

El correcto cumplimiento del deber de prevención ante el acoso: la diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y la indemnización por los incumplimientos

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo**

Amanda Moreno Solana

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Carlos III de Madrid*

Extracto

Resulta muy interesante observar cómo muchas de las sentencias de nuestros tribunales llegan a conocer de los asuntos de acoso a través de los procedimientos de vulneración de derechos fundamentales, pero en conexión con el derecho a la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras. Tal es el caso de la sentencia objeto del comentario que se presenta en este trabajo. Analizaremos la importancia del cumplimiento de las medidas de prevención en relación con los riesgos psicosociales, la importancia de la puesta en marcha y funcionamiento del protocolo de acoso, y las consecuencias que tiene el incumplimiento de estas obligaciones preventivas en relación con la responsabilidad por daños.

Palabras clave: acoso; prevención de riesgos laborales; riesgos psicosociales; indemnización por daños y perjuicios; protocolos.

Cómo citar: Moreno Solana, Amanda. (2021). El correcto cumplimiento del deber de prevención ante el acoso: la diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y la indemnización por los incumplimientos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 213-223.

Correct compliance with the duty to prevent harassment: diligent management of psychosocial risk factors and compensation

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 299/2021, of 22 March

Amanda Moreno Solana

Abstract

It is very interesting to observe how many of the judgments of our courts come to know about harassment issues through the procedures of violation of fundamental rights, but in connection with the right to occupational health and safety of workers. Such is the case of the judgment that is the subject of the comment that is presented in this work. We will analyze the importance of compliance with prevention measures in relation to psychosocial risks, the importance of the implementation and operation of the harassment procedure, and the consequences of non-compliance with these preventive obligations in relation to liability for damages.

Keywords: harassment; occupational health and safety; psychosocial risks; compensation for damages; internal action procedures.

Citation: Moreno Solana, Amanda. (2021). Correct compliance with the duty to prevent harassment: diligent management of psychosocial risk factors and compensation. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 299/2021, of 22 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 213-223.

1. Marco normativo. La regulación del acoso a las puertas de la ratificación del Convenio 190 de la OIT

El acoso moral, acoso psicológico, *mobbing*, o simplemente acoso laboral, no tiene, hasta fecha actual, una definición en nuestro ordenamiento jurídico laboral. Sí en el ámbito penal, en el [artículo 173 del Código Penal](#), pero nada podemos encontrar sobre el concepto y la protección de estas posibles conductas en el ámbito laboral. No ocurre lo mismo con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, para los que la legislación sí que ha establecido una definición y un marco de regulación en la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Es por ello por lo que una de las primeras cuestiones que tendrá que hacer el legislador español cuando se ratifique el [Convenio 190 de la OIT](#) (2019) será entrar a regularlo, definiendo tal acoso y sus elementos configuradores y estableciendo el marco preventivo en el que se ha de ubicar. Pero hasta que eso ocurra, han sido las resoluciones judiciales de nuestros tribunales y el Tribunal Constitucional (TC) en su reciente Sentencia (STC) [56/2019, de 6 de mayo](#), los que han ido perfilando el concepto de acoso moral, con mayor o menor acierto.

Los tribunales ordinarios han venido definiendo el acoso laboral tanto de forma positiva como negativa, es decir, han realizado un análisis de los casos, diferenciando entre lo que sí es acoso moral y lo que no lo es.

En este sentido, se considera acoso laboral la violencia psicológica intensa o extrema realizada en el marco de una relación de trabajo, llevada a cabo con reiteración y cierta prolongación en el tiempo, con el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 7 de noviembre de 2017, rec. 715/2016](#)). En este caso, como en la mayoría de la doctrina de suplicación, la intención de dañar, el producir un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales, y el carácter complejo, continuado y predeterminado del hostigamiento se han venido configurando como los elementos esenciales de este tipo de acoso.

