

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 4 de marzo de 2014*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 788/2013*

**SUMARIO:****Accidente de trabajo. Alcampo, S.A. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.**

Empresa, condenada con un recargo del 50%, que pretende que se rebaje a un 30%, como ocurrió en el caso de la sentencia de contraste, referido a una compañera de trabajo de la actora en la misma situación. Desestimación. El artículo 123 de la LGSS no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la «gravedad de la falta». Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional sea controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal. Así sucede, aunque no en el caso analizado, cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 123.

**PONENTE:**

*Don Jesús Souto Prieto.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Marzo de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Manuel Copa Martínez en nombre y representación de ALCAMPO, S.A. frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 10 de julio de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 5037/2011 formulado por ALCAMPO, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona de fecha 31 de enero de 2011 dictada en virtud de demanda formulada por ALCAMPO, S.A., frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y D<sup>a</sup> Ramona en reclamación de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a D<sup>a</sup> Ramona, representados por el letrado D. Andrés Ramón Trillo García y a D<sup>a</sup> Monserrat Sánchez Díaz, respectivamente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 31 de enero de 2011, el Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMO la demanda presentada por ALCAMPO, S.A. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D<sup>a</sup> Ramona en reclamación por impugnación de RECARGO POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD y confirmo la resolución administrativa que declara la existencia de responsabilidad empresarial, por falta de medidas en la situación que padece la trabajadora demandada y el incremento del 50% en las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente".

**Segundo.**

En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: D<sup>a</sup> Ramona, DNI NUM000, afiliada a la Seguridad Social con el n.º NUM001, inició un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo el 15-6-2002 bajo el diagnóstico "trastorno de ansiedad y estado de ánimo depresivo", reactivo a mobbing, durante su prestación de servicios en la empresa ALCAMPO, S.A. El accidente ha dado lugar a las prestaciones de incapacidad temporal y a la declaración de incapacidad permanente absoluta. SEGUNDO: En fecha 2-06-2006 tuvo entrada en el INSS escrito de iniciación de actuaciones procedente de la Inspección de Trabajo, proponiendo la imposición de un recargo por falta de medidas de seguridad del 50% a la empresa ALCAMPO, S.A. por entender que había incurrido en responsabilidad por omisión de medidas de seguridad en la situación de incapacidad temporal de la demandante. Por resolución de 4-03-2009 se declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por Ramona el 15-06-2002 e impuso a la referida mercantil el porcentaje del 50% propuesto sobre las prestaciones derivadas del accidente (folios 20 a 22). TERCERO: Frente a la resolución dictada interpuso reclamación previa el 27-04-2009, negando la existencia de nexo causal entre el accidente y la falta de medidas, la concurrencia de estas irregularidades formales en la tramitación del expediente. La reclamación que fue desestimada por resolución de 30-06-2009 (folios 23 a 32). CUARTO: Por sentencia del Juzgado de lo Social 21 de 15-07-2005, dictada en expediente de extinción de contrato a instancias del trabajador, se apreció la existencia de acoso moral a la Sra. Ramona . ALCAMPO, S.A. y se resolvió extinguir el contrato de trabajo (folios 85 a 91). Interpuso recurso que fue desestimado por resolución del TSJ de Cataluña de 27- 03-2006 (folios 95 a 107). QUINTO: Por sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Barcelona, de 3-03-2008 se confirmó que la situación de incapacidad temporal iniciada el 14-10-2004 por la Sra. Ramona derivaba de accidente de trabajo (folios 102 a 107). Interpuesto recurso por ALCAMPO, S.A. fue desestimado por resolución de 22-01-2010 (folios 78 a 84). Fue inadmitido el recurso frente a la misma ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por Auto de 28-05-2007 . SEXTO: La demandante tiene reconocido un grado de disminución del 47% con efectos 17-05-2007 por resolución del ICASS de 26-09-2007 por episodio depresivo mayor (folios 131 a 133). SÉPTIMO: La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción, n.º NUM002, proponiendo la imposición de una sanción a ALCAMPO, S.A. de 120.202,43 euros, por falta muy grave que se impuso en grado medio (folios 211 a 216). Apreció la inspección lesión del derecho de la Sra. Ramona a su intimidad y consideración debida a su dignidad y a su integridad física, considerando que no se adoptaron las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo. OCTAVO: La Sra. Ramona prestaba sus servicios en el centro comercial situado en Avenida de la Playa, s/n de la localidad de Sant Adrià del Besós desde el 24-5-1988, con la categoría profesional "Profesionales Com. Hogar común", ocupando el mismo puesto de trabajo en turno consecutivo con D<sup>a</sup> Nicolasa . En agosto de 2001 el centro fue asumido por ALCAMPO, S.A. al anterior titular Carrefour, SA. produciéndose la subrogación del personal, incluida la Sra. Ramona . Los procedimientos de ambas mercantiles eran diferentes, recibiendo sólo dos días de formación y en ciertas condiciones de trabajo, negándose la actora a aceptar la petición de renunciar al régimen y a las compensaciones de trabajo en festivo que tenían establecidas en contrato. Estaba asignada al stand de créditos que dependía orgánicamente de la Sección de Hogar, si bien al realizar funciones de cobro dependía también de la Sección de Caja lo que provocó tanto duplicidad como ausencia de instrucciones o que las impartidas fueran contradictorias o incompatibles, lo que dio lugar a incidentes con la coordinadora de cajas Sra. Angelica . Debía sustituir y cubrir las ausencias de dependiente del departamento contiguo de fotografía, lo que obligaba a la atención simultánea de distintos cometidos y que trabajara bajo presión, dadas las quejas de clientes. A consecuencia de dicha situación la Sra. Ramona, que no tenía antecedentes psiquiátricos, inició un proceso de incapacidad temporal del 15-6-2002 al 12-1-2003 y posteriores siendo diagnosticada de depresión mayor en relación a mobbing y prescrito tratamiento psicofarmacológico. Fue calificada la situación descrita como un supuesto de acoso moral y la obligación de prevención de la situación como integrada en el deber de protección (Informe Inspección de Trabajo folios 203 a 215). NOVENO: ALCAMPO, SA. en la fecha en que ocurrieron los hechos no había realizado una evaluación del riesgo psicosocial en la empresa respecto al puesto de trabajo de la Sra. Ramona . Se realizó el 4-03-2004 por el de prevención ajeno (FREMAP), sin detectar riesgos psicosociales relevantes, salvo los de trato con el público. No se hizo referencia en la evaluación a las circunstancias descritas respecto a la dualidad de instrucciones o a la obligación de cubrir diversos puestos".

