

5 DE OCTUBRE DE 2017

**DESARROLLO, PREVENCIÓN DE RIESGOS (PSICOSOCIALES), Y DAÑOS A LA SALUD EN LOS  
ENTORNOS LABORALES:  
AVANCES Y RESISTENCIAS EN SU TRATAMIENTO JURÍDICO**

(VERSIÓN PROVISIONAL)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director académico del Observatorio de Riesgos Psicosociales del Instituto Andaluz de PRL

“Los empleados salen físicamente de la oficina, pero no dejan de trabajar. Quedan amarrados por una especie de correa electrónica, como si fueran perros. Los mensajes de texto, los e-mails y demás invaden la vida de los trabajadores”

Benoit Hamon (líder socialista francés)

“Laws protecting workers from employers’ out-of-hours emails ignore the fact that, for many, switching off is not an option”

The Guardian, 27 de febrero de 2017

## 1. INTRODUCCIÓN: RIESGOS DEL “DESARROLLO ECONÓMICO”, CALIDAD DE VIDA EN LOS AMBIENTES DE TRABAJO Y FACTORES DE VULNERABILIDAD SOCIAL

La primera cuestión que me ha parecido oportuno afrontar para desarrollar esta ponencia ha sido la de encontrar un punto de conexión unitario que, además de permitirme conectar todos los tópicos o materias que integran explícitamente el objeto de la ponencia (y que se vinculan a aspectos de actualidad jurídica en materia de seguridad y salud en el trabajo de las personas), también enlace con algunas de las cuestiones objeto de análisis en estas jornadas y que aparecen implícitas (las relaciones triangulares de trabajo externalizado; protección de la condición de sexo-género de la persona trabajadora -condición femenina, más allá de su estatuto biológico diferencial-; la vulnerabilidad a ciertos efectos nocivos del desarrollo de personas y colectivos afectados por diferentes factores de “vulnerabilidad”...). Con ello se trata de ampliar el prisma de análisis de las importantes consecuencias jurídico-sociales que de ellas derivan, también en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, y de someter a prueba de resistencia crítica algunas de las construcciones tradicionales al respecto en el ámbito jurídico-laboral común, y que, a mi juicio, admiten una profunda revisión en el ámbito más especial jurídico-preventivo.

Estoy convencido de que uno de esos puntos de vista jurídico-sociales unitarios más conspicuos puede ser el relativo a las potencialidades (aperturas), también sus restricciones (límites), del *sistema de responsabilidad empresarial en general*, y patrimonial en particular, para progresar en el desafío que las nuevas realidades socio-económicas y culturales ponen al imperativo jurídico-constitucional (y comunitario) de una tutela integral efectiva, con una componente preventiva primaria o preferente, del derecho social fundamental un ambiente laboral saludable y seguro (art. 15 en relación a los arts. 40, 43 y 45 CE; art. CDFUE).

La inseguridad (contractual) en el trabajo es uno de los principales factores de riesgo psicosocial, por lo que adquiere una especial significación en el escenario actual de las citadas relaciones triangulares de trabajo. La prevención de riesgos laborales, pues, adquiere un especial sentido en aquellos sectores donde mayor es la precarización laboral, en la medida en que va asociada a ésta y ésta a aquélla. Al mismo tiempo la garantía de una mayor seguridad y salud en el trabajo, con ser una condición necesaria, no puede convertirse en una condición suficiente para la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo. Se rechaza, pues, que, como

se ha propuesto en algún caso (camareras de piso), las intervenciones preventivas (cursos de ergonomía: como el aprendizaje de mejor gestión de movimientos, entrenamiento de posturas específicas) agoten el interés de las mejoras tutelares.

A este respecto, década y media después del *primer caso de acoso moral laboral del que se tuvo conocimiento en el orden social* (2002, juzgados de Navarra), precisamente **en el marco de una situación de carácter triangular**, y calificado como accidente de trabajo (un conserje de colegio público vejó a tres trabajadoras de la limpieza de ese Colegio, integradas en la plantilla de la empresa contratada para la prestación de ese servicio), parece claro tanto que (1) *no es posible confundir acoso moral con otro riesgo psicosocial (estrés), cuanto que* (2) *también para ellos hay obligación de evaluarlos* (STS 16 de febrero de 2016<sup>1</sup>).

