

TSJ País Vasco social 08 de Mayo de 2007

n la Villa de Bilbao, a 8 de mayo de 2007.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, Presidente, DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR. y DOÑA ANA-ISABEL MOLINA CASTIELLA., Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por Feli A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº4 (Donostia) de fecha veintisiete de Octubre de dos mil seis, dictada en proceso sobre AEL, y entablado por Feli. A.G. frente a INSS y Eloy V.G .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./ña. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

Antecedentes de Hecho

**PRIMERO.**-La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"Primero.-Dª Feli. A.G. venía prestando sus servicios para D. Eloy V.G, titular de una empresa que en el tráfico mercantil gira con el nombre comercial de "Lan", en el centro de trabajo que ésta tiene en la calle Santa Cruz, número 9, de la localidad de Orereta, desde el 30 de Septiembre de 1991, con la categoría profesional de oficial administrativa, y con un salario mensual de 1.532,21 euros.

Segundo.- La empresa "Lan" se dedica a la asesoría laboral y fiscal, y cuenta con un único centro de trabajo dividido en dos espacios físicos, por un lado el despacho del titular del negocio, que es una zona acristalada y separada del resto de la dependencia, y otra zona común, en la que se distribuyen los empleados en mesas de trabajo en grupos de dos.

Tercero.- Hasta mediados del año 2000, también prestaba sus servicios para D. Eloy Villarejo García una hermana de Dª Feli. A.G., cuyo nombre y demás datos no constan, hermana que causó baja voluntaria en la empresa a mediados del año 2000, y para sustituir a la hermana de Dª Feli. A.G., D. Eloy V.G procedió a contratar a otra trabajadora, Dª Marta E., que tenía estudios superiores, en concreto la Licenciatura en Ciencias Económicas, a pesar de lo cual fue contratada con la categoría profesional de auxiliar administrativa.

Cuarto.- Las relaciones entre Dª Feli. A.G. y Dª Marta E. fueron mal desde el primer momento, y ello generó situaciones de enfrentamiento entre ambas, en las que también intervinieron los demás empleados de la oficina, enfrentamiento que se vió agravado por el hecho de que a finales del año 2001 cesaron en la empresas "Lan" otros dos trabajadores con la los que Dª Feli. A.G. había mantenido buenas relaciones de trabajo.

Quinto.- El 13 de Mayo del 2002, D<sup>a</sup> Feli. A.G. pasó a la situación de incapacidad temporal con cargo a la contingencia de enfermedad común, con un diagnóstico de "depresión leve secundaria", siendo atendida durante la misma por los servicios de "Osakidetza", los cuales le dieron el alta médica el 14 de Julio del 2002, tras la cual D<sup>a</sup> Feli. A.G. se reincorporó a su puesto de trabajo en la empresa "Lan".

Sexto.- El 17 de Julio del 2002, D<sup>a</sup> Feli. A.G. tuvo una recaída del proceso de incapacidad temporal que había iniciado el 13 de Mayo del 2002, y pasó de nuevo a la situación de incapacidad temporal con cargo a la contingencia de enfermedad común, siendo atendida por los servicios médicos de "Osakidetza".

Mientras permanecía en situación de incapacidad temporal, D<sup>a</sup> Feli. A.G. inició un expediente administrativo para solicitar que se declarara que los periodos de incapacidad temporal que había iniciado el 13 de Mayo del 2002 y el 17 de Julio del 2002 eran imputables a la contingencia de accidente de trabajo, siendo resuelto el mismo por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de Julio del 2003, que declaró que el período de incapacidad temporal que D<sup>a</sup> Feli. A.G. había iniciado el 13 de Mayo del 2002 era imputable a contingencia profesional, tras lo cual fueron los servicios médicos de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap" los que se hicieron cargo de la atención médica de D<sup>a</sup> Feli. A.G., y le extendieron el alta médica el 11 de Julio del 2003, tras lo cual D<sup>a</sup> Feli. A.G. se reincorporó a su puesto de trabajo en la empresa "Lan".

Séptimo.- La Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap" interpuso un recurso de reposición contra la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de Julio del 2003, al considerar que los periodos de incapacidad temporal en litigio debían ser imputados a la contingencia de enfermedad común, y tras agotar la previa vía administrativa interpuso una demanda ante los Juzgados de lo Social de Gipuzkoa, demanda que en turno de reparto correspondió al Juzgado de lo Social número Uno de los de Gipúzkoa, ante el cual la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap" presentó escrito de desistimiento el 10 de Mayo del 2006, teniéndosele por desistida de su demanda mediante auto del Juzgado de lo Social número Uno de los de Gipuzkoa de 12 de Mayo del 2006.

Octavo.- El 3 de Febrero del 2003, D<sup>a</sup> Feli. A.G. interpuso una demanda ante los Juzgados de lo Social de Gipuzkoa para solicitar que se rescindiera el contrato de trabajo que mantenía con la empresa "Lan", propiedad de D. Eloy V.G., demanda que en turno de reparto correspondió al Juzgado de lo Social número Uno, el cual resolvió el expediente por sentencia de 10 de Abril del 2003, en la que se estimó la demanda, se declaró rescindido el vínculo laboral existente entre D<sup>a</sup> Feli. A.G. y D. Eloy V.G, y se condenó a D. Eloy V.G a abonar a D<sup>a</sup> Feli. A.G. una indemnización de 26.620,24 euros por la rescisión de su contrato de trabajo, más una indemnización adicional de 8.873,41 euros, en concepto de resarcimiento de los daños morales.

Noveno.- D. Eloy V.G interpuso un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Gipuzkoa de 10 de Abril de 2003, recurso que resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por sentencia de 6 de Junio del 2004, en la que se desestimó el recurso interpuesto y se confirmó la sentencia de instancia.

D. Eloy V.G interpuso un recurso de casación en unificación de doctrina, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 6 de Junio del 2004, recurso que no admitió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por auto de 5 de Diciembre del 2005. Este auto es firme.

Décimo.- D. Eloy V.G ha interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 6 de Junio de 2004, recurso que en el momento de celebrarse la vista oral del expediente estaba pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional.

Décimoprimer.- El 2 de Septiembre del 2003, D<sup>a</sup> Feli. A.G. inició un expediente administrativo para solicitar que se impusiera a la empresa "Eloy V.G" un recargo del 50% en las prestaciones de Seguridad Social derivada del acoso moral o mobbing al que se había visto sometida, siendo resuelto el mismo por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 28 de Enero del 2004, que denegó la petición de D<sup>a</sup> Feli. A.G..

Décimosegundo.- En la empresa "Lan", propiedad de D. Eloy V.G., no se ha realizado ningún plan de prevención de riesgos laborales.

Décimotercero.- Se ha realizado la previa reclamación administrativa, habiendo sido la misma desestimada mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 17 de Marzo del 2004".

