

Jurisprudencia

Jurisdicción: Social

Ponente: [GLORIA POYATOS MATAS](#)

Origen: Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias sede en Las Palmas de Gran Canaria

Fecha: 02/07/2019

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Recurso: 369/2019

Numroj: STSJ ICAN 891/2019

Ecli: ES:TSJICAN:2019:891

ENCABEZAMIENTO:

En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de Julio de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO

GUADALUPE

HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha

pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000369/2019, interpuesto por la CONSEJERÍA DE EMPLEO, POLÍTICAS SOCIALES Y VIVIENDA, frente a Sentencia 000004/2019 del Juzgado de lo Social Nº 3 de

Arrecife los Autos Nº 0000455/2018-00 en reclamación de Impugnación de resolución siendo

Ponente el

ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por BERCUMA S.L. frente a la CONSEJERÍA DE EMPLEO, POLÍTICAS SOCIALES y VIVIENDA DEL GOBIERNO DE CANARIAS.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: "

PRIMERO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Las Palmas (ITSS) tramitó expediente sancionador, incoado tras realizar visita de control el 27 de octubre de 2016, al centro de trabajo de la empresa donde se ubica el Hotel Hesperia., situado en la calle Hesperia, Nº 1 de Puerto Calero, Yaiza.

Como consecuencia de dicha visita, la ITSS levantó acta de infracción I352017000037645 con fecha 16 de marzo de 2017, que se da aquí por reproducida al estar unida copia de la misma a las presentes

actuaciones. En dicho documento, se concluye que Bercuma S.L. cometió infracción grave, de acuerdo con el artículo 12. 1 b) del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por no haber llevado a cabo una evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo específica de los trabajadores del Departamento de Pisos, por lo que se proponía se impusiera a la indicada entidad mercantil una sanción por importe total de 20.491 euros.

(Copia del acta obrante a los folios N° 1 a 8 del expediente aportado por la Entidad demandada)

SEGUNDO.- Con fecha 26 de abril de 2017 la citada empresa presentó escrito de alegaciones, que al estar incorporado a los autos se da aquí por reproducido, en el que, tras negar los hechos imputados en la referida acta de infracción La Inspectora de Trabajo y Seguridad Social en fecha 24 de mayo de 2017 de enero de 2016, suscribió Informe- Descargo, en el que tras las alegaciones de la parte interesada, considera que no destruyen los presupuestos fácticos y jurídicos que motivaron el acta de referencia y solicita su entera ratificación.

En el referido expediente, se dictó resolución, de fecha 13 de junio de 2017, por el que se confirmó la sanción propuesta en el acta de 16 de marzo de 2017.

(Hecho probado conforme a los folios N° 13 a 271 del expediente aportado por la Entidad demandada)

TERCERO.- La mercantil demandante formuló recurso de alzada, con fecha 24 de julio de 2017 (Copias del recurso de alzada obrante a los folios N° 272 a 369 del expediente aportado por la Entidad demandada).

CUARTO.-La empresa demandante en fecha 26 de abril de 2006 contaba con un estudio ergonómico del puesto de camarera de piso perteneciente al Hotel Hesperia Lanzarote elaborado por Prevención Outsourcing Servicios de Prevención Externos.

(Hecho probado conforme al bloque de documentos N°1 del ramo de prueba de la parte actora).

QUINTO.- En fecha 3 de diciembre de 2009 la parte actora contrató con Sociedad de Prevención de Fremap S.L., la actualización de la evaluación ergonómica del puesto de asistente de pisos.

Entre las medidas técnicas se requería a la mercantil la elaboración de estudios preventivos sobre riesgos ergonómicos del Departamento de Pisos, evaluación de aplicación de fuerzas y exposición a movimientos repetitivos.

(Hecho probado conforme a los folios N° 122 a 132 del ramo de prueba de la parte actora obrante en las actuaciones como diligencia final).

SEXTO.- La mercantil demandante procedió a la externalización del servicio de 2 limpieza general de habitaciones y zonas comunes primero con Gesgrup Outsourcing S.L y desde el 29 de mayo de 2013 con la sociedad Grup Siete Outsourcing S.L.