Más allá de estos consensos básicos, todo se vuelve conflictivo e incierto, tanto en sede extrajurídica como jurídico-judicial. Los problemas de deficiencia tanto de comprensión de los mismos como de su dinámica aplicativa siguen y se evidencia en la creciente presencia en el foro judicial, donde se intensifican, no sólo en relación a las pequeñas empresas, sino también respecto de las más grandes corporaciones (privadas y públicas -incluido el propio CGPJ-, algunas de las cuales son referentes por antonomasia a la hora de estructurarse bajo el modelo del trabajo descentralizado o la estructura-red (Grupo BBVA o TELEFÓNICA<sup>2</sup>).

No hay en la LPRL ni en ningún otro lugar (aun no vinculante) una lista que tipifique los riesgos psicosociales, con suficiente consenso científico y concienciación social. Pero sí existe un amplio convencimiento de identificarlos con dos grandes grupos (*estrés laboral y violencia en el trabajo* -incluye diversas modalidades de acoso). Un menor consenso existe a la hora de relacionarlo con el trabajo, de una tercer bloque: *adiciones “en” y “del” trabajo*.

---

<sup>1</sup> El reciente Acuerdo Laboral entre el Grupo CAIXABANK y varios sindicatos, de 28 de abril de 2017, apartad VII, compromete una evaluación de riesgos psicosociales conforme el método del INSHT (FPSICO .3.1.), a consumar para toda la plantilla antes del 31 de diciembre de 2017. Daría, así, cumplimiento a la sentencia referida

<sup>2</sup> Por ejemplo, la *STSJ Madrid 695/2016, 31 de octubre* confirmó la sanción de la autoridad laboral madrileña a TELEFONICA por negarse a realizar una evaluación de riesgos psicosociales en un determinado centro de trabajo. propio -con más de 250 trabajadores-, pese a solicitarlo los Delegados de Prevención, a través del Comité provincial de Seguridad y Salud en el Trabajo, y requerirlo la ITSS (la sanción ascendió a 30.000 euros). En cambio, para la *STSJ Madrid 892/2016, 28 de octubre*, es necesario la denuncia previa del trabajador

## **2. PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES EN ESCENARIOS DE CAMBIO ORGANIZATIVO Y MUTACIONES CULTURALES: PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS**

### **2.1. ¿Qué hay “de nuevo”, incluso en “lo viejo”? desde el monólogo incómodo del acoso moral al diálogo, más abierto y plural de los “riesgos psicosociales”.**

Nadie duda hoy de la centralidad del tratamiento jurídico-social, en todas y cada una de sus vertientes (preventiva, reparadora, punitiva), de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral, fuente creciente no sólo de riesgos profesionales emergentes sino también de nuevas enfermedades del trabajo, aunque no estén reconocidas actualmente en nuestro sistema, sí en otros internacionales (OIT) como enfermedades profesionales. En la identificación de toda su magnitud concurren cuestiones de extraordinaria relevancia para el conjunto de las relaciones de trabajo de nuestro tiempo, tales como la “inseguridad en el trabajo”, la “digitalización de la sociedad”, o las “cuestiones de género”, incluido su aspecto -no menor- de la (quimérica) “conciliación de la vida laboral y familiar” y los factores de estrés psicosocial -también de violencia laboral- de género que generan, por citar algunos más conocidos y que tienen una presencia relevante, u otra, en el seno de estas Jornadas. En realidad, la problemática de la salud psicosocial de las personas en los ambientes de trabajo contemporáneos exige un enfoque transversal en el actual sistema de relaciones de trabajo, pues esta dimensión de la cuestión de la salud laboral está destinada a convertirse en la más prevalente. No en vano será la fuente de incapacidades laborales más notable para el futuro próximo, afectando a todos los colectivos de trabajadores (no sólo del sector servicios) y a todo tipo de empresas, “analógicas” o “digitales”, incluso más en éstas que en aquéllas.

Los diferentes Estudios disponibles acreditan que existe una estrecha relación entre el estrés laboral y una amplia gama de enfermedades, tanto las cardiovasculares como incluso las cancerígenas. Asimismo, situaciones tan traumáticas, pero extendidas hoy, como los suicidios presentan amplísimas conexiones con estos factores estresantes y riesgos psicosociales, si bien, el habitual velo de silencio que cae sobre aquéllos en las sociedades contemporáneas son un reflejo más de la profunda infraestimación que esta materia sigue evidenciando en nuestra sociedad y en nuestro Derecho.