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo la demanda, declaro que la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 28 de Enero del 2004, que denegó la petición de recargo por falta de medidas de seguridad que realizó D<sup>a</sup> Feli. A.G., es conforme a derecho y debe ser ratificada, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo a D. Eloy V.G al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, de los pedimentos de la demanda".

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado por la parte recurrida.

**CUARTO.-** El 7 de marzo de 2007 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 24 de abril siguiente en términos que, al no asumirlos la magistrada inicialmente designada como ponente, dieron lugar a que la sentencia aprobada se redactara por otro de los magistrados intervinientes.

Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup> Feli. A.G. recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de San Sebastián, de 27 de octubre de 2006, que ha desestimado la demanda que interpuso el 23 de abril de 2004 pretendiendo que se declarase que en el accidente de trabajo causante de las situaciones de incapacidad temporal en que había estado del 13 de mayo al 15 de julio de 2002 y del 17 de julio de

2002 al 11 de julio de 2003 concurrió falta de medidas de seguridad, condenando a D. Eloy, como empresario suyo, a abonarla un recargo del 50% en las prestaciones económicas derivadas de dicho accidente.

Pronunciamiento que el Juzgado sustenta, en síntesis, en que el accidente en cuestión, determinante de esas situaciones de incapacidad temporal, consistió en la situación de acoso de la que fue víctima la demandante en la empresa, que el empresario no pudo prever al ignorar que pudiera llegar a producirse, no existiendo norma que imponga medida preventiva alguna contra el acoso laboral.

Recurso por el que la demandante trata de cambiar esa decisión del litigio por otra que acoja su demanda, a cuyo fin articula dos motivos, respectivamente amparados en el art. 191-b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en los que acusa tres errores en los hechos probados (concretamente, una afirmación que quiere suprimir en el ordinal sexto y dos omisiones que quiere incluir en el séptimo y octavo) y una concreta infracción jurídica.

Se ha opuesto al mismo el demandado.

Antes de acometer su examen conviene recapitular los hechos relevantes que el Juzgado declara probados: a) D. Eloy es el titular de una asesoría laboral y fiscal que cuenta con un único centro de trabajo, dividido en dos espacios físicos (el despacho del titular, en zona acristalada y separada del resto; la zona común, en la que prestan sus servicios los empleados en mesas de trabajo, agrupados de dos en dos); b) D<sup>a</sup> Feli. empezó a trabajar en esa empresa el 30 de septiembre de 1991, siendo su categoría última la de oficial administrativa y su salario el de 1532,21 euros/mes, habiéndose extinguido la relación laboral en virtud de sentencia dictada el 10 de abril de 2003 por el Juzgado de lo Social num. 1 de San Sebastián, al estimarse la demanda que la trabajadora interpuso al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), condenándose a su empresario a pagarla una indemnización de 26.620,24 euros (propia de esa causa) más otros 8.873,41 euros en concepto de resarcimiento por los daños morales sufridos a consecuencia de la conducta de acoso que se adujo y justificó esa decisión extintiva, en decisión ratificada por esta Sala el 6 de junio de 2004 y por auto del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, estando pendiente de resolverse recurso de amparo interpuesto por D. Eloy ante el Tribunal Constitucional; c) hasta mediados del año 2000 trabajó en dicha empresa una hermana de D<sup>a</sup> Feli. A.G., que causó baja voluntaria en la misma, contratando D. Eloy, para sustituirla, a D<sup>a</sup> Marta, licenciada en ciencias económicas, a pesar de lo cual se la reconoció categoría de auxiliar administrativa; d) las relaciones entre D<sup>a</sup> Feli. A.G. y su nueva compañera fueron mal desde un primer momento, generando situaciones de enfrentamiento entre ellas, en los que también intervinieron los demás empleados de la oficina, y se agravaron a finales de 2001, a raíz de que cesaran en la empresa dos trabajadores con los que D<sup>a</sup> Feli. A.G. había mantenido buenas relaciones de trabajo; e) el 13 de mayo de 2002 inició ésta situación de incapacidad temporal con diagnóstico de depresión leve secundaria, atendida por Osakidetza al reconocerse como derivada de enfermedad común, dándola el alta para el trabajo el 14 de julio siguiente (domingo), reincorporándose a la empresa, si bien el 17 de ese mes recayó en la misma; f) estando en esa situación, interesó del INSS que atribuyese su baja a accidente de trabajo, que así lo reconoció el 23 de junio (no julio, en error de transcripción que la Sala salva) de 2003, haciéndose cargo de la situación desde entonces Fremap (que si bien impugnó

judicialmente esa resolución, acabó desistiendo de ella en mayo de 2006), cuyos servicios médicos la dieron el alta el 11 de julio de 2003, reincorporándose la demandante a su trabajo; g) D<sup>a</sup> Feli. A.G. instó el 2 de septiembre de 2003, ante el INSS, expediente para imposición de recargo por falta de medidas de seguridad, con resultado denegatorio por resolución de dicho Instituto de 28 de enero de 2004; h) en la empresa demandada no se ha realizado plan de prevención de riesgos laborales.

Conviene resaltar, por último, que la tramitación del actual litigio quedó en suspenso en tanto no existía pronunciamiento firme en los litigios seguidos sobre la extinción del contrato y sobre la contingencia de la incapacidad temporal (éste, a su vez, suspendido en función del anterior).

**SEGUNDO.-** A) Nuestro ordenamiento jurídico no configura el recurso de suplicación como un remedio para que el Tribunal pueda examinar, con libertad de criterio, el modo en que el Magistrado de instancia, con base en los medios de prueba obrantes en el proceso, ha obtenido su convicción sobre los hechos controvertidos entre los litigantes, sino que ha limitado su capacidad de revisar su relato a aquéllos extremos que resulten evidenciados con base exclusiva en prueba documental o pericial válidamente practicada en el proceso y sean trascendentes en orden a cambiar el pronunciamiento final del litigio.

Así resulta de lo dispuesto en el art. 191-b) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con su art. 97-2.

De lo expuesto, resulta: a) la necesidad de que el recurrente precise la versión que el Magistrado debió recoger en los hechos probados y, en su caso, la parte de su relato a la que sustituye; b) la inadmisibilidad de las modificaciones que se apoyen en otro medio de prueba distinto a esos dos, bien entendido que no obsta a que si un precepto legal atribuye a algún otro medio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, pueda alcanzarse esta consecuencia pero solo si se denuncia la infracción de dicha norma; c) la insuficiencia del apoyo en documento o pericia, si éste carece - por sí solo, o en virtud de otros medios de prueba practicados en el proceso que la contrarrestan-, de fuerza de convicción suficiente como para mostrar a la Sala de manera patente, sin dejar resquicio a la duda, el error sufrido por el Magistrado; d) la inoperancia práctica, en orden al éxito final del recurso, de las revisiones que, reveladas por medio hábil, no sean suficientes para cambiar la resolución del litigio que éste ha efectuado, sin perjuicio de que hayan de tomarse en consideración en orden a razonar sobre las denuncias que el recurrente efectúa atinentes al derecho aplicable para solventarlo.

