

Sentencia T.S. (Sala 4) de 23 de noviembre de 2010

RESUMEN:

Recargo de prestaciones: Se declara la existencia de falta de medidas de seguridad, ante el hecho indubitado de la situación de acoso moral y la existencia de relación de causalidad entre dicho acoso y la contingencia de accidente de trabajo, habiendo incurrido la empresa demandante en infracción grave de la normativa de seguridad y salud laboral al no impedir que la trabajadora fuese objeto de acoso moral en el ámbito laboral. Falta de contradicción.

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Noviembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de la empresa MERCADO CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID, S.A. (MERCAMADRID), contra la sentencia dictada el día 30 de octubre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación 4186/2009, que a su vez había sido formulado frente a la sentencia que con fecha 20 de mayo de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número 10 de los de Madrid en los autos número 1349/2008, seguido sobre recargo por falta de medidas de seguridad, a instancia de la mencionada recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Doña Virtudes.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Con fecha 20 de mayo de 2009, el Juzgado de lo Social número 10 de Madrid, dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Como antecedentes de procedimientos judiciales habidos entre trabajadora y empresa constan: - Sentencia de 31.10.2005 dictada por el Juzgado de lo Social n° 20 de Madrid (Autos 749/04) en Demanda de reclamación de Derechos Fundamentales interpuesta por DOÑA Virtudes con DNI n° NUM000, frente a la empresa MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS MERCAMADRID SA con el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Virtudes contra LA EMPRESA MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS MERCAMADRID S.A y siendo parte el MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro que la empresa demandada ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física y moral, ordenando el cese inmediato del comportamiento de la empresa para con la demandante y la reposición al momento anterior de producirse el mismo, con reintegro a la actora a la realización efectiva de las funciones propias de la categoría de Jefe Administrativo de 2.ª, debiendo indemnizar a la actora en la cantidad de 20.000 euros en que se cifran los perjuicios causados con dicho comportamiento." Sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación n° 1344/06 de 31.03.2006.- - Sentencia de 28.09.2006 dictada Juzgado de lo Social n° 35 de Madrid (Autos 374/05) sobre la Determinación de contingencia en materia de seguridad Social con el siguiente FALLO: "que estimando como estimo la demanda formulada por Virtudes contra INSS, TGSS, FREMAP, M.A.T.E.P y MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO MERCAMADRID, S.A., sobre determinación de contingencia profesional, debo declarar y declaro expresamente que los períodos de incapacidad temporal de la actora comprensivos de: 3.02.03 a 23.06.03.- 1.10.03 a 2.12.03.- 5.12.03 a 28.01.04.- 2.03.04 a 1.09.05.- deben ser considerados como accidente laboral.- En este sentido se obliga a las partes a estar y pasar por tal declaración con todos los efectos inherentes a tal declaración." - - Sentencia de 08.03.2007 dictada por el Juzgado de lo social n° 25 de Madrid (Autos 943/06) con el siguiente FALLO: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por Doña Virtudes, debiendo declarar y declarando que la calificación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad social, en Resolución de 8 de junio de 2006, es derivada de accidente de trabajo. Debiendo declarar y declarando el derecho de la actora a percibir mensualmente una pensión vitalicia, del 100% de su base reguladora, de 2325,32 euros, así como sus mejoras y revalorizaciones con efectos de 2 de Septiembre de 2005. Condenando a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Fremap, a estar y pasar por esta Resolución y a su