Por eso, paradójicamente, su tratamiento jurídico, en el conjunto de fuentes reguladoras -incluidas las no normativas, como los protocolos-, sigue ampliamente estancado<sup>3</sup>, de modo que persistiría una elevada incertidumbre en torno a gran parte de las cuestiones centrales del mismo, incluido cuál ha de ser el principal marco normativo referencial en esta materia. Al respecto, debe recordarse que en su afrontamiento concurre una pluralidad de sectores jurídicos, que van desde la prevención de riesgos laborales a los derechos fundamentales, pasando por el marco regulador de la igualdad de género-sexo. Pues bien, a día de hoy, no tenemos apenas certezas sobre cuáles son esos riesgos psicosociales ni tampoco tienen, salvo algunas excepciones, previsión legislativa específica alguna, y donde sí la tiene (sector hospitalario, desde 2013), apenas sí ha tenido incidencia alguna. Si ha habido dudas, no despejadas completamente, en torno a si el *acoso moral en el trabajo* es un riesgo psicosocial a prevenir en el marco de la LPRL, y no ya sólo desde el enfoque de gestión de conflictos, más se producen en torno al *acoso sexual*, y más claramente en torno a la “*violencia laboral de género*”.

Pero sin resolver los “viejos dilemas” en torno a los riesgos psicosociales, ya aparecen nuevas demandas de protección, como sucedería en relación al impacto de las tecnologías de la vigente y amenazadora, tanto como prometedoras, “sociedad del trabajo digital”. En una gran medida, la demanda de nuevos derechos online se vinculan no sólo a la protección más efectiva de derechos fundamentales de privacidad, sino también a la protección de la salud psicosocial de las personas, obligadas a mantener un nivel de disponibilidad superior al típico de la ordenación clásica, pues desbordaría el ámbito laboral para proyectarse tanto al tiempo extra-laboral, esto es, privado, como incluso al propio domicilio particular, erosionando todos los límites precedentes de lugar y tiempo. Pero también la generalización del modelo referido de relaciones triangulares de trabajo, a través de la descentralización productiva y el impacto de las diversas formas de externalización de la organización laboral y empresarial, tendrá una muy especial incidencia en la intensificación de este problema en nuestro tiempo, si bien no es ocioso recordar que el primer caso de acoso moral laboral conocido en España se produjo, precisamente, en el seno de una relación triangular (acoso por el conserje de un Colegio a las trabajadoras de una empresa de limpieza que asumía tales servicios en aquél, por lo que quien acosa y quien lo padece pertenecían a empresas diferentes).

---

<sup>3</sup> Cfr. J. SANCHEZ LOPEZ. Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Comares. Granada. 2016.

Puesto que es imposible analizar mínimamente todos los aspectos que plantean los riesgos psicosociales en el trabajo para nuestro tiempo, evidenciando resistencias y avances, hoy dominando más aquellas que estos, máxime en un contexto donde tienen cabida otros aspectos, aquí me limitaré a esbozar las cuestiones más novedosas en la materia, también con un sentido eminentemente jurídico-práctico, pues se trata de un auditorio de especialistas en el foro jurídico-social. Por eso, y pese a estar convencido siempre de que la mejor práctica es una buena teoría (F. De Castro), me centraré en aspectos que cuenten ya con ciertos, o algún, pronunciamiento judicial, a fin de poder debatir o hacer más interesante la sesión.

Al respecto, la primera gran cuestión jurídico-práctica a analizar es la de constatar un ***significativo estancamiento jurisprudencial de la figura del acoso moral en el trabajo***, no ya sólo como conducta lesiva de derechos sino como riesgo de lesión de los mismos, sin que haya avances conceptuales y normativos de relieve en su delimitación. En cambio, ***sí se abren camino los daños psicosociales vinculados a la actualización de otros riesgos psicosociales***, urgiendo tanto una protección preventiva como otra de tipo resarcitorio. Es el caso del estrés laboral, e incluso de la “violencia de terceros”, menos de “violencia laboral de género”.

