porcentaje de recargo y la condena solidaria de Masquepán Corporación Industrial.

Por razones de orden han de analizarse en primer lugar los motivos de revisión de hechos probados con que ambos recursos se inician, amparados en la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento **Laboral**.

Por parte de ISS Facility Services se quiere dejar constancia de que el trabajador había firmado un documento facilitado por la empresa el 16 de septiembre de 2005 manifestando haber recibido fichas de información de **riesgos laborales** para su categoría (limpiador) y tipología de centro de trabajo (industria), manual de seguridad y salud en el trabajo y anexo al contrato de trabajo, firmado en la misma fecha, sobre derechos y obligaciones en materia de prevención de **riesgos laborales**. También se quiere dejar constancia de que en abril de 2006 se había realizado el último reconocimiento médico al trabajador. Y finalmente que existía un justificante de entrega de equipos de protección individual (bota piel con cordones y puntera, pantalón de especialista y guante de cuero anticorte), firmado por el trabajador el 26 de febrero de 2007. La modificación instada se apoya exclusivamente en la referencia a tales documentos que se hace en un informe de la Inspección de Trabajo sobre el accidente. Dejando aparte el hecho de que dicho documento es insuficiente como para establecer que el Magistrado de instancia ha cometido un error al no valorar el mismo, lo cierto es que el hecho propuesto incluso así resultaría intrascendente. El accidente se produce por la caída desde un falso techo al que se accedió por una escalera de mano, sin que existiese protección contra el **riesgo** de caída de altura a pesar de ser éste superior a dos metros. Consta además que el trabajo se realizó por orden del encargado D. Marcial . Por tanto ninguna relación guardan con las medidas preventivas aplicables ni la entrega de unas fichas o documentos sobre seguridad, ni la realización de reconocimientos médicos, ni la entrega de botas, pantalones o guantes. La modificación por tanto carece de toda relevancia sobre el sentido del fallo y el motivo es desestimado.

Por lo que se refiere al recurso del trabajador, éste quiere añadir:

a) Que la subcontratista de los servicios de limpieza ISS Facility Services y la principal Masquepán habían suscrito conjuntamente la evaluación de **riesgos** del puesto de trabajo de los limpiadores y la relación de medidas preventivas. La modificación ha de ser rechazada, porque los documentos citados (folios 361 a 366 de los autos) solamente acreditan que ISS Facility Services había proporcionado a Masquepán copias de su evaluación de **riesgos** y de la relación de medidas preventivas (cuyo concreto contenido no consta), así como de otros documentos. Lo que no consta es que dicha evaluación y planificación preventiva hubiese sido elaborada, suscrita o aprobada por Masquepán.

b) Que el mismo día del accidente (15 de marzo de 2007), según la sentencia de instancia, el trabajador terminó su jornada con dolores y a continuación fue llevado por el encargado D. Marcial al servicio de urgencias del Hospital Sagrado Corazón donde fue diagnosticado de rotura fibrilar bicipital derecha. Se invoca el documento obrante al folio 265 de los autos, que acredita la atención en dicho Hospital el 15 de marzo de 2007 a las 21:10 por cuenta de Mutua Universal y en la póliza de la compañía ISS, refiriendo dolores por "caída casual apoyando mal el brazo dcho", siendo diagnosticado de rotura fibrilar (bicipital). Esto es lo único que acredita el documento y puede recogerse como probado a efectos meramente dialécticos, si bien es intrascendente en orden al sentido del fallo.

c) Que el trabajador volvió a acudir a la Mutua por mantenerse el dolor y que las lesiones que aquejan al mismo le afectan gravemente a la funcionalidad de la mano derecha. Se invoca al respecto el dictamen propuesta del EVI en expediente de incapacidad permanente (folio 277), lo que solamente acredita en su caso las lesiones y su afectación, pero no la primera parte de lo que se quiere modificar. Por otra parte resulta totalmente irrelevante a los efectos que aquí nos ocupan, puesto que el recargo de prestaciones afectará a todas las prestaciones económicas derivadas del accidente, sin que sea objeto del litigio prejuzgar cuáles puedan ser éstas.

d) Por otra parte quieren introducirse una serie de modificaciones en base a la prueba documental obrante a los folios 219 y 223 de los autos sobre la forma en que se produjo el accidente, lo que no puede admitirse dado que de dichos documentos no se desprende conclusión alguna al respecto. Por otra parte la prueba testifical no puede ser valorada en suplicación.