**Tercero.**

La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la empresa ALCAMPO, S.A. dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Barcelona), sentencia con fecha 10 de julio de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar en parte el recurso de suplicación planteado por la empresa Alcampo, S.A. contra la sentencia de 31 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 19 de Barcelona en el procedimiento n.º 903/2009, que confirmamos. Sin condena en costas".

**Cuarto.**

El letrado D. Jose Manuel Copa Martínez, en nombre y representación de ALCAMPO, S.A. mediante escrito presentado el 11 de enero de 2013, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 22/2/12 (recurso n.º 6645/10 ). SEGUNDO- Se alega la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social .

**Quinto.**

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de febrero de 2014, en el que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

El tema de debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si es procedente que el recargo del 50% impuesto a la empresa ALCAMPO por falta de medidas de seguridad como consecuencia de la existencia de culpa contractual ante una situación de acoso moral, alcance el porcentaje del 50%.

La sentencia impugnada confirma la dictada en la instancia que, desestimando la demanda de la empresa, mantiene la resolución administrativa que impone un recargo del 50% por falta de medidas de seguridad.

Consta que la trabajadora había prestado servicios en el centro comercial situado en Avenida de la Playa de Sant Adrià de Besós desde el 24/05/88, con categoría "profesionales com. hogar común" ocupando el mismo puesto de trabajo en turno consecutivo con la Sra. Nicolasa . En agosto de 2001 el centro fue asumido por Alcampo al anterior titular Carrefour produciéndose la subrogación del personal. Los procedimientos de ambas mercantiles eran diferentes recibiendo sólo dos días de formación y en ciertas condiciones de trabajo, negándose la trabajadora a aceptar la petición de renunciar al régimen y a las compensaciones de trabajo en festivo que tenían establecidas en contrato. Estaba asignada al stand de créditos que dependía orgánicamente de la sección de hogar, si bien al realizar funciones de cobro dependía también de la sección de caja, lo que provocó tanto duplicidad como ausencia de instrucciones o que las impartidas fueran contradictorias o incompatibles, lo que dio lugar a incidentes con la coordinadora de cajas. Debía sustituir y cubrir las ausencias de dependiente del departamento contiguo de fotografía, lo que obligaba a la atención simultánea de distintos cometidos y que trabajara bajo presión, dadas las quejas de clientes. A consecuencia de dicha situación la trabajadora, que no tenía antecedentes psiquiátricos, inició proceso de IT del 15/06/02 al 12/01/03 y otros posteriores siendo diagnosticada de depresión mayor en relación a "mobbing", declarándose por sentencia derivado de accidente laboral el proceso iniciado el 14/10/04 . El accidente ha dado lugar a las prestaciones de IT y a la declaración de incapacidad permanente absoluta. Por sentencia, de 15/07/05, dictada en procedimiento de extinción del contrato a instancias de la trabajadora, se apreció la existencia de acoso moral y se resolvió el contrato. La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción proponiendo la imposición de una sanción a Alcampo por falta muy grave, en grado medio, apreciando lesión del derecho a su intimidad y consideración debida a su dignidad y a su integridad física, estimando que no se adoptaron las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo.

La Sala razona que existe una evidente relación causal entre la situación psicofísica de la trabajadora y la actuación deficiente de la empresa, que consta en los pronunciamientos judiciales firmes reseñados y que la empleadora ha infringido los artículos 4.2.d ) y 19 del ET y 14,1 y 2 y 4, 7.º de la LPRL, porque tienen la obligación genérica y concreta de vigilar y garantizar la integridad física del trabajador, sin que quede demostrado que existiera alguna medida de prevención adecuada para evitar el daño en el trabajo como el accidente. Concluyendo que el 50% impuesto por el INSS es procedente.