Desde esta perspectiva aperturista e innovadora, merece la pena reseñar como ***la cuestión nominal***, e incluso tipológico-conceptual relativa al acoso moral en el trabajo, está cediendo paso a un planteamiento más pragmático, dirigido a un doble reconocimiento. De un lado, a exigir el deber de acción preventiva de forma precoz. De otro, de frustrarse aquél, el deber de reparación eficaz o íntegra por los daños derivados, al margen de que se constate o no un auténtico acoso moral en el trabajo. A fin de dar siempre concreción práctica, esto es, de experiencia judicial, a mi discurso reflexivo -y crítico-, me parece interesante traer a colación una reciente sentencia, sugerente por diversos motivos -en especial para la cuantificación de los daños, muy en particular del daño moral añadido al daño biológico o psíquico-físico-, como veremos a lo largo del estudio. Se trata de la *STSJPV 1608/2017, de 18 de julio*

Aunque en el caso concreto los hechos probados parecen alumbrar claramente un proceso de acoso moral laboral, cierto que en un contexto complejo de conflictividad colectiva y de modos vejatorios indiscriminados de ejercicio del poder de dirección, la sala parte de que:

“Su contravención constituye una falta muy grave tipificada en el art. 8.11 LISOS... y da lugar a responsabilidad civil, ***tanto si la conducta puede calificarse de acoso moral “strictu sensu”, como si no***, pues la obligación general de reparar el daño causado por prácticas lesivas

de la dignidad, resulta exigible en derecho por encima de nominalismos simplificadores. Y es que evitando reduccionismos inaceptables que fijen en las conductas susceptibles de ser valoradas como una situación de acoso el margen de permisividad con los excesos de los directivos y mandos, se impone una visión que sitúe la dignidad, el equilibrio psíquico y la integridad moral de los trabajadores en el lugar preferente que les corresponde” (FJ Segundo).

Es manifiesta la novedad que representa este planteamiento judicial en relación a la más consolidada experiencia forense en la materia, que parecía haber establecido una doble distinción conceptual, atribuyéndole efectos diferentes. Y ello por dos razones, al menos.

Primero, el diferenciar acoso moral -requeriría tanto intención de intimidación como un resultado dañoso para la salud del trabajador intimidado u hostigado- de ejercicio ilegítimo del poder empresarial, situando aquél en el plano constitucional y éste en el de la legalidad ordinaria. Segundo, fijar la diferencia entre el concepto de acoso moral y el de conflicto laboral, siendo éste una condición normalizada de aquél, aunque ni necesaria ni suficiente, de modo que sólo para el primero habría sanción jurídica, mientras que el primero sería inherente a las relaciones de trabajo, que tienen en el conflicto su razón de existir misma<sup>4</sup>. En suma, hoy como ayer, la posición mayoritaria parece ser la de diferenciar claramente la situación de acoso de la de los “malos rollos” en las empresas, esto es, en términos más técnicos, el “*mal ambiente de trabajo*” que, si bien no puede resultar indiferente a las empresas, tampoco ha de ser un elemento que suponga altas exigencias de protección basada en los derechos de rango fundamental, como sí exigiría el acoso moral en el trabajo. De interés al respecto al STSJ Madrid de 6 de julio de 2016, Rec. 390/2016 (recientemente declarada firme por ATS de 20 de julio de 2017, Rec. 3317/2016).

---

<sup>4</sup> La doctrina de la sala gallega de suplicación social ha sido la que mejor ha sistematizado esa diferencia. Recientemente, la STSJ Galicia, de 28 de julio de 2017, Rec. 1651/2017, rechaza que “La situación de IT del recurrente (HP 8º) tampoco acredita, por sí misma, el acoso, aunque su origen pueda identificarse con la situación de conflicto o enfrentamiento en el seno de la empresa, por la contraposición de intereses entre las partes de la relación de trabajo, pero que no puede confundirse con el mobbing, en cuanto aquéllos tienen sus propios cauces de solución laboral” (FJ Séptimo, V, letra d). En ella se recuerda que el acoso o mobbing “requiere dos elementos, uno subjetivo que es la intencionalidad del acosador de conseguir un perjuicio a quien dirige expresamente su actitud intimidatoria mediante las más variadas formas de presión psicológica (p.ej. difusión de rumores insidiosos, vejaciones injuriosas, etc.), y otro objetivo que es el carácter sistemático y prolongado en el tiempo de la conducta intimidatoria”. A lo que añadiría el carácter “individualizado” de esa conducta intimidatoria u ofensiva, sin que esté presente cuando el ejercicio vejatorio o degradante se hace de forma generalizada al colectivo de trabajadores. En la misma línea la sistematización realizada por la STSJ Extremadura 521/2017, de 24 de julio (no considera que haya acoso moral, sino situación de conflictividad laboral). No obstante, como también ha recordado la doctrina judicial, la existencia de conflicto laboral, sin prueba específica de la justificación de decisiones organizativas que afecten negativamente al trabajador, puede ser un indicio relevante de acoso, que exige carga de la prueba fehaciente de su desconexión al empresario. Vid. STSJ Asturias 1950/2017, de 27 de julio (reconoce una situación de acoso moral en un contexto de reestructuración empresarial, pero sin que la empresa pruebe la conexión de ésta con sus comportamientos ofensivos contra la trabajadora, fijando una indemnización de 6.251 Euros por aplicación de la LISOS -franja mínima-, al entender que no se aportan bases de cuantificación suficiente para reconocer los 25.000 Euros que se solicitaban)