A la luz de lo expuesto analizaremos la triple revisión de hechos probados suscitada en el motivo inicial del recurso.

B) Se denuncia, en primer lugar, que debe eliminarse la mención a la reincorporación al trabajo que tuvo lugar tras el alta de 11 de julio de 2003, dado que el contrato se había extinguido en virtud de la sentencia de 10 de abril de ese año, lo que ampara en el contenido de ésta y de las posteriores resoluciones judiciales que la ratificaron, aportadas a los autos por copias no impugnadas.

La Sala lo admite (como también lo hace el demandado), aunque sin que resulte relevante para alterar el pronunciamiento recaído, pues de ello no deriva que esas situaciones de incapacidad temporal se debieran a un incumplimiento preventivo

empresarial, como es exigible para la imposición del recargo, según veremos más adelante.

C) Se acusa, en segundo lugar, que en el ordinal séptimo no se haya recogido que la resolución del INSS que atribuyó la situación de incapacidad temporal a accidente laboral se sustentaba en que la relación causal entre el trabajo y la patología determinante de aquéllas había quedado ya acreditada en la sentencia dictada en el litigio sobre la extinción del contrato de trabajo; además, que también reclamó contra el cambio de contingencia D. Eloy e igualmente desistió de su demanda. Invoca la resolución del INSS, el auto de desistimiento y la reclamación previa de D. Eloy.

Hechos que la Sala también admite (al igual que D. Eloy en su escrito de impugnación), pero también son inocuos para modificar el pronunciamiento recaído por la misma razón que en el caso anterior.

D) Finalmente, en cuanto al ordinal octavo, plantea que se tenga por reproducido el contenido de la sentencia del Juzgado y, en particular, que ésta declaró vulnerado el derecho fundamental a la integridad moral de D<sup>a</sup> Feli. A.G., que ampara en el contenido de la misma.

La Sala lo acepta (como también D. Eloy), pero como ya anunciamos, sin relevancia para cambiar la suerte del pleito, por idéntica razón a las revisiones precedentes.

**TERCERO.-** A) Se denuncia, desde la vertiente jurídica, que la sentencia ha vulnerado el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) por falta de aplicación, en relación con los arts. 4, 14, 15-1-g), 16-2-a), 25, 36, 39, 42-3 y 48 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), así como la doctrina aplicada por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 2 de octubre de 2000 sobre la compatibilidad del recargo de prestaciones con la indemnización resarcitoria de daños y perjuicios por accidentes de trabajo.

B) El empresario tiene contraída con sus trabajadores una deuda de seguridad por el único hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito organizativo, al tener que dispensarles una protección eficaz en la materia a fin de que hagan efectivo el derecho que, al respecto, les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, derivado del que tienen a conservar su integridad física, reconocido en los arts. 4-2-d y 19-1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y art. 14-1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Obligación que le exige, específicamente, cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 14-3 LPRL) y, con carácter más general, adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14-2 LPRL), previendo a tal fin las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 15-4 LPRL).

Éstos, por su parte, no están exentos de deberes en esta materia, pues han de observar las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19-2 ET). De ahí que también la normativa sobre prevención de riesgos laborales les imponga determinadas obligaciones. No obstante, su trasgresión no exonera al empresario de cumplir con su deber en esta materia (art. 14-4 LPRL)

Medidas que forman parte del conjunto de las previstas por nuestro legislador para dar cumplimiento al deber que nuestra Constitución le impone en orden a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40-2).

Deuda de seguridad a cargo del empresario, para cuya efectividad, en el marco de esas medidas, nuestro ordenamiento jurídico configura diversos medios, uno de los cuales es el previsto en el art. 123-1 LGSS, por el que se establece un recargo en todas las prestaciones económicas de seguridad social derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuya producción, o en la de sus efectos dañosos, haya sido elemento decisivo, único o compartidamente con otras causas, el incumplimiento de una medida de seguridad exigible al empresario. Prestación a cargo directo de éste, en cuantía comprendida entre un 30% y un 50% de incremento, del que no le exonera la trasgresión por el trabajador de su respectivo deber al efecto, siempre y cuando la conducta de éste no traiga consigo la ruptura del nexo causal entre incumplimiento empresarial y accidente o daño sufrido.

Dicho de otra forma y reiterando lo que esta Sala ha afirmado anteriormente (sentencia de 4 de julio de 2006, rec. 800/06, con cita de otras muchas), lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en dicho precepto no radica en analizar si el trabajador lesionado por razón del trabajo, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si éste hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el siempre imprescindible -a estos efectos- nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador lesionado, determinando la ausencia de la responsabilidad empresarial tipificada en el art. 123-1 LGSS. De ahí que puedan resumirse en tres los requisitos precisos para que proceda la responsabilidad empresarial que analizamos: a) que un trabajador sufra lesiones en un accidente de trabajo o por enfermedad profesional; b) que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad; c) que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión. Hay, no obstante, alguna excepción: si el accidente se lo causa el trabajador a propósito o resulta decisiva una conducta suya constitutiva de imprudencia temeraria, ya que en ambos casos no hay responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad, incluso aunque hubiese incumplimiento preventivo suyo causal, radicando la razón de la salvedad en que en estos casos no hay, legalmente, accidente de trabajo (art. 115-4-b LGSS); igualmente, y por igual razón, cuando medie culpa civil o criminal del empresario, de un compañero del accidentado o de un tercero, siempre que la conducta de éstas no guarde relación alguna con el trabajo (art. 115-5-b LGSS).

Adviértase bien el sentido de esa regulación querida por nuestro legislador: no impone el recargo al empresario normalmente incumplidor de sus obligaciones en materia de seguridad, cuando resulta que una lesión concreta no se debe a uno de esos incumplimientos que a diario realiza; por el contrario, quien puede ser modélico cumpliendo esas obligaciones pero tiene un puntual fallo del que deriva lesión, ha de responder con el recargo.

A la luz de lo expuesto, hemos de ver si en la patología sufrida por D<sup>a</sup> Feli., determinante de la situación de incapacidad temporal que se inició el 13 de mayo de

2002 y que se mantuvo hasta el 13 de julio de 2003 (salvo los episódicos dos días de reincorporación al trabajo: el 15 y 16 de julio de 2002) y que está reconocida como derivada de accidente de trabajo, se dan los otros requisitos exigidos para la imposición del recargo al empresario demandado: concretamente, que éste incumplió una medida preventiva que haya sido elemento causal de dicha patología.