(Hecho probado conforme a los folios N° 169 a 250 del ramo de prueba de la parte actora obrante en las actuaciones como diligencia final).

SÉPTIMO.- A partir del 1 de mayo de 2016 la mercantil demandante internalizó el servicio de limpieza de habitaciones del Hotel Hesperia Lanzarote procediendo a la subrogación de los trabajadores que prestaban servicio de limpieza en su centro de trabajo.

(Hecho no controvertido).

OCTAVO.- Premap Seguridad y Salud SL elaboró en fecha 10 de agosto de 2016 para la actora un Plan de Prevención de Riesgos Laborales en el que figura la evaluación de los riesgos de tareas de los trabajadores que desarrollan funciones de camarero.

(Hecho probado conforme a los folios Nº 965 a 1.032 del ramo de prueba de la parte actora obrante en las actuaciones como diligencia final).

NOVENO.- Tras las internalización del servicio de limpieza de habitaciones se facilitó a los trabajadores cursos y formación en materia de prevención de riesgos laborales; se realizaron reconocimientos médicos; y se les proporcionaron equipos de protección individual.

(Hecho probado conforme a la testifical de Doña Marí Trini).

DÉCIMO.- En el computo de los 61 trabajadores de la plantilla del Departamento de Pisos se incluyeron tanto los trabajadores con contrato fijo como los eventuales.

(Hecho probado conforme a la testifical de Doña Marí Trini).

UNDECIMO.- En el centro de trabajo Hotel Hesperia entre enero y diciembre de 2016 por limpieza de locales y máquinas se registraron 10 accidentes.

De enero a marzo de 2017 en todo tipo de trabajo se produjeron 3 accidentes de trabajo.

(Hecho probado conforme a los folios Nº 1.247 a 1.269 del ramo de prueba de la parte actora obrante en las actuaciones como diligencia final)."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge: "ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por BERCUMA S.L. frente a la CONSEJERÍA DE EMPLEO, POLÍTICAS SOCIALES y VIVIENDA DEL GOBIERNO DE CANARIAS, REVOCO la Resolución de fecha 13 de junio de 2017 únicamente en la cuantía de la sanción a imponer que sera de DOS MIL CUARENTA Y SEIS EUROS (2.046 euros) manteniendo el resto de sus pronunciamientos Y ABSOLVIENDO a la demandada del resto de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. - La Consejería demandada, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 4/19 del Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife, dictada el 11 de enero de 2019 en los autos 455/18, que estimó parcialmente la demanda interpuesta frente a la Resolución de 13 de junio de 2017 únicamente en la cuantía de la sanción a imponer que se fija en 2.046 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandante.

SEGUNDO.- En el motivo único del recurso, al amparo del art.193 c) de la LRJS se denuncia la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, en concreto se señala la infracción del art. 39.3º de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social RD leg. 5/200 de 4 de agosto (LISOS),

en lo relativo a la cuantificación del grado y cuantía de la sanación propuesta.

A)- Posiciones de las partes.

Entiende la recurrente que se impuso a la empresa demandante una infracción calificada de grave y se apreció la sanción económica a imponer en su grado máximo, teniéndose en cuenta como circunstancia agravante el número de trabajadoras afectadas (61 camareras de pisos). No obstante, la sentencia moduló la sanción a grado mínimo, rebajando la cuantía a 2.046 euros en base a una serie de circunstancias con las que la recurrente mostró oposición.

En primer lugar, destaca la recurrente, es lógico que entre las 61 trabajadoras se incluyeran tanto el personal temporal como indefinido pues la obligación de prevención de riesgos laborales no hace distinción a tenor de la temporalidad. En segundo lugar, también se opuso a que fuese utilizado como atenuante el que la empresa "tuviera realizada la evaluación de riesgos" pues no se cumplió lo ordenado en la misma, por lo que resulta incongruente que el incumplimiento se constituya como una atenuante. Y en tercer lugar, también se opuso a que fuese utilizado como atenuante los siniestros producidos en 2016 y 2017, cuando el incumplimiento empresarial data de 2009, sin que se haya tenido en cuenta ni la proporción de siniestros en relación al total de personas trabajadoras, ni la gravedad de los mismos, siendo subjetiva la valoración judicial efectuada de considerar pocos siniestros, un total de 10 producidos en el citado periodo.