Y no se considera acoso laboral las conductas que se producen desde una relación simétrica que definen un conflicto entre las partes en el ámbito del trabajo, bien sea de carácter puntual, en un momento concreto, o más permanente. Evidentemente, todo conflicto afecta al ámbito laboral, se da en su entorno, e influye en la organización y en la relación laboral; pero no puede considerarse *mobbing* o acoso laboral si no reúne las condiciones de la definición dada por los tribunales. No se considerarán conductas de acoso aquellas sobre las que, aun pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos (por ejemplo, las

amonestaciones fundadas por no realizar bien el trabajo, cuando no contengan descalificaciones improcedentes) o bien cuando las pruebas presentadas, aun no siendo falsas, no sean consistentes. Tampoco se considera acoso laboral las acciones de violencia en el trabajo, realizadas desde una posición prevalente de poder respecto a la víctima, pero que no sean realizadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo. Hasta la fecha, nuestra jurisprudencia ha entendido que estas conductas pueden tratarse de auténticas situaciones de maltrato psicológico en el trabajo, similares a las incluidas en el *mobbing*, pero sin el componente de repetición y duración que se requiere en aquel, ya sea porque son realmente esporádicas o porque son denunciadas en una fase precoz, no pueden considerarse como situaciones de acoso laboral.

Es bien sabido que el conflicto es inherente al trabajo, por lo que cierto grado de conflictividad es consustancial a las relaciones laborales. Además, el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, precariedad del empleo y falta de estabilidad laboral, no debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado (SSTSJ de [Cataluña de 1 de diciembre de 2017, rec. 4179/2017](#); y de [Galicia de 9 de noviembre de 2017, rec. 2778/2017](#)).

La [STC 56/2019, de 6 de mayo](#), ha dado un importante y decisivo paso en la definición del derecho fundamental a la integridad moral en su proyección sobre las relaciones laborales en un caso de acoso laboral en la función pública, pero perfectamente trasladable a cualquier relación de trabajo, abriendo así un nuevo camino al venidero [Convenio 190 OIT](#). En esta sentencia se valora la vulneración del derecho a la integridad moral ([art. 15 Constitución española –CE–](#)) en relación con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona ([art. 10 CE](#)) por los hechos que el demandante consideraba constitutivos de acoso laboral. Se trata de una sentencia muy interesante porque matiza de forma contundente el elemento de la intencionalidad ([Molina Navarrete, 2019](#)), que tradicionalmente la justicia ordinaria había venido exigiendo, como hemos puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, pero que no ha terminado de calar entre los magistrados y magistradas que han analizado casos resueltos con posterioridad a esta sentencia. Es el caso de la [STSJ de Andalucía/Granada de 4 de julio de 2019 \(rec. 2922/2018\)](#) que entiende que no se produce acoso laboral porque no se dan los elementos establecidos en la doctrina del propio TSJ de Andalucía, en cuyo fundamento jurídico sexto recoge claramente como elementos del acoso moral la existencia de conductas o comportamientos humillantes o vejatorios, la reiteración de esos comportamientos, la intencionalidad de la conducta, y que entre el daño psicológico producido (se haya conseguido o no la finalidad perseguida) y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación exista una clara y patente relación de causalidad, que habrá de ser, en todo caso, objeto de prueba por quien alegue el acoso. O el caso de la [STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2020 \(rec. 1720/2019\)](#) en la que sí se reconoce la existencia de un acoso, pero sobre la base y argumentos tradicionales del acoso, sin referencia ni rastro de la STC.

Resulta curiosa alguna otra sentencia que sí ha recogido la reciente doctrina del TC, incluso trasladándola a los argumentos de la fundamentación jurídica, simplemente para después volver a traer a colación los elementos que tradicionalmente se han considerado en la concurrencia del acoso por los tribunales ordinarios, denegando supuestos que probablemente deberían haber tenido una solución diferente. Y ello porque los tribunales se basan en la concurrencia de los elementos de una manera efectiva, pero no en el riesgo de producir esa conducta y en la probabilidad de que se produzca el daño o la lesión. Tal es el caso de las SSTSJ de [Cataluña de 27 de mayo de 2020 \(rec. 6447/2019\)](#) y de [Madrid de 21 de febrero de 2020 \(rec. 847/2019\)](#). Así pues, es en este punto donde quizá una fundamentación de las situaciones de acoso en la prevención de riesgos puede ser una posible solución para entender que no es necesaria ni la intencionalidad ni la existencia del daño efectivo para entender vulnerados los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Veámoslo a continuación con el comentario a una sentencia muy interesante.