Pues bien, aun asumiendo, de partida, ese planteamiento por parte de la sentencia del TSJPV citada, hace una consideración final muy interesante que, como veremos después, está cargada de potencialidad innovadora en materia de protección de los riesgos psicosociales que no se vinculan a situaciones de acoso, sino de estrés reactivo a conflictividad laboral no bien resuelta por la empresa en el marco normativo de la LPRL, sea en el plano preventivo sea en el plano reparador. Así, tras recordar que hay que diferenciar el tratamiento vejatorio laboral de aquellos otros comportamientos severamente reprobatorios por parte de la dirección cuando entienda que no hay un rendimiento adecuado del trabajador, situando el límite en la dignidad de éste como persona y profesional, precisa:

“...sin perjuicio de que **si el superior jerárquico es conocedor de los efectos perjudiciales que está provocando en el equilibrio psíquico** de alguno de sus empleados, esté **obligado a tomar las medidas precisas para evitarlo, exigibles igualmente a la empresa**”.

Veremos de inmediato cómo, precisamente la sala vasca de suplicación, a diferencia de otras, sí ha sido coherente en numerosas sentencias de estos dos últimos años, situando el problema del conflicto laboral mal gestionado empresarialmente, al margen de que haya o no cuestiones de trato digno, y sus implicaciones psicosociales en el eje de la política preventiva. Esta es “la de cal”, pero tiene otra de “arena”.

Como ya se ha anticipado, esta sentencia es muy sugerente para hacer un análisis completo de la problemática de los riesgos psicosociales, más allá del acoso moral laboral, con referencia incluso a otros, como la “*violencia laboral de género*”, confirmando, ahora en un plano que amerita una importante crítica, la sobreestimación del plus de antijuridicidad que supone el que medie una clara violencia sexista. En efecto, cuando la sala valora la situación de antijuridicidad existente en la práctica de gestión empresarial e identifica las circunstancias que han de tenerse en cuenta, a fin de evidenciar cómo su “gravedad y potencialidad lesiva aumentan en progresión geométrica”, expresamente llama la atención sobre un dato subjetivo y grupal: “...*la condición de mujer de la actora*”.

Sin embargo, según veremos al referir al proceloso problema de la cuantificación, tal circunstancia no tiene ningún reflejo específico en la valoración del daño, ni tan siquiera se vuelve a hacer referencia a ello a la hora de justificar porqué estima razonable apartarse en ciertos aspectos del baremo de daños. A mi juicio, es un ejemplo más, de los muchos que aquí vamos a ver, de infravaloración o subestimación de la violencia laboral de género como riesgo



psicosocial en el trabajo, sea en el plano preventivo -afrentamiento precoz, anticipado, como riesgo que es-, sea en el reparador. Afrontaremos diversas perspectivas de esta cuestión.