C) A fin de no desorientarnos en ese análisis, hemos de efectuar algunas consideraciones que ayudan a despejar ciertas sombras o dudas que se ciernen sobre esa cuestión vital: una cosa es que haya relación causal entre la lesión sufrida y el trato recibido en la empresa; otra, que éste sea indebido y merecedor, por ello, de una indemnización de daños y perjuicios; y una tercera, que dicho trato debiera haberse prevenido para evitar ese tipo de lesión.

La primera de esas cuestiones afecta a la calificación de la lesión como accidente de trabajo, lo cual únicamente incide en el recargo por falta de medidas de seguridad en cuanto que sin accidente de trabajo no cabe imponerlo, constituyendo el primero de los requisitos de éste, pero no es suficiente con ello por sí solo, al exigirse también los otros dos anteriormente mencionados. Requisito cuya existencia no se ha cuestionado en el litigio por D. Eloy, en coherencia con el hecho de que en su día desistiera de la demanda que había presentado impugnando la resolución del INSS que atribuyó a accidente de trabajo esa situación de incapacidad temporal, expresamente fundada en la mencionada conducta de hostigamiento o acoso sufrida por la hoy recurrente; tampoco lo ha negado el Juzgado, que parte de que fue esa conducta empresarial la determinante de que sufriera la patología causante de la referida situación de incapacidad temporal.

D) La segunda de ellas es que, para la imposición del recargo, no es relevante cualquier incumplimiento empresarial de sus deberes laborales con el trabajador accidentado sino únicamente uno destinado a prevenir los accidentes de trabajo.

Si así lo indicamos es porque la demandante asigna singular relevancia al hecho de que su contrato de trabajo se haya extinguido por haber sufrido la misma conducta empresarial que ahora invoca como sustento de su derecho al recargo, no advirtiendo que si el contrato se extinguió con ese amparo e, incluso, que generó derecho a una indemnización que le resarcía de los daños y perjuicios ocasionados no fue porque esa conducta se estimara constitutiva de un incumplimiento preventivo por su empresario sino de una trasgresión de su derecho a un trato digno en el ámbito de la relación laboral. Claro es que D<sup>a</sup> Feli. A.G. no estaba obligada a soportar ese comportamiento que tuvo en la empresa y que esa conducta empresarial era reprochable, constituyendo causa justa para que su contrato de trabajo se extinguiera por su voluntad formal, pero en realidad provocado por ese trato que estaba recibiendo, y, por ello, con derecho a la indemnización propia de un despido improcedente. Conducta, incluso, de especial gravedad, por cuanto se ha estimado que llegó a vulnerar su derecho fundamental a la integridad moral (repárese, no a la integridad física) y, por tanto, merecía resarcírsela de los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, de ahí nada resulta, a priori, en orden a estimar que ha habido incumplimiento empresarial de sus deberes preventivos hacia D<sup>a</sup> Feli., pues estamos ante obligaciones patronales distintas.

En este terreno, conviene descartar, de antemano, la invocación de la jurisprudencia citada en el recurso, dado que la doctrina que proclama es la compatibilidad de la indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios ocasionados por un accidente de



trabajo causado por incumplimientos de deberes empresariales preventivos y el recargo por falta de medidas de seguridad, en tanto en cuanto el importe de éste no ha de tenerse en cuenta para el cálculo de esa indemnización, pero lo cierto es que, en el caso de autos: a) la indemnización de daños y perjuicios se ha fijado por vulneración del derecho fundamental a la integridad moral, en relación con el tipo de trato recibido, y no, por tanto, por un incumplimiento preventivo; b) el Juzgado no ha sustentado su pronunciamiento en una incompatibilidad entre la indemnización reconocida por esa causa y el recargo aquí pretendido.

E) La tercera, que el análisis a realizar, tanto en cuanto a los hechos como a la legislación vigente, ha de hacerse en función de la situación existente en mayo de 2002, puesto que fue entonces cuando surge la lesión calificada luego como accidente de trabajo. Por tanto, la pregunta a hacerse es si con anterioridad a esas fechas, cuando se produce la depresión secundaria al trato que estaba recibiendo en la empresa, ésta incumplió algún deber preventivo que, de haberlo atendido satisfactoriamente, hubiera evitado esa concreta patología. Lo cual nos lleva a la cuestión nuclear del pleito.

**CUARTO.-** A) Yerra el Juzgado cuando sostiene que el tipo de daño que sufrió la demandante no era posible prevenirlo. Sin embargo, no era exigible a su empresario que lo hiciera desde sus obligaciones preventivas, aunque sí lo era desde otro de sus deberes laborales. Esta última circunstancia no es relevante para la imposición del recargo y, por ello, debemos confirmar el pronunciamiento recaído.

Cuanto acabamos de exponer sintéticamente merece una explicación.

B) La legislación preventiva de los riesgos laborales tiene por objeto promover la salud y seguridad de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 2-1 LPRL). Por riesgo laboral se entiende la posibilidad de que un trabajador sufra una enfermedad, patología o lesión con motivo u ocasión del trabajo (art. 4-3º LPRL), lo cual abarca, sin género de duda, a los denominados riesgos psicosociales: esto es, aquellas enfermedades que afectan al estado anímico o psíquico de una persona y se producen con motivo u ocasión del trabajo.

Interesa destacar que, a estos efectos, resulta del todo irrelevante que ese tipo de enfermedad esté provocado por una conducta empresarial lícita o ilícita. Los deberes preventivos, en este campo, no se vinculan a un comportamiento ilegal del empresario sino a uno con potencialidad de causar daño al trabajador, se ajuste o no a derecho.

C) Instrumentos esenciales del plan de prevención son la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (art. 16-2 LPRL).

La evaluación de riesgos es la base sobre la que el empresario ha de asentar la planificación de su política de seguridad laboral y supone, en términos simples, la emisión de un diagnóstico sobre los peligros de daños para la salud que trae consigo su actividad empresarial.

Obligación dinámica, que no se satisface con la simple evaluación inicial, debiendo actualizarse, cuando menos, cada vez que cambian las condiciones de trabajo, como también ha de ponerse en cuarentena, reevaluando, cada vez que el daño a evitar se

consume (art. 16-2-a LPRL). Condiciones de trabajo que incluyen, a estos efectos, cualquier característica del trabajo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador, entre las que expresamente se menciona a la organización y ordenación del trabajo (art. 4-7º-d LPRL).

Obligación que no es de carácter formal, en la medida en que, hecho el diagnóstico, debe llevar aparejada la adopción de medidas preventivas de manera planificada (art. 16-2-b LPRL).