2. Supuesto de hecho. Demanda por vulneración del derecho a la integridad física y moral y por vulneración de la Ley de prevención de riesgos laborales

Toda situación posible o hipotética de acoso, o aquellas otras conocidas y toleradas por la empresa, o sobre las que no se han llevado a cabo las evaluaciones y comprobaciones necesarias, conllevarán, entre otros, un incumplimiento en materia preventiva por parte de la empresa de las obligaciones fijadas y derivadas del [artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales \(LPRL\)](#) en orden a garantizar la salud y seguridad de las personas trabajadoras a su servicio.

Aunque no contamos con datos que nos permitan corroborarlo, sí que podemos observar que cada vez encontramos más sentencias que resuelven cuestiones de acoso con resultado de responsabilidad de la empresa por incumplimientos en materia preventiva, lo que puede evidenciar un aumento de la conciencia social de que el acoso es un riesgo profesional. Este es el caso de la [STSJ de Canarias/Las Palmas 299/2021, de 22 de marzo](#), en la que el demandante solicita que se declare vulnerada la [LPRL](#) y el derecho fundamental a la integridad física y moral ([art. 15 CE](#)). Se trata de un procedimiento por vulneración de derechos fundamentales en su conexión con la vulneración de la [LPRL](#) (deber de protección psicosocial), cuya aplicación no requiere de la existencia de un daño efectivo, sino tan solo la existencia de un riesgo para la salud. Por tanto, no estamos ante una acción en materia de acoso laboral propiamente dicha.

En la [sentencia objeto de este «diálogo»](#), el demandante presta servicios como funcionario en el Ayuntamiento de Telde, desarrollando funciones de coordinador de la Escuela Municipal de Folclore de tal Ayuntamiento durante varios años. En junio de 2015, la nueva concejala de Cultura llevó a cabo una reorganización en esta escuela, implantando un

nuevo sistema de funcionamiento, reparto y distribución de tareas, por lo que al actor se le empiezan a retirar sus funciones como responsable de la escuela, así como se le insta a la devolución del vehículo oficial del que disponía para el servicio de parques y jardines. El demandante, en enero de 2016, pone en conocimiento de la alcaldesa del Ayuntamiento y del Comité de Seguridad y Salud tal situación y en escritos varios solicita la restitución de sus funciones, el reconocimiento del puesto de funcionario de superior categoría y la activación del protocolo de acoso. Además, presenta escrito ante el servicio de prevención del Ayuntamiento en el que se interesaba que se emitiese informe de valoración de riesgos psicosociales en relación con el vacío de funciones de su puesto de trabajo. Por su parte, también el presidente de la Junta de Personal (órgano de representación de las personas trabajadoras) presentó escrito ante el Ayuntamiento en el que manifestaba que se habían vulnerado los derechos del actor y que se le debía restituir en las funciones que venía realizando.

El jefe del servicio de cultura envió escrito al jefe del departamento de personal indicándole que la actividad del actor estaba viéndose afectada por la merma de actividad existente en la escuela y se plantea la valoración y habilitación de funciones complementarias para aquel. El jefe del servicio de prevención, por su parte, entiende que el actor debe realizar las funciones propias de la subescala de operario, que era su puesto inicial, y que no se evidenciaba ningún tipo de acoso. Por tanto, no procedía activar el protocolo de acoso de la Administración, porque de los hechos se desprende que no es un acoso objetivo, ya que en la denuncia del actor existe falta de objeto e insuficiencia de indicios para considerar la existencia del mismo. El concejal del área de Recursos Humanos emite decreto, desestimando la petición del actor en relación con la reposición de las funciones, pero, ante la existencia de otra demanda del actor por diferencias retributivas, y en aras de la prudencia y seguridad, se decide que el actor siguiera participando como miembro de la comisión de coordinación de la Escuela Municipal de Folclore.