## **2.2.El conflicto mal gestionado sí es un factor de riesgo que, actualizado en daño, es susceptible de una indemnización, incluso disuasoria**

### **2.2.1. Los procesos de reorganización productiva de las empresas son ya judicialmente reconocidos como un factor de riesgo psicosocial a evaluar**

Pero todo a su tiempo. Ahora volvamos sobre esa idea evolutiva indicada más arriba, en el sentido de que, hoy, la doctrina judicial ya ha superado esa tensión, entre incomodidad y sugestión, creada por el acoso moral como riesgo psicosocial prevalente, si bien afrontado en el plano de gestión de derechos fundamentales, para romper barreras y aproximarse también al conflicto mal gestionado como riesgo psicosocial a proteger. En este sentido, si frente a la visión meramente contractual y externa de las interacciones entre las empresas adoptamos otra más netamente evolutiva y organizativa, queda claro que entre las condiciones de trabajo a evaluar en materia de prevención de riesgos no pueden dejar de estar los procesos de reorganización productiva. Inequívoca al respecto es, a mi juicio, la *STSJ PV 22 de marzo de 2016, Rec. 392/2016* (firme por ATS 14 de marzo de 2017, RCU 1860/2016). A su juicio:

*“Que la actora y el resto de compañeros, a partir de iniciarse el mecanismo de unificación de los servicios de distintos hospitales en marzo de 2013..., comienza a participar en procesos de integración de estructuras y fusión de personas que suponen un cambio de contenidos profesionales, diseños de trabajo, organización y relaciones personales, sin que la administración pueda actuar mediante resoluciones, **sino que debe contemplar la incidencia que la nueva implantación tiene en los profesionales, lo que obliga a articular protocolos de actuación, en particular en relación con los riesgos psicosociales, para que la salud de los implicados no se merme”**.*

La sala de suplicación identifica aquí, aun sin mencionarlo, diversos factores de riesgo psicosocial (concretamente de estrés laboral), diferenciando el problema de las situaciones de acoso moral en el trabajo -que la trabajadora denuncia, pero que es descartado por la ITSS-. Unos vinculados al “rol en la organización” (ambigüedad, conflictos derivados de la nueva decisión), así como a las “relaciones interpersonales” (art. 15 LPRL), y otros relativos a la

“cultura organizativa” y que se vincula a estilos de decisión jerarquizados y de auto-organización, poco “comunicativos”, pues no responde a la tradición de servicios públicos jerarquizados.

No parece situarse en la misma dirección la doctrina de suplicación catalana, ya para un caso en el que, precisamente, sí está en juego una decisión de reorganización productiva descentralizadora. Al menos para la **STSJ Cataluña 6327/2016, de 3 de noviembre**. Los hechos son los siguientes: En su condición de maître, el actor se ocupaba de la planificación, organización y control del restaurante del "Hotel Termes Montbrió", reportando a la empresa la evolución y situación del área, en concreto: organizando, dirigiendo y coordinando el trabajo del personal a su cargo. En un determinado momento, la empresa gestora del referido hotel contrató los servicios de restauración con la empresa "Paradís Grup", para solventar una situación de gestión que considerada deficitaria. La empresa contratada puso a un trabajador propio, al frente del restaurante del Hotel. El trabajador asignado en el restaurante era superior del actor y, en consecuencia, tenía potestad para impartir órdenes a todo el personal del restaurante. No obstante, al personal del restaurante se le informó de que ambos trabajadores encargados actuarían conjuntamente. Todos los viernes había reuniones con el director del hotel, el actor y el encargado designado por la empresa contratista para fijar criterios y tomar decisiones. Sin embargo, este último tomaba decisiones de gestión sin consultar ni ponerlas en conocimiento del actor. A resultas de todo ello, enfermó y tuvo bajas.

Tras un dilatado tiempo y múltiples conflictos judiciales (victimización secundaria), se le reconoció el carácter profesional de la contingencia, pero no el recargo de prestaciones, porque "*...no existía obligación alguna de realizar una evaluación de riesgos psicosociales, ni aunque ésta hubiera existido tampoco se deriva que existiese vulneración alguna del derecho genérico de preservación de la salud del demandante dado que la afectación psicológica del demandante, bien que tiene un origen laboral, no se vincula con ningún acoso moral u otro riesgo psicosocial....*". Fallida esta vía, se acudió a la de responsabilidad por daños laborales que, por las mismas razones, resultó frustrada para el actor. Por lo tanto: "*...no puede ser afirmado, que concurriera por parte de la empresa incumplimiento de medida de seguridad alguna de las que le eran exigibles e, incluso, previsibles y en orden a las condiciones en que se realizaba el trabajo del ahora recurrente. Solo cabe reconocer la existencia de una reorganización empresarial del que derivó un conflicto* para el demandante, conflicto que...está ordinariamente implícito en las relaciones laborales y, casi podría decirse por extensión, en las relaciones humanas". Para reforzar su argumento, la sala recuerda que no se

está ante una responsabilidad objetiva por resultado -ni por el riesgo creado-, sino subjetiva, por culpa, que asienta también en la función disuasoria de ésta respecto de aquélla: “el empresario no encontraría interés o beneficio alguno en una operativa diligente en materia de seguridad en el trabajo...” (STSJ Cataluña 6327/2016, 3 de noviembre, FJ 7º).