D) El daño a la salud por conductas de acoso en una empresa es evitable, en la medida en que estén previstos instrumentos que, a modo de cortafuegos, permitan que el trabajador quede alejado de la situación tóxica que lo provoca, sea ésta un determinado grupo humano o una concreta persona. En nuestro país existen cada vez más convenios colectivos que imponen medidas preventivas al respecto, estableciendo reglas para que los trabajadores que se consideran objeto de esas conductas tengan cauces que les permitan denunciarlas con una cierta garantía de que se afronta, regulando el procedimiento a seguir en esos casos a fin de que su análisis no quede contaminado por la persona o grupo al que se imputa la conducta acosadora. En algunos países de nuestro entorno ese tipo de medidas está previsto con carácter general. Claro es que, en esos casos, no se evitara el daño si, a pesar de las medidas preventivas del riesgo, el trabajador no hace uso de ellas, su aplicación en el ámbito de la empresa se tergiversa o, simplemente, se revelan ineficaces.

E) En el caso de autos, los hechos probados ponen de manifiesto que en la empresa demandada no existía plan de prevención de riesgos laborales, lo cual constituye un patente incumplimiento preventivo (art. 16-1 LPRL), que además afecta al punto cardinal de las obligaciones preventivas del empresario.

No obstante, como hemos visto, no basta con la existencia de un incumplimiento preventivo, pues también se precisa su relación causal con el accidente, lo cual reconduce nuestro análisis a preguntarnos si, de haber existido, se habría evitado el daño a la salud que la demandante sufrió.

La respuesta a ese interrogante es que no lo habría impedido, dado que no era exigible entonces que la evaluación de riesgos incluyera, como uno de ellos, enfermedades psíquicas vinculadas a conductas de hostigamiento, dado que: 1) no existía en mayo de 2002 norma legal o convencional que obligara a incluirlos en la evaluación; 2) el reducido tamaño de la empresa y las condiciones en que se desarrollaba el trabajo (con todos los empleados en un recinto común, salvo el titular de la empresa, aunque uno y otros pueden verse, dada la cristalera existente) no favorecían su existencia; 3) no consta que hubiera antecedentes, en la misma, de patologías de ese tipo vinculadas a conductas de esa naturaleza sufridas por la demandante o por alguno de sus compañeros; 4) tampoco consta ni resulta notorio que, en esas fechas y en el sector laboral en que se inserta la demandada, se dieran conductas de acoso generadoras de daños a la salud, sin que tampoco existiera conciencia social en nuestro país de que tal circunstancia se da en cualquier tipo de organización empresarial. Sostener que, en esas circunstancias, era reprochable a D. Eloy que no se hubiera evaluado el riesgo de daños anímicos por conductas de hostigamiento no se ajusta al modo en que nuestro ordenamiento contempla la evaluación de riesgos, ya que no pretende que con ella se conozca, desde

un primer momento, cualquier posible riesgo de daño para la salud por muy eventual que pueda consumarse (distinto habría sido si ya se hubiera visto que el daño se había producido alguna vez en la empresa o suele darse en un tipo de empresa similar). Dicho de otra forma, aunque la empresa hubiera evaluado, lo razonable es que no hubiera incluido al acoso como un factor de riesgo que había que prevenir, sin que fuera reprochable que sucediera así, y, por ello, no se habrían adoptado medidas preventivas. Medidas que tampoco se ha alegado que estuviera obligado a adoptar D. Eloy por razón de norma convencional que impusiera determinadas obligaciones patronales destinadas a prevenir los daños en la salud por ese tipo de conductas. Resulta significativo, a este respecto, que el propio recurso de la demandante no incida singularmente en esa ausencia de plan de prevención o de medida preventiva concreta, haciendo hincapié en otro extremo, como es que el empresario conocía la conducta de hostigamiento a la que estaba siendo sometida por sus compañeros y, sin embargo, no tomó medidas para evitarlo.

F) Línea argumental que la Sala no puede acoger, porque se centra en la causalidad de la conducta empresarial pero no en la existencia de incumplimiento preventivo.

Claro es que el empresario conoció el tipo de trato que la demandante recibía de D<sup>a</sup> Marta (como expresamente se recoge en la sentencia que resolvió su pretensión extintiva), pero en modo alguno significa que tuviera conciencia de que esa conducta generaba un riesgo para su salud, por lo que no era exigible que adoptara medidas para evitar que enfermara. Hemos subrayado estas palabras porque, en orden al recargo litigioso, es el elemento que importa y no que D. Eloy debiera haber cortado esa conducta por una razón distinta, como era la que derivaba de su derecho a un trato digno en el curso de la relación laboral.

G) No estamos, pues, ante una patología generada por la ausencia de plan de prevención laboral en la empresa demandada. Estamos ante un buen ejemplo de incumplimiento preventivo patente (y de máxima entidad, pues afecta al elemento nuclear del deber de protección empresarial), pero irrelevante para imponer el recargo litigioso, ya que no se habría evitado el trastorno anímico sufrido por la demandante aunque D. Eloy lo hubiera atendido. Éste debería haber evitado la conducta sufrida por aquélla que generó esa patología, pero no por razón de un deber laboral preventivo sino por una obligación laboral de otra índole, lo cual no constituye título suficiente para imponer un recargo que exige, como requisito imprescindible, que en esas consecuencias lesivas haya sido decisivo un incumplimiento de una norma preventiva.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, no puede acogerse.

**QUINTO.-** La demandante disfruta del beneficio de justicia gratuita, dado que litiga por su condición de beneficiaria del sistema de seguridad social (art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero), lo que impide imponerle el pago de las costas causadas por su recurso, al no concurrir ya el supuesto previsto al efecto en el art. 233-1 LPL y no resultar temeraria su interposición.

Fallo

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D<sup>a</sup> Feli. A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de San Sebastián, de 27 de octubre de 2006, dictada en sus autos num. 316/04, seguidos a instancias de la hoy recurrente, frente a D. Eloy V.G, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre recargo por falta de medidas de seguridad, confirmando lo resuelto en la misma.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR.

Por medio de este voto particular quiero expresar mi discrepancia con la sentencia de esta Sala dictada en este Recurso de suplicación nº 511/07, por las razones que ahora se dirán. Comparto los términos de la decisión en cuanto a la revisión de los hechos probados, pero no así la resolución dada al recurso, que entiendo debió ser la que ahora se transcribe.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia desestimando la demanda de Dña. Feli. A.G. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D. Eloy V.G en reclamación frente a Resolución del INSS denegando recargo de prestaciones de Seguridad Social, confirmando esa Resolución y absolviendo a los demandados de todas las pretensiones. La demandante recurre en suplicación esa sentencia.

SEGUNDO.- El artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo

que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 191-c) de la Ley de Procedimiento Laboral, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 123 LGSS, en relación a los artículos 4, 14, 15.g), 16.2.a), 25, 36, 39, 42.3 y 48 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como de la doctrina consolidada dictada por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 2 de octubre de 2000 - Rcu. 2393/1999, -.