La sentencia referencial, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22/02/12 (R. 6645/10 ), estima en parte el recurso interpuesto por Alcampo SA y rebaja el recargo de prestaciones impuesto a la empresa al 30%. En dicha resolución se aborda el caso de la compañera de la actual recurrente, que prestaba servicios por cuenta de Alcampo, en el mismo centro de trabajo y con igual categoría de "profesional complementos hogar común". Constando, también, sendas sentencias firmes, acordando la extinción del contrato laboral a petición de la trabajadora y declarando que la IT iniciada el 21/12/04 derivaba de accidente de trabajo. A ello se une que, por resolución del INSS se reconoció la situación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente laboral, y que la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción por falta muy grave, en grado medio a Alcampo SA, imponiendo una sanción de 120.202,43 euros.

La Sala afirma que resulta acreditada la relación causa efecto entre la enfermedad psiquiátrica padecida por la trabajadora y el acoso moral a que fue sometida, y la infracción de la normativa de seguridad imputable al empresario, que permite o no evita esa situación. No obstante, entiende que atendiendo a las circunstancias concurrentes, no resulta acorde el mantenimiento del recargo del 50% impuesto. Y concluye que es más correcto, en aplicación de una doctrina judicial ya consolidada, rebajar el recargo al 30%.

### **Segundo.**

Concurre el presupuesto de la contradicción, ya que:

a) En los dos casos, se trata de trabajadoras de Alcampo SA que han prestado servicios en el mismo centro, con igual categoría y en la misma época.

b) En uno y otro supuesto, las trabajadoras han permanecido en situaciones de IT y han sido declaradas afectas de incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo. Y, también, ambas han visto extinguida su relación laboral en virtud de sentencia dictada en procedimientos de resolución contractual ex artículo 50 del ET, apreciando la existencia de acoso moral.

c) En los dos litigios, consta que la Inspección de Trabajo levantó acta de infracción n.º NUM002 por falta muy grave, en grado medio a Alcampo SA, imponiendo una sanción de 120.202,43 euros.

d) Tanto la sentencia recurrida como la referencial deciden sobre demandas interpuestas por Alcampo SA, impugnando el recargo del 50% impuesto por el INSS.

e) Pese a la similitud de supuestos fácticos y de pretensiones, las sentencias comparadas llegan a fallos distintos, pues mientras la ahora recurrida mantiene el porcentaje del 50%, la referencial lo rebaja al 30%.

### **Tercero.**

Denuncia la empresa recurrente la infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS ).

Como señala nuestra sentencia de 19 de enero de 1996 (rcud. 536/95 ): "La doctrina más ajustada a derecho de las dos confrontadas es la contenida en la sentencia impugnada. El art. 93.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1974 -LGSS 74-, que es el aplicable al caso (y la misma redacción tiene el art. 123.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994 -LGSS 94-) establece un recargo "de un 30 a un 50 por 100" de las prestaciones económicas por riesgos profesionales cuando ha existido infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es la "gravedad de la falta". Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz legal. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece el máximo rigor sancionador. "

En el caso examinado, la infracción administrativa se basó en que la situación de trabajo lesionaba el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad e integridad física de la trabajadora y se calificó como falta muy grave que debía ser sancionada con la sanción prevista para tales faltas, en su grado medio. En el orden laboral, el recargo del que tratamos puede oscilar entre un 30% (mínimo) y un 50% (máximo), cuya fijación quedará a la apreciación del juzgador según las circunstancias del caso, siempre que no resulte arbitrario y fuera de toda lógica, con arreglo al "criterio jurídico general de gravedad de la falta", como ocurriría por ejemplo fijando el porcentaje máximo en caso de una falta leve o el mínimo en caso de una falta muy grave.

Pues bien, el recargo puede oscilar entre el 30% y el 50% pero la empresa recurrente ciñe su recurso a pedir solamente la fijación de un 30%, como en la sentencia de contraste, la cual se ajusta menos que la aquí recurrida a los parámetros de prudente arbitrio antes aludidos, ya que fija el porcentaje mínimo para una falta también muy grave, sin especificar que circunstancias toma en cuenta para tal valoración, todo lo cual conduce a entender más ajustada a derecho la que ahora se impugna, por lo que procede desestimar el motivo y el recurso formulado.

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 letrado D. José Manuel Copa Martínez en nombre y representación de ALCAMPO, S.A. frente a la sentencia de la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 10 de julio de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 5037/2011 formulado por ALCAMPO, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Barcelona de fecha 31 de enero de 2011 dictada en virtud de demanda formulada por ALCAMPO, S.A., frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y D<sup>a</sup> Ramona en reclamación de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Se imponen las costas a la empresa recurrente, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y dese a las consignaciones que se hayan efectuado el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.