Dos son los aspectos de interés de esta doctrina judicial. De un lado, la defensa que se hace de un criterio de imputación subjetiva, frente a una extrema objetivación del mismo -una posición que comparto plenamente-. De otro, se defiende la idea clásica de la irrelevancia del mero conflicto laboral a efectos jurídico-sociales, infravalorando su calificación como un factor de riesgo psicosocial a evaluar, por lo que se aparta de la doctrina de suplicación social vasca comentada, alineándose con la posición todavía dominante<sup>5</sup>, pero que me parece errada. A mi juicio, existe una marcada colisión entre ambas doctrinas de suplicación social. Mientras una sí considera el eventual conflicto de roles derivado de un cambio organizativo profundo como un factor de riesgo psicosocial a prevenir, la otra no.

En cierto modo, se sigue considerando que hay ciertos factores inherentes a las relaciones laborales que causan estrés, pero que hay que soportarlos precisamente por esa dimensión estructural. Es el caso, por ejemplo, en otro contexto, de la STSJ CV 2052/2016, 4 de octubre, que asume que el estrés laboral es una condición de trabajo de ciertos sectores, como el de servicios sociales, de modo que, hasta ciertos umbrales -que no precisa-, debe soportar. Así, para la doctrina judicial se constataría:

“que en el caso examinado en la instancia el estrés laboral propio de los servicios de la naturaleza de los desenvueltos por la demandante coadyuvó, junto con una patología de base ajena a los mismos, a la consideración de que la incapacidad tenía su entronque en el trabajo desenvuelto, pues no se escapa a nadie que las personas atendidas en dichos servicios sociales constituyen por regla general un sector marginal de la población, con problemáticas complejas de muy difícil solución, de manera que los empleados que desenvuelven tales tareas deben tener un gran equilibrio emocional por el riesgo de hacer propias las dificultades personales ajenas” (FJ Cuarto).

---

<sup>5</sup> De ahí su irrelevancia, incluso aunque ocasione daños a la salud, para generar responsabilidad para el empresario, otra cosa diferente será a efecto de declarar el carácter laboral del accidente. Vid. STSJ Andalucía/Granada, 2222/2016, de 13 de octubre (*descarta que haya acoso moral en el trabajo, pero sí identifica las bajas por estrés organizativo como laborales*). En última instancia, la doctrina judicial, de forma mayoritaria, no haría sino aceptar que toda actividad laboral conlleva un mínimo de tensión o de estrés organizativo para el que no todas las personas tendrían la misma tolerancia, sin que por ello haya responsabilidad empresarial, sí accidente laboral. En el mismo sentido STSJ CV 2052/2016, 4 de octubre, para la prestación de trabajadoras en servicios sociales, que luego comentaremos con más detalle.

A mi juicio, de nuevo, hallamos una marcada infraestimación judicial del auténtico problema. Como señala la STSJ País Vasco 1809/2015, de 6 de octubre:

"... La cuestión es la inversa: los riesgos psicosociales se han estudiado y protocolizado de manera que evitan en muchos casos el deterioro de la salud del trabajador. Cuando se agotan en su desarrollo es cuando el empleador queda libre de su responsabilidad, pero si no los articula lo que habrá que presumir es que su omisión ha sido un elemento coadyuvante del perjuicio final; pues lo lógico es pensar que si los hubiese actuado lo hubiese mitigado, soslayado o reducido. Si en nuestro caso la empresa prácticamente nada realiza (y se le ha requerido para ello), difícilmente podemos conocer si la situación final del trabajador hubiese sido la que ha acontecido u otra. (...). Existe una infracción por parte de la demandada de su deber de proteger al trabajador(...)"<sup>6</sup>.

Aunque no podamos entrar aquí en esta sugerente pero compleja cuestión, la Sala social vasca parece acoger, implícitamente, la "*doctrina de la pérdida de oportunidad*": si el empleador no ha adoptado todas las medidas razonablemente posibles, aunque de todos modos se hubiese producido el daño, la implementación efectiva de aquellas hubiera reducido las posibilidades de sufrirlo, o, en todo caso, hubiese minimizado el mismo.