El demandante, ante la situación, opta por interponer demanda en la jurisdicción social (las personas funcionarias pueden acudir al orden social para hacer valer sus pretensiones cuando estamos ante cuestión de prevención de riesgos laborales –[art. 2 e\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#)–) contra el Ayuntamiento, contra el jefe del servicio de personal y contra el jefe del servicio de prevención. El Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria absuelve a todos los demandados de las pretensiones efectuadas por el actor. Es por ello que el actor acude en suplicación ante el TSJ de Las Palmas, denunciando la infracción de varios preceptos de la LPRL, específicamente, el derecho a la protección efectiva de las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales ([art. 14](#)), incumplimiento de la actividad preventiva por parte de la empresa ([art. 15](#)); todo ello en relación con la ausencia de puesta en funcionamiento del protocolo de acoso establecido en el Consistorio demandado. También se denuncia la infracción del [artículo 39 de la LPRL](#) sobre las competencias y facultades del Comité de Seguridad y Salud, destacándose que por parte del jefe del servicio de prevención del Ayuntamiento demandado se asumieron competencias que correspondían al citado comité ([art. 39.2 c\) LPRL](#)).

El TSJ, en relación con el incumplimiento del protocolo de acoso, admite entrar a valorar la pretensión por conectividad con los preceptos denunciados en materia de prevención de riesgos (arts. 14 y 15 LPRL) que sí tienen la consideración de norma sustantiva a efectos suplicacionales.

3. Doctrina judicial. El alcance de la obligación de prevención y la responsabilidad por los daños ocasionados

Para determinar si la empresa incumplió o no con la obligación de protección de la salud de las personas trabajadoras, la [sentencia](#), con muy buen criterio, identifica dos obligaciones preventivas, autónomas, pero concurrentes. Por un lado, las obligaciones de llevar a cabo una diligente gestión de los factores de riesgos psicosociales y, por otro, si se hizo un cumplimiento diligente de lo establecido en el protocolo de acoso de la Administración General del Estado, aplicable a este caso. Por último, entra a valorar el incumplimiento preventivo desde la perspectiva del daño y su posible reparación.

Sobre la primera obligación, el tribunal llega a la conclusión de que no se llevó a cabo ninguna evaluación de riesgos psicosociales, adaptando, por tanto, una posición deficiente en su obligación de prevención. Ello es así porque resulta probado que al actor se le generó una confusión de roles en el trabajo, y que durante mucho tiempo había realizado funciones de coordinador en el Escuela de Folclore y, tras un cambio de gobierno y bajo un nuevo sistema de organización del trabajo, se alteran las funciones, pero sin asignársele funciones concretas a desarrollar, estando esta persona trabajadora en una situación de ambigüedad funcional. Así las cosas, entiende el tribunal que no se ha valorado el impacto psicosocial que esto ha tenido sobre la salud del demandante, vulnerando claramente la normativa de prevención de riesgos laborales.

Sobre la segunda obligación, y la aplicación real del protocolo, el tribunal trae a colación la [STC 56/2019](#), que viene a establecer que para incoar un protocolo no es exigible la prueba de la concreta marginación laboral, ni de los fines torticeros a los que responde. Tampoco se precisa la actualización de los daños psicológicos ni la concurrencia de un perjuicio moral adicional al que ya comporta esa marginación laboral. De hecho, hace el análisis contrario, es decir, si la Administración como empleadora hubiera aplicado correctamente el protocolo, habría puesto remedio a la vulneración del derecho a la integridad moral del recurrente, y el no hacerlo agrava la lesión.

El protocolo se configura, en sí mismo, como una medida preventiva de riesgos psicosociales. Y la pasividad de la Administración (en este caso) o empresa frente a la denuncia comporta claramente su incumplimiento. Es más, si el procedimiento de activación del protocolo y su resolución siguen su cauce, la decisión sobre la existencia o no de acoso nunca podrá tacharse de conducta infractora de la normativa de prevención, al margen

de su acierto. La infracción se comete cuando no se activa el protocolo, o cuando se activa, pero no se implementan las medidas adecuadas ([STSJ de Canarias/Las Palmas de 17 de mayo de 2019, rec. 1647/2018](#)). Por tanto, la omisión de cualquier indagación mínima, razonable y objetiva para justificar su inaplicación (entrevistas, examen médico, valoración del puesto de trabajo, etc.) da lugar al entendimiento de que se ha hecho un simple cumplimiento formal de la norma y no real, que es lo que verdaderamente debe concurrir en estos casos.

Lo que sí deja claro el tribunal es que la vulneración de las normas de prevención solo se ha podido cometer por la Administración empleadora, pero no por las personas físicas codemandadas, cuya responsabilidad solo podría hacerse valer por la vía del acoso laboral, pero no por la vía de la infracción de los preceptos preventivos, ya que se trata de normas eminentemente contractuales y vinculantes, por tanto, solo para la Administración (o para la empresa, en su caso).