abono, como responsable directo por subrogación de la empresa demanda Mercamadrid S.A. Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid S.A, a quien también se condena a estar y pasar por ésta Resolución. Debiendo condenar a estar y pasar por ésta declaración y declarando la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social.- Debiendo absolver y absolviendo a los demandados, respecto. a las pretensiones de la actora a la base reguladora pretendida." Sentencia que recurrida dio lugar a la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación nº 4336/07 de 31.03.2008 que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid. (Folios no 140 a 151, 218 a 222, 275 a 281, 535 a 539, 605 a 652 de autos).- SEGUNDO.- La Inspección de Trabajo remite al INSS Resolución de 07.02.2007 interesando se declare la relación de causalidad entre la enfermedad sufrida por la trabajadora Doña Virtudes reconocida como accidente de trabajo y se condene a la empresa responsable al abono de un recargo del 40% de todas las prestaciones.- La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid inició expediente sobre declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene, (tras la emisión de dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades en fecha 06.03.2008) y presentación de escrito de Alegaciones por la empresa, dictó Resolución con fecha de 17.03.2008 acordando: "Primero.-Declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente que sufrió DOÑA Virtudes, el día 03.02.2003.- Segundo.- Declarar, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente citado, sean incrementadas en el 40%, con cargo a la empresa responsable MERCAMADRID SA (C.C.C. nº 28/24222189).- Tercero.- DECLARAR, la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a la mencionada empresa respecto a las prestaciones que, derivadas del accidente citado, se pudieran reconocer en el futuro, las cuales, serán objeto de notificación individualizada en la que se mantendrá de forma implícita los fundamentos de hecho y de derecho de la presente resolución." (Folios nº 347a 349, 351 a 358, 376 a 393, 397 a 412, 425.a 429, 431, 493 a 501, de autos).- TERCERO.- Frente a la anterior Resolución la empresa interpuso escrito de reclamación previa el 24.04.2008 alegando los extremos que en la misma constan, siendo Desestimada mediante Resolución que confirmó la dictada el 17.03.2008.- (Folios nº 328 a 340 de autos).- CUARTO.- La Inspección de Trabajo el 03.05.2004 levantó Acta de Infracción nº 3246/04 a la empresa Mercamadrid SA por infracción del art 4.2.e de ET "derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad" proponiendo la imposición de sanción de 3005,07 euros.- Recurrida el acta citada la Dirección General de Trabajo en fecha 19.12.2007 declaró en vía administrativa dejar sin efecto el acta promotora del expediente sancionador contra la empresa. Mercamadrid SA por importe de 3005,07 euros acordando el archivo del expediente al estimar que "se ha producido la prescripción de la infracción... los hechos ocurrieron el 09.02.2004, momento en el que se giró la visita..... y se comprueba que no se ha producido interrupción alguna de los plazos de prescripción... ". (Folios nº 395 a 396, 502 a 534, 599 a 604, de autos).- QUINTO.- Iniciado expediente para la declaración de la situación de incapacidad permanente, el INSS dictó Resolución con fecha de registro de salida el 08.06.2006 declarando a la trabajadora afecta de Incapacidad Permanente Absoluta con derecho al percibo de la prestación al 100% de la base reguladora de 1.899,21 euros y efectos desde 02.09.2005.- (Folios nº 320 de autos).- SEXTO.- La Dirección Provincial del INSS dictó resolución con fecha de Registro de salida de 27.04.2007 comunicando a la empresa Mercamadrid SA la iniciación del expediente sobre la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por Doña Virtudes en fecha 03.02.2003.- Comunicación que fue devuelta por el Servicio de correos con la indicación de "Desconocido en las señas indicadas" (Folios nº 425 y 426 de autos)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por la empresa MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTOS MERCAMADRID SA, frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y frente a la trabajadora DOÑA Virtudes, confirmo íntegramente las resoluciones dictadas por al Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y por tanto, ratifico la existencia de faltas de medidas de seguridad en el accidente de trabajo sufrido por la trabajadora, y condeno a la parte demandante a estar y pasar por la presente declaración".

Segundo.-Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia de fecha 30 de octubre de 2009, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de fecha 20 de mayo de 2009, en virtud de demanda formulada por la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD Y D.ª Virtudes, en reclamación sobre recargo por falta de

medidas de seguridad y, en consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, condenando a la recurrente a la pérdida del depósito efectuado una vez sea firme esta resolución y al abono de 500 € al Sr. Letrado impugnante de su recurso en concepto de honorarios".

Tercero.-Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empresa MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID, S.A. (MERCAMADRID), el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 3 de diciembre de 2009, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 29-03-06 (Rec. n.º 2667/05).