Argumenta la recurrente, en esencia, que es errónea la conclusión de la instancia de que, habiendo sido la actora indemnizada por los daños morales que sufrió por el acoso a que fue sometida, no procede el recargo de prestaciones solicitado. También combate el argumento de la instancia de que no es posible imponer el recargo por falta de medidas de seguridad porque no es posible prevenir el tipo de daño que sufrió y no es exigible a la empresa unas medidas preventivas sobre un riesgo que ignora si puede llegar a producirse.

Alega la demandante que el empresario ha de promover la seguridad y salud de los trabajadores y que el empresario no sólo no puede menoscabar, sino que tampoco puede adoptar una actitud pasiva ante el menoscabo que otros agentes del entorno laboral estuvieran provocando en la salud de una persona trabajadora; que en el presente caso el empresario mantuvo una participación activa en la situación de acoso y no adoptó ninguna medida preventiva ni corrigió la conducta de otros trabajadores.

Recordemos ahora los hechos declarados probados, tal como han sido fijados por la sentencia recurrida, con la modificación que hemos estimado a petición de la demandante. Son los siguientes: Dña. Feli. A.G. comenzó a prestar servicios para el demandado D. Eloy V.G el 30 de septiembre de 1991 como Oficial Administrativa; la empresa se dedica a labores de asesoría laboral y fiscal y tiene un único centro de trabajo dividido en dos espacios: uno, el del titular del negocio, constituido por una zona acristalada separada del resto; el otro, una zona común, en la que trabajan los empleados, en mesas de trabajo de a dos; hasta mediados del año 2000 también trabajó en la empresa una hermana de la demandante, que causó baja voluntaria y fue sustituida por Dña. Marta E., Licenciada en Ciencias Económicas, que fue contratada con la categoría de Auxiliar Administrativa; las relaciones entre Dña. Marta y Dña. Feli. A.G. fueron malas desde el primer momento y hubo enfrentamientos entre ambas y con otros trabajadores, empeorando la situación cuando, a finales del 2001, cesaron en la empresa otros dos trabajadores que habían mantenido buenas relaciones con la demandante; el 13 de mayo de 2002 la actora pasó a situación de IT por enfermedad común, con el diagnóstico de "depresión leve secundaria", siendo dada de alta el 14 de julio del mismo año y reincorporándose a su trabajo; el 17 de julio se produjo una recaída y pasó de nuevo a situación de IT también por enfermedad común; entretanto, Dña. Feli. A.G. instó expediente administrativo de determinación de contingencia, que terminó con la Resolución del INSS que declaraba que la situación de baja médica era imputable a contingencia profesional, declaración que fue judicialmente combatida, pero desistida la demanda en el año 2006; el 11 de julio de 2003 la demandante fue dada de alta médica; previamente, el 10 de abril de 2003 se dictó sentencia que devino firme tras ser confirmada por otra de esta Sala e inadmitido recurso de casación para unificación de

doctrina por el TS, en la que se extinguía el contrato de la actora por haber sufrido acoso moral o mobbing y se condenaba al empresario demandado a indemnizarle por tal rescisión en la suma de 26.620,24 euros y a una indemnización adicional de 8.873,41 euros por daños morales; dicha sentencia se halla recurrida ante el Tribunal Constitucional; la demandante ha solicitado se impusiera a la empresa recargo de prestaciones de Seguridad Social en un 50%, lo que el INSS ha desestimado en Resolución confirmada por la instancia en la sentencia ahora combatida; en la empresa demandada no se ha realizado ningún plan de prevención de riesgos laborales.

El recurso plantea su oposición a la sentencia en dos planos o aspectos, tal como más arriba hemos indicado. En consecuencia, analizaremos cada plano, que contiene un reproche jurídico distinto, por separado.

#### A) PROCEDENCIA DEL RECARGO DE PRESTACIONES EN SUPUESTOS DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.

a). La calificación del acoso moral como accidente de trabajo.

Con carácter general ha de proclamarse que el daño causado por un accidente de trabajo puede ser resarcido mediante una serie distinta de acciones compatibles entre sí, a saber: a) acciones para el percibo de prestaciones de Seguridad Social; b) acciones derivadas del incumplimiento de medidas de seguridad; c) acciones en reclamación, en su caso, de las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, y d) acciones derivadas de la culpa contractual o extracontractual.

En el presente caso, nos hallamos ante la impugnación de una resolución del INSS declarando la inexistencia de falta de medidas de seguridad en el accidente de trabajo del que ha derivado una situación de IT con posterior recaída, por depresión subsiguiente a situación de acoso moral sufrido en el trabajo por la demandante, constando expresamente la inexistencia de ningún plan de prevención de riesgos laborales en la empresa.

Resulta, pues, presupuesto previo para el análisis de la cuestión controvertida, que nos hallemos ante un riesgo que pueda ser calificado de accidente de trabajo, pues de lo contrario, no podría entrar en juego el artículo 123 LGSS cuya aplicación se reclama. En tal sentido, recordaremos que son múltiples ya los pronunciamientos judiciales que tienen declarado que son atribuibles a la contingencia de accidente de trabajo determinadas enfermedades o situaciones psíquicas generadas por razón del trabajo, hubiera o no habido acoso. Por otra parte, en el presente caso, nada queda por discutir al respecto, toda vez es firme la Resolución del INSS que declaró que la situación de IT en que se halló la demandante derivaba de accidente de trabajo. A ello ha de añadirse que también es firme - pendiente de recurso de amparo ante el TC - el pronunciamiento de haberse producido una situación de acoso moral en el trabajo, del que la demandante ha sido víctima.

b). La prevención del riesgo de acoso moral.

Una de las razones de la instancia para desestimar la demanda es la de que, pese a que en este caso se produjo un daño para la actora derivado de una situación de acoso, no es posible imponer el recargo por falta de medidas de seguridad porque sencillamente no

es posible prevenir el tipo de daño que sufrió y no eran exigible a la empresa unas medidas preventivas sobre un riesgo que ignora si puede llegar a producirse.

Por definición, el término "riesgo" supone incertidumbre acerca de su producción. Sin perjuicio de otras definiciones y aproximaciones, resulta más que razonable que se acuda a la definición que de este término se contiene en el artículo 4.2º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que regula la Prevención de Riesgos Laborales - en adelante, LPRL -, que así se pronuncia: "A los efectos de la presente Ley y de las normas que la desarrollen: (...) 4º "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 severidad del mismo".

En consecuencia, es claro que el riesgo supone posibilidad de producción de un daño derivado del trabajo, sin que se exija la más mínima certidumbre acerca de la mayor o menor probabilidad de su concurrencia y sin que quepa negar la propia y mera posibilidad de que el riesgo exista. Así, el riesgo de acoso moral no se halla conjurado por ninguna circunstancia específica que concurriera en el entorno laboral en que la demandante se hallaba inmersa; esto es, el riesgo de acoso existía, como existe siempre en cualquier medio de trabajo, sin perjuicio de que nunca se concrete por las medidas que se hubieren adoptado, incluso aunque ello no se hubiera hecho de manera consciente. Cuestión distinta es que el empleador no hubiera llegado a calibrar la existencia del propio riesgo, pero ello es, precisamente, objeto de la normativa sobre prevención de los riesgos laborales, pues no puede dejarse en manos del empleador la determinación o apreciación de la existencia de los propios riesgos, como luego se verá.