SEGUNDO.-Por razones de orden lógico debe analizarse el segundo motivo de recurso de la empresa ISS Facility Services, amparado en la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento **Laboral**, que denuncia



la vulneración de los artículos 123 de la Ley General de la Seguridad Social y 14 , 15 , 17 y 24 de la Ley de Prevención de **Riesgos Laborales** , puesto que si dicho motivo fuese estimado con ello se pondría fin al conjunto del recurso, al vaciar de contenido los motivos de la parte actora. Ocurre que, constando acreditado que se ha producido una caída desde altura superior a dos metros sin que dicho **riesgo** estuviera protegido, se infringe claramente el punto 3 de la parte A del anexo I del Real Decreto 486/1997, en relación con el artículo 3 del mismo. Cuando se ordena la realización de un trabajo en una zona que tiene un **riesgo** de caída superior a dos metros, ello obliga a instalar protecciones colectivas o a usar equipos de trabajo en altura cumpliendo con las prescripciones de la parte 4 del anexo II del Real Decreto 1215/1997. Solamente en defecto de los mismos, si su uso no fuese posible, podrán utilizarse equipos de protección individual para el **riesgo** de caída de altura (que en este caso tampoco consta que se pusiera a disposición de los trabajadores). El problema aquí no está en la escalera de mano, puesto que ésta se utilizó para acceder a un falso techo desde el que se produjo la caída, siendo lo relevante la falta de protección de éste.

Por consiguiente se desestima el recurso de ISS Facility Services. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento **Laboral** , procede imponer las costas del recurso a la parte vencida, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios del letrado o graduado social de la parte contraria que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 300 euros. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 202 de la Ley de Procedimiento **Laboral** , debe decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir conforme al artículo 227 de la misma Ley y disponerse la pérdida de las consignaciones y el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado conforme al artículo 228 de la misma Ley , hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos.

TERCERO.-Debe analizarse a continuación el motivo de fondo jurídico del trabajador actor, donde plantea la vulneración del artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971), en relación con el 40 de la Ley 8/1988 , 64 de la Ordenanza **Laboral** para la Limpieza de Edificios y Locales (Orden de 15 de febrero de 1975), así como la Ley 31/1995 de Prevención de **Riesgos Laborales**, 123 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social y Real Decreto 486/1997.

Llama la atención que gran parte de las normas que invoca están derogadas desde hace muchos años. El artículo 153 de la Ordenanza de 1971 desde que en febrero de 1996 entró en vigor la Ley 31/1995 , al igual que el artículo 40 de la Ley 8/1988 en la misma fecha y por la misma disposición derogatoria, habiendo sido sustituida toda la Ley 8/1988 por el Real Decreto Legislativo 5/2000. Y la Ordenanza del sector de limpieza por efecto desde el 1 de enero de 1995 por efecto del artículo 9 de la Ley 11/1994 .

En fin, analizando cada uno de los dos elementos separados que componen este motivo de recurso, el primero hace referencia a la responsabilidad solidaria de Masquepán en base a una llamada "culpa in vigilando", citando la vulneración del artículo 24.3 de la Ley de Prevención de **Riesgos Laborales** . Ese artículo, desarrollado por el artículo 10 del Real Decreto 171/2004 , no es aplicable al caso, porque exige como requisito para ello que la actividad de la empresa principal y en este caso la actividad de la subcontratada es la de limpieza, no constando en hechos probados (que en este punto no se han pretendido modificar) cuál sea la de la principal. Es cierto sin embargo que la responsabilidad de la empresa principal podría venir determinada por el eventual incumplimiento por parte de la misma de sus obligaciones de coordinación al amparo de los números 1 y 2 del artículo 24 de la Ley 31/1995 (desarrollados por los capítulos II y III, respectivamente, del Real Decreto 171/2004). En este sentido y a pesar de que el recurrente menciona el tema en su recurso, no identifica ninguna acción u omisión concretas de la empresa Masquepán que tenga soporte en los hechos probados y que suponga incumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas aplicables al caso (números 1 y 2 de la Ley 31/1995 y capítulos II y III del Real Decreto 171/2004), las cuales ni siquiera se citan. Es cierto que sería relevante a tal respecto el que la orden de limpieza de los falsos techos se hubiera impartido por responsables de Masquepán, pero en los hechos probados se hace referencia al encargado, Sr. Marcial , que fue quien impartió la orden, sin precisar a qué empresa pertenece. Pudiera pensarse que si su empresa fuese Masquepán entonces ello determinaría la responsabilidad de ésta en virtud del principio "respondeat superior", pero ello, como decimos, no resulta de los hechos declarados probados.

CUARTO.-Como segunda parte del mismo motivo de fondo jurídico del trabajador se pide la elevación del porcentaje de recargo, considerando por un lado el nivel del incumplimiento y por otro los daños causados. La sentencia de instancia ha fijado el porcentaje en un 30% atendiendo a la concurrencia de culpa del trabajador.

Pues bien, en sentencias anteriores de esta Sala, como las dictadas el 31 de octubre de 2005 en el recurso de suplicación número 1906/2005 , el 11 de septiembre de 2006 en el recurso de suplicación 1382/2006 , el 4 de diciembre de 2007 en el recurso de suplicación 1871/2007 o el 30 de junio de 2010 en el recurso de suplicación 979/2010 , hemos dicho que a partir de la Ley General de la Seguridad Social de 1966 el porcentaje de recargo dejó de ser fijado por la Ley en el 50%, para permitir su fijación por la Entidad Gestora



en una cifra que debe situarse entre el 30% y el 50%. A dicha fijación se le ha dado con ello un significado sancionador, en la medida en que lo relevante para la fijación no son propiamente los daños causados, sino las circunstancias concurrentes que permiten valorar y graduar la culpa del empresario en la producción del siniestro. Hay que tener en cuenta que la imposición de un porcentaje del 50% supone valorar la culpa en su grado máximo, mientras que la de un porcentaje del 30% significaría hacerlo en un grado leve. Ahora bien, el silencio de la norma legal sobre los criterios de fijación del porcentaje de recargo no deben interpretarse como la apertura de un espacio de discrecionalidad administrativa, puesto que en ese caso se incurriría en una arbitrariedad de los poderes públicos proscrita por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. Por el contrario, al situarnos en un terreno punitivo, han de aplicarse los criterios propios del Derecho Punitivo, si bien a este respecto nos encontramos con dos opciones. La primera de ellas sería la de acudir analógicamente a lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal, así como a los artículos 21 y 22 del mismo en los que se relacionan las circunstancias atenuantes y agravantes. Sin embargo, buscando la misma ratio legal que inspira el procedimiento de recargo de prestaciones, no ha de ser esa la referencia, sino aquella que presenta una mayor analogía, que es la contenida en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en cuyo texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, el artículo 39.3 enumera un conjunto de criterios de graduación de las sanciones administrativas en materia de prevención de **riesgos laborales**. Son estos mismos criterios los que, debidamente acreditados en la relación de hechos probados, deben inspirar también la graduación del porcentaje de recargo aplicado y, en cuanto constituyen normas jurídicas que limitan la arbitrariedad administrativa, han de servir como parámetros de legalidad en el control judicial de los actos administrativos de aplicación.

Los criterios de graduación contenidos en el artículo 39.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social son los siguientes:

- 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**.

Pues bien, en este caso ha de desestimarse la valoración de la sentencia de instancia respecto de la imprudencia del trabajador, puesto que, constando probado que se situó en el lugar donde se produjo el accidente por órdenes de un superior, no puede considerarse que la obediencia de dichas órdenes constituya una imprudencia. Por el contrario, a la vista de la inadecuación de las medidas y los daños producidos, no constando otras circunstancias que permitan reducir o agravar la responsabilidad empresarial, la misma puede declararse en el término medio del 40%. En este exclusivo sentido se estima parcialmente el recurso presentado.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación presentado por el letrado D. Diego de la Villa de la Serna en nombre y representación de ISS Facility Services S.A. contra la sentencia de 21 de enero de 2011 del Juzgado de lo Social número uno de Valladolid (autos 725/2009). Se imponen a ISS Facility Services S.A. las costas del recurso, que incluyen en todo caso la cuantía necesaria para hacer frente a los honorarios de la letrada de D. Victoriano que actuó en el recurso, los cuales se fijan a estos efectos en 300 euros. Se decreta igualmente



la pérdida del depósito constituido para recurrir y la pérdida de las consignaciones y/o el mantenimiento de los aseguramientos que en su caso se hubiesen prestado, hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, si procediese, la realización de los mismos. Se acuerda estimar parcialmente el recurso de suplicación presentado por la letrada D^a Marta Rodríguez Durántez en nombre y representación de D. Victoriano contra la misma sentencia, revocando el fallo de la misma en el exclusivo sentido de elevar el porcentaje de recargo allí fijado al 40%.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 219 de la Ley de Procedimiento **Laboral**.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 300,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 nº de recurso 1735/2011 abierta a nombre de la sección 2^a de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 219.3 en relación con el 192.4 de la Ley de Procedimiento **Laboral**.

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.