En tercer lugar, y dado que el recurrente solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios de 60.876,15 euros, el tribunal entra a valorar si procede o no su reconocimiento. Esta cantidad está formada por dos conceptos diferenciados. Primero, los 876,15 euros equivalentes a 15 días improductivos de baja de incapacidad temporal por reacción aguda al estrés, cuya conexión con el trabajo se considera que no ha sido probada, ya que se trata de una interiorización subjetiva del actor, por lo que no puede entenderse como un hostigamiento permanente. Segundo, la cantidad de 60.000 euros por daño moral. En este sentido, el actor no aporta ninguna base para el cálculo, sino una referencia a la [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social \(LISOS\)](#), atendiendo no solo a la reparación del daño, sino a la finalidad preventiva de un daño futuro.

El tribunal entiende que en este caso la indemnización reclamada en concepto de daño moral no puede estimarse en su totalidad, pues no se hace referencia a los concretos preceptos de la [LISOS](#) sobre los que se intenta apoyar. Eso sí, la cuantía de la indemnización que corresponda debe determinarse prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil, debiendo resarcir suficientemente a la víctima (criterio reparador) y, además, contribuir a la finalidad de prevenir el daño (criterio disuasorio y preventivo).

El problema, no obstante, consiste en determinar objetivamente la cuantía económica de lo que es muy difícil de cuantificar, esto es, el dolor. Por ello, la [STC 246/2006, de 24 de julio](#), sentó las bases para que pudiera servir como parámetro a estos efectos la [LISOS](#). En este sentido, el TSJ de Las Palmas de Gran Canaria considera que, para este caso, la infracción aplicable es la del [artículo 12.1 b\) de la LISOS](#), que es una infracción grave, a la que hay que aplicar el [artículo 39 de la LISOS](#) (graduación de las sanciones), entendiendo que, dadas las circunstancias, el poco tiempo transcurrido en la conducta y la falta de reincidencia, se debe aplicar la sanción en su grado mínimo, en su tramo superior, es decir, 8.195 euros.

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso

El acoso, en sus diversas manifestaciones (moral, sexual, por razón de sexo o discriminatorio), es un riesgo psicosocial que debe ser protegido desde el ámbito de prevención de riesgos laborales (de la misma manera, y con el mismo estándar de prevención, que cualquier otro riesgo: [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00](#)). Las obligaciones de la empresa establecidas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo, cuando sean ciertos y previsibles. La [STC 160/2007](#) no solo dejó clara esta cuestión sobre los riesgos psicosociales, sino que estableció la dimensión constitucional del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, con la vulneración del [artículo 15 de la CE](#).

En la actualidad, el análisis de los riesgos psicosociales se va desplazando y encuadrando cada vez más en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (SSTSJ de [Canarias/Las Palmas de 16 de octubre de 2020, rec. 673/2020](#); del País Vasco de [22 de marzo de 2016, rec. 392/2016](#); de [Cataluña de 20 de noviembre de 2017, rec. 5165/2017](#)), lo que significa que no necesariamente tenemos que estar ante una conducta de acoso efectiva, sino ante un incumplimiento de prevención de riesgos cuya aplicación no requiere la producción del daño, sino tan solo la existencia de un riesgo para la salud (tal y como hemos visto en la [sentencia objeto de este comentario](#)). Ya la [STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2018 \(rec. 1797/2018\)](#) llega a la conclusión de que no existe acoso laboral como tal, porque no se dan los elementos de la conducta. La persona trabajadora entiende que se encuentra en una situación de persecución y aislamiento dentro de su entorno laboral, como consecuencia de una situación de deterioro de la relación personal y profesional con su mando jerárquico inmediato. Sin embargo, el tribunal considera que hay una relación de causalidad entre el trabajo y la patología psiquiátrica de la persona trabajadora que da lugar a la incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo y que la empresa ha infringido la normativa de prevención de riesgos laborales, ya que no había realizado la evaluación de riesgos psicosociales y, ante la situación, no se habían adoptado medidas preventivas.