No puede negarse ya hoy que el riesgo de acoso moral puede ser prevenido y que existe un amplio abanico de medidas preventivas en este terreno. A tal efecto, nos remitimos a los análisis que han sido recogidos en el estudio realizado por el Observatorio Vasco sobre el acoso moral en el trabajo, que lleva por título "El acoso moral -mobbing- en los lugares de trabajo: comprender para intervenir" - Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco - Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social; Vitoria-Gasteiz, 2004 -. Dicho estudio recoge un buen número de medidas preventivas del acoso moral como riesgo profesional, pudiendo ahora enumerarse, a título meramente ejemplificativo y sin entrar a desarrollar cada una de ellas, las siguientes: cambios en el diseño del trabajo, cambios en los sistemas de liderazgo-dirección, fijación de los estándares de conducta ético-social de la organización, mejora de la posición social de cada persona y vigilancia de la salud.

Pero esa protección frente al acoso no sólo se concluye de determinados estudios científicos, jurídicos o de otra rama de conocimiento. También la prevé el artículo 4.2.e) ET, al declarar el derecho de los trabajadores, en la relación de trabajo, al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso.

Así, no cabe duda de la plena aplicabilidad de las normas generales contenidas por la LPRL, dado que existen, sustancialmente, el riesgo de un daño derivado del trabajo y los medios o medidas que pueden prevenir su concreción o su avance.

Veámoslo: La propia Exposición de Motivos de la LPRL ya expresa que "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". Esta manifestación es la evidencia del salto cualitativo que la norma constituye respecto a la situación anterior, ya que, frente al principio de que "todo daño debe ser resarcido" se sitúa ahora el principio de que "todo daño debe ser evitado". En este sentido, hay que recordar diversos conceptos que se sitúan en el núcleo de la protección de la persona del trabajador - artículo 4 LPRL -. Así, la prevención es el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo, incluyendo su planificación, ordenación y control, así como la formación e información a los trabajadores. El riesgo laboral es la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Son daños derivados del trabajo, las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo o con ocasión del trabajo. Los procesos, actividades, operaciones, equipos o productos potencialmente peligrosos son los que, en ausencia de medidas preventivas específicas, originen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores que los desarrollan o utilizan. Cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizados en el trabajo se considera equipo de trabajo. Finalmente, hay que recordar también que condición de trabajo es cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador, incluyéndose específicamente en esta definición, entre otras, "todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador". Ahora bien, la cuestión a responder es la de hasta dónde llega ese deber de protección, hasta dónde hay que prevenir o, lo que es lo mismo, qué hay que prevenir. La LPRL dedica sus artículos 14 y 15 al derecho a la protección frente a los riesgos laborales y a los principios de la acción preventiva, respectivamente. El artículo 14.1 previene que "Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" y que "El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales". A ello se añade la previsión de su artículo 14-2 de que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", lo que supone que el empleador debe intentar no ya que no se produzca ningún riesgo, sino garantizar que tal daño no va a producirse, considerándose, desde luego, incluida la salud psíquica dentro del global concepto de salud a proteger. Sobre cómo hay que prevenir, el artículo 15.1.g de la misma Ley, al referirse a los Principios de la acción preventiva, prevé la necesidad de que el empresario aplique las medidas que integran el deber de prevención y protección con arreglo, entre otros, a los siguientes principios generales: "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". En este aspecto del contenido de la prevención no hemos de olvidar la previsión del artículo 16.3 LPRL, de que "Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos", previsión llamada a tener un importante juego en los casos de daño o lesión psíquica derivada de acoso en el trabajo. En base a lo anterior, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales y a fin de que se adopten las medidas de protección previa necesarias, la empresa ha de adoptar la



siguiente acción preventiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 LPRL, a saber: realización de una evaluación, en la que, a tenor de lo antedicho, habrá de incluirse el análisis de los riesgos psicosociales, especialmente de determinados aspectos o factores (sobrecarga en el trabajo, aspectos organizativos, distribución de responsabilidades, toma de decisiones, relaciones...) así como las características personales de los trabajadores, tal como se contempla en el artículo 25 de la misma Ley, evaluación que habrá de ser revisada y actualizada cuando cambien cualquier factor o condición de los analizados (cambios organizativos, nuevas tecnologías, reestructuración de personal, falta de recurso, carga de trabajo, situaciones en las condiciones personales o biológicas de algún trabajador...), a lo que habremos de añadir también, cuando se produzca algún supuesto de acoso y cuando de ello se haya podido producir algún daño para la salud de los trabajadores. El segundo paso es el de establecer un plan de prevención en el que se integren las medidas preventivas, en lo que nos interesa, tendente a evitar los conflictos de relaciones y el acoso, o si éste surge evitar las repercusiones en la salud de los trabajadores. Todo ello sin descuidar el deber de formación e información que se recoge en el artículo 19 LPRL y de la vigilancia periódica de la salud que contempla su artículo 22. En definitiva, la existencia de riesgos psicosociales derivados de una situación de acoso puede y debe ser prevenida dentro de los mecanismos de la Ley 31/1995. Todo ello sin perjuicio de la profundización en la prevención de este riesgo mediante otras vías, sin duda imprescindibles, como la implicación de las partes sociales para hacer frente a los ataques contra la dignidad de los trabajadores, a través de la negociación colectiva y la implantación de códigos de conducta en las Empresas, tal como se ha llevado a cabo en algunos sectores de producción de este mismo Estado. A ello no obsta el Criterio Técnico 34/2003 de la Inspección de Trabajo sobre mobbing. En efecto, no sólo por cuanto que esta Sala no se halla en absoluto vinculada por su contenido, sino por cuanto que el mismo no es pacífico. En efecto, la publicación antes referida "El acoso moral.", realizada por el Observatorio Vasco sobre acoso moral en el trabajo - mobbing -, en el que han participado, entre otros, dos Inspectores de Trabajo, recoge en su página 55 que "(.) hemos de resaltar el hecho de que el Criterio Técnico 34/2003 no obedece a la aplicación previa de una resolución de la citada Conferencia Sectorial. Más aún: consta la oposición de varias Comunidades Autónomas a su contenido así como su afirmación de que no han sido consultados previamente a pesar de que el Criterio Técnico señale justamente lo contrario".

c). El incumplimiento del deber de prevenir el riesgo. La aplicación del artículo 123 LGSS.