Cuarto.-Por providencia de esta Sala de 22 de abril de 2010, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

Quinto.-Evacuado el trámite de impugnación por la letrada de la Administración de la Seguridad Social y por la representación procesal de D.ª Virtudes, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, que interesó la desestimación del recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 16 de noviembre de 2010, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-1.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por sentencia de fecha 30 de octubre de 2009 desestimó el recurso de suplicación n.º 4186/2009 interpuesto por la empresa MERCAMADRID, S.A., confirmando la sentencia de instancia, la cual desestimando la demanda formulada por dicha empresa, consideró ajustado a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), un recargo del 40 por ciento de las correspondientes prestaciones derivadas del accidente de trabajo sufrido por la trabajadora Doña Virtudes, impuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a la empresa demandante.

2.- En el resultando de hechos probados de la sentencia de instancia, reproducido en los antecedentes de la presente resolución, constan como antecedentes de procedimientos judiciales habidos entre la mencionada trabajadora y la citada empresa, los siguientes: a) sentencia de 31 de octubre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de los de Madrid, en proceso de tutela de derechos fundamentales, por la que se declaró que la empresa ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física y moral de la trabajadora; sentencia confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior mediante sentencia de 31 de marzo de 2006; b) sentencia de 28 de septiembre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 35 de los de Madrid, sobre determinación de contingencia profesional, declarando que determinados períodos de Incapacidad Temporal entre el 3 de febrero de 2003 y el 1 de septiembre de 2005, deben ser declarados derivados de accidente de trabajo; y sentencia de 8 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 25 de los de Madrid, declarando que la Incapacidad Permanente Absoluta reconocida a la trabajadora demandante por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, derivada de accidente de trabajo; sentencia confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 31 de marzo de 2008; sentencias todas ellas firmes. El Juzgado de lo Social n.º 10 de los de Madrid, que conoció en instancia de la demanda interpuesta por la empresa contra la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que declaró la existencia de falta de medidas de seguridad, estimó que ante el hecho indubitado de la situación de acoso moral y la existencia de relación de causalidad entre dicho acoso y la contingencia de accidente de trabajo, habiendo incurrido la empresa demandante en infracción grave de la normativa de seguridad y salud laboral al no impedir que la trabajadora fuese objeto de acoso moral en el ámbito laboral, procedía confirmar las resoluciones administrativas, previa desestimación de la demanda. La Sala de suplicación, en la ya citada sentencia de 30 de octubre de 2009, mantiene el pronunciamiento de instancia, al estimar que el Juzgado de lo Social aplicó correctamente el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, toda vez que se vulneró el derecho a la integridad física de la trabajadora, habiendo resultado la propia empresa condenada por el acoso cometido.

3.- Contra dicha sentencia de suplicación, la empresa demandada recurre en casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en fecha 29 de marzo de 2006 (rec. 2667/2005). En esta sentencia, dictada también en materia de recargo por falta de medidas de seguridad, se desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, y se confirmó la sentencia de instancia, la cual había estimado la demanda formulada por la empresa, dejando sin efecto el recargo establecido en vía administrativa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el supuesto resuelto por esta sentencia, el trabajador pretendía que había cosa juzgada en relación con las sentencias dictadas en su día que reconocieron la existencia de acoso moral. La Sala razona que tal cuestión no puede volver a plantearse pues lo único que debe efectuarse en el presente procedimiento es decidir si dicho acoso moral es o no determinante de infracción de medidas de seguridad y si es imputable, desde tal perspectiva a la empresa. Las citadas sentencias trataban de una calificación de contingencia, cuestión distinta de lo que aquí se debate, esto es, si el accidente se produjo por falta de medidas de seguridad. Estima la Sala que no está acreditado que la causa que determinó el advenimiento de la enfermedad sea la infracción de medidas de seguridad concreta, sin que haya tenido conocimiento exacto la empresa de la enfermedad hasta que se dictan las sentencias que califican la contingencia como accidente de trabajo. No queda patente que la causa de la enfermedad, por más que ésta fuese declarada como accidente de trabajo, haya sido la falta de medidas de seguridad, nexo causal necesario e imprescindible, ni que se haya producido incumplimiento de norma alguna, general o particular, por la empleadora, habiéndose observado a nivel de vigilancia y diligencia ordinaria exigibles a un empresario normal.