Alguna sentencia ha dado un paso más allá. Concretamente, la [STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2017 \(rec. 2778/2017\)](#), que empezó siendo un acoso sexual, para pasar después a una situación de acoso laboral, donde el tribunal determinó que el cumplimiento de todas las medidas preventivas no necesariamente exonera de responsabilidad cuando esas medidas han sido ineficaces. O también se responsabiliza a la empresa cuando han sido medidas finalmente ineficaces, pero por una actuación negligente de la empresa. Así lo declara el [Auto del Tribunal Supremo \(TS\) de 6 de noviembre de 2018 \(rec. 1547/2018\)](#), en el que la empresa no actuó en el tiempo adecuado que imponía el protocolo, ni para iniciar el proceso ni para finalizarlo, y tampoco prestó la ayuda a la que estaba obligada.

En relación con los protocolos de acoso también hay que destacar la [STSJ de Madrid de 1 de junio de 2020 \(rec. 1437/2019\)](#), que vino a establecer que la no activación del protocolo, ni de ninguna otra medida de prevención, da lugar a la responsabilidad de la

empresa. Además, con independencia de la valoración de los hechos por el órgano instructor, y lo que se concluya en el protocolo, ello no exime a la empresa del cumplimiento de las obligaciones de prevención que proceden. La conducta omisiva es permisiva de la situación ([Sentencia del Juzgado de lo Social de A Coruña 23/2017, de 23 de enero](#)).

La obligación de prevención y la obligación de llevar a cabo correctamente el protocolo de acoso son obligaciones que se interrelacionan, pero que son independientes. Así pues, la activación del protocolo no exime a la empresa de cumplir con las obligaciones preventivas que correspondan en relación con la persona presuntamente acosada. Asimismo, esa puesta en marcha del protocolo no evita las responsabilidades cuando no se toman las medidas preventivas adecuadas (SSTSJ de [Cataluña de 13 de mayo de 2016, rec. 1215/2016](#), y del [País Vasco de 2 de junio de 2015, rec. 887/2015](#)). Pero la falta de protocolo o su no activación no es un hecho suficiente para generar de forma automática la responsabilidad empresarial. Así lo establecen las SSTSJ de [Cataluña de 25 de febrero de 2014 \(rec. 4627/2013\)](#) y de 21 de mayo de 2012 (rec. 221/2012), que determinan que el recargo de prestaciones sobreviene no tanto por no tener protocolo o no activarlo, sino por no haber adoptado verdaderas medidas de prevención, y ello aunque no se declara la existencia de acoso.

Para finalizar, y en relación con la determinación del daño causado por la conducta de acoso y/o por la falta de cumplimiento de las medidas preventivas de los riesgos psicosociales, y en conexión con la vulneración de los derechos fundamentales, hay que partir de la base de que varios son los elementos que una indemnización por daños deberá tener en cuenta. En primer lugar, el daño emergente, es decir, los gastos ocasionados por la conducta; en segundo lugar, el lucro cesante, esto es, la cantidad equivalente a la pérdida de ingresos; y, por último, los daños extrapatrimoniales, es decir, el daño biológico y el daño moral. El primero se identifica con los daños sobre la salud física y psíquica y sobre las secuelas físicas y psicológicas que pueden permanecer, para lo que se utilizará el baremo de daños corporales. El segundo queda referido a la esfera y afectación del fuero interno, y a las relaciones personales y afectivas, para lo que se utilizará el baremo sancionador de la LISOS.

La indemnización por daños pretende resarcir y restituir a la persona a la anterior situación en la que se encontraba, previa a la vulneración de sus derechos. Se trata de una exigencia real y efectiva y no meramente simbólica. Pero, además de resarcir suficientemente a la víctima, y de restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, la indemnización tiene, o debería tener, una finalidad preventiva, es decir, deberá contribuir a la finalidad de prevenir el daño. En este sentido, las indemnizaciones deberían ser disuasorias. Y así lo ha venido entendiendo la doctrina del TS, como ocurrió en la [Sentencia de 13 de julio de 2015 \(rec. 221/2014\)](#), que señala que:

[...] «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima [...], así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene

a atribuir a la indemnización [...] no solo una función resarcitoria [...], sino también la de prevención general.

[Y que] [...] la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [...], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta sala (SSTS 15/02/12 –rco. 67011–; 08/07/14 –rco. 282/13–; [...]).

De esta forma, la más reciente doctrina de la sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo.