

# ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL: APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES, EN ESPECIAL, EL ACOSO LABORAL

MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ PÉREZ

*Doctoranda de la Facultad de Derecho.  
Universidad Autónoma de Madrid*

Este trabajo ha obtenido el 2.º Premio Estudios Financieros 2009 en la modalidad de DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro GONZÁLEZ GALLARDO, don Salvador DEL REY GUANTER, don Fidel FERRERAS ALONSO, doña María Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA, doña Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA y don Fernando VALDÉS DAL-RÉ. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.



## **Extracto:**

EL presente estudio refleja la inquietud investigadora ante dos figuras jurídicas tan consolidadas como el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, con similitudes pero también con claras diferencias, la irrupción de los riesgos psicosociales en el panorama de la medicina laboral, hace que se reclame un nuevo catálogo de enfermedades profesionales que tome en mayor consideración esta clase de factores. En este sentido, la incidencia de las enfermedades mentales en la población trabajadora, lo que exige una respuesta por parte de nuestro sistema de protección social.

Los numerosos cuadros de estrés aparecidos en los últimos años hacen necesario contar con más conocimientos y personal especializado en esta materia. Pero hay que reconocer que la situación está mejorando y aparecen nuevos estudios y profesionales más formados

.../...

.../...

en Ergonomía y Psicosociología. Ello acontece con el hecho de que los médicos de empresa se encuentran en mayor medida con patologías y cuadros asociados al estrés.

Todo lo anterior advierte sobre la necesidad de tratar el acoso laboral en relación con la problemática del estrés y su consideración como accidente de trabajo o enfermedad profesional. Asimismo, su vertiente preventiva adquiere progresiva importancia porque cada vez sabemos más y son analizados con mayor precisión esos nuevos riesgos de gran incidencia oculta.

**Palabras clave:** acoso laboral y riesgos psicosociales.

## Sumario

1. Introducción.
2. Los conceptos técnico-jurídicos de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
  - 2.1. El accidente de trabajo.
  - 2.2. La enfermedad profesional.
  - 2.3. Diferencias preventivas y de protección social entre accidente de trabajo y enfermedad profesional.
3. A propósito del estrés laboral y el *burnout*: su consideración como «enfermedades del trabajo».
4. El acoso moral como accidente de trabajo.
  - 4.1. Su repercusión en las normas sancionadoras.
  - 4.2. Su repercusión en el sistema de Seguridad Social.
5. La respuesta al acoso moral en el trabajo desde la Seguridad Social.
  - 5.1. El daño como elemento central de la protección en materia de Seguridad Social.
  - 5.2. La caracterización del *mobbing* como un riesgo profesional.
6. La consideración como contingencia profesional de la incapacidad derivada de acoso moral en los lugares de trabajo.
  - 6.1. Tratamiento prestacional más favorable de las contingencias profesionales.
  - 6.2. La cobertura de los riesgos profesionales y de los comunes en el sistema de Seguridad Social.
  - 6.3. Expediente administrativo sobre determinación del origen de la contingencia común o profesional.
  - 6.4. Procedimiento judicial para reconocer como accidente de trabajo la incapacidad temporal derivada de acoso moral.
  - 6.5. Fundamentación jurídica para la consideración del acoso moral como accidente de trabajo.
7. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las dolencias que aquejan al trabajador son enfermedades vinculadas con el trabajo <sup>1</sup>, pero a la vez es difícil que tengan una relación causal exclusiva con él. Lo normal será que si están causadas por el trabajo de una manera lenta y progresiva estén recogidas como profesionales, una vez que ya existe una regulación específica definida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Los riesgos psicosociales –categoría que engloba los traumas psíquicos, el estrés, el acoso moral o *mobbing*, el síndrome del quemado o las depresiones– se han convertido en los últimos años en la principal fuente de siniestralidad laboral, tanto en España como en Europa, y todo apunta a que lo seguirán siendo en el futuro. Sin embargo, en el ordenamiento interno, el hecho de que los daños psíquicos no aparezcan contemplados en el listado de enfermedades profesionales hace que la jurisprudencia los trate como accidentes de trabajo, cuando dan lugar a situaciones incapacitantes. El análisis jurídico de estas nuevas patologías, tanto a nivel conceptual como jurisprudencial, obliga a lamentar una vez más que no se haya aprovechado la actualización del catálogo de enfermedades profesionales, en línea de coherencia con la renovación del concepto de riesgo derivado de nuevo sistema preventivo, para hacer una mención expresa a los riesgos psicosociales, como uno de los principales riesgos emergentes en las contemporáneas formas de organización del trabajo.

Partiendo de la aplicación de la presunción ex artículo 115.3 de la LGSS a esta clase de riesgos <sup>2</sup>, cierta doctrina judicial minoritaria acoge una noción amplia de accidente de trabajo, considerando que la enfermedad psíquica deviene como consecuencia del trabajo, ya que en el caso del *mobbing* el acosador ha creado un ambiente laboral hostil e incómodo, objetivamente considerado, no solo sentido como tal por el trabajador, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal. Por ello, la conflictividad interpersonal objetivamente idónea para crear un clima hostil en el seno de la empresa puede ser causa de accidente de trabajo, haya derivado o no en *mobbing*, sin que ello signifique que no deba otorgarse distinta relevancia a los efectos sobre la salud de los trabajadores que unas y otras situaciones acarrearán. En suma, lo decisivo es que se acredite el nexo profesional del padecimiento psíquico, con independencia de su calificación como acoso moral <sup>3</sup>, pues como

<sup>1</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R. «La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la seguridad social: cuestiones pendientes». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 303. (2008), págs. 31-71.

<sup>2</sup> Paradigmáticas en este sentido las SSTSJ Andalucía/Granada 27 enero 2004 (JUR 80894) o País Vasco 4 febrero 2003 (JUR 122018), para el supuesto de un trabajador que sufre una crisis de ansiedad en el lugar de trabajo y tiempo de trabajo. Contra, STSJ Cataluña 14 de julio de 2003 (JUR 213226).

<sup>3</sup> AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico», en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F. y MOVILLA GARCÍA, J.F., Coords.): «Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima». *Quintas Xornadas de Outono de Dereito Social*. Granada (Comares). (2002), págs. 155-156 y SERRANO OLIVARES, R. «El acoso moral en el trabajo». Consejo Económico y Social. Colección Estudios. Madrid. (2005), pág. 105.

enfermedades del trabajo «no se incluyen exclusivamente supuestos en los que concurre una cierta culpa o responsabilidad empresarial, sino también otros en lo que la enfermedad psíquica se manifiesta como reacción de la persona trabajadora a determinadas decisiones del empleador o situaciones laborales, por más legales y ajustadas a derecho que las mismas resulten»<sup>4</sup>. Según esta corriente judicial, para afirmar el origen profesional de la baja laboral bastará con acreditar que existe una relación más o menos directa entre la enfermedad o padecimiento psicológico y el entorno laboral, con independencia de si el malestar o insatisfacción laboral obedece a una actuación abusiva o injustificada del empresario o de los compañeros de trabajo o de si se debe a las particulares características personales del trabajador<sup>5</sup>, esto es, al modo particular de vivir las dificultades en el trabajo.

Por el contrario, otros pronunciamientos consideran una conducta grave del empresario, que origine un entorno negativo son solo desde la percepción subjetiva de quien lo padece, sino objetivamente considerada, pues puede tratarse de una sensibilidad especialmente marcada de un trabajador cuyo entorno objetivamente considerado no es efectivamente hostil. El Tribunal Constitucional refiriéndose al «acoso sexual», pero con razonamientos también aplicables al acoso moral laboral<sup>6</sup>, ha estimado que debe «manifestarse en una conducta, un comportamiento físico o verbal, actos, gestos, palabras, comportamientos que se perciban como indeseados o indeseables para la víctima, que sea grave, capaz de marcar un clima radical, odioso, ingrato...; ese carácter hostil no puede depender de la sensibilidad de la víctima» y «debe, en consecuencia, ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, como puede ser la intensidad de la conducta, la susceptibilidad de la víctima, el entorno laboral en que se desarrolle la actividad y su desempeño por la víctima en relación con el resto de los compañeros de trabajo, puesto que, en caso contrario, nos encontraríamos que un término que ha sido recibido como *mobbing* se utilizaría de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo cuando incluso puede derivar de un comportamiento ajeno al empresario y provenir del perfil psicológico del propio trabajador».

Lo razonado con anterioridad pone de manifiesto la dificultad de la calificación jurídica, por cuanto resulta, cuando menos enormemente casuístico, determinar hasta qué punto el disgusto ocasionado por determinadas decisiones de empresa, más o menos justificadas o razonables, o la frustración de ciertas expectativas laborales que la población trabajadora experimenta en mayor o menor medida alguna vez a lo largo de su vida laboral, o la falta de integración en el entorno laboral, pueden determinar el reconocimiento del origen profesional de la patología psíquica.

Pese a la especial sensibilidad de los tribunales ante los emergentes riesgos psicosociales, lo cierto es que comienzan a surgir cada vez más fallos desestimatorios, en la medida en que una mera «discrepancia, contrariedad o tensión generada en el trabajo o por el trabajo»; un síndrome ansioso-

<sup>4</sup> STSJ País Vasco 11 noviembre 2003 (JUR 2004/42807). En la misma Sala, ya con anterioridad, la de 27 junio 2003 (JUR 191364).

<sup>5</sup> Cualquier persona, incluso la más resistente psíquicamente, puede sucumbir ante los ataques de *mobbing*. SSTSJ Navarra 15 junio 2001 (AS 230916); 18 de mayo 2001 (AS 1821) y 30 abril 2001 (AS 1878); Andalucía/Granada 29 abril 2003 (JUR 160104). Contra, SJS núm. 2 de Albacete, de 13 de diciembre de 2002 (AS 2003/23).

<sup>6</sup> STC 13 diciembre 1999 (RTC 1999/224), recepcionada por STSJ Cantabria 3 julio 2006 (AS 2275), para denegar la imposición del recargo de prestaciones.

depresivo –o ansiedad<sup>7</sup>– motivados por conflictividad laboral<sup>8</sup> no puede calificarse como *mobbing*, que más bien consiste en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador, y caracterizado por la transferencia de diversas proyecciones negativas, tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia negativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima<sup>9</sup>. También se desestima el carácter profesional en supuestos de «trastornos de ideas delirantes»<sup>10</sup>, episodios depresivos<sup>11</sup>, trastornos mentales reactivos a comunicación de amortización del puesto de trabajo<sup>12</sup> o infartos de miocardio que no se manifiestan durante el trabajo si no se logra acreditar que el acoso laboral sufrido es el único determinante de la enfermedad cardíaca<sup>13</sup>. De ahí la necesidad, pues, de aquilatar los conceptos e identificar técnicamente el nexo con la actividad laboral.

## 2. LOS CONCEPTOS TÉCNICO-JURÍDICOS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

El accidente de trabajo y la enfermedad profesional son dos conceptos pensados con finalidad compensatoria, y, por ello, muy restrictivos en su alcance y extensión y poco válidos para la prevención de riesgos laborales<sup>14</sup>.

Los factores de riesgo laborales tienen diversas consecuencias sobre la salud de las personas que trabajan. Los daños a la salud se pueden presentar tanto en forma de accidentes como de enfermedades. Los accidentes son acontecimientos que se manifiestan de manera brusca e inmediata, en forma de lesiones traumáticas, y son ocasionados por un amplio conjunto de factores de riesgo que forman parte de las condiciones en que se desarrolla el trabajo, principalmente agentes mecánicos, físicos o químicos. Las enfermedades, en cambio, se manifiestan a medio o largo plazo, tras un período

<sup>7</sup> STSJ País Vasco 20 abril 2002 (AS 2411).

<sup>8</sup> STSJ Madrid 29 enero y 17 mayo 2004 (JUR 2004/234356 y AS 2165); Extremadura 16 diciembre 2004 (AS 653); Aragón 6 octubre 2004 (AS 1731) o Navarra 31 marzo 2005 (JUR 2005/119496).

<sup>9</sup> SSTSJ Murcia 1 octubre 2003 (AS 3688) o Madrid 29 enero 2004 (JUR 2004/234356).

<sup>10</sup> Centrado en el perjuicio que para su vocación de dramaturga suponen las condiciones concretas en que se desarrolla su vida y que su actividad laboral real –de teleoperadora– le impide desarrollar, es decir, circunstancias de carácter subjetivo. STSJ Madrid 14 marzo 2005 (AS 1703).

<sup>11</sup> Si no tiene contacto directo con el público, dado que trabaja en el departamento de inversiones y riesgos de una caja de ahorros; la responsabilidad de las operaciones recae en el director de la oficina bancaria donde presta sus servicios y además existe un interventor, dos cajeros y otro empleado. STSJ Murcia 24 mayo de 2004 (AS 1571).

<sup>12</sup> STSJ Madrid 20 marzo 2003 (AS 3244), dado que el despido resulta ajeno en sí mismo a la exigible ejecución de un trabajo, del que necesariamente ha de traer causa, mediata o inmediata, la lesión o enfermedad para que pueda tener la consideración de accidente de trabajo porque la depresión no se produce como consecuencia de cómo se desarrolla un trabajo y sí como consecuencia del anuncio de un despido.

<sup>13</sup> STSJ La Rioja 16 noviembre 2004 (AS 3104).

<sup>14</sup> ESPLUGA TRENC, J. y CABALLERO BASTARDO, J. *Introducción a la prevención de riesgos laborales. Del trabajo a la salud*. Barcelona. Ed. Ariel. (2005), págs. 55-58. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G. «El informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención. Notas para un debate necesario». *La Mutua*. N.º 5. (2001), págs. 6-38.

do de latencia y en forma de patologías muy diversas, y los factores de riesgo que las ocasionan pueden ser agentes contaminantes, condiciones ambientales, cargas de trabajo o factores psicosociales, principalmente. Se suele usar el concepto de siniestralidad laboral para hacer referencia al conjunto de trastornos de salud ocasionados en el trabajo, tanto de accidentes como de enfermedades.

El Sistema de Seguridad Social español distingue dentro de su ámbito de protección entre las denominadas «contingencias comunes» (enfermedad común, sin conexión con el trabajo) y las «contingencias profesionales» (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). La distinción entre ambas contingencias radica en las diferentes prestaciones a que dan lugar uno y otro concepto, y sobre todo, en los diversos requisitos de acceso a la protección, resultando mucho más beneficiosas para la persona accidentada o enferma el segundo de los casos (las contingencias profesionales).

La siniestralidad laboral genera también costes económicos importantes, tanto dentro de la empresa como fuera. Entre los costes externos cabe citar los del sistema público de Seguridad Social en forma de prestaciones de incapacidad por contingencias profesionales y otros costes relacionados, así como en términos de personas ingresadas en centros hospitalarios, consultas atendidas, prestaciones farmacéuticas, etc. Los costes internos para la empresa se pueden dividir al menos en tres grandes grupos:

- Costes de mano de obra directa.
- Costes materiales de producción.
- Costes generales.

A todo ello hay que añadir la pérdida de imagen y prestigio social de la empresa (o, en algunos casos, del sector de actividad), así como sus efectos sobre el estado de ánimo y la percepción de riesgos del resto de trabajadores de la misma.

En cualquier caso, hay que decir que los conceptos legales de accidente de trabajo y de enfermedad profesional sirven únicamente al propósito de regular unas responsabilidades objetivas y unas indemnizaciones, pero difícilmente son útiles para la prevención de riesgos laborales. Ello es así porque son definiciones muy restrictivas, que dejan fuera muchas situaciones reales de daños laborales y, por ello, no sirven para pensar en la adecuada prevención y promoción de la salud en el mundo laboral. En este sentido, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales tal y como son definidas por la LGSS son tan solo una parte del total de los daños que se producen en el trabajo.

## 2.1. El accidente de trabajo.

Precisar el concepto de accidente del trabajo atañe ciertas dificultades<sup>15</sup>. Legalmente se define como «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena» (art. 115 LGSS).

<sup>15</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I. *Nuevas perspectivas sobre la prevención de riesgos laborales. Aplicación Práctica de la Ley 31/1995, sus Reformas y el Real Decreto 39/1997*. Coordinador. Ed. Dykinson. Madrid. (2004), págs. 544-549.

El accidente de trabajo tiene, pues, tres elementos diferenciadores <sup>16</sup>:

1. Lesión corporal.
2. Sufrido por el trabajador por cuenta ajena.
3. Con ocasión o por consecuencia del trabajo.

Tras dicha definición general, se especifica que tienen la consideración de accidentes de trabajo los que se produzcan en los siguientes supuestos <sup>17</sup>:

- a) Los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo.
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia de desempeño de cargos electivos.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que (...) ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario, o espontáneamente en interés, del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, relacionados con el trabajo.
- e) Las enfermedades no incluidas en la definición legal de enfermedad profesional, que contraiga con el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la realización del mismo.
- f) Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas (...) por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente.

Por otro lado, desde el punto de vista legal, no se consideran accidentes de trabajo:

- Los que sean causados por fuerza mayor extraña al trabajo.
- Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria.

Se trata de una definición que proviene casi íntegra de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y que ofrece pocas potencialidades para la prevención. En primer lugar, porque solo se aplica a los trabajadores asalariados, dejando fuera a numerosos colectivos de trabajadores (como los autónomos;

<sup>16</sup> CC.OO. de Madrid. «Guía Jurídica en Prevención de Riesgos Laborales». Madrid. (2007), pág. 11.

<sup>17</sup> ESPLUGA TRENC, J. y CABALLERO BASTARDO, J. *Introducción a la prevención de riesgos laborales. Del trabajo a la salud*. Barcelona. Ed. Ariel. (2005), págs. 59-60.

aunque actualmente los autónomos tienen posibilidad de acceder a la prestación económica, de manera voluntaria<sup>18</sup>). En segundo lugar, porque dicha definición solo toma en cuenta los casos en los que se han producido lesiones personales, pero sin posibilidad de incluir otros acontecimientos tan importantes para la gestión y prevención de riesgos como los incidentes. Un incidente es un acontecimiento inesperado que obstaculiza el normal transcurso del trabajo y que genera daños (materiales, económicos, etc.) pero no ocasiona ninguna lesión a las personas.

Desde un punto de vista preventivo resulta tan importante identificar y controlar los incidentes como los accidentes, ya que se estima que el hecho de que no hayan producido lesiones es simplemente circunstancial, pero podrían haberlo hecho fácilmente, por lo que si se consiguen disminuir o eliminar los primeros, los segundos no se producirán. Los incidentes suponen situaciones anómalas que se configuran como estados potenciales de riesgo.

Por todo ello, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo propone una definición de accidente de trabajo más acorde con la realidad y más útil para la prevención de riesgos:

«Todo suceso anormal, no querido ni deseado, que se presenta de forma brusca e inesperada, que interrumpe la continuidad del trabajo y que puede causar lesiones a las personas. Normalmente es evitable»<sup>19</sup>.

Desde esta perspectiva, el accidente de trabajo se conceptualiza como una noción más amplia e integradora, tal como debería considerarse a la hora de planificar la gestión y prevención de riesgos laborales.

Podemos hablar de dos puntos de vista diferenciados respecto al concepto de accidente de trabajo, legal y técnico<sup>20</sup>:

- Relación de causalidad entre trabajo y fuerza lesiva, se debe poder demostrar que el trabajo es el origen de la existencia de la fuerza lesiva.
- Relación de causalidad entre fuerza lesiva y lesión, es decir, la lesión debe corresponder con el efecto generado por el agente lesivo.

Existe una teoría de causalidad de los accidentes. El primer postulado hace referencia a que todo accidente tiene una causa natural, que puede ser explicada de forma natural. El segundo postulado alude a que la mayoría de los accidentes no se deben a una sola causa sino a varias causas interaccionadas y conectadas entre sí. A este conjunto de causas se le denomina «nube de causas». Y un

<sup>18</sup> Ley 54/2003 (de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales) y el Real Decreto 171/2004 (por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales) donde se desarrollan aspectos fundamentales de los mismos referentes a coordinación de actividades y presencia de recursos preventivos.

<sup>19</sup> BESTRATÉN, M. *Seguridad en el Trabajo*. INSHT. Madrid. 2.ª ed. (1990), pág. 18.

<sup>20</sup> GARCÍA NINET, J. I. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales. (Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo)*. Ed. Atelier. Barcelona. (2002), págs. 500-503.

tercer y último postulado referente a que las causas de los accidentes están relacionadas entre sí en forma de cadena o factorialmente y no en forma de sumandos.

El concepto técnico considera que es accidente de trabajo: «cualquier suceso anormal que interrumpe y altera el funcionamiento normal del proceso productivo, con riesgo para las personas y materiales».

Se trata pues de un suceso anormal, no querido ni deseado, que se presenta de forma brusca e inesperada y que normalmente es evitable.

La diferencia básica entre ambos conceptos es, según estamos viendo, que legalmente se requiere que haya un trabajador lesionado mientras que el concepto técnico no lo requiere y que legalmente el trabajo debe ser realizado por cuenta ajena, situación que el concepto técnico tampoco contempla.

El concepto técnico es aún más amplio, pues si se produce un suceso que pone en peligro a las personas y a los materiales sin que se hayan producido ni lesiones personales ni pérdidas materiales también se considera accidente de trabajo, este tipo de accidente se denomina accidente blanco.

De manera resumida, se puede afirmar que para que un accidente se considere legalmente como accidente de trabajo, debe cumplir los siguientes requisitos:

- Que el trabajo ejecutado sea por cuenta ajena.
- Que exista un agente lesivo procedente de elementos agresivos, de actos humanos propios o provocados por terceros, o de fuerza mayor.
- Que exista un nexo causal entre el trabajo y el agente lesivo.

Desde esta perspectiva legal, se puede diferenciar entre:

- a) Accidente con baja. El que sufre el trabajador impidiéndole acudir al trabajo por tiempo superior a un día.
- b) Accidente sin baja. El que, aun produciéndose lesiones, una vez atendidas no impiden al trabajador reincorporarse al trabajo en la misma jornada.

Desde un punto de vista técnico-preventivo se define al accidente de trabajo como el resultado de una alteración brusca e imprevista de la continuidad del trabajo que puede provocar lesiones inmediatas a las personas (lo que les distingue de otros tipos de daños físicos) y otro tipo de daños materiales o a los procesos laborales:

- a) Accidente sin pérdidas (también llamando «accidente blanco»).
- b) Accidente con daños. Sus consecuencias afectan solo a bienes.
- c) Accidente con lesiones. Sus consecuencias se materializan en lesiones en los trabajadores.

El riesgo (potencialidad de producir lesiones a los trabajadores) es precisamente lo que diferencia al accidente de otros tipos de incidentes que también perturban la continuidad del trabajo y que se denominan «averías».

Es importante tener en cuenta que los accidentes son debidos a causas naturales y explicables que se pueden evitar, es decir, son consecuencias y efecto de una situación anterior. Debido a esto, resulta imprescindible analizar e identificar todas aquellas situaciones de riesgo que son «síntomas», que indican alguna desviación en el desarrollo normal del trabajo. Estas situaciones van desde errores o defectos en la producción hasta los daños a las personas, pasando por diversos incidentes o averías.

## 2.2. La enfermedad profesional.

También para la enfermedad profesional existe la misma problemática conceptual y podemos precisar dos tipos de definiciones <sup>21</sup>, una desde el punto de vista legal y otra desde el punto de vista técnico.

El concepto legal de enfermedad profesional es aquel recogido en el artículo 116 de la LGSS. Según dicha definición legal, «se define la enfermedad profesional como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

El sistema por el que se clasifican las enfermedades profesionales en nuestra legislación es un sistema de lista cerrada, a diferencia de otros países que funcionan con listas abiertas, por lo que cualquier enfermedad que se demuestre contraída por el trabajador a consecuencia del trabajo realizado y que no esté contemplada en dicho cuadro no podrá ser clasificada como enfermedad profesional si no que se contemplará como accidente de trabajo, en la categoría de enfermedad de trabajo, o como enfermedad común <sup>22</sup>.

Desde el punto de vista técnico, esta definición nos hace entrever la dificultad que existe muchas veces en determinar la existencia de una enfermedad profesional y clasificarla como tal, el hecho de que corresponda a un deterioro lento y paulatino de la salud implica que los efectos acumulados no aparecen hasta al cabo de muchos años de exposición, e incluso después de haber cesado la misma, pudiendo ya estar jubilado el trabajador, y por tanto lo más probable es que sea el médico de cabecera el que lo atienda, este hecho junto con que la sintomatología de muchas enfermedades profesionales se asemeja a la de enfermedades comunes, hace que el diagnóstico resulte aún más difícil y que muchas veces pase por alto el origen laboral de dicha patología.

<sup>21</sup> GARCÍA NINET, J. I. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales. (Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo)*. Ed. Atelier. Barcelona. (2002), págs. 495-543.

<sup>22</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G. *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Ed. Constitución y Leyes, COLEX. 1.ª edición. (2002), págs. 607-611.

Que un trabajador expuesto a la acción de un contaminante contraiga o no una enfermedad profesional depende de muchos factores, siendo los más importantes la concentración del agente contaminante en el ambiente de trabajo y el tiempo de exposición, cuando mayor sean ambos habrá mayor riesgo de contraer la patología. También dependerá de las características personales de cada individuo, tal que estas podrán retardar o acelerar la aparición de la enfermedad.

El origen de una determinada patología del trabajo no presenta una causa única, sino que es el resultado de un conjunto de causas que confluyen facilitando que se produzca la misma. El análisis de estas causas nos permite hablar de causas de origen humano, también denominado factor humano y causas de origen técnico, también denominado factor técnico.

El Cuadro de Enfermedades Profesionales en el Sistema de la Seguridad se incluye en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, agrupando dichas enfermedades, atendiendo a un criterio causal o etiológico, en seis grandes grupos:

- Enfermedades producidas por agentes químicos.
- Enfermedades profesionales infecciosas y parasitarias.
- Enfermedades producidas por agentes físicos.
- Enfermedades sistémicas.
- Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.

Desde el punto de vista preventivo, sin embargo, se debe considerar como enfermedad profesional toda patología o deterioro lento y paulatino de la salud del trabajador, provocado por una exposición crónica a agentes físicos, químicos o biológicos presentes en el ambiente de trabajo o por la forma en que el trabajo esté organizado.

Para analizar las causas de la aparición y desarrollo de una enfermedad profesional desde esta perspectiva se deben considerar una serie de factores que influyen en su curso. Estos factores son:

1. Concentración del agente contaminante en el ambiente.
2. Tiempo de exposición al contaminante.
3. Características individuales.
4. Presencia de varios agentes contaminantes al mismo tiempo.
5. Relatividad de la salud (evolución social del concepto de salud).

A modo de resumen, conviene resaltar las diferencias fundamentales entre los conceptos de «accidente de trabajo» y «enfermedad profesional» desde el punto de vista preventivo <sup>23</sup>:

<sup>23</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I. *Nuevas perspectivas sobre la prevención de riesgos laborales. Aplicación práctica de la Ley 31/1995, sus Reformas y el Real Decreto 39/1997*. Ed. Dykinson. Madrid. (2004), pág. 546.

Características	Accidente de trabajo	Enfermedad profesional
Comienzo	Brusco	Lento
Presentación	Inesperada	Esperada
Manifestación	Violenta	Solapada
Relación causal	Fácil	Difícil
Relación temporal	Inmediata	Antigua o indeterminada

Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales constituyen, aparte de ser los daños profesionales legalmente establecidos, la denominada patología específica del trabajo, por su elevada correlación causal. Sin embargo, la prevención de riesgos laborales debe dar cuenta igualmente de otros efectos del trabajo sobre la salud con una relación de causalidad menos clara y específica. Dentro de este grupo de patologías inespecíficas del trabajo se encuentran:

- **Fatiga:** Es el resultado de una carga de trabajo excesiva, ya sea de tipo físico o mental. Aunque es evidente que todo trabajo genera un cierto nivel de fatiga, hay que evitar que su mantenimiento prolongado desemboque en alteraciones fisiológicas y psicológicas más perjudiciales para el trabajador.
- **Insatisfacción.** Es un daño difícilmente evaluable, puesto que puede ser ocasionado por una diversidad de factores: monotonía, poca participación, falta de autonomía, estilo de mando, etc. Puede traducirse en alteraciones para la salud (ansiedad, depresión, agresividad, etc.) y también repercutir negativamente en el rendimiento.
- **Otras patologías derivadas del trabajo:** son enfermedades de causas inespecíficas que pueden tener relación con el ambiente de trabajo. Debido a esto y a la dificultad de su consideración legal como enfermedad profesional muchas veces son tratadas como enfermedades comunes.

Son elementos del concepto de enfermedad profesional:

1. El trabajo por cuenta ajena.
2. Que sea consecuencia de las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la ley.
3. Que proceda de la acción de sustancias o elementos que en dicho cuadro indiquen para cada enfermedad.

Así, para que una dolencia pueda ser calificada como enfermedad profesional no basta con que se acredite que deriva de una actividad laboral; es imprescindible que se halle incluida en un listado que aprueba el legislador, el Cuadro de Enfermedades Profesionales. Por tanto, es preciso, que la enfermedad profesional se haya producido por los elementos o sustancias que detallaban en el cuadro aprobado por el Real Decreto 1995/1978, y que ha sido modificado por Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre <sup>24</sup>. Con este nuevo Real Decreto de Enfermedades Profesionales se pretende la

<sup>24</sup> BOE n.º 302, de 19 de diciembre de 2006.

adaptación a una realidad productiva y laboral radicalmente distinta a la que contemplaba la anterior regulación, constituyendo este el objetivo general de la reforma.

En efecto, este real decreto que deroga el de 1978 establece un nuevo Cuadro de Enfermedades Profesionales al que se incorporan las enfermedades y/o agentes del cuadro derogado e incorpora las enfermedades profesionales de la Recomendación de la Unión Europea sobre el listado de Enfermedades Profesionales<sup>25</sup> que debe incorporarse a la legislación nacional. De esta forma se adecua la lista vigente a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización, modificando asimismo el sistema de notificación y registro, con la finalidad de hacer aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la infradeclaración de tales enfermedades, todo ello conseguido gracias a un largo proceso de Diálogo Social.

La elaboración de la nueva lista de enfermedades profesionales obedece, de un lado, a la necesidad de actualizar una lista que se había quedado desfasada en cuanto a algunos agentes y actividades, al no contemplar nuevos agentes y actividades de riesgo y las enfermedades derivadas de los mismos. También a que la normativa española sigue la Recomendación europea de 2003/670/CE en orden a avanzar hacia un sistema algo más abierto, sin que se venga a adoptar un sistema judicial y a la finalización de los plazos allí contemplados<sup>26</sup>. Y también obedece, finalmente, al contenido del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social estipulado entre los agentes sociales en 12 de julio de 2003. Una de las medidas contempladas en el Acuerdo es que «se adecue la lista vigente a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización». En efecto, desde el cuadro del Real Decreto 1995/1978 se han producido avances en los procesos industriales, se han introducido nuevos elementos y sustancias, han aparecido nuevas patologías, y a la vez el avance científico y médico permite conocer mejor el origen de ciertas enfermedades y su vinculación con el trabajo.

El Real Decreto 1299/2006 presenta también la novedad, no de introducir un sistema mixto, como se ha interpretado por algunos sindicatos<sup>27</sup>, sino de que la lista ya no se configura de una manera estática o prefijada o petrificada en el tiempo a través de apartados amplios que permiten deducir de ciertas actividades posibles enfermedades y no solo las que antes se mencionaban. Y además otra medida novedosa en relación con el Real Decreto 1995/1978 es que contempla lo que podría parecer en principio una especie de cláusula de actualización automática pues no solo contempla el clásico procedimiento de modificación del cuadro de enfermedades profesionales, sino también establece que «las enfermedades no incluidas en el anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, previo informe del Ministerio de Sanidad y Consumo (no es necesario aquí el informe de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo) en el cuadro de enfermedades profesionales».

<sup>25</sup> El Real Decreto, siguiendo la Recomendación Europea sobre enfermedades profesionales de 2003, adecua el anterior (RD 1995/1978, de 12 de mayo) a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización, modificando asimismo el sistema de notificación y registro con el objeto de identificar enfermedades profesionales ocultas y evitar su infradeclaración.

<sup>26</sup> LOPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F. *Curso de prevención de riesgos laborales*. Ed. Tirant lo Blanch. 10.ª edición. Valencia. (2008), págs. 50-53.

<sup>27</sup> STE, así en su página web [www.stecyl.es](http://www.stecyl.es) y en [www.stes.es](http://www.stes.es)

En todo caso hace falta una transposición, por lo que hubiera sido más automático que el real decreto estableciera que toda enfermedad que se incluya de nuevo en la lista europea se entenderá incluida en el cuadro. No ha sido así, sino que exige en el fondo una actualización del cuadro. En tanto esa transposición no se produzca cabría entender no obstante, dado el mandato del artículo 2.2 del real decreto, que la enfermedad constituye un riesgo profesional o cuanto menos se consideraría como enfermedad equiparada a accidente de trabajo del artículo 115.1 c) de la LGSS, sin necesidad de probar el nexo causal. Dada la redacción del precepto nos inclinamos por la segunda interpretación.

La doctrina judicial mayoritaria acababa por entender que el sistema español era un sistema de lista cerrada, pero con algunos matices, sin que el adjetivo cerrado pueda usarse como sinónimo de «inalterable», al concurrir un elemento de flexibilidad, como es la redacción abierta de la norma reglamentaria a la hora de fijar los trabajos con riesgo de enfermedades profesionales y los agentes malignos, que en ocasiones están tasados, pero en otras gozan de un carácter abierto, así como la cita de las enfermedades, unas veces con nombre concreto, y, en otras ocasiones, con una fórmula que deja abierta la deducción de enfermedades, permitiendo la calificación de una determinada patología como enfermedad profesional aunque su denominación concreta no aparezca en la lista.

No se trata propiamente de una apertura total del sistema, pues permanecen intactos los artículos 115 y 116, pero sí de dar pautas de su relación con el trabajo a efectos de protección y para facilitar su seguimiento con vistas a futuras modificaciones de la lista vigente. Es una forma implícita de reconocer de un lado el riesgo de que la lista se quede desfasada, que es una característica de este sistema, pero a la vez de obligar a que no pasen tantos años entre una lista y su actualización, treinta en el caso español.

También permite, aunque no obliga, hacer prevención en enfermedades del anexo II y desde luego un seguimiento y estudio de la presencia de estas enfermedades en los centros de trabajo. Y por eso se deben comunicar también por los facultativos del servicio de prevención.

Es cierto que el nuevo real decreto poco aporta sobre el concepto de «lista complementaria» ni sobre sus efectos jurídicos, toda vez que su artículo 1 se limita a aprobarla dejando abierta la vía de que en el futuro pudieran incluirse en el anexo I del real decreto, esto es, en la lista de enfermedades profesionales. Luego no solo el sistema de lista no se habría sustituido, sino que se habría modificado mediante la inclusión de enfermedades «en espera de lista», pero que todavía no están consideradas como tales.

Los aspectos más notables del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, son los que mencionamos a continuación <sup>28</sup>:

- Esta nueva regulación normativa incorpora las enfermedades y agentes del cuadro derogado, Real Decreto 1995/1978, e introduce, por un lado, un nuevo listado de Enfermedades Profesionales abierto, en el que se han incorporado todas las enfermedades del anexo I del

<sup>28</sup> CC.OO. de Madrid. *Guía Jurídica en Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid. (2007), págs. 17-18.

listado europeo (existe prueba de relación profesional) y establece la incorporación automática de las nuevas enfermedades que se incorporen al listado europeo.

- El texto incorpora, en un anexo II, aquellas patologías o agentes en los que existe evidencia de su relación con el trabajo como prioritarias para su inclusión en el listado definitivo si su origen y carácter profesional pudieran establecerse en el futuro.
- Se establece la incorporación al listado de aquellas Enfermedades Profesionales que se declaren como tal por la Entidad Gestora.
- Será la entidad gestora o colaboradora, y no el empresario como hasta ahora, quien elabore y tramite el parte de enfermedad profesional, el cual elimina una de las trabas más importantes para el reconocimiento de la enfermedad profesional.
- Se establece en el Sistema Sanitario Público, a través de la autoridad competente o de la Inspección Médica y los Servicios de prevención ante la evidencia del origen profesional de una enfermedad, lo comunicará a la Entidad Gestora, para que esta determine el carácter profesional de la patología y pueda ser incluida en el listado.
- Se otorga la facultad a los médicos del Sistema Nacional de Salud, con ocasión de sus actuaciones profesionales, para que cuando tengan conocimiento de la existencia de una enfermedad que podría ser calificada como profesional, lo comuniquen, a través del organismo competente de cada comunidad autónoma y de las ciudades con Estatuto de Autonomía, a la Entidad Gestora de la Seguridad Social a los efectos de calificación previstos en la nueva normativa. Igual comunicación deberán realizar los facultativos del servicio de prevención.
- Para el registro y análisis de las enfermedades profesionales se crea, en el ámbito de la Seguridad Social, una unidad específica en colaboración con los órganos técnicos de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Sanidad y Consumo y los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas.
- Se establece la obligación de que los órganos técnicos de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Sanidad y Consumo elaboren una guía de los síntomas y patologías relacionadas con el agente causante de la enfermedad profesional, que sirva como fuente de información y ayuda para el diagnóstico de la misma.

Por primera vez, «los nódulos de las cuerdas vocales a causa de los esfuerzos sostenidos de la voz por motivos profesionales», dolencia que ha venido afectando al colectivo docente y que ha sido motivo de reivindicación constante, entran dentro de la consideración de enfermedad profesional.

Pues bien, sobre estas premisas, y en lo que aquí más importa, una de las cuestiones de mayor interés residía en si el nuevo listado iba a incluir las «enfermedades psicosociales» que constituyen un porcentaje importante de las bajas laborales. El legislador ha optado, sin embargo, por su no inclusión debido, quizás, a las dificultades de su encuadramiento así como a los costes que supondría su calificación dentro de las enfermedades profesionales.

En ocasiones, enfermedades provocadas por sustancias no descritas en esa tabla o cuadro oficial no pueden ser consideradas enfermedad profesional, a pesar de que exista una comprobación científica evidente <sup>29</sup>. En esos casos, la «nueva» enfermedad se incorpora a la tabla en su inmediata revisión y los casos que se hayan producido hasta ese momento, suelen ser considerados accidentes de trabajo, de manera que el trabajador no quede desprotegido por una cuestión formal.

Las enfermedades relacionadas con el trabajo son enfermedades de etiología múltiple y compleja que puedan tener relación con el ambiente de trabajo y sus factores de riesgo (este concepto no está considerado legalmente, aunque sí es definible legalmente). Entre ellos se identifican cada vez más como causas de enfermedad los factores psicosociales y la falta de Ergonomía en el diseño de los equipos. Muchas enfermedades son consideradas como comunes y así tratadas por el médico de la Seguridad Social, que muchas veces no tiene en cuenta la ocupación que el trabajador desempeña, para poder relacionar la enfermedad con el trabajo.

Por último, en términos generales, hay que sugerir la inoportunidad de establecer una separación radical entre enfermedades que se deben al trabajo y enfermedades debidas a la vida <sup>30</sup> ya que el trabajo es una parte importante de la vida. En la moderna sociedad del riesgo tal pretensión deviene poco realista, ya que los límites entre el trabajo y el no trabajo se han vuelto cada vez más difusos y, además, buena parte de los factores de riesgo más importantes hoy en día no conocen fronteras, de tal forma que lo que sucede en el trabajo afecta a la vida cotidiana y viceversa <sup>31</sup>.

### 2.3. Diferencias preventivas y de protección social entre accidente de trabajo y enfermedad profesional.

La enfermedad profesional es la ocasionada por la exposición repetitiva a determinados agentes ambientales que se presentan en los puntos de trabajo, como consecuencia del desarrollo de procesos y tareas en el transcurso del trabajo por cuenta ajena. Para que se produzca una enfermedad profesional ha de producirse un contacto entre la persona y el agente contaminante causa de la misma. Siendo la semejanza entre el accidente y la enfermedad profesional el contacto o nexo causal.

La diferencia entre ambos es la duración del contacto. En un accidente la duración es corta (casi instantánea), mientras que en la enfermedad profesional la duración debe ser prolongada (bien cortos períodos repetitivos o bien exposiciones prolongadas), así el organismo ve minadas sus defensas poco a poco hasta llegar a sobrepasar el límite de tolerancia, comenzando a desarrollar la sintomatología de la enfermedad. Por cierto, no debe confundirse la enfermedad profesional con el caso de una intoxicación aguda por una sobre exposición a un agente ambiental, ya que esto último sería un accidente.

Frente a la complejidad y flexibilidad de la noción de accidente de trabajo, la enfermedad profesional implica un mayor grado de fijeza, ya que la relación de causalidad es más estricta (se supri-

<sup>29</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I. *Nuevas perspectivas sobre la prevención de riesgos laborales. Aplicación práctica de la Ley 31/1995, sus Reformas y el Real Decreto 39/1997*. Ed. Dykinson. Madrid. (2004), pág. 545.

<sup>30</sup> ESPLUGA TRENC, J. y CABALLERO BASTARDO, J. *Introducción a la prevención de riesgos laborales. Del trabajo a la salud*. Ed. Ariel. Barcelona. (2005), pág. 64.

<sup>31</sup> BECK, U. *La sociedad del riesgo*. Ed. Paidós. Barcelona. (1998).

me la referencia a la ocasionalidad); por otra parte, la relación causal se formaliza en el sentido de que solo es enfermedad profesional la que se produce como consecuencia del desarrollo de la actividad o actividades expresamente delimitadas como productoras del tipo o tipos de enfermedades.

También desde el punto de vista técnico encontramos claras diferencias entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional; diferencias que se explican atendiendo a cómo responden una y otra patología frente a determinadas cuestiones, tales como <sup>32</sup>:

- Dosis agresiva: en el accidente de trabajo la dosis agresiva que recibe el individuo es alta o muy alta mientras que en la enfermedad profesional la dosis agresiva es baja o muy baja. Puesto que la dosis agresiva es la cantidad de agresión por el tiempo de exposición al que está sometido el individuo, veamos cómo se comportan estas dos variables en una y otra patología, la cantidad de agresión es muy alta o alta en el accidente de trabajo y muy baja o baja en la enfermedad profesional, por contra el tiempo de exposición es muy corto o corto en el accidente de trabajo (el accidente sucede en un instante) y muy largo o largo en la enfermedad profesional (se requiere de años de exposición para contraerla).
- Efecto nocivo: los efectos que causa un accidente de trabajo sobre la salud de un individuo son siempre de tipo agudo o sobragudo, tal que se corresponden a la administración de una dosis elevada en muy corto espacio de tiempo dando lugar a una alteración del organismo que se manifiesta en un corto período de tiempo. Los efectos que causa una enfermedad profesional sobre la salud de un individuo son siempre subagudos o crónicos, tal que se corresponden a la administración de múltiples pequeñas dosis en un largo período de tiempo dando lugar a una alteración del organismo que se manifestará al cabo de un largo período de tiempo.
- Inicio: el inicio de la patología correspondiente al accidente de trabajo es brusco, podemos precisar el día y la hora en que ocurrió el mismo. El inicio de una enfermedad profesional es lento, nunca podremos precisar el día y menos aún la hora en que esta se inició.
- Manifestación: en el accidente de trabajo la manifestación es violenta. Su efecto sobre la persona es traumático incluso puede haber derramamiento de sangre. En la enfermedad profesional la manifestación es de forma solapada, no hay derramamiento de sangre ni efectos traumáticos, si no que hay una serie de dolencias que van apareciendo de forma progresiva y solapada.
- Evolución: en el accidente de trabajo la evolución es rápida, súbita, es decir, la lesión se produce en su totalidad en unos instantes. En la enfermedad profesional los daños a la salud evolucionan de forma progresiva, día a día.
- Presentación: el que acontezca un accidente de trabajo es inesperado, depende de una situación no prevista. El que aparezca una enfermedad profesional es previsible en función de las condiciones de trabajo de un determinado puesto.

<sup>32</sup> GARCÍA NINET, J. I. *Manual de Prevención de Riesgos Laborales. (Seguridad, Higiene y Salud en el trabajo)*. Ed. Atelier. Barcelona. (2002), págs. 507-508.

- Resistencia individual: la resistencia individual no es importante en la aparición y consecuencias para la salud de un accidente de trabajo y en cambio tiene mucha importancia para que un individuo desarrolle o no una enfermedad profesional.
- Actuación preventiva: en el accidente de trabajo el esfuerzo preventivo debe ir encaminado a controlar, minimizando o anulando, la cantidad de agresión. En la enfermedad profesional se debe controlar, de forma prioritaria, el tiempo de exposición.
- Relación con el trabajo: en el caso del accidente de trabajo se trata de una relación genérica y relativamente fácil de establecer. En el caso de la enfermedad profesional se trata de una relación específica, a un determinado tipo de trabajo le corresponde el riesgo de un único tipo de enfermedad profesional, por ejemplo si se trabaja con plomo puede existir el riesgo de contraer una intoxicación por plomo (saturnismo) y no otra, pero difícil de establecer. La similitud entre accidente de trabajo y enfermedad profesional radica en consecuencia final: daño a la salud del individuo.

Sin ir más lejos, por ejemplo, las condiciones de trabajo juegan un papel importante en la generación de enfermedades cardiovasculares o de alteraciones digestivas que no aparecen en el listado o cuadro legal de enfermedades profesionales.

En resumen, entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo existe una similitud y una diferencia que conviene resaltar <sup>33</sup>. La similitud entre ambos radica en el resultado final: daño en la salud del trabajador. La diferencia, en el tiempo durante el cual transcurre la acción que acaba causando el daño. En la enfermedad, el tiempo es importante, ya que, como ya se ha dicho, junto con la concentración, o cantidad o energía del contaminante, configuran la dosis. Al aumentar el tiempo, aumenta la dosis y el efecto que produce en la persona expuesta. En cambio, en el caso del accidente, el tiempo es irrelevante, ya que no influye en el efecto causado; este aparece de manera instantánea en el momento del accidente.

### **3. A PROPÓSITO DEL ESTRÉS LABORAL Y EL *BURNOUT*: SU CONSIDERACIÓN COMO «ENFERMEDADES DEL TRABAJO»**

El indudable carácter profesional de las contingencias originadas por procesos patológicos como el estrés laboral <sup>34</sup> o el *burnout*, cuya incidencia en la población empleada resulta cada día más acuciante, que en muchos casos una vez cursados devienen incapacitantes y además definitivos y su falta de acomodo a la lista de enfermedades profesionales, ha llevado a buscar soluciones algo más flexibles. En este sentido, es de destacar que algunos Tribunales Superiores de Justicia hace ya algún

<sup>33</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I. *Nuevas perspectivas sobre la prevención de riesgos laborales. Aplicación práctica de la Ley 31/1995, sus Reformas y el Real Decreto 39/1997*. Ed. Dykinson. Madrid. (2004), pág. 546.

<sup>34</sup> Baste ahora con señalar que, aparte de considerarse que existen diversos tipos de estrés, la comunidad europea no llega a considerar el estrés como una enfermedad laboral, pero reconoce que puede originar importantes problemas de salud, de forma que pueden hacernos sufrir, enfermar o incluso morir, *Guía sobre el estrés laboral*, pág. 8 de la versión resumida. Para nuestro TS es accidente de trabajo el suicidio durante el tiempo y el lugar de trabajo precedido de estrés laboral, por todos, ATS 18 de febrero de 2004, n.º rec. 3169/2003.

tiempo y con acierto iniciarían un camino<sup>35</sup>, no exento de dificultades, hacia la inclusión de este tipo de enfermedades dentro de las «derivadas del trabajo» que en el régimen legal tienen la consideración de accidentes de trabajo. Esta senda es la que habrá que seguir transitando habida cuenta la inmovilidad que en esta materia ha demostrado el Gobierno con la aprobación del nuevo cuadro de enfermedades profesionales.

Tampoco falta algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, aunque en la mayoría de los casos la respuesta de este último no va a poder producirse habida cuenta las dificultades para cumplir el requisito de la contradicción impuesto para el acceso a la casación unificadora<sup>36</sup>, por la falta de la identidad de los supuestos planteados.

Es evidente que la pervivencia de la disolución en la figura del accidente laboral del tratamiento jurídico ofrecido a las enfermedades del trabajo se muestra demasiado ineficaz para la perspectiva que más debería importar, la preventiva. Así las reglas de vigilancia específica de la salud de los trabajadores expuestos al riesgo de desarrollar enfermedades profesionales no son aplicables al accidente de trabajo: reconocimientos médicos previos y periódicos (art. 196 LGSS); períodos de observación y obligaciones especiales. Asimismo se difumina en gran medida el carácter obligatorio de prevención de riesgos por parte del empleador<sup>37</sup>.

No puede dejar de señalarse que, en cambio, en el plano reparador, hay algunas consecuencias positivas de esta reconducción, como por ejemplo el considerarse incluidas, a falta de una previsión expresa, en el seguro voluntario contratado por la empresa en estos casos, a menudo conforme a las políticas de mejora voluntaria articuladas en la negociación colectiva. La razón es que hoy la jurisprudencia tiende a considerar que, de no precisarse de modo expreso, las enfermedades profesionales no pueden encajarse en la póliza de seguro contraída para los accidentes de trabajo.

Sabemos que la principal dificultad para reconducir las enfermedades del trabajo, en especial las vinculadas a factores de riesgo psicosocial, al cuadro de patologías profesionales reside en la delimitación del origen laboral de la enfermedad, pues puede tener en su base factores diversos, incluidos los extralaborales. Ahora bien, ni respecto de las más clásicas, y no solo el «cáncer», es posible encontrar ese origen simple, único, ni tampoco respecto de estas es imposible avanzar científicamente en su determinación en el marco primario de la relación laboral, entendida en su dimensión más amplia.

En suma, tras el sucinto pero ilustrador repaso realizado por la nueva norma queda en evidencia la doble necesidad de continuar mejorando el sistema: actualizando la lista de enfermedades profesionales, por un lado, y flexibilizando aún más el procedimiento de revisión, por otro, al objeto de que incorporen las nuevas patologías emergidas en el mundo laboral, por la evolución de los métodos de producción y los modos de organización del trabajo, de modo que haya una mayor coherencia entre el sistema reparador o indemnizatorio y los nuevos enfoques preventivos. En este sentido, bien podría haber llegado ya el tiempo de plantearse el fin del viejo sistema de «listas cerradas» –*numerus clau-*

<sup>35</sup> Entre otras, *vid.* la STSJ País Vasco 2 de noviembre de 1999.

<sup>36</sup> Se inadmite el recurso por falta de contradicción, entre otros, en AATS 23 de noviembre de 2004 (n.º rec. 269/2004); 13 de septiembre de 2005 (n.º rec. 4322/2004) y 25 de octubre de 2005 (n.º rec. 3363/2004).

<sup>37</sup> MOLINA NAVARRETE, C. «Nuevo cuadro de enfermedades del trabajo y riesgos psicosociales. ¿Una nueva oportunidad de modernización real perdida?». *La Mutua*. N.º 17 (2008), págs. 33-34.

sus—, de modo que también por vía de decisión judicial, amén de la decisión administrativa, pudiesen tipificarse enfermedades profesionales, garantizando una igualdad de trato a todas las enfermedades que, listadas formalmente o no, evidencien una clara relación causal con la actividad profesional realizada por el trabajador. De este modo, la actualización no pendería de una reforma normativa.

En cualquier caso, es hora ya de tomarse en serio el enorme sufrimiento que producen, y los elevados costes que generan, las dolencias ligadas a estos factores de riesgo psicosocial, sin duda uno de los problemas más graves para la salud en el trabajo, que compromete el entero bienestar de la persona, tanto en su trabajo como en sus demás esferas de relación, por lo que está más que justificada la adopción de una «batería» de actuaciones, tanto en el plano preventivo, que debería primarse, como en el reparador. Aunque en modo alguno es la única vía, ni tan siquiera la mejor solución, sí parece ya evidente que sería mucho más conveniente el encuadramiento de estas dolencias en el concepto de enfermedad profesional en sentido estricto, al menos mientras se mantenga la distinción.

Por ello, una adecuada tutela frente a los comportamientos que hemos calificado de acoso moral con resultado dañino sobre la integridad física y psíquica y la salud del trabajador, pasa, desde el punto de vista de OLARTE ENCABO<sup>38</sup>, por el reconocimiento de este como enfermedad del trabajo, aunque esto comporte una labor probatoria difícil en muchos casos. Así, la autora propone que al participar del concepto de accidente de trabajo, las enfermedades del trabajo cuentan con los mismos elementos de la definición legal de estos: existencia de una lesión corporal, que afecte a un trabajador por cuenta ajena (o por cuenta propia con protección de este riesgo) y que exista una probada relación de causalidad con el trabajo.

Entre estas «enfermedades», la jurisprudencia incluye tanto las patologías de acontecimiento súbito, en las que hay menor problema probatorio por ser más claro el factor etiológico<sup>39</sup>, como las patologías físicas o psíquicas de desarrollo lento y gradual, respecto de las que el verdadero problema es de orden probatorio por la difícil valoración de la etiología. En efecto, el término «lesión corporal» propio de la definición del accidente se entiende como todo daño psíquico, anatómico, sensorial o funcional y no solo derivado de la acción de agentes exteriores súbitos, repentinos y violentos, sino también las dolencias lentas y progresivas. Por tanto, la «lesión» engloba a la enfermedad, ya que la lesión es «cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional» (STS de 17 de octubre de 1992).

En este segundo grupo, enfermedades de desarrollo lento y gradual, se sitúan en general todas las que tienen su origen en el *mobbing*, y de ahí la dificultad de probar el grado de incidencia de este en la génesis del trastorno patológico. No obstante, el desarrollo de la psicología y psiquiatría, y en general de la medicina en este campo ha llevado a un mejor y fiable diagnóstico, tratamiento e identificación de la etiología de este tipo de enfermedades.

El problema de calificación de las enfermedades supuestamente provocadas por el acoso moral en el trabajo se sitúa, como ya adelantábamos, en la existencia de una relación o nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo sobre el que se sustenta un sistema de responsabilidad objetiva empresarial

<sup>38</sup> OLARTE ENCABO, S. «Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo: Progresos y dificultades». *Temas Laborales*. N.º 80. (2005), págs. 74-80.

<sup>39</sup> *Vid.* STS de 10 de noviembre de 1987 y STSJ Cataluña de 18 de febrero de 1995.

por riesgo reforzado legalmente<sup>40</sup>. Y decimos, que se trata de un problema por la difícil valoración del factor etiológico en estas enfermedades, en las que existe un amplísimo grado de apreciación judicial, no existiendo una posición clara en cuanto al grado de relevancia que se dé al trabajo en la cadena causal (desde la exigencia de que este sea la causa exclusiva a la mera influencia). Problema que es extensible a todas las enfermedades psicolaborales (tengan o no su raíz en el acoso moral en el trabajo).

En el artículo 115 de la LGSS se distinguen tres tipos de enfermedades derivadas del trabajo: las que tienen por causa el trabajo [apartado e)], las preexistentes agravadas por el accidente [apartado f)] y las intercurrentes [apartado g)] y sobre estos preceptos se ha ido ampliando el concepto de enfermedad del trabajo a aquellos casos en que este tiene cierta relevancia, aunque no sea la causa única de lesión, pero coadyuvando a que se desarrolle el proceso patológico. No obstante, los pronunciamientos existentes hasta el momento no siempre acogen esta interpretación amplia del nexo causal.

Es el artículo 115.2 e) de la LGSS el que se refiere propiamente a las enfermedades del trabajo en los siguientes términos: «las enfermedades... que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Este precepto no ha sido interpretado según su tenor literal y es claro que los jueces no se mueven con seguridad ni con unanimidad de criterio.

Como evidencia la STS de 25 de marzo de 1986, es un terreno sin definiciones ni certezas en la que lo definitivo será la valoración médica, siendo esta la que decide si la enfermedad estuvo o no causada por la realización del trabajo, por causa «exclusiva» según la ley. En la mayoría de los casos será difícil valorar la etiología de la enfermedad, salvo en aquellos en que se pueda aplicar la presunción legal del artículo 115.3 de la LGSS (ocurridos en tiempo y lugar de trabajo), debiendo tenerse en cuenta que la prueba en contrario resulta imposible o muy difícil en la mayoría de los casos (presunción que, dicho sea de paso, lo que produce es un desplazamiento de la carga de la prueba)<sup>41</sup>.

Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, la relación causal que se exige para la enfermedad del trabajo es más fuerte que en el accidente, no bastando que se produzca con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino por causa exclusiva. Así lo recalca la STS de 24 de mayo de 1990, siendo el Tribunal Supremo bastante oscilante en cuanto a si ha de prevalecer la presunción del artículo 115.3 de la LGSS o bien la exigencia del artículo 115.2 e) de la LGSS<sup>42</sup>.

En efecto, para la doctrina mayoritaria, cuando la dolencia se manifiesta de forma ostensible y súbita en el tiempo y lugar de trabajo se aplica plenamente la presunción, de modo que el solo hecho de manifestarse en el lugar y tiempo de trabajo será determinante (salvo prueba de carencia absoluta

<sup>40</sup> En efecto, esta responsabilidad objetiva de las que hablamos viene reforzada por la inclusión de la fuerza mayor, la presunción *iuris tantum* del artículo 115 de la LGSS (son accidentes de trabajo los acaecidos en tiempo y lugar de trabajo) y los accidentes *in itinere*, artículo 115.2 a).

<sup>41</sup> Es evidente que la prueba en contrario resulta más fácil en el caso de las enfermedades de desarrollo lento y menos agresivas.

<sup>42</sup> En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ALVAREZ, T.: «El acoso moral: perspectivas jurídico-laborales». *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. (2004), para quienes no se trataría de una enfermedad profesional sino de una enfermedad común, aunque causada con ocasión y con causa en el trabajo, por lo que sería un supuesto del artículo 115.2 e) de la LGSS con la consideración de accidente de trabajo, si bien como accidente de trabajo impropio.

de relación) del juego de la presunción del artículo 115.3 de la LGSS. En cambio, en las enfermedades de etiología común no basta la ocasión, siendo necesario que el trabajo haya sido un factor relevante (por tanto, la presunción jugaría de forma débil)<sup>43</sup>.

Volviendo a nuestro tema, el acoso de trabajo, la calificación propuesta como enfermedad del trabajo, en tanto no se produzca su inclusión en el listado de enfermedades profesionales, es la única vía para considerar las patologías derivadas de acoso como una contingencia profesional. Es cierto que es una opción problemática y no exenta de dificultades en el ámbito probatorio, pero pensamos que una interpretación flexible tal y como permite el artículo 115 de la LGSS, exigiendo la prueba incontestable de la existencia de nexo causal, sería la más adecuada. En espera de una necesaria intervención legal que defina las enfermedades del trabajo y clarifique el alcance exigido al nexo causal y la distribución de la carga de la prueba, lo cierto es que con la redacción actual de estos preceptos la palabra última la tienen los tribunales, quienes no han consolidado criterios claros ni unánimes al respecto.

En todo caso, aunque la fórmula más segura sería la inclusión de las enfermedades psicolaborales en un futuro en el listado de enfermedades profesionales, el estado del estudio actual de estas enfermedades por la ciencia médica (psiquiatría) o la psicología no permiten una calificación de tipo automático y tan objetivo, como las enfermedades listadas. A diferencia de las denominadas enfermedades profesionales, la ansiedad, la depresión... no son enfermedades de etiología definida a priori, por ello será necesario un mayor avance en el estudio de las mismas, para determinar (si es posible) elementos objetivos y diferenciadores de una enfermedad provocada por acoso, o más en general por el trabajo. Mientras tanto, la solución básica adoptada por nuestros tribunales, además de ser la única posible, nos parece razonable, radicando las divergencias en el grado de exigencia probatoria y aquí es donde hay que dirigir los esfuerzos para identificar unos criterios claros, razonables, objetivos y equitativos.

La mayoría de las patologías derivadas de acoso moral son de naturaleza psíquica, aunque también se pueden derivar otras físicas. La aplicación de la presunción del artículo 115.3 de la LGSS a las enfermedades psíquicas es ciertamente más compleja que las físicas, ya que generalmente no se manifiestan en el tiempo y lugar de trabajo, aunque los factores desencadenantes sí se produzcan dentro de dichas coordenadas. Esto dificulta la aplicación de la presunción de accidente de trabajo, razón por la que para su calificación como contingencia profesional se suele acudir al supuesto del apartado 2 letra e), por lo que recaerá sobre el trabajador la carga de la prueba del nexo causal, sin perjuicio de que el juez pueda llegar a la convicción por medio de presunciones judiciales<sup>44</sup>. Desde nuestro punto de vista, el juzgador ha de determinar si el trabajo ha sido el factor desencadenante o simplemente ocupa un lugar residual en la aparición de la enfermedad, ya que en este caso no entraría en la previsión del apartado e) del artículo 115.2 de la LGSS.

<sup>43</sup> Sobre la presunción establecida en el apartado tercero del artículo 115 de la LGSS, *vid.*, ARETA MARTÍNEZ, M.: *La presunción en el Sistema de Seguridad Social*. Ed. Aranzadi. Pamplona, (2003), pág. 226 y ss., quien sostiene que la presunción de dicho precepto comprende tanto lesiones violentas como dolencias o enfermedades de origen laboral manifestadas en tiempo y lugar de trabajo.

<sup>44</sup> En este sentido AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R. «El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 233-234. (2002), págs. 4-43.

Finalmente, otro tema a considerar será la posibilidad de imponer un recargo de prestaciones cuando el empresario no haya puesto los medios necesarios para evitar los comportamientos que están en el origen de estas enfermedades, hipótesis, desde nuestro punto de vista defendible en la medida en que se dan los elementos exigidos por el artículo 123 de la LGSS. En efecto, tal como defendemos se trataría de enfermedades del trabajo asimiladas a accidente de trabajo en las que, tal como hemos definido el *mobbing*, el empresario no ha observado «medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las... de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta sus características, la edad, sexo y demás condiciones del trabajador». Desde nuestro punto de vista, ello es claro en el *mobbing* que presume un comportamiento doloso, tanto en el caso del *mobbing* vertical como en horizontal, ya que el empresario, a parte de un deber general de prevención previsto en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), tiene el deber de evitar los riesgos, evaluar los que no se puedan evitar y combatir los riesgos en su origen (art. 15 LPRL). Lo cual es independiente y compatible con cualquier otra responsabilidad, incluso, penal que pueda derivarse.

Esta solución tendría además la virtualidad de dar un tono «punitivo» o «sancionador» a este tipo de comportamientos, diferenciando así los supuestos en que aunque el origen de la enfermedad psíquica esté en el trabajo (estrés laboral, depresión laboral...) no se haya producido propiamente un acoso moral, que desde nuestro punto de vista merece un tratamiento «sancionador» e indemnizatorio que no parece razonable exigir en los supuestos en que no existe un comportamiento doloso que busca la destrucción psíquica del trabajador.

Acerca de los pronunciamientos judiciales y doctrina jurisprudencial en torno a las enfermedades psicolaborales, al hacer un análisis del cual está siendo la respuesta de jueces y tribunales ante la demanda de calificación como accidentes de trabajo de enfermedades de tipo mental o psicológico relacionadas con el trabajo, llaman la atención dos cuestiones:

- En primer lugar: la heterogeneidad de soluciones técnico-jurídicas ante supuestos de hecho similares. Nos referimos a cómo en unas ocasiones se califican como accidente de trabajo sobre la base el artículo 115.2 e), en otras sobre el 115.3 y en algún caso sobre el artículo 115.1 de la LGSS, directamente.
- En segundo lugar, la tendencia a dar un tratamiento diferente a las mismas enfermedades psicolaborales, admitiendo que se trata o no de contingencia profesional según la enfermedad sea originada o no en acoso moral, dando a entender que sin conducta dolosa dañina no habría responsabilidad empresarial y no cabría su consideración como contingencia profesional.

#### 4. EL ACOSO MORAL COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Como es fácil de imaginar, los casos de *mobbing* no aparecen como un fenómeno de conocimiento público y generalizado por todos los componentes de una organización<sup>45</sup> —a diferencia de los

<sup>45</sup> ROJAS RIVERO, G. P. *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*. Ed. Bomarzo. Albacete. (2005), págs. 117-141.

accidentes de trabajo que rápidamente son conocidos por toda la empresa debido a su espectacularidad y consecuencias inmediatas–, pero no por ello sus efectos físicos y psicológicos dejan de ser devastadores.

Dentro del tratamiento jurídico laboral del acoso moral, se trata ahora de analizar si se puede reconocer al mismo como hecho causante de accidente de trabajo.

Desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva en que se concreta la indemnización social a que el trabajador tiene derecho, en el marco del sistema de Seguridad Social, todavía asentado sobre el principio de especificidad de las contingencias profesionales, se plantea la cuestión relativa a la calificación jurídica que merecen las consecuencias negativas que para la salud generan las conductas descritas como acoso moral. En principio, la consideración del acoso moral como problema de salud vinculado estrechamente no al puesto de trabajo en sentido estricto, sino a deficiencias de organización de trabajo y a las condiciones ambientales en que se desarrolla la actividad del trabajador, hace pensar en que este riesgo profesional genera un daño, además de patrimonial (daños al estatuto profesional), a la salud psíquica –incluso física– y a la integridad moral del trabajador (daños al estatuto personal, «biológico» y «moral»), que cabe catalogar también como accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La legislación de Seguridad Social no define de forma autónoma los riesgos profesionales, en realidad se limita a remitir a otra norma, el Real Decreto 1299/2006, la elaboración de una lista, cerrada desde un punto de vista restrictivo, de enfermedades profesionales, en la que no se da entrada al estrés, la depresión y otras enfermedades mentales, que pueden producirse como consecuencia del acoso moral. La letra e) del artículo 115.2 de la LGSS, incorporando una cláusula de cierre que en la doctrina y jurisprudencia se ha llamado enfermedad de trabajo, trata de evitar el carácter cerrado de la consideración de enfermedad profesional recogido en el artículo 116 de la LGSS al calificar como accidente de trabajo, «las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (el que define el tipo legal de la enfermedad profesional) que contraiga el trabajador como motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Así existen varios pronunciamientos judiciales que, aplicando lo dispuesto en el artículo 115 de la LGSS, ya han considerado como accidente de trabajo las situaciones de perturbación psicofísica o el desgaste psicológico producidos por el acoso, al apreciar la existencia de un nexo causal entre el trabajo desempeñado por el trabajador y el padecimiento físico psíquico sufrido por este<sup>46</sup>. La presunción de laboralidad de todos los accidentes sufridos durante la jornada laboral destacada en el artículo 115 de la LGSS ha sido estimada por los tribunales (por todas, STS 23-7-01, A.8027), durante el tiempo y en el lugar de trabajo, dice el artículo 115.3 de la LGSS. Según la jurisprudencia se entiende por tiempo de trabajo el «efectivo sin restricción o reserva de horario ordinario o normal de actividad», y por lugar de trabajo «aquel en el que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual» (STS 18-12-96).

Por tanto, cabe interpretar que la falta de referencia legal expresa o la consideración como accidente de trabajo del acoso moral se ve complementada por jurisprudencia y doctrina. La SJS

<sup>46</sup> SSTSJ Navarra 30-4, 18-5 y 15-6-01, A.1878, 1821 y JUR 230916, respectivamente. STSJ Galicia 24-1-01 sobre acoso sexual.

Ourense de 6-11-00, considera accidente de trabajo la depresión que sufre el demandante como consecuencia de un problema surgido en el ámbito laboral. Esta sentencia cita la STSJ Galicia de 31-7-00 (A. 2203) que considera que se ha producido una vulneración del derecho a la integridad psíquica del demandante reconocida y protegida por el artículo 15 de la CE. La STSJ Navarra de 18-5-01 (A. 1821) alude de forma específica a un supuesto de *mobbing* y confirma el carácter de accidente de trabajo de la situación de IT en la que se encontraba la víctima, toda vez que generó un «entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no solo sentido como tal por la actora, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral de un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal». Con posterioridad, la SJS n.º 1 de La Rioja de 31-10-2003 (A. 3636) contiene similar parecer y, recientemente, la STS 18-1-05 (Rec. 6590/2003) establece que es suficiente con que el origen del estrés esté conectado con la profesión del trabajador, sin que resulte precisa la concurrencia de ningún hecho o circunstancia concreta realizada en el ejercicio de su actividad profesional.

Estos supuestos pertenecen a la categoría de enfermedades derivadas del trabajo, concepto puente entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo, donde late el viejo debate acerca de la reforma y ampliación del cuadro de enfermedades profesionales que se ha desarrollado pero que no ha sufrido variación sustancial y que, por tanto, está necesitado de actualización no solo el cuadro de enfermedades sino el propio concepto de enfermedad profesional.

En coherencia con ello, el 29 de julio de 1997 la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo acordó la creación del Grupo de Trabajo «Enfermedades Profesionales» compuesto por representantes de las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas, de las Organizaciones empresariales, y Sindicales, para estudiar el sistema existente en España de recogida, registro y tratamiento de datos relativos a las enfermedades contraídas con ocasión del trabajo. Por su parte, el 13 de septiembre de 2000 la Mesa de Diálogo Social en Prevención de Riesgos Laborales, constituida por el Gobierno, CC.OO., UGT y CEOE, alcanzaron un preacuerdo sobre la actualización de la normativa referente a enfermedades profesionales con el siguiente contenido: a) impulsar, durante la presidencia española en la Comisión Europea, la aprobación de una nueva Recomendación que actualice la anterior 90/326/CEE, sobre la lista europea de enfermedades profesionales y, b) actualizar el cuadro de enfermedades profesionales español, teniendo en cuenta los trabajos y criterios que se están desarrollando para la elaboración de la nueva Recomendación.

Como ya he señalado anteriormente y es importante dejar constancia, «es cierto que el nuevo Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, poco aporta sobre el concepto de «lista complementaria» ni sobre sus efectos jurídicos, sino que su artículo 1 se limita a aprobarla dejando abierta la vía de que en el futuro pudieran incluirse en el anexo I del real decreto, esto es, en la lista de enfermedades profesionales. Luego no solo el sistema de lista no se habría sustituido, sino que se habría modificado mediante la inclusión de enfermedades «en espera de lista», pero que todavía no están consideradas como tales».

El problema básico para poder considerar las dolencias padecidas como consecuencia del acoso moral como accidente de trabajo, a la luz de los artículos 115.1 y 115.2 e) de la LGSS, es la relación de causalidad entre el trabajo realizado y las dolencias sufridas. A diferencia de los accidentes

sufridos en el lugar de trabajo, que se encuentran protegidos ampliamente por la presunción general, es necesario demostrar la relación entre la dolencia sufrida y el trabajo por cuenta ajena, prueba har-to difícil, cuando más en el supuesto de dolencias psíquicas como estrés o depresiones, por citar algunas.

La doctrina del TS (SSTS 27-12-95 y 22-10-99) que sirve de fundamento a las SSTSJ Navarra de 2001, es la que califica como accidente de trabajo «aquel en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotu-ra alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación, cediendo únicamente la presunción ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de la relación laboral, cuya carga se desplaza a quién niegue la consideración de accidente de trabajo...» (STSJ Cataluña 6-3-2000, a la que se remite la SJS Pamplona n.º 1, 19-2-2001). Esta interpretación sintetizaría, aunque con algunos matices, la jurisprudencia dominante del TS (STSJ Navarra 30-4-2001, A.1878). Inequívoca la doctrina de esta sentencia cuando impu-ta a la empresa formalmente titular del contrato de las trabajadoras afectadas en «menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y de obra que atenten a su dignidad personal...» (FJ 4.º)». Es evidente que mientras no existía una prueba fehaciente de la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal, no se destruye la presunción de la laboralidad de enfermedad de trabajo surgida en tiempo y lugar de trabajo. Serán los responsables de la protección los que deban probar que no existe el nexo causal lesión-trabajo (STS 18-3-99, A. 3006).

La vía más sencilla para demostrar esta relación de causalidad sería poder aportar los diagnós-ticos e informes de los facultativos que hayan asistido al trabajador por sus dolencias psíquicas. Por ello es altamente recomendable que cuando un trabajador comience a sentir consecuencias causadas por el acoso moral, tales como depresión, ansiedad, baja autoestima, acuda a un facultativo para su tratamiento y así poder demostrar que la dolencia ha sido causada por el acoso sufrido. De esta mane-ra quedaría nítidamente constituida la relación de causalidad. Si, además, el trabajador se encuentra en situación de baja laboral, debe solicitar el cambio de contingencia de la misma para que su baja sea considerada como derivada de accidente de trabajo. Si se trata de un funcionario cuyo régimen de previsión social sea el de clases pasivas, deberán pedir el cambio de contingencias en vía contencioso-administrativa (agotando primero la vía administrativa). Lo normal es que el conocimiento de este cambio se efectúe en vía laboral, al estar la mayoría de los funcionarios en el régimen general de la Seguridad Social.

La consideración de contingencia profesional <sup>47</sup> de la dolencia sufrida por el trabajador que tenga vinculación con el acoso moral sufrido significará que, conforme al artículo 124.4 de la LGSS,

<sup>47</sup> Como ejemplo de la consideración de contingencia profesional en un proceso de incapacidad temporal por «trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo vinculado con su trabajo», ya que la dolencia había sido causada por el acoso moral sufrido en su trabajo, puede citarse la SJS n.º 4 Jaén, 10-5-02. De la misma consideración en un caso de «trastorno depresivo mayor

no será necesario un período previo de cotización a la hora de tener derecho a las prestaciones por incapacidad temporal.

Ahora bien, resulta más problemática la cuestión de si puede o no calificarse de accidente de trabajo las enfermedades psicológicas o lesiones psicósomáticas que derivan, según la referida modalidad de «acoso horizontal», de agresiones ambientales realizadas por compañeros de trabajo, sin intervención directa, ni activa ni pasiva, del empleador.

En estos casos, la responsabilidad del empresario, cuando el agresor o acosador es otro trabajador a su servicio, compañero de la víctima, no es subsidiaria, sino directa, y si se demanda conjuntamente a compañero y empresario, la responsabilidad es solidaria, por lo que se podrá exigir a este el total de la indemnización. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que pueda emprender el trabajador-víctima contra los autores, ya se trate de una relación de empleo público ya de empleo privado.

Aunque en ocasiones se ha utilizado como argumento jurisprudencial para destruir la presunción de laboralidad la concurrencia de un proceso de enfermedad común previamente existente, no parece que sea obstáculo para llegar a una conclusión favorable el hecho de que el trabajador presentara antes del daño una *psiquis* más vulnerable frente a este tipo de agresiones, pues en tal caso entraría en juego el artículo 115.2 f) de la LGSS que califica de accidente a las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad agravados como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

#### 4.1. Su repercusión en las normas sancionadoras.

El acoso moral es un riesgo laboral que entra en el campo anímico no visible, de ahí lo problemático de su detección, evaluación y posterior erradicación, así como la dificultad para su calificación jurídica. En definitiva, es un aspecto jurídico-social multidisciplinar. Ello explica por qué los riesgos psicosociales en el trabajo –y el acoso moral en el trabajo lo es– no pueden ser *numerus clausus*, de serlo podría considerarse solucionada una de sus mayores problemáticas: su delimitación.

En todo caso, considerado como una contingencia profesional y analizada su cobertura como factor de riesgo por parte de la normativa de prevención de riesgos laborales, se trata ahora de responder a la cuestión relativa a las repercusiones que se producen respecto de esa consideración. Una de ellas es la que deriva de la propia aplicación de normas sancionadoras en materia preventiva pre-

---

grave sin síntomas psicóticos», la STSJ Cataluña 8-5-02. También STSJ Navarra 30-4-01, en el supuesto de «trastorno de ansiedad reactivo a acoso en el trabajo». Asimismo, el supuesto de «reacción mixta ansiedad-depresión», analizando por el mismo Tribunal en SS 18-5-01 y 15-6-01. En el supuesto de cuadro depresivo reactivo a problemática laboral, por la STSJ Castilla y León 20-12-01 y STSJ Galicia 24-1-00. También en el caso de «depresión mayor», conocido en las SSTSJ Cataluña 30-5-01 y 3-11-00, así como en la STSJ Andalucía 23-2-00 y STSJ País Vasco 9-5-00. Asimismo el supuesto de «cuadro de trastorno de la personalidad por dependencia y trastorno de angustia con agorafobia», resuelto por STSJ Murcia 15-1-01. En contra de tal consideración, respecto de un supuesto de «sobrecarga psicológica», la STSJ del País Vasco 30-4-02. También en contra, en el supuesto de «trastorno ansioso-depresivo», la STSJ La Rioja 20-11-01.

vistas en la LISOS (arts. 11 a 13 y concordantes), en lo que afecta al ámbito social y en otras normas, en relación con otros tipos de responsabilidades.

El artículo 42 de la LPRL establece que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. Esto quiere decir que si a pesar de estar constatada la presencia de elementos de acoso moral, estos no se tienen en cuenta por el empresario para la correcta planificación de la actividad preventiva, sería de aplicación el régimen sancionador<sup>48</sup>.

Para conocer las sanciones aplicables hay que acudir a la regulación de las infracciones y sanciones en materia social.

En la LISOS, las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales se encuentran reguladas en la Sección Segunda del Capítulo Segundo. Concretamente, en el artículo 12.1 se establecen como infracciones graves el no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones; así como el incumplimiento de la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de los riesgos. También en el artículo 12.3, el no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes<sup>49</sup>.

El amparo actual que encuentra el acoso discriminatorio en el artículo 8.13 bis, como infracción muy grave, en la Sección Primera del Capítulo II de la LISOS, relativo a las infracciones en materia de relaciones laborales será útil, sin duda, para los limitados supuestos a que se refiere, pero no deriva en tal como la sanción de un incumplimiento en materia preventiva.

## 4.2. Su repercusión en el sistema de Seguridad Social.

La legislación de la Seguridad Social introduce importantes diferencias en su dinámica protectora según el daño proceda de un riesgo común o de un riesgo profesional. Otra cosa diferente es que cualquier daño se protege con independencia, en principio, de la naturaleza, común o profesional del riesgo de que procede. En este sentido es clara la definición unitaria de incapacidad que realiza

<sup>48</sup> La misma solución se produce en el Derecho italiano con la infracción del artículo 2087 Codice Civile; TULLINI, P. «Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona». *RIDL* I. (2000), pág. 258.

<sup>49</sup> Esta actuación también se plantea en derecho italiano. El artículo 2087 del Codice Civile establece la obligación para el empresario de asumir todas las actuaciones tendentes a la protección de la salud de los trabajadores, no bastando con el cumplimiento de las obligaciones concretamente previstas en la ley, sino todas las necesarias para proteger la salud del trabajador. El incumplimiento de dichas medidas, además de suponer una violación del mandato general de protección, supondría que el trabajador podría instar la declaración de responsabilidad civil del empresario por la infracción de dicha norma. Se trataría por tanto de una responsabilidad civil «especial» respecto a la responsabilidad aquiliana por causa, establecida en otros preceptos del Codice Civile. Asimismo, la responsabilidad del empresario por la no protección del derecho a la salud de los trabajadores en la empresa también se encuentra planteada en Derecho francés, en el artículo 122.51 CT. LAZZARI, C.

la LGSS, sin distinguir entre las contingencias que derivan de un riesgo común o de un profesional. El acceso a las prestaciones dependerá de que el beneficiario cumpla los requisitos legales de alta, cotización, etc., exigidos por el ordenamiento.

Ahora bien, las consecuencias de la distinta protección ofrecida por el sistema puede observarse desde tres ópticas diferentes: en la intensidad de la protección (bases reguladoras sobre salarios, incremento de las prestaciones en caso de inexistencia o insuficiencia de medidas de seguridad), en el acceso a la prestación (inexistencia de períodos de carencia, alta de pleno derecho) y en las garantías para el beneficiario (frente a incumplimientos empresariales de afiliación, alta y cotización, el sistema protege con mayor intensidad al que sufre daños derivados de un riesgo profesional).

El accidente y la enfermedad son desde el punto de vista médico, dos realidades diferentes; lo relevante desde el punto de vista jurídico es la relación de causalidad. Como consecuencia del listado de enfermedades profesionales, y para hacer realidad el propósito de abarcar todos los riesgos conectados al trabajo, se abre un espacio en el que la imputación causal es tarea que corresponde asumir al intérprete u operador jurídico. Y esta es la franja por la que transita el fenómeno del *mobbing* cuando se analiza desde el punto de vista de la calificación de los daños asociados a él como menoscabos de origen o etiología profesional, para ello el operador jurídico dispone de la presunción *iuris tantum* de laboralidad del artículo 115.3 de la LGSS. Las secuelas del acoso son de tanta importancia que el ordenamiento de la Seguridad Social no puede dejar sin protección al trabajador frente a riesgos capaces de provocar semejantes daños en su salud mental y física. En consecuencia, la patología asociada al *mobbing* sería, en todo caso, una enfermedad no listada con encaje en el artículo 115.2 e) de la LGSS.

#### 4.2.1. Requisitos para la protección.

##### a) El daño.

El *mobbing*, para que adquiera relevancia jurídica a los efectos de poner en marcha el sistema protector de la Seguridad Social, que no otros, debe originar un daño efectivo, físico o psíquico que, transitoria o permanentemente, repercute en la capacidad de trabajo o ganancia de la persona acosada, o provoca un exceso de gastos asociado a una alteración de la salud. Para los mecanismos públicos de protección, el *mobbing*, además, debe provocar un daño que pueda proyectarse en cualquiera de los tipos legales de incapacidad, temporal o permanente, para el trabajo, es decir, todo daño en materia de Seguridad Social debe ser traducido al elenco de contingencias objeto de protección; también el daño psíquico asociado al *mobbing*.

Es posible identificar dos grupos distintos de daños: materiales o patrimoniales y personales, y dentro de estos, los relativos a la salud o biológicos y morales.

La diferenciación entre «daños biológicos» y «daños morales» no es en modo alguno habitual, ni siquiera está presente en la jurisprudencia española, menos aún en la jurisprudencia social, aunque sí constituye una adquisición firmemente asentada en la doctrina y jurisprudencia de otras experiencias jurídicas europeas, especialmente la italiana, que debe ser punto de referencia inexcusable, sin

duda, para renovar en vía interpretativa el ya obsoleto régimen español sobre responsabilidad por daños a la persona del trabajador.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CC.EE. de 22 de enero de 2002, condena a pagar al recurrente la suma de 1 euro, a título simbólico, como indemnización del daño moral experimentado debido a la adopción de la decisión atacada. En este caso el Tribunal no concede la reclamación de resarcimiento de daños morales por una cuestión de ausencia de respeto al procedimiento precontencioso establecido, es decir, por un defecto procesal, pero no se mantiene ajeno al hecho de que «el resarcimiento por el daño moral incluye no solo el ataque a la dignidad y seriedad profesional, sino también la degradación del estado psicológico y de salud, así como el daño experimentado en sus relaciones cercanas, en concreto, su esposa y sus hijos, considerando el dolor que ha causado la degradación constante de su salud y estado psicológico como marido y padre».

#### b) La presunción de laboralidad.

El artículo 115.3 de la LGSS dice «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo».

Esta presunción *iuris tantum* debería admitirse o rechazarse en función de la valoración de otros elementos tales como la conexión temporal de los procesos de baja o de crisis con los períodos de actividad, la inexistencia de antecedentes u otros. Todo esto conecta de manera muy directa con los problemas asociados a la relación causal, pues se trata de cargar a una de las partes con la obligación jurídica de construir o destruir los indicios que sustenten un juicio de razonabilidad.

#### c) La relación de causalidad.

La constatación, desde el punto de vista técnico, de la existencia de un proceso de *mobbing* y la aparición simultánea de un trastorno psíquico habría de servir en línea de principio para establecer, en términos jurídicos, la relación de causalidad, o al menos para que entre en juego la presunción de laboralidad o, lo que es lo mismo, para desplazar la obligación, de destruir los indicios evidentes a quien niega o contradice tal conexión causal.

La demostración del nexo causal entre los ataques (por acción u omisión) del acosador y el daño psíquico o moral del trabajador pasará por la necesaria demostración de la finalidad última del acosador. Intencionalidad que puede ser consciente y premeditada o existir de forma larvada, bajo formas de rechazo y hostilidad hacia la víctima que el propio acosador puede no racionalizar conscientemente. La intencionalidad no puede convertirse en un elemento equivalente al dolo directo o específico, análogo al propio de la dogmática penal. El propósito de marginar o excluir a la víctima del entorno laboral debe presumirse siempre cuando se hayan presentado indicios suficientes que pongan en juego automáticamente la inversión de la carga de la prueba. Este requisito objetivo del nexo causal ha sido calificado como «tendenciosidad» del acoso moral en la Sentencia del JS n.º 2 de Girona 17-12-02, ratificada por la STSJ Cataluña 10-2-03 (A. 2353) <sup>50</sup>.

<sup>50</sup> ESCUDERO MORATALLA, J. F. y POYATOS I MATAS, G. *Mobbing: Análisis multidisciplinar y estrategia legal*. Ed. Bosch. Barcelona (2005), pág. 180. En el mismo sentido la SCS italiana de 15-6-00 subraya que sobre el empresario pesa la car-

#### 4.2.2. Especial consideración del recargo de prestaciones.

La consideración de las patologías derivadas del acoso moral como accidente de trabajo, conducen a cuestionarse la posible apreciación de la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad que regula el artículo 123 de la LGSS. Según el citado precepto, la responsabilidad del recargo recaerá sobre el empresario infractor de la normativa en materia de seguridad e higiene, no pudiendo ser objeto de seguro. Asimismo dicha responsabilidad es compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la misma infracción. Para ello es preciso que exista una infracción específica de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

Los tribunales realizan interpretaciones jurídicas diversas, unos creen que es suficiente la omisión del deber genérico de seguridad (STSJ País Vasco 4-11-97), mientras que otros exigen, dada la naturaleza sancionadora del recargo, la vulneración o infracción de un precepto normativo concreto que imponga una medida de protección particular (STSJ Valencia 21-5-96). Este criterio restrictivo de la jurisprudencia pone en peligro la imposición de esta sanción al no aparecer expresamente regulada la obligación del empresario de prevenir el acoso moral o *mobbing* en los lugares de trabajo en la LPRL y, además, haber sido contemplado como infracción muy grave en la normativa laboral sancionadora, artículo 8.13 bis de la LISOS, solo como infracción en materia de relaciones laborales y no en materia preventiva en el artículo 12; lo cual aconseja que reformas legislativas en tal sentido se acometan cuanto antes.

Aun siendo deseable la reforma apuntada, puede afirmarse, con base en argumentos ya expuestos, que si el empresario no hubiera tenido en cuenta las condiciones del trabajo para evitar la posibilidad de que se produzca el acoso moral en el trabajo, las prestaciones económicas se verían incrementadas según la gravedad de la acción omisiva, si bien para poder aplicar el recargo de prestaciones es necesaria la infracción de algún precepto específico en materia preventiva, no bastando un incumplimiento genérico de la normativa de prevención de riesgos laborales. En este sentido, debe aceptarse la referencia al incumplimiento de preceptos tales como los artículos 4.2 y 3, 5, 14 y 15 de la LPRL.

En todo caso, la posibilidad de aplicar el recargo de prestaciones debería ser determinada atendiendo al caso concreto, aunque cabe aceptar favorablemente el criterio de que lo sea en el supuesto en que el riesgo causado por el acoso moral no hubiese sido tenido en cuenta por el empresario a la hora de realizar la correspondiente evaluación de riesgos.

Podría caerse con cierta facilidad en la tentación de abordar la problemática asociada al recargo de prestaciones como un efecto naturalmente vinculado a la calificación de la contingencia (IP o IT) como profesional. Bajo esta premisa, parece evidente que si el resultado se ha producido es porque existían riesgos que el empresario o bien no había detectado, o bien no había eliminado o prevenido suficientemente mediante una adecuada evaluación y una correcta planificación de sus medidas preventivas de seguridad.

ga de probar que ha cumplido con la obligación de proteger la integridad física del trabajador, mientras que pesa sobre el trabajador la carga de probar la lesión de su integridad psicofísica y el nexo de causalidad entre el evento dañoso y el desarrollo de su actividad laboral.

La protección de los riesgos profesionales en materia de Seguridad Social es más intensa que la de los riesgos comunes. Interesa ahora profundizar en uno solo de estos aspectos: la existencia de recargos en la prestación cuando en la producción del accidente o en la aparición de la enfermedad concurre una falta de medidas de seguridad.

Únicamente algunas precisiones con relación a este tema. Por una lado, podría caerse con cierta facilidad en la tentación de abordar la problemática asociada al recargo de prestaciones como un defecto naturalmente vinculado a la calificación de la contingencia [incapacidad permanente o temporal) como profesional, sin necesidad de mayores reflexiones, pues si el daño que procede de una situación de *mobbing* se califica como accidente de trabajo en sentido amplio [utilizando el concepto de la enfermedad de trabajo del art. 115.1 e) LGSS] parece forzoso reconocer que los elementos vinculados a la organización del trabajo, en la medida en que los mismos ha derivado de un daño laboral (art. 4.3 LPRL), constituyen uno de los riesgos a que se refiere el artículo 4.2 de la LPRL.

Por otra parte y como es sabido, en materia de prevención la Ley 31/1995 supera el esquema previo de la ordenanza general de 1971 basado en la definición legal de los riesgos consustanciales a determinados sectores productivos con la consiguiente tipificación de las medidas tendentes a su eliminación o minoración, cargando a la o el empresario con la obligación genérica de detectar, con la asistencia de personal técnico y servicios especializados, todos los riesgos específicos asociados a su actividad para planificar en función de ellos su política preventiva. De ahí que el *mobbing* tenga siempre una vertiente preventiva, aunque la ley no lo haya tipificado expresamente como un «riesgo laboral».

Bajo estas premisas, la conclusión parecería fluir de modo casi natural por razones de pura coherencia argumentativa pues –haciendo uso de un razonamiento circular muy frecuente en las propuestas de sanción, en las propias resoluciones sancionadoras y en buena parte de las sentencias dictadas en relación con la prevención de riesgos laborales– parece evidente que si el resultado se ha producido es porque existían riesgos que la empresaria o el empresario o bien no había detectado, o bien no había eliminado o prevenido suficientemente mediante una adecuada evaluación y una correcta planificación de sus medidas preventivas de seguridad.

Este automatismo reviste claros peligros. El hecho de que el *mobbing* tenga un tratamiento preventivo, lo que seguramente no es cuestionable desde la perspectiva de la protección efectiva de la salud de los trabajadores, no debe conducir a eliminar la exigencia de un reproche de culpabilidad en la conducta del empresario como requisito necesario para imponerle responsabilidades adicionales que la jurisprudencia más reciente ha declarado independientes de la responsabilidad civil asociada al daño laboral y que la ley prohíbe asegurar.

En un contexto en el que el tratamiento de la seguridad en las relaciones laborales abandona en una buena parte el esquema de las prescripciones técnicas predefinidas y lo sustituye por una obligación genérica, la aplicación de mecanismos de naturaleza resarcitoria, más allá del nivel básico de protección que descansa en materia de Seguridad Social en criterios de responsabilidad objetiva, ha de ser el resultado de un juicio de adecuación entre la diligencia o comportamiento que era razonable exigir y el que el sujeto efectivamente desplegó.

La intensidad de la diligencia que haya que exigir a los empresarios para detectar y evaluar correctamente los riesgos psicosociales y para adoptar medidas preventivas en relación con ellos, dependerá en cada caso de múltiples variables: el grado de evolución y maduración de las técnicas dirigidas a detectar y evaluar este tipo de riesgos, las características de la organización empresarial (más o menos propensa a la aparición de conductas de acoso), la existencia de precedentes, las posibilidades reales de atajar conductas tóxicas de determinados miembros de la organización, etc.

Fácilmente se entiende, por último, que si esto debe ser así en el caso de considerar que el recargo de prestaciones tiene carácter indemnizatorio, con mucha mayor razón habrá que exigir el reproche de culpabilidad si se conceptúa a esta controversia figura el ordenamiento de Seguridad Social como una sanción por el incumplimiento de normas de seguridad, o se le reconoce simplemente una naturaleza mixta con elementos sancionatorios y resarcitorios <sup>51</sup>.

En conclusión aunque la calificación del daño como contingencia laboral ponga siempre de manifiesto la inexistencia de una evaluación de riesgos psicosociales o la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas en relación con ellos, esto no implica necesariamente la imposición en todos los casos de un recargo de prestaciones a favor de la persona acosada, aunque en cualquier caso es aconsejable que el trabajador efectúe la solicitud de recargo de prestaciones ante el organismo correspondiente.

## 5. LA RESPUESTA AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 5.1. El daño como elemento central de la protección en materia de Seguridad Social.

#### 5.1.1. Un daño proyectable en uno de los tipos legales de incapacidad...

A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento jurídico en cuanto al tratamiento de este fenómeno, los mecanismos del sistema de Seguridad Social actúan cuando la conducta constitutiva de *mobbing* origina un daño efectivo que temporal o permanente repercute en la capacidad de trabajo o ganancia de la persona acosada, o provoca un exceso de gastos asociado a una alteración de su salud. Y ello es así por la propia configuración general del sistema público de protección. Así pues, para los mecanismos públicos de protección, el *mobbing* solo es relevante en la medida en que genere un daño.

Todo daño en materia de Seguridad Social debe ser traducido –trasladado– al elenco de contingencias (situaciones de necesidad) que el ordenamiento ha predefinido como su ámbito objetivo

<sup>51</sup> Sobre la naturaleza del recargo ALFONSO MELLADO, C.L. *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. (1998), págs. 31-34 y 46.

de protección. En tal sentido, para que sea objeto de tratamiento específico por el sistema de Seguridad Social también el daño psíquico asociado al *mobbing* debe ser proyectado en algún grado de incapacidad –temporal o permanente– para el trabajo.

*5.1.2. ... y que se protege, en principio, cualquiera que sea la naturaleza –común o profesional– del riesgo del que procede.*

Como es sabido, la definición de la incapacidad que la LGSS realiza es unitaria, sin distinguir entre las contingencias que implican la actualización de un riesgo común de aquellas que derivan de un riesgo profesional. En consecuencia, el daño psíquico que incide en la capacidad de trabajo o ganancia de la persona o provoca un exceso de gastos (en general en materia de atención sanitaria) se protegería por la Seguridad Social pública con independencia de que se haya originado a consecuencia de una conducta que pueda ser calificada o no como *mobbing*.

En este caso, simplemente, el acceso a las prestaciones que procedan (en función de la definición de las contingencias que el propio sistema haya acotado y definido como objetos de protección) dependerá de que la persona cumpla con los requisitos generales exigidos (alta, períodos de cotización...) por el ordenamiento, que no son exigibles de declararse el riesgo profesional.

## **5.2. La caracterización del *mobbing* como un riesgo profesional.**

La legislación de Seguridad Social, aunque no abdica de su obligación de proteger el daño en todos los casos, introduce importantes diferencias en ciertos aspectos relativos a la dinámica de protección según aquel proceda de un riesgo común o profesional. Las consecuencias son distintas desde tres ópticas fundamentales:

- Desde el punto de vista de la intensidad de la protección (bases reguladoras sobre salarios reales, incremento de las prestaciones en el caso de inexistencia o insuficiencia de medidas de seguridad...).
- Desde el punto de vista del acceso a la prestación (inexistencia de períodos de carencia, alta de pleno derecho, etc.).
- Desde la perspectiva de las garantías para la persona beneficiaria, en la medida en que frente a la responsabilidad directa de la empresaria o empresario por incumplimiento de sus obligaciones instrumentales (afiliación, alta y cotización) el sistema protege con más intensidad a quienes sufren daños derivados de un riesgo profesional.

Pues bien, la caracterización general de los riesgos profesionales en el sistema legal español se articula técnicamente en base a tres elementos:

- a) La legislación de Seguridad Social no define de forma autónoma los riesgos profesionales. Los contempla, en general, desde la óptica de su actualización y se limita a calificar como

accidente de trabajo «toda lesión corporal que se origina con ocasión o por consecuencia del trabajo que (se) ejecute por cuenta ajena» (art. 115.1 LGSS).

- b) Desde una perspectiva más restringida existen riesgos específicos consistentes en la exposición prolongada de los trabajadores y trabajadoras por razón de su actividad a determinadas sustancias que son agentes directos de algunas patologías. En base a estos dos elementos –el agente causante y la patología–, el legislador ha construido el concepto de enfermedad profesional mediante la elaboración de una lista cerrada que agota legalmente la tipología de las enfermedades profesionales en el derecho español de la Seguridad Social.
- c) Finalmente, el sistema incorpora una cláusula de cierre: lo que doctrinalmente y en la jurisprudencia social se ha llamado la enfermedad de trabajo. A ella se refiere el apartado e) del artículo 115.1 de la LGSS, cuando califica como accidente de trabajo «las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (el que define el tipo legal de la enfermedad profesional) que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo».

Esta construcción legal sugiere algunas reflexiones:

- 1.<sup>a</sup> El accidente y la enfermedad son desde el punto de vista médico realidades diferentes.

En efecto, la ley, incorporando elementos de la realidad social de carácter extrajurídico, reconoce y asume la distinción entre enfermedad y accidente. Concibe a este como una lesión súbita derivada de una causa externa que provoca un menoscabo apreciable y a la enfermedad como un proceso prolongado cuyas consecuencias para la salud se manifiesta o emergen en un determinado momento. Es cierto que la jurisprudencia social ha flexibilizado en concepto de lesión corporal súbita, admitiendo como tal y calificando, en consecuencia, como accidente de trabajo procesos que no encajarían exactamente en la idea clásica de accidente como resultado dañoso atribuible a factores externos que acaecen en un momento puntual. (Así por ejemplo, determinados infartos, derrames cerebrales u otros procesos en los que el elemento externo –«la causa súbita y violencia», en la terminología de la Ley de Contrato de Seguro– es difícilmente aprehensible, y en los que la conexión causal plantea en no pocas ocasiones, notables dificultades) pero ello no equivale a la eliminación definitiva por vía jurisprudencial de las diferencias que existen entre enfermedad y accidente, pues esta doctrina se ha elaborado fundamentalmente al amparo de la presunción legal *iuris tantum* del artículo 115.3 de la LGSS, ya que tan difícil como construir la conexión causal es, sin duda, destruirla en aquellos casos en los que la lesión –el menoscabo para la salud– se manifiesta (emerge) en el lugar y tiempo de trabajo.

Que enfermedad y accidente no son lo mismo para la legislación de protección social, se acredita también por la propia existencia del artículo 115.1 e) que califica expresamente a ciertas enfermedades como accidente de trabajo. Parece claro que, al menos en la opinión de quien redactó el texto articulado, sin tal previsión normativa no sería posible dar el mismo tratamiento legal a unas y otros.

En conclusión por lo que respecta a este primer apartado, y aunque pueda parecer obvio, conviene resaltar, que las consecuencias dañosas del *mobbing* responderán más al concepto de enfermedad que al de accidente en sentido estricto.

2.<sup>a</sup> Lo relevante desde el punto de vista jurídico es la relación de causalidad.

En efecto, aquellas realidades distintas desde un punto de vista médico (enfermedad y accidente) reciben, en lo sustancial al menos, un mismo tratamiento desde el punto de vista jurídico siempre que se acredite la conexión causal entre el menoscabo para la salud y la actividad laboral.

Ahora bien, el problema empieza precisamente aquí. En algunos casos es más fácil establecer la conexión causal desde una óptica jurídica simplemente porque lo es en términos de causalidad física o médica. Desde un punto de vista práctico es, sin duda, más sencillo visualizar la conexión entre el daño y el riesgo en un accidente clásico (conforme a la idea vulgar que tenemos de él) que en un proceso patológico que emerge como el resultado de la acción prolongada de determinados factores en la salud psicofísica de la persona.

En otros, sin embargo, la operación reviste matices más complejos. Quizá por ello el legislador se encargó, él mismo, de establecer las conexiones y fijar una lista (cerrada) de patologías que se conectan con ciertos agentes provocadores vinculados de manera suficientemente intensa o significativa, a la actividad de la o el trabajador. Técnica esta que seguramente une a su eficacia, por el grado de certeza que introduce, una cierta insuficiencia desde el punto de vista de la protección en la medida en que «cierra» normativamente el concepto legal de enfermedad profesional.

En todo caso y como consecuencia del *numerus clausus* en que se concreta en el derecho español de Seguridad Social el concepto jurídico de enfermedad profesional, y para hacer realidad aquel propósito de abarcar todos los riesgos conectados con el trabajo, se abre entre uno y otro nivel un tercer espacio en el que la imputación causal es tarea que, con mayor o menor complejidad, corresponde asumir al intérprete u operador jurídico. Y esta es la franja por la que transita el fenómeno del *mobbing* cuando se analiza desde el punto de vista de calificación de los daños asociados a él como menoscabos de origen o etiología profesional.

Es cierto que para llevar a cabo esta compleja labor el operador jurídico dispone de algunas herramientas complementarias. De manera especial la presunción *iuris tantum* de laboralidad del artículo 115.3 de la LGSS. Pero más allá del juego de esta presunción, la operación de conectar una patología al trabajo es siempre una tarea plagada de dificultades, no solo desde una perspectiva interna o estrictamente jurídica, sino por la presencia de categorías o conceptos que pertenecen a la realidad social o metajurídica y que el operador en muchos casos no maneja con el grado de precisión suficiente o simplemente desconoce.

En todo caso, y a efectos de progresar en el análisis del fenómeno desde la vertiente de su tratamiento por la Seguridad Social, la segunda conclusión parcial es que la patología asociada al *mobbing* sería en todo caso una enfermedad no listada cuyo tratamiento como daño derivado de un riesgo profesional solo tiene encaje a través del concepto de la denominada enfermedad de trabajo del artículo 115.1 e) de la LGSS (en esta dirección ya se mueve un número significativo de decisiones judiciales).

Los comentarios que surgen de estos planteamientos son varios. En primer lugar, puede parecer que, *de lege ferenda*, la solución más eficaz pasaría por analizar la posible inclusión de las pato-

logías asociadas al *mobbing* o acoso moral en la lista de enfermedades profesionales. Seguramente es cierto que desde el punto de vista técnico no resulta tarea sencilla establecer una conexión indubitada entre los factores organizativos (agentes) que generan riesgos psicosociales y las patologías (enfermedades) que, por causa de una exposición constante y prolongada a ellos, pueden derivar en un menoscabo que incida en la capacidad de ganancia de la persona. Queda claro que la identificación de estos factores contribuiría a allanar también el camino desde una óptica de salud laboral (que no constituye el objeto de estudio específico de este apartado) porque permitiría diseñar estrategias para incidir sobre ellos a efectos de prevenir la aparición de trastornos.

Pero, volviendo al objeto de estudio directo, y entre tanto esto no ocurra (la posible calificación de los trastornos derivados del *mobbing* como una enfermedad profesional), hay al menos tres elementos susceptibles de análisis:

- El daño como elemento esencial de la protección social.
- El juego de la presunción de laboralidad en el caso de las patologías asociadas al *mobbing*.
- El concepto de exclusividad sobre el que descansa el tipo legal de la llamada enfermedad de trabajo.

En atención al primero de estos elementos, conviene volver sobre la idea del daño como elemento central de la protección, aunque pueda parecer en cierto modo reiterativo. Sea cual fuere la definición del *mobbing* que se acoja como punto de partida, y aceptando igualmente el carácter pluriofensivo del mismo, parece claro que el daño a la salud, física o psíquica, no es un elemento esencial constitutivo de la misma —es criticable la doctrina judicial mayoritaria que viene requiriendo este elemento como parte integral del «tipo jurídico»—.

El *mobbing* o acoso moral en tanto que, jurídicamente, supone una lesión o menoscabo de derechos fundamentales implica siempre causa, al menos, un daño moral. Pero este daño moral permanece ajeno a la dinámica de protección del sistema de Seguridad Social si no se proyecta en el concepto legal de la incapacidad —temporal o permanente—, o si no va asociado al menos a tratamientos que originen un exceso de gastos.

Ahora bien, siendo cierto que el sistema puede permanecer desactivado aunque haya existido una conducta calificable como *mobbing* (puesto que el acoso moral que no produce un daño psicofísico objetivamente constatable es indiferente para la Seguridad Social), también lo es que su puesta en marcha en el campo específico de la protección de los riesgos de etiología profesional, no requiere de la previa calificación de la conducta como «*mobbing* en sentido estricto», es decir, como un comportamiento dotado de todas las condiciones y requisitos que, en ausencia de un concepto normativo o legal, la doctrina considera inherentes al concepto jurídico del *mobbing*. En este punto, algunas de las cada vez más numerosas sentencias relativas a la vinculación de una contingencia o situación de necesidad (asistencia médica, incapacidad temporal o permanente...) a comportamientos acosadores en el trabajo, incurren en un cierto equívoco. Centran sus esfuerzos en conseguir el encaje de la conducta en el concepto jurídico del *mobbing*, como si ello fuera condición necesaria, o

incluso una cuestión previa en términos procesales, para la construcción del silogismo judicial, cuando la constatación por el órgano judicial, de forma directa o por causa del llamado efecto positivo de la cosa juzgada, de que ha existido *mobbing*, no es sino un elemento más de convicción (en absoluto el único) para imputar el menoscabo funcional o la alteración de la salud de trabajo.»

En consecuencia, el daño psíquico puede derivar de otros factores diferentes a la existencia de una situación de acoso moral calificable como *mobbing*, sin dejar por ello de ser tratado en el ámbito de la Seguridad Social como daño asociado a un riesgo profesional, aunque la constatación de que se ha producido *mobbing* facilite de manera muy significativa el establecimiento de la relación de causalidad.

Por lo que refiere al segundo elemento de reflexión, hay que observar que en aquellos casos en los que la determinación inequívoca de la conducta como *mobbing* plantea mayores dificultades, el operador jurídico (el órgano judicial en el caso de reclamaciones ante los tribunales) debe necesariamente manejar otros elementos para resolver al conflicto. Entre ellos, y de manera muy especial, el juego de la presunción de laboralidad. No parece que el grado de madurez de las reflexiones actuales sobre el *mobbing* permita avanzar, en este momento, conclusiones más o menos definitivas. Por sus propias características los procesos de baja vinculados a un *mobbing*, en pocas ocasiones se manifestarán durante el tiempo de trabajo en sentido estricto o en el lugar en el que físicamente se desarrolla la actividad.

La cuestión aquí pasa por realizar una interpretación correctora y adaptar el mandato del artículo 115.3 de la LGSS tanto a su finalidad como a la realidad social del tiempo en que las normas jurídicas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC). La presunción de laboralidad debería así admitirse o rechazarse en función de la valoración de otros elementos tales como la conexión temporal de los procesos de baja o crisis a períodos de actividad, la inexistencia de antecedentes u otros. En todo caso, la problemática que pueda suscitarse en relación con este punto, conecta de manera muy directa con los problemas asociados a la relación causal, pues en definitiva se trata de cargar sobre una de las partes, quien demanda o quien se defiende, con la obligación jurídica de destruir o construir los indicios que sustenten de manera suficiente un juicio de razonabilidad. En todo caso, en este juicio han de desempeñar sin duda un papel relevante los factores espaciales y temporales (la proximidad física y temporal al trabajo) en cuyo contexto se ha manifestado la patología.

Así pues, el uso de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de la LGSS presenta más dificultades en el caso de *mobbing* (como en general en el caso de todas las enfermedades de trabajo) y pone de manifiesto la necesidad/conveniencia de realizar una interpretación correctora de este precepto por parte del operador jurídico.

El último elemento anticipado hace referencia a la definición misma del concepto de enfermedad de trabajo. El artículo 115.1 e) de la LGSS utiliza la expresión «causa exclusiva» para referirse a la conexión entre la patología y la actividad laboral. En una primera lectura, estrictamente literal, esta expresión parece estar destinada a endurecer los criterios en los que ha de basarse el juicio de imputación (causalidad) en los casos de enfermedades no listadas. Su aplicación en términos estrictos llevaría, por tanto, a descartar la calificación como contingencia derivada de un riesgo profesional de todas aquellas enfermedades o alteraciones psíquicas en cuya aparición concurren otros factores distintos del laboral. Pero, con carácter general, los tribunales son flexibles en la interpretación de esa causa «exclusiva». Basta con que sea principal o relevante, aunque se trate de una con-

causa. En este sentido, no parece demasiado aventurado afirmar que determinadas personalidades especialmente vulnerables o con poca resistencia a la presión resultarán seguramente más propensas a la aparición de trastornos asociados a la actividad laboral ordinaria e incluso a la existencia real de una situación de acoso. En otros casos, factores externos, familiares, sanitarios o de muy diversa índole pueden contribuir, quizá de forma decisiva, a la aparición del daño, que —no ha de olvidarse— es el concepto sobre el que pivota la protección en materia de Seguridad Social.

Pero una vez admitido que no todo *mobbing* deriva en un daño biológico o a la salud real (pues desde la perspectiva de otros sectores del ordenamiento, hasta el ataque de ciertos derechos de la personalidad considerados como fundamentales para que el *mobbing* adquiriera relevancia en términos jurídicos) deberíamos estar en disposición de admitir también que la presencia del *mobbing* y la aparición de un daño o alteración psíquica no son de forma necesaria elementos interdependientes. En algunos casos, aquel (el *mobbing*) puede derivar o no de un daño efectivo en función de la concurrencia o ausencia de otros factores internos (la personalidad de la persona concreta) o externos (situaciones de estrés concurrente) que coadyuven a la aparición de la patología. La proyección de toda esta variada gama de realidades en el tipo normativo de la enfermedad de trabajo, configurada legalmente en términos ciertamente estrictos, exige realizar un esfuerzo de interpretación y en última instancia de subsunción del caso concreto en la hipótesis abstracta prevista en la norma para el que seguramente resulta especialmente difícil suministrar criterios generales.

Con todo, la constatación desde el punto de vista técnico de la existencia de un proceso de *mobbing* y la aparición simultánea de un trastorno psíquico, habría de servir en línea de principio para establecer, en términos jurídicos, la relación de causalidad, o al menos para que entre en juego la presunción de laboralidad o lo que es lo mismo para desplazar la obligación de destruir los indicios evidentes a quien niega o contradice tal conexión causal.

Por tanto, la exclusividad que exige el artículo 115.1 e) de la LGSS debe entenderse cumplida en línea de principio en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un *mobbing* y la aparición de un daño psíquico. La destrucción de la relación de causalidad y la demostración de la existencia de factores concurrentes que pudieran romper dicho nexo causal corresponderá siempre en ese caso a la o al demandado.

## **6. LA CONSIDERACIÓN COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL DE LA INCAPACIDAD DERIVADA DE ACOSO MORAL EN LOS LUGARES DE TRABAJO**

### **6.1. Tratamiento prestacional más favorable de las contingencias profesionales.**

No es frecuente que las situaciones de incapacidad, temporal o permanente, que tengan su origen en el acoso laboral <sup>52</sup>, se califiquen como derivadas de contingencia profesional y más concre-

<sup>52</sup> ROMERO RODEMAS, M. J. *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. (2005), págs. 43-44.

tamente como accidentes de trabajo, lo cual representa innegables perjuicios para los trabajadores víctimas del acoso, desde el momento que los períodos carenciales, el nivel de protección, la base reguladora de las prestaciones, los porcentajes aplicables sobre dichas bases y, en su caso, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, otorgan un trato más favorable a las contingencias profesionales que a las comunes, de ahí que la calificación del acoso como accidente de trabajo resulte materia de particular interés.

En efecto, la no exigencia de período de carencia alguno para acceder a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo (art. 124.4 LGSS), frente a lo que sucede con la enfermedad común, permite que la calificación como contingencia profesional garantice siempre el derecho a prestaciones de Seguridad Social en el supuesto de incapacidad temporal o permanente, y ello aun cuando nos hallemos en presencia de una vida laboral muy limitada en el tiempo<sup>53</sup>. Por otra parte, la automatización absoluta en el pago de prestaciones que rige en el accidente de trabajo, frente a la automatización relativa en los casos de enfermedad común<sup>54</sup>, permite concluir con la afirmación categórica de que el trabajador no solo tiene siempre derecho a prestación si la contingencia es de origen profesional sino que, además, tiene garantizado el cobro de dicha prestación con cargo al INSS o a la Mutua, en el supuesto que la empresa haya incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social, lo que no siempre sucede en los casos de enfermedad común.

También el nivel de prestación es más favorable para las contingencias profesionales, desde el momento en que el subsidio por incapacidad temporal comienza a abonarse desde el día siguiente al de la baja en el trabajo en cuantía equivalente al 75% de la base reguladora, siendo a cargo del empresario el salario íntegro del día de la baja. Por el contrario, cuando se trata de enfermedad común no se percibe subsidio alguno durante los tres primeros días de la baja, salvo mejora voluntaria establecida en convenio colectivo, siendo el importe del subsidio del 60% durante los días cuarto al vigésimo de la baja, ambos inclusive, y del 75% a partir del vigésimo primero. Si a lo anterior se adiciona que la base reguladora sobre la que se aplica el porcentaje indicado incluye el promedio de horas extraordinarias realizadas en los 12 meses inmediatamente anteriores a la baja cuando se trata de accidente de trabajo, lo que no sucede en la enfermedad común, claramente se aprecia el tratamiento más favorable, económicamente hablando, de la contingencia profesional frente a la común. Igual sucede en el hipotético caso de que la incapacidad temporal concluya con declaración de incapacidad permanente, ya que la base reguladora de cálculo de la prestación es notoriamente más beneficiosa para los supuestos de accidente de trabajo, al partirse de la misma base que la tenida en cuenta para el cálculo de la IT, mientras que en la enfermedad común han de promediarse las bases de cotización de los 8 años anteriores a la fecha del hecho causante, de forma que, con carácter general y salvo supuestos de vidas laborales atípicas, la base reguladora será en ese último caso notoriamente inferior.

<sup>53</sup> En todo caso debe recordarse que, como el *mobbing* exige una situación de hostigamiento mantenida durante un período determinado mayoritariamente estimado de seis meses, siempre se reunirá el período de carencia exigible, aun en el supuesto hipotético de calificar la incapacidad temporal como derivada de enfermedad común.

<sup>54</sup> En el supuesto de contingencias profesionales el trabajador se presume en situación de alta incluso en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización por parte de la empresa, existiendo anticipo de prestaciones por parte del INSS o de la Mutua, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que en su caso proceda. Por el contrario, en los supuestos de enfermedad común, el anticipo de prestaciones y de automatización en el pago de las mismas solo se produce cuando el trabajador se encuentra en situación de alta real, por lo que la automatización es relativa, desde el momento en que la misma no opera en los casos de no alta.

Por todas estas razones parece evidente que resulta más beneficioso la consideración del acoso moral en los lugares de trabajo como contingencia profesional, por lo que es una de las primeras cuestiones que se suscitan desde una perspectiva exclusivamente jurídica.

## **6.2. La cobertura de los riesgos profesionales y de los comunes en el sistema de Seguridad Social.**

En el momento de solicitar la empresa su inscripción en la Seguridad Social, tiene que hacer constar la Entidad Gestora o Colaboradora (mutua o empresa) que ha de cubrir las contingencias profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la formalización de la opción de cobertura para la gestión de las prestaciones económicas de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, si bien esta última opción solo puede efectuarse a favor de una Mutua cuando la misma tenga a su cargo la protección de los riesgos profesionales. Así pues, el empresario puede optar por cubrir los riesgos profesionales con el INSS o una Mutua, pero la gestión económica de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes solo puede concertarse con una Mutua cuando esta tenga a su cargo la cobertura de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de dicha empresa.

El hecho de que en buen número de ocasiones la cobertura de riesgos profesionales se residencie en una Mutua, mientras que la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes sea con cargo al INSS, origina un marcado interés en desplazar la responsabilidad desde la Mutua al INSS, por la vía de rechazar que la baja laboral tenga su origen en el trabajo, de forma que en la generalidad de los casos las Mutuas no vienen admitiendo el origen profesional de la incapacidad temporal derivada de acoso moral, instando al trabajador para que sea el INSS quien tramite la baja como enfermedad común. Es más, dado que la baja como accidente de trabajo exige la existencia de un parte de accidente que ha de estar suscrito por la empresa, es obvio que la misma no va a confeccionar tal documento, haciendo así inviable el que pueda producirse pacíficamente la baja laboral como derivada de contingencia profesional.

La práctica anterior obedece fundamentalmente a dos razones bien diferentes: a) si la baja laboral se produce por enfermedad común, la Mutua queda exonerada de responsabilidad prestacional alguna y b) si la Mutua reconociera la incapacidad temporal como derivada de accidente de trabajo, ello supondría admitir la existencia de acoso moral en la empresa, lo que colocaría a la Mutua en difícil situación frente a su cliente, la empresa, que podría verse tentada de modificar la opción de cobertura a favor de otra entidad, dado que dicha opción por una determinada Mutua no se configura en nuestro ordenamiento jurídico con carácter definitivo. En suma, el interés económico y el propiamente mercantil de la Mutua, aun cuando no tenga ánimo de lucro, son la causa de que por parte de estas entidades colaboradoras no se venga reconociendo que la baja laboral, con origen en el acoso moral en el lugar de trabajo, tenga carácter profesional.

Igual actuar se produce cuando es la Mutua quien tiene a su cargo la cobertura de riesgos profesionales y también la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En estos casos el interés en derivar la baja por incapacidad temporal al campo de enferme-

dad común también se asienta en motivaciones económicas, pues la Mutua solo abona la prestación a partir del decimosexto día de la baja «durante los tres primeros días el trabajador no cobra subsidio alguno y del día cuarto al decimoquinto lo abona la empresa» en cumplimiento de lo establecido en el artículo 131.1 de la LGSS, comenzando además con un porcentaje del 60% de la base reguladora, frente al 75% aplicable en los supuestos de accidente de trabajo, sin olvidar; además, que como ya se ha indicado anteriormente, dicha base reguladora puede ser inferior cuando se trata de enfermedad común, al no incluir el promedio de lo percibido de los últimos 12 meses en concepto de horas extraordinarias. También en este caso son predicables las motivaciones mercantiles de la Mutua, al colocarse en situación de clara oposición a la empresa, en el supuesto de calificar la baja como constitutiva de accidente de trabajo.

Por todo ello, en la práctica totalidad de los casos de incapacidad temporal con origen en el acoso moral del trabajador, es necesario activar los mecanismos jurídicos legalmente establecidos, con la finalidad de declarar que la baja laboral tiene su origen profesional y no dimana por tanto de enfermedad común. Estos mecanismos jurídicos están constituidos por el expediente administrativo sobre determinación de contingencias y por la demanda judicial sobre declaración de que la baja laboral deriva de accidente de trabajo.

Pero estos argumentos cambian cuando no hay Mutua, porque el empresario, por el juego del pago a su cargo o por delegación del subsidio de incapacidad temporal, preferiría la declaración de la contingencia como profesional, salvo que pudiera derivarse responsabilidad empresarial por incumplimiento de medidas preventivas.

### **6.3. Expediente administrativo sobre determinación del origen de la contingencia común o profesional.**

La atribución de competencia para determinar el origen de la contingencia de incapacidad temporal y en su caso de la incapacidad permanente, ha sido un tema ciertamente confuso en aquellos supuestos en que tal incapacidad estaba asegurada con una Mutua, ya que el Tribunal Supremo unificó doctrina inicialmente <sup>55</sup> declarando que en estos casos el INSS carecía de competencia a tal fin, pues desde el momento en que la declaración comporta asumir un coste, no puede el INSS comprometer económicamente a quien no ha reconocido el derecho al subsidio <sup>56</sup>, doctrina que era compartida por un importante sector doctrinal <sup>57</sup>.

El criterio anterior resultaría modificado <sup>58</sup> en el sentido de reconocer la competencia del INSS para declarar el origen de la incapacidad temporal y más concretamente para precisar si se trataba de una contingencia común o profesional.

<sup>55</sup> STS de 8 de octubre de 1997 (AS 7653).

<sup>56</sup> Esta doctrina tenía su apoyo en los artículos 68.2 y 77.1 de la LGSS, artículo 5 del OM de 13 de octubre de 1967 y artículo 30 de la OCM de 13 de febrero de 1967.

<sup>57</sup> CRUZ VILLALÓN J. «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal». *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. N.º 1. (1996), pág. 349-372.

<sup>58</sup> SSTs Sala General de 26 de enero de 1998 (AS 1055 y 1139), entre otras.

Así pues, atribuida la competencia al INSS sobre esta materia, el procedimiento administrativo que corresponderá seguir, cuando exista discrepancia entre las partes interesadas respecto del carácter profesional o común de la incapacidad temporal, será el establecido en el artículo 3.1 f) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, que atribuye al Equipo de Valoración de Incapacidades la competencia para determinar el carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de baja laboral, cuando lo sea solicitando tal dictamen, poniendo fin al expediente la resolución del INSS declarativa del origen de la contingencia, con determinación, en su caso, de la Mutua responsable de las prestaciones a que hubiere lugar, pudiendo tramitarse el expediente a instancia del INSS, del interesado, o de la entidad colaboradora correspondiente y siendo la resolución susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Social, previo agotamiento de la reclamación previa en los términos legalmente establecidos.

#### **6.4. Procedimiento judicial para reconocer como accidente de trabajo la incapacidad temporal derivada de acoso moral.**

El acceso a la vía judicial puede producirse en estos casos por una doble vía, ya que la demanda podría plantearse frente a la resolución del INSS que ponga fin al procedimiento administrativo sobre determinación de contingencia a que nos hemos referido en el apartado anterior, o bien podría accionarse directamente, sin necesidad de haber seguido el citado procedimiento administrativo, aunque resultará necesario agotar la reclamación previa en los términos establecidos en los artículos 69 a 71 de la LPL.

La demanda, cuya pretensión es la declaración de la incapacidad temporal como derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir un subsidio por importe del 75% de la base reguladora correspondiente a contingencias profesionales, a partir del día siguiente a la baja y con cargo a la entidad gestora o colaboradora que tenga cubiertos los riesgos profesionales en la empresa que se trata, ha de seguir los trámites establecidos en los artículos 139 y siguientes de la LPL y frente a la sentencia que se dicte en la instancia procederá recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

#### **6.5. Fundamentación jurídica para la consideración del acoso moral como accidente de trabajo.**

##### *6.5.1. Existencia de una lesión corporal.*

El término «lesión corporal» figura en la definición legal del concepto de accidente de trabajo que se contiene en el artículo 115.1 de la LGSS y ya desde la temprana STS de 17 de junio de 1903 ha sido interpretado en un sentido amplio, abarcando a «las lesiones de evolución insidiosa o lenta y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y al trastorno fisiológico y funcional»; habiendo declarado reiteradamente el Tri-

bunal Supremo que la lesión constitutiva de accidente de trabajo «comprende no solo la acción súbita o violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias»<sup>59</sup>. En definitiva, el concepto de lesión corporal comprende las afecciones psíquicas del trabajador que evolucionan lentamente, pero cuyo origen se conecta con el trabajo efectuado.

### 6.5.2. Relación directa de causalidad entre lesión y trabajo.

En aquellos casos en los que el accidente se manifiesta de forma súbita en el lugar de trabajo, ninguna duda cabe sobre la existencia de relación causal entre la lesión y el trabajo, y además en tal caso será de aplicación la presunción de laboralidad (art. 115.3 LGSS). Sin embargo, al tratarse de enfermedades derivadas del trabajo la propia norma impone la acreditación de nexo causal entre la lesión y el trabajo, de forma que solo cuando demuestre que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo, puede calificarse la incapacidad como derivada de accidente laboral, pues «nuestro ordenamiento ha querido que no se califiquen como accidentes de trabajo aquellas enfermedades en las que el trabajo ha sido uno más de los elementos que han contribuido a causarlas...»<sup>60</sup>. Por ello se hace necesario probar la existencia del nexo causal<sup>61</sup>, sin que en tales casos, como ya se ha indicado, opere la presunción a que se refiere el artículo 115.3 de la LGSS<sup>62</sup>.

Como consecuencia de todo lo expuesto resultará que la incapacidad que tenga por causa el acoso moral puede y debe ser calificada como constitutiva de accidente de trabajo, si bien será necesario que se acredite la existencia del acoso moral en sentido estricto y además que se pruebe que las lesiones que padece el trabajador derivan de tal situación de acoso.

## 7. CONCLUSIÓN

La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales a través de la aprobación de la largamente esperada lista de enfermedades profesionales por Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que viene a sustituir a la «anquilosada» regulación vigente desde el año 1978, brinda la oportunidad de reflexionar<sup>63</sup> tanto acerca de su contenido y sus novedades como sobre algunos de sus olvidos; entre ellos el que guarda con cualquier clase de enfermedad relacionada con factores de tipo psicosocial.

<sup>59</sup> STS de 18 de junio de 1997 (AS 4762). En parecidos términos, SSTSJ País Vasco de 7 de octubre de 1997 (AS 3163) y 2 de noviembre de 1999 (AS 4212).

<sup>60</sup> SSTS de 4 de julio de 1995 (AS 5906) y 24 de septiembre de 1992 (AS 6810).

<sup>61</sup> Véase nota anterior.

<sup>62</sup> SSTS de 15 de julio de 1992 (AS 5622), 4 de julio de 1995 (AS 5906), 21 de septiembre de 1996 (AS 6766), 20 de marzo de 1997 (AS 2590), 16 de noviembre de 1998 (AS 9825), 21 de diciembre de 1998 (Rec. 722/98) y 7 de febrero de 2001 (AS 5622), entre otras.

<sup>63</sup> IGARTÚA MIRÓ, M. T. «La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales». *Actualidad laboral*. N.º 22. (2007), págs. 2.692-2.705.

Las nuevas patologías relacionadas con los riesgos psicosociales obligan a lamentar una vez más, que no se haya aprovechado la actualización del catálogo de enfermedades profesionales<sup>64</sup>, en línea de coherencia con la renovación del concepto de riesgo profesional derivada del nuevo sistema preventivo, para hacer una mención expresa a los riesgos psicosociales, como uno de los principales riesgos emergentes en las contemporáneas formas de organización del trabajo<sup>65</sup>. Los daños psicofísicos, en cuanto son de aparición lenta y están ligados al ambiente laboral del trabajador, requieren un planteamiento en el plano de la rehabilitación que los acercan más a las enfermedades profesionales que al accidente de trabajo, sin embargo, al ser reconducidas al concepto de accidente de trabajo, se está hurtando lo que la propia realidad demanda: que sea considerada como una auténtica enfermedad profesional la patología surgida a consecuencia del desempeño del trabajo. De ahí la oportunidad de una futura intervención legal que permita delimitar con exactitud el tratamiento normativo de las enfermedades del trabajo, aportar seguridad jurídica y, sobre todo, dar carta de naturaleza a los riesgos laborales psicosociales en el ámbito protector de la Seguridad Social siguiendo la misma lógica tuitiva que ha avanzado ya la jurisprudencia en el tratamiento de la responsabilidad derivada de tales conductas.

Existe una inquietud manifiesta de reclamar un nuevo catálogo de enfermedades profesionales y se reconoce la nueva dimensión de las enfermedades mentales en el futuro.

La LGSS distingue dos tipos de contingencias profesionales: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. El primero de configuración legal abierta y el segundo de configuración cerrada. De entrada, podemos afirmar que las lesiones derivadas de acoso moral no podrán ser consideradas enfermedades profesionales, ya que se considera enfermedad profesional «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional» (art. 116 LGSS). Y la norma en cuestión es el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, conteniendo el cuadro de enfermedades profesionales, entre las que no aparece el acoso moral como tal, ni ninguna de las enfermedades asociadas a este, ni entre los elementos ni entre las sustancias.

Es cierto que la definición legal del accidente de trabajo como toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, ha propiciado una interpretación extensiva tempranamente, abarcando tanto el accidente *stricto sensu*, como la enfermedad, en palabras del Tribunal Supremo «la enfermedad profesional es realmente un accidente de trabajo o una variedad del mismo» (STS de 25 de noviembre de 1992). De este modo, dentro del concepto amplio de accidente se incluirían los accidentes *stricto sensu* (lesiones corporales deri-

<sup>64</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R. «La tutela jurídica de los riesgos psicosociales por la seguridad social: cuestiones pendientes». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N.º 303. (2008), págs. 31-74.

<sup>65</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Una "nueva" patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (Mobbing). Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001», *La Ley*, núm. 5436, 10 de diciembre 2001, pág. 10 o FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica», en AA.VV.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada (Comares). (2006), pág. 99.

vadas de un hecho violento, súbito y externo), las enfermedades profesionales del artículo 116 de la LGSS con un régimen específico y las enfermedades del trabajo siendo estas consideradas como una especie dentro del género accidente de trabajo.

Al participar del concepto de accidente de trabajo, las enfermedades del trabajo cuentan con los mismos elementos de la definición legal de estos: existencia de una lesión corporal, que afecte a un trabajador por cuenta ajena (o por cuenta propia con protección de este riesgo) y que exista una probada relación de causalidad con el trabajo.

El que las enfermedades psíquicas del trabajo no aparezcan pues contempladas en el listado de enfermedades profesionales, evidencia la necesidad de adecuar nuestra normativa a un fenómeno de creciente presencia en la sociedad. El *mobbing* no es una enfermedad laboral, es un tipo de acoso laboral ligado a la problemática del estrés. La jurisprudencia ha resuelto temporalmente esa carencia reconociendo la realidad social imperante. Los últimos estudios sobre estrés laboral explican cómo en el futuro las enfermedades mentales tendrán cada vez más una importancia creciente y cada vez más va a ser necesario poseer especialistas y profesionales que cuiden las condiciones de trabajo y los entornos de trabajo para que no sean nocivos para la salud de los trabajadores. De ahí la importancia de una delimitación y de su riguroso tratamiento como riesgo profesional a efectos preventivos y reparadores.