Segundo.-1.- Las partes recurridas, trabajadora e Instituto Nacional de la Seguridad Social, al impugnar el recurso, niegan que entre las sentencias comparadas se de la necesaria contradicción, afirmación que comparte el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

2.- Con carácter previo, pues, la primera cuestión que ha de resolver la Sala es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones contrastadas concurre la necesaria contradicción que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral; y esta contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004); 15 de septiembre de 2008 (Rec. 1126/2007) y 24 de septiembre de 2008 (Rec. 1523/2007).

Tercero.-1.- Si bien es cierto que las dos sentencias comparadas resuelven supuestos de falta de medidas de seguridad, de trabajadores que en su momento sufrieron acoso moral, basta con la descripción esencial de lo resuelto en los pronunciamientos judiciales anteriores a dichas sentencias, recogido en las mismas, tal como ha quedado reflejado en el primer fundamento de la presente resolución, para poner de manifiesto que las situaciones contempladas no son homologables a los fines de la unificación doctrinal que con este excepcional recurso se persiguen. En efecto, en el caso de la sentencia que se impugna, además de existir sentencias anteriores declarativas de que la Incapacidad Temporal y la Incapacidad Permanente de la trabajadora deriva de accidente, resulta que propia empresa recurrente, en proceso de tutela de derechos fundamentales, fue condenada mediante sentencia firme, por haber vulnerado el derecho fundamental a la integridad física y moral de la trabajadora, lo que no acontece en el supuesto de la sentencia de contraste, en donde no aparece una condena anterior a la empresa por acoso moral, circunscribiéndose los procesos previos a la determinación de contingencia de Incapacidad Temporal y grado de Incapacidad Permanente.

Pero, es que además, en el caso de la sentencia recurrida se aprecia la existencia de nexo causal entre el acoso moral y la incapacidad derivada de accidente de trabajo, lo que tampoco se da en el supuesto resuelto por la sentencia de contraste. Ciertamente es, que en esta última, la Sala, tras negar

expresamente la existencia de nexo causal y el incumplimiento por la empleadora de norma alguna, general o particular, afirmando, que aquella ha observado el nivel de vigilancia en términos de razonabilidad y según diligencia ordinaria exigible a un empresario normal, significa, "que el acoso, mobbing, dada su particular naturaleza y requisitos excluye en si mismo el recargo de prestaciones que pueda devengar el trabajador sometido a él por falta de medidas de seguridad, no habiendo, esta Sala al menos no la ha encontrado, jurisprudencia que aplique el art. 123 dicho a la figura del acoso". Ahora bien, con independencia de que la Sala no considera acertada esta afirmación, se trata de un mero "obiter dicta" - sin reflejo en la decisión- en el cual no puede basarse la contradicción, como viene señalando reiteradamente esta Sala - sentencias de 25 de septiembre de 2000 (Rec. 2972/1999); 23 de enero de 2001 (Rec. 1706/2000); y 12 de noviembre de 2007 (Rec. 332/2007)-, entre muchas otras.

2.- En definitiva, se trata de dos sentencias que, en sendos supuestos particulares y concretos - también diferentes entre sí- adoptaron decisiones de signo diverso, con fundamentación distinta, en atención a las respectivas circunstancias acreditadas en cada uno de los procesos, por lo cual no puede hablarse de discrepancia doctrinal alguna que precise de unificación.

Cuarto.-1.- Los razonamientos procedentes conllevan -de conformidad con la propuesta del Ministerio Fiscal- a desestimar en este momento procesal, por falta del requisito ineludible de contradicción, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa demandada, con imposición de costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de la empresa MERCADO CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE MADRID, S.A. (MERCAMADRID), contra la sentencia dictada el día 30 de octubre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación 4186/2009, que a su vez había sido formulado frente a la sentencia que con fecha 20 de mayo de 2009 pronunció el Juzgado de lo Social número 10 de los de Madrid en los autos número 1349/2008, seguido sobre recargo por falta de medidas de seguridad, a instancia de la mencionada recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Doña Virtudes. Declaramos la firmeza de la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, al que se dará el destino legal, quedando la consignación afecta al fin que le es propio.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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