La impugnante se opuso poniendo de relieve que la suplicación no puede actuar como una segunda instancia. Se añade que la empresa ya disponía de un estudio ergonómico con los riesgos evaluados desde 2006 y su falta de actualización se debía a que entre 2013 a mayo de 2016 la empresa externalizó el servicio de pisos y es por ello que se consideró por la Inspección no actualizado. La impugnante afirma, por lo que respecta al número de trabajadores, que la media de camarera de pisos es de 19 trabajadoras y que en el número de 61 se incluyeron también las personas eventuales que en algunos casos solo habían trabajado unos días. Se añade que tampoco hubo ninguna situación de peligro. La situación era transitoria pues no se había actualizado el estudio ergonómico que tenía la empresa porque hasta mayo 2016 no se internalizó el servicio del departamento de pisos y la visita inspectora se produjo cinco meses después. La Inspección no respondió a un daño concreto producido. No hubo incumplimiento de requerimientos previos y la empresa tiene una escasa accidentalidad. Por todo ello entiende acertada la graduación de la sanción al grado mínimo, pues no se cumplen los criterios que el art. 39.3º de la LISOS, establece para graduar las sanciones en su grado máximo.

B)- Normativa aplicable B.1º-Para resolver el recurso que nos ocupa debemos partir de la literalidad del precepto legal que se denuncia infringido, el art. 39.3º de la LISOS, que dispone en materia de graduación de sanciones, lo siguiente: " Artículo 39 Criterios de graduación de las sanciones 1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios establecidos en los apartados siguientes (...)
3. En las 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 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. (...)" B. 2º-En el caso que nos ocupa no se cuestiona que la demandante incurrió en una sanción calificada de grave, de acuerdo con el art. 12.1º b) de la LISOS que tipifica como hecho sancionable, en materia de prevención de riesgos laborales: " b) 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." B.3º-Conectado con la actuación sancionadora de la Administración Pública en materia de prevención de riesgos laborales debe destacarse su triple impacto.

5 Desde la legalidad ordinaria el subsistema sancionador administrativo forma parte del sistema preventivo en general y, por lo tanto, participa de la finalidad preventiva y, en consecuencia, de la función disuasoria típica de esta materia (art. 42.1 LPRL) conectada en el caso que nos ocupa con el art. 51 de la LOIEMH por afectar a un sector profesional feminizado.

También desde la perspectiva constitucional de la función disuasorio-preventiva de tales sanciones como garantía de efectividad de la tutela jurídica frente a los riesgos profesionales, en virtud del principio constitucional de efectividad de los derechos constitucionales (integridad física , salud, protección eficaz de los riesgos, igualdad), así como del principio de eficacia del actuar administrativo (art.103 y 9.2º en relación con el art. 14 , 15 y 40 de la Constitución Española -CE - y art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ -). De otro lado, el 10.2º en relación con el art. 96 de la CE nos recuerda la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los Tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España, cuestión esta que ha sido recordada por nuestro Tribunal Constitucional en la reciente sentencia TC nº140/2018, de 20 de diciembre de 2018 .

Por último, cabe destacar también la perspectiva Comunitaria , porque estamos ante una materia derivada del derecho de la UE, tanto derecho social fundamental - art. 31 CDFUE - como la Directiva Marco a la que referimos más adelante.

B.4º- Desde la legalidad interna, El art. 3.1º del RD 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención define así la evaluación de riesgos Laborales: " 1. La evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse. Cuando de la evaluación realizada resulte necesaria la adopción de medidas preventivas, deberán ponerse claramente de manifiesto las situaciones en que sea necesario: a) Eliminar o reducir el riesgo, mediante medidas de prevención en el origen, organizativas, de protección colectiva, de protección individual, o de formación e información a los trabajadores.

b) Controlar periódicamente las condiciones, la organización y los métodos de trabajo y el estado de salud de los trabajadores. (...)" B.5º-Tal y como dispone el art. 4 y 5.1º de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales (LPRL): " Artículo 4 Definiciones 1.º Se entenderá por "prevención" el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo.

2.º Se entenderá como "riesgo laboral" la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la 6 severidad del mismo 3.º Se considerarán como "daños derivados del trabajo" las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo.

4.º Se entenderá como "riesgo laboral grave e inminente" aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores.(...)" " Artículo 5 Objetivos de la política 1. La política en materia de prevención tendrá por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.(...)" B.6º-La salud y la seguridad en el trabajo es una de las áreas donde la UE ha tenido el mayor impacto, con un marco legal sólido que cubre la cantidad máxima de riesgos con la cantidad mínima de regulaciones.

Debe destacarse aquí la Directiva Marco 89/391/CEE , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (que fue transpuesta a nuestra legislación a través de la LPRL), que establece los principios fundamentales para fomentar mejoras en la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo. Garantiza requisitos mínimos de seguridad y salud en toda Europa. La Directiva marco va acompañada de otras directivas que se centran en aspectos específicos de la seguridad y la salud en el trabajo. Específicamente el art. 4 de esta Directiva concretiza de forma clara lo siguiente: " Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que los empresarios, los trabajadores y los representantes de los trabajadores estén sujetos a las disposiciones jurídicas necesarias para la aplicación de la presente Directiva.

2. Los Estados miembros garantizarán, en particular, un control y una vigilancia adecuados ." En relación a las obligaciones generales de las empresas se establece en su art. 6.1º y 2º: "1. En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios. El empresario deberá velar para que se adapten estas medidas a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes.

2. El empresario aplicará las medidas previstas en el párrafo primero del apartado 1 con arreglo a los siguientes principios generales de prevención: a) evitar los riesgos; b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar; c) combatir los riesgos en su origen; d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y 7 de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud.

e) tener en cuenta la evolución de la técnica; f) sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro; g) planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores.(...)" Por último el art. 18 de la Directiva recoge claramente en sus Disposiciones Finales: " 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva (...)" B.7º- El art. 31.1º de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/ C 364/01 (CDFUE) establece: " Condiciones de trabajo justas y equitativas 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad.(...)" B.8º- La Carta Social Europea , abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961, garantiza los derechos sociales y económicos fundamentales y fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980. En su art.

3 se garantiza también el derecho a la Seguridad y salud en el trabajo.

B.9º- Y más allá del ámbito regional, a nivel Internacional , debe referirse el Convenio 155 de la OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. Adoptado el 22 de junio de 1981, ratificado por España en 1985. Y el Convenio nº187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006, ratificado por España el 5 de mayo de 2009 en cuyo art. 1 se establece: " (...) la expresión cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud se refiere a una cultura en la que el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se respeta en todos los niveles, en la que el gobierno, los empleadores y los trabajadores participan

activamente en iniciativas destinadas a asegurar un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema de derechos, responsabilidades y deberes bien definidos, y en la que se concede la máxima prioridad al principio de prevención." B.10º- Por último, también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 , en su art. 7.b) se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren en especial "la seguridad e higiene en el trabajo". Este Pacto fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 30 de abril de 1977.

C)- Camareras de habitaciones, sector feminizado. Integración de de la perspectiva de género, como hermeneútica interpretativa.

En el caso que nos ocupa, se añade un elemento que debe aumentar las cautelas de quien juzga, pues la sanción administrativa deriva de un incumplimiento empresarial que afecta tan solo a un sector profesional del centro de trabajo, específicamente el sector de pisos (mayoritariamente mujeres), y por ende se proyecta exclusivamente respecto al colectivo de trabajadoras, y no respecto a las restantes categorías profesionales del Hotel Hesperia Lanzarote. Debe añadirse, además, que estas trabajadoras ya habían sido objeto de externalización durante el periodo anterior comprendido entre el 29/5/13 y el 30/4/16 (Hecho probado séptimo y FJ tercero), habiendo sido internalizadas, a partir del mes de mayo de 2016. No consta en el relato fáctico que se haya externalizado ningún otro sector del centro de trabajo, mas que el de limpieza y pisos ni tampoco que se haya detectado incumplimiento en materia de prevención de riesgos respecto a otros sectores del hotel.

Esta concreta área funcional (limpieza y pisos) ha venido siendo y sigue siendo actualmente un área claramente feminizada, pues la mayoría de las personas que la integran son mujeres. Hostelería ha sido históricamente un sector muy representativo de la segregación laboral, por razón de sexo. Las funciones de acondicionamiento de habitaciones y limpieza han sido desempeñadas desde siempre por las mujeres y de igual modo los salarios abonados a ellas han venido ocupando las posiciones más bajas de las tablas salariales (Nivel IV de un total de cinco niveles). Tal feminización profesional es un hecho notorio socialmente que no requiere prueba. Ya en la propia redacción de la vieja Ordenanza de Trabajo para la Industria de Hostelería (BOE nº60 de 11 de marzo de 1.974), las categorías profesionales de, limpiadora, zurcidora, lavandera, planchadora, lencera, lavandera o costurera sólo recogían la versión femenina y aunque existía junto a la categoría de camarera de habitaciones, también otra de "camarero de habitaciones" , es lo cierto que las funciones de los camareros no eran equivalentes a las de las camareras y se limitaban a preparar el equipaje de la clientela u otras tareas complementarias.

Por ello, una vez detectado el impacto de género que tiene la infracción cometida por la empresa, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, a tenor de lo previsto en el art. 1 , 10.2 º, 9.2 º , 14 y 96 de la Constitución española , en relación con los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMIH); los arts. 2.c), d) e), 11.1º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW); en relación con el apartado II.

A- punto 15 g) de la Recomendación General nº33 sobre el acceso de las mujeres a la Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la 9 "debida diligencia" en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género , tal y como se contiene en la Recomendación general nº16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación nº16 sobre igualdad.

Desde el ámbito comunitario la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 (caso Otero Ramos , C-531/15) , conectó la falta de evaluación de riesgos laborales con la discriminación por razón de sexo.

Y también la Doctrina constitucional contenida en diversas resoluciones, como la sentencia del Tribunal Constitucional nº26/2011 de 14 de marzo de 2011 , insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impositivos de la Igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica: " (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...)." Tal y como decíamos en nuestras sentencias de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016), de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016) y de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017) entre otras, la metodología de impartición de justicia con perspectiva de género es una labor que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas: -En la tramitación del procedimiento.

- En la valoración de la prueba.

- En la aplicación de las normas sustantivas.

En el caso que nos ocupa, procede cumplir el mandato legal de integrar la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del art. 39.3º de la LISOS , en cuanto a la graduación de la sanción impuesta por la Administración competente.

D- Resolución del Recurso En el presente caso debemos partir del inalterado relato fáctico de la sentencia del 10 que pueden destacarse los siguientes hechos de relevancia para la solución del recurso: -La ITSS levantó acta de infracción contra la empresa demandada , explotadora del Hotel Hesperia Lanzarote por incurrir en infracción grave , de acuerdo con el art. 12.1º b) LISOS , " por no haber llevado a cabo la una evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo específica de los trabajadores del departamento de pisos ". Se propuso una sanción en su grado máximo (20.491 euros) por el elevado número de personas afectadas (61 camareros/as de pisos). La sanción fue confirmada por la Administración demandada. (HP 1º y 2º) -La empresa contaba en fecha 26/4/2006 con un estudio ergonómico del puesto de camarera de pisos del Hotel Hesperia Lanzarote (HP 4º) - El 3 de diciembre de 2009 , la empresa actora contrató con la Sociedad de prevención Fremap SL, la actualización de la evaluación ergonómica del sector de pisos. Se recomendó a la empresa actora la elaboración de estudios preventivos sobre riesgos ergonómicos, aplicación de fuerzas y exposición a movimientos repetitivos , que nunca se realizaron (HP 5º y FJ3º). Premap Seguridad y Salud SL, elaboró el 10 de agosto de 2016 para la actora un Plan de prevención de riesgos en el que figuraba la evaluación de los riesgos de tareas de "los trabajadores que desarrollan funciones de camarero " . (HP 8º) -La empresa actora externalizó el servicio de limpieza general de habitaciones y zonas comunes desde el 29 de mayo de 2013 hasta el 30 de abril de 2016. A partir del 1 de mayo de 2016 volvió a internalizar el citado servicio (Hp 6º y 7º) -En el hotel Hesperia Lanzarote entre enero y diciembre 2016 se registraron 10 accidentes (limpieza de locales y máquinas). De enero a marzo 2017, en todo tipo de trabajo se produjeron 3 accidentes. (HP 11º) -En el cómputo de los 61 trabajadores de plantilla del sector de pisos se incluyeron personas fijas y temporales (HP 10º).

Tal y como se ha dicho, no se cuestiona que la empresa haya incurrido en la citada infracción (grave) tal y como se señala en el acta de infracción de la ITSS de fecha 16/3/17 , lo que se combate por la

recurrente es la reducción efectuada por el juzgador de la instancia modulando la sanción a imponer a la baja en su grado mínimo, a tenor de determinadas circunstancias lo que le llevó a reducir la sanción impuesta por infracción grave de 20.491 a 2.046 euros.

Los criterios que se esgrimen en la fundamentación jurídica (FJ4º) para aplicar la citada reducción son sustancialmente 4: 1. No hubo un incumplimiento total pues "no se puede hablar de inexistencia de evaluación de riesgos laborales 2. Escasa peligrosidad de los puestos de trabajo.

3. El bajo nivel de siniestralidad tras la internalización del servicio de limpieza 4. En el cómputo de los 61 trabajadores/as contabilizados se incluyó no solo a la plantilla fija sino también a la temporal.

Es cierto, como dice la impugnante que el recurso de suplicación no se erige como una 1ª apelación o segunda instancia, correspondiendo siempre el monopolio en la valoración de la prueba al órgano judicial de la instancia. No obstante, en aquellos casos en los que se aprecie error grave en la valoración de la prueba o, como en este caso, en los elementos fácticos a tener en cuenta a efectos de modular a la baja la sanción propuesta por infracción grave por parte la Administración demandada, vinculado a una interpretación del art.

39.3º de la LISOS , sí procede en esta fase procesal su revisión, pues entramos de lleno en una interpretación jurídica aplicada al caso sentenciado.

Las sanciones previstas en la LISOS son el resultado legislativo que responde al cumplimiento de los estándares internacionales y europeos contenidos en la amplia normativa a la que hemos referido. Tienen una función jurídica , social y disuasoria que también se extiende al ámbito de la prevención de riesgos que tiene un claro impacto constitucional al afectar a la salud de la persona trabajadora (art. 15 CE), que tal y como ha declarado reiteradamente el TC, puede ser vulnerado no solo cuando se daña efectivamente sino también cuando se pone en peligro (Sentencias del TC nº 62/2007 y 160/2007 , en las que se establece que constatado objetivamente un riesgo laboral debe actuarse preventivamente -tutela constitucional preventiva.

De otro lado el impacto comunitario también es evidente , pues tal y como se establece en los arts.4 , 18.1 º y 31.1º de la Directiva 89/ 391, los Estados tienen la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos, siendo por tanto la normas sancionatorias parte de las garantías en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias e internacionales asumidas por nuestro país en materia de prevención de riesgos gracias a su función disuasoria que asegura socialmente el respeto y cumplimiento real (no formal) de la citada normativa, que dispone de una protección reforzada por afectar a la salud de la persona trabajadora y a su integridad física y psicológica.

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones deben conectarse necesariamente con los de proporcionalidad y motivación que son principios básicos que rigen la potestad sancionadora de la Administración. En virtud del principio de proporcionalidad , la sanción a imponer debe adecuarse a la gravedad de la infracción y al grado de culpabilidad. Por tanto la Administración pública no goza de discrecionalidad absoluta para la imposición de sanciones en el grado que estime conveniente , sino que debe sujetarse a las circunstancias marcadas en la ley (STS de 30 de abril de 1995 - RJ 1995/3081) .

Es en este plano de la ponderación, donde deben tenerse en cuenta los criterios de modulación de la sanción preceptuados en el art. 39.3º de la LISOS , que actúan como "circunstancias concurrentes" que limitan la discrecionalidad administrativa En segundo lugar, el principio de motivación debe también presidir las resoluciones sancionadoras para evitar la arbitrariedad lo que exige la consignación de las específicas razones y circunstancias en las que se funda la resolución sancionadora. Y a lo anterior, se añade, en este concreto caso, la perspectiva de género interpretativa porque el incumplimiento empresarial recae sobre un departamento profesional feminizado (camareras de habitaciones).

Pero no debemos olvidar que en el análisis y aplicación de los principios y normas referidas debe prevalecer la aplicación real (no solo formal) de las obligaciones preventivas de las empresas a tenor

de la LPRL, lo contrario supone banalizar y relativizar los principios que sustentan las normas internacionales, regionales e internas en materia de prevención de riesgos convirtiéndolas en un mito.

A continuación se analizan e interpretan los 4 criterios valorados por el juzgador de la instancia, en aplicación del art. 39.3º de la LISOS, para modular la sanción a la baja, que se cuestionan por la recurrente: 1º)- Respecto al incumplimiento legal. En el FJ 3º de la sentencia se recoge literalmente: "Por tanto, a la luz de lo actuado se desprende de la prueba documental, el incumplimiento de la mercantil actora de sus obligaciones del art. 16 de la LPRL, pues tras la asunción del servicio de limpieza de habitaciones, la empresa no había cumplido con las medidas técnicas previstas en la evaluación de riesgos de 2009 consistente en elaborar estudios específicos en materias propias de ergonometría de la prestación de servicios del Departamento de pisos".

De lo anterior solo puede concluirse que sí existió incumplimiento, pues las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos se exigen como una realidad y no como una mera formalidad. Debe recordarse aquí la Exposición de Motivos de la LPRL que expresamente establece: "(...)La protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas. La planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica a medida que se alteren las circunstancias, la ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados y el control de la efectividad de dichas medidas constituyen los elementos básicos del nuevo enfoque en la prevención de riesgos laborales que la Ley plantea.

Y, junto a ello claro está la información y la formación de los trabajadores dirigidas a un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad concreta que realizan.(...)" Por ello reducir el cumplimiento de estas obligaciones de impacto constitucional, a una mera formalidad, e incluso que ello pueda tener un efecto beneficioso para las empresas desde un punto de vista sancionador, pudiera ser un incentivo al incumplimiento real.

Por ello no puede en modo alguno valorarse este elemento a tener en cuenta para modular a la baja la sanción impuesta.

2ºLa escasa "peligrosidad" de los puestos de trabajo.

Según el Diccionario de la RAE peligrosidad es "cualidad de peligroso" y la acepción que se da al término peligroso es "que tiene riesgo o puede ocasionar daño".

Los estereotipos de género son ilusiones cognitivas irracionales por las que se asignan determinadas características a las mujeres respecto de los hombres. Las relaciones laborales se han visto históricamente traspasadas, entre otros, por el estereotipo de la inferioridad física de las mujeres en relación a los hombres, y se ha traducido en una normativa laboral que ha devaluado históricamente los trabajos en los que no se exige la fuerza física respecto de aquellos en los que sí se exige. Actualmente tenemos en mercado de trabajo que sigue estando altamente segmentado sexualmente. En él, las mujeres ocupan sectores menos remunerados y por tanto menos valorados y reconocidos social económica y laboralmente, como los cuidados, la limpieza, o el sector de habitaciones en el sector de Hostelería. La brecha salarial de género a nivel internacional, europeo y nacional es una evidencia estadística incuestionable, sostenida también en base a la citada feminización profesional.

Del mismo modo, el concepto "peligrosidad" utilizado por la normativa laboral se ha forjado sin perspectiva de género excluyendo aquellos trabajos feminizados como el realizado por las camareras de habitaciones, y de igual modo también se excluyeron del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, enfermedades profesionales vinculadas a la realización de movimientos repetitivos característicos de esta profesión, como el síndrome del túnel carpiano, que en cambio sí se

reconocían en otras profesiones no feminizadas (carpintería). Por ello recientemente se alcanzó un acuerdo para incluir las patologías derivadas de la actividad de las camareras de pisos en el cuadro de enfermedades profesionales.