Bien, ya hemos concluido que el riesgo de acoso es potencialmente prevenible y jurídicamente exigible. El incumplimiento del deber de prevenirlo nos conduce al artículo 123 LGSS, que prevé la imposición del recargo reclamado, en los siguientes términos, en lo que a este pleito interesa: 1.- "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100 cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás

condiciones del trabajador". Y es la concurrencia de la falta de medidas de seguridad en los términos legalmente previstos y su incidencia en la producción del accidente lo que hemos de analizar ahora, atendiendo a la realidad fáctica proporcionada por la sentencia de instancia.

Discutida doctrinalmente si este deber de seguridad lo es de medios o de resultado, puede concluirse que, con independencia de la posición que se adopte, la producción del riesgo no puede provocar de manera automática la responsabilidad empresarial, sino que es preciso, como tradicionalmente se ha venido estableciendo, que el daño se cause por un incumplimiento empresarial y que entre ambos exista un nexo de conexión consistente, básicamente, en falta de diligencia empresarial.

Así, pudiera entenderse que la responsabilidad a la que nos referimos lo es de resultado, de manera que la obligación de seguridad equivaliera a una responsabilidad objetiva, como se deduciría del precitado artículo 14-2 y del artículo 15-4 del mismo que impone al empresario la adopción de dispositivos y medidas de seguridad para tutelar al trabajador incluso contra incidentes que pudieran derivarse de su propia impericia, negligencia o imprudencia (a "distracciones o imprudencias no temerarias" se refiere el precepto). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de septiembre de 1.997, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, ha determinado la exigencia de aquel nexo causal, lo que nos aleja de esa posible responsabilidad objetiva.

Pese a todo, esa deuda de seguridad no va a cumplirse, como se ha dicho más arriba, con un mero cumplimiento formal de la normativa en materia de seguridad e higiene, sino que va a seguir exigiéndose el criterio de la posibilidad que ya venía utilizándose antes de la entrada en vigor de la norma que se analiza, para fijar los límites de la obligación empresarial.

Por otra parte, dentro del criterio de que el empleador debe poner todos los medios posibles para evitar el daño -en esto consiste el criterio de la posibilidad al que aludimos -, existirían los subcriterios de la razonabilidad -utilización de todos los medios razonables - y el de la máxima seguridad técnicamente posible, subcriterio éste que esta Sala ha mantenido en su sentencia de 15 de abril de 1.998, al remitirse a las posibilidades técnicamente posibles. Evidentemente, pese a ello, siempre existirá un cierto grado de riesgo, que ha de limitarse a exonerar de responsabilidad al empresario en supuestos excepcionales por hechos ajenos a él, imprevisibles y de consecuencias inevitables, pese a la diligencia observada, como el supuesto contemplado en la sentencia de esta Sala de 17 de mayo de 1.998.

En el presente caso ninguna medida preventiva adoptó en ningún momento la empresa para prevenir el riesgo de acoso y el daño para la demandante, y ello pese a que transcurrieron prácticamente dos años desde que comenzaran los enfrentamientos entre la actora y la Sra. Marta E. y la primera situación de IT de la trabajadora, siendo así que en dichos enfrentamientos participaban también los demás empleados de la oficina y que todos compartían un único espacio, colocados en mesas de a dos, a la vista continua del empleador, separado tan sólo por una superficie acristalada, lo que evidencia que conocía tal situación.

El tiempo que duró la situación descrita y la absoluta pasividad del empresario nos llevan a concluir que incumplió frontalmente sus obligaciones de prevenir este riesgo, lo

que no hizo de manera particular pese a conocer la situación de tensión y acoso ni de manera más general mediante la elaboración del preceptivo Plan de Prevención de Riesgos Laborales, inexistente en la empresa, por lo que su conducta entra de lleno en la previsión del denunciado artículo 123 LGSS. En consecuencia, entendemos procedente la imposición del recargo reclamado y en el porcentaje solicitado - el máximo imponible - dadas todas las circunstancias que han rodeado el caso - duración de la situación; conocimiento de la misma por el empleador; pasividad absoluta de éste; daño causado a la demandante, tanto en su salud psíquica como en su derecho fundamental a la dignidad, en que se sustenta la figura del acoso -.

## B). LA COMPATIBILIDAD CON LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

La otra razón de la instancia para desestimar la demanda era, como se ha dicho antes, la de que, pese a ser cierto que se produjo un daño para la actora, éste ya se indemnizó con la indemnización adicional fijada por daño moral en la sentencia que estimó su demanda de extinción de su contrato de trabajo ex artículo 50 ET.

Pues bien, hay que estimar el recurso también en este aspecto, y declarar que el percibo de aquella indemnización no obsta a la declaración e imposición del recargo.

En efecto, hay que hacer notar que las responsabilidades derivadas de la producción de un accidente de trabajo son todas ellas compatibles, a excepción de las relativas a las infracciones administrativas y penales, por aplicación del principio "non bis in ídem", que impide imponer sanciones diversas por un mismo incumplimiento, principio que no afecta a la compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la sanción administrativa, según STS de 17 de febrero de 1999 - Rjud. 2085/98 - . Acerca de esta cuestión, es meridianamente clara la dicción de la STS de 2 de octubre de 2000 - Rjud. 2393/00 - del Pleno de la Sala de lo Social, que se refiere al recargo de prestaciones previsto en el artículo 123 LGSS, que determina que "esta responsabilidad es "independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción". Tras ello, manifiesta esta sentencia que "La esencial regla de independencia y compatibilidad ex art. 123.3 LGSS, cabe entenderla reflejada y refrendada en el ulterior art. 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8-XI), cuando dispone que "las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema". Este precepto claramente distingue tres tipos de responsabilidades que declara compatibles: a) las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador; b) las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados; y c) las indemnizaciones de recargo de prestaciones económicas. También en otras normas, éstas de carácter reglamentario, se interpreta y reitera que el recargo de prestaciones "es compatible con la responsabilidad administrativa, penal o civil que derive de los hechos constitutivos de la infracción" (art. 27.I Real Decreto 928/1998 de 14-V, Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social)". En la misma línea se han pronunciado con posterioridad las SSTS de 14 de febrero y 9 de octubre de 2001.

En consecuencia, el recurso será definitivamente estimado, revocándose la sentencia recurrida y estimándose íntegramente la demanda origen de este litigio.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas, por haber vencido la parte recurrente (artículo 233-1 LPL).

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Feli. A.G. frente a la Sentencia de 27 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia, en autos nº 316/06, revocando la misma, estimando la demanda iniciadora de estas actuaciones dirigida por la actora frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y D. Eloy V.G, declarando que todas las prestaciones derivadas de la situación de acoso que padeció la demandante han de ser incrementadas en un 50% por haberse producido por falta de medidas de seguridad, condenando a su abono a la empresa demandada, absolviendo al resto de demandados.

Así por éste mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leído y publicado fué el anterior voto particular de la Iltma Sra. D<sup>a</sup> GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, que lo suscribe, junto con la sentencia, todo ello en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.