Es por ello que el concepto "peligrosidad" contenido en el art. 39.3º de la LISOS debe interpretarse conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento, tal y como ordena el art. 4 de la LOIEMIH. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas. Se trata de lesiones de los músculos, huesos, tendones, y nervios que suelen afectar a las manos, muñecas, codos y espalda. También pueden afectar a las rodillas y los pies si el trabajo conlleva determinadas posturas forzadas, como estar mucho tiempo de rodillas o agachadas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas, como la tendinitis, síndrome del túnel carpiano, lumbalgias, ciática, hernia discal, contractura de Dupuytren y otras muchas. Además, en muchas ocasiones este tipo de lesiones somáticas se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral), todo lo cual puede precipitar en situaciones de estrés. La incapacidad que conllevan estas alteraciones supone situaciones de verdadera angustia que agravan el dolor físico y ocasionan daños o alteraciones psíquicas.

Por todo ello es evidente que no es "escasa" la peligrosidad generada para la salud psicológica (riesgo psicosocial por sobrecarga) y física de estos puestos de trabajo, por el incumplimiento empresarial.

3º- El "bajo" nivel de siniestralidad.

Esta afirmación judicial descansa sobre una apreciación subjetiva que se ampara cuantitativamente en la producción de 10 accidentes durante el año 2016 en el centro de trabajo y un total de 3 accidente durante los tres primeros meses de 2017 (HP 11º). No obstante, este concepto es relativo y subjetivo. Ya se ha dicho que la protección de la salud de la persona trabajadora, como derecho reforzado, es multinivel y tiene impacto constitucional lo que exige tomar todas las medidas preventivas posibles y previsibles para la evitación absoluta de accidentes laborales, es decir reducir la accidentalidad a cero. Entender tolerable un número de accidentes determinado (sean 3, 15 o 25), supone banalizar la importancia¹⁴ de la salud de las personas trabajadoras, lo que contraviene frontalmente los mandatos internacionales, así como la legislación interna en la actual cultura de la prevención.

4º-Elevado número de "trabajadores afectados" La propuesta de sanción del ITSS se graduó en su grado máximo por el elevado número de personas trabajadoras afectadas (61).

En la sentencia recurrida, en cambio, no se da por cumplido este requisito de afectar a un alto número de personas trabajadoras porque en la contabilización total se incluyó también al personal temporal. No obstante, este es un elemento no incluido en el art. 39.3º d) de la LISOS, en el que no se excluye a los trabajadores/as temporales, de igual modo que tampoco se excluyen de la LPRL ni de la LISOS, por el hecho de la temporalidad o fijeza de sus contrataciones. Al contrario, el art. 28 LPRLS es muy claro al exigir el mismo nivel de protección de los trabajadores temporales, que los trabajadores indefinidos, así como para todas las personas trabajadoras en formas de gestión indirecta de las relaciones de trabajo (por ejemplo en el caso de ETT).

Efectuar diferencias de trato por razón de la temporalidad contraviene claramente lo previsto en el art.

15.6º, 17 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 14 de la CE. Además el propio art. 3 de la LPRL, en su ámbito de aplicación no hace expresa exclusión de las personas trabajadoras temporales, extendiendo su aplicación " a las relaciones laborales reguladas en el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

Por todo lo expuesto, consideramos que no se dan en el presente caso criterios atenuantes para modular a la baja, la sanción impuesta por la Administración demandada, por infracción de falta grave en materia de prevención de riesgos laborales.

Pero a mayor abundamiento, debe destacarse la función disuasoria de las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos, y no cuestionándose la gravedad de la misma, incluso en el caso de haber concurrido, (que no es el caso) alguna de las atenuantes previstas en el art. 39.3º de la LISOS, resulta a todas luces desproporcionada una disminución tan sustancial de la sanción original (20.491 euros), reducida a un 10% (2.046 euros).

Por tanto se estima el recurso planteado y se revoca la sentencia dictada desestimando la demanda planteada.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 235 LRJS, no procede imposición de costas.

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

FALLO:

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda frente a la sentencia de fecha 11 de enero de 2019, del Juzgado de lo Social nº 3 de Arrecife (autos 455/18) y revocando la sentencia recurrida desestimamos la demanda planteada por la empresa Bercuma S.L.

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Arrecife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0369/19 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.