Como no lo ha hecho, ha de imputarse a la empresa esa falta de diligencia (como se pide de los servicios médicos para el daño por error médico), que le era exigible como empleador correcto. En esta dirección más comprometida, a mi juicio, con el deber preventivo, aunque pueda suponer un coste superior al que sería razonable desde una posición más tradicional, de interés *la STSJ Canarias/las Palmas, 468/2001, de 31 de mayo*, que considera los factores de riesgo de estrés emocional, como el trabajo nocturno propio del servicio de urgencias, urgidos de protección, estando por encima del "interés productivo de la empresa", por estar en juego los derechos fundamentales a la integridad personal, estando en juego, además, una especial sensibilidad del trabajador, que exigía aplicar el art. 25 LPRL<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido la citada STSJPV 563/2016, de 22 de marzo de 2016, Rec. nº 392/2016: "**No ha resultado probada una situación de acoso u hostigamiento laboral, pero sí un conflicto en dicho ámbito cuya vivencia personal por parte de la demandante desembocó en el trastorno adaptativo como reacción aguda a una situación de estrés.**(...)"

<sup>7</sup> Aunque, en el caso, recuerda que el riesgo derivaba del propio puesto de trabajo y servicio, por lo que no bastaba con reubicar al trabajador que ya había causado bajas, sino que exigía medidas generales de prevención-protección, para evitar que otros compañeros puedan verse afectados, más pronto que tarde.

Asimismo, como veremos de inmediato, si bien en el marco no ya del estrés laboral propiamente sino de la violencia de terceros, muy diferente es la posición de la STSJ Galicia, 1334/2017, de 6 de marzo, en relación a la protección preventiva frente a tal riesgo de una trabajadora social en un escenario de prestaciones para personas con especial marginalidad y vulnerabilidad social (etnia gitana), exigiendo medidas capaces de gestionar precozmente cualquier intento de agresión a la trabajadora en el ejercicio de su prestación.

### **2.3.No todo cambio organizativo puede determinar la obligación de actualizar la evaluación de riesgos psicosociales**

Por supuesto, tampoco conviene desmesurar el alcance de este enfoque hermenéutico y normativo. Ni que decir tiene que, conforme a una clara previsión legislativa, no todo cambio en la organización de trabajo determinará la obligación de actualización de la evaluación de riesgos laborales en general y psicosociales en particular, debiendo tener cierta relevancia, naturalmente. En este sentido, se ha negado que lo sea una “nueva plataforma informática”, si no supone *“un cambio relevante en las condiciones de trabajo, suficiente para justificar una nueva evaluación de riesgos, con el sobre coste que la misma implica”* (STSJ Cantabria, 42/2017, 20 de enero, FJ Tercero<sup>8</sup>). En cambio, se reconoce la necesidad de evaluación de riesgos psicosociales en otros supuestos de cambio organizativo, como el traslado de trabajadores/as de las oficinas centrales de un “call center” a otro centro. En caso contrario, habrá incumplimiento de su obligación legal y se derivarán responsabilidades -administrativas, de seguridad social, laborales...- (STSJ Cataluña 6293/2016, 2 de noviembre, FJ Cuarto)

### **2.4.La conexión digital extra-laboral como factor de riesgo psicosocial (estrés digital) y la garantía de desconexión como derecho fundamental: autodeterminación privada**

Esta última observación nos introduce de inmediato en uno de los temas de actualidad más innovadores, tan sugestivos como inquietantes: la mutación digital del trabajo, que tiene como uno de sus rasgos más determinantes la emergencia de las plataformas informáticas,

---

<sup>8</sup> Como consecuencia de la integración de la plantilla de la Caja de Ahorros de Cantabria en Liberbank S.A, supuso que se efectuaran distintos cambios en la forma de trabajar, y entre ellos se modificó la "plataforma informática" de uso por los trabajadores -pasando a ser la que se utilizaba en Cajastur- y “algo la organización de trabajo”. La empresa ni lo comunicó a los delegados de prevención ni hizo una nueva valoración de los riesgos laborales en el puesto de trabajo, presentándose demanda de conflicto colectivo para que se condene a la empresa a realizar una nueva evaluación de riesgos, en especial de carácter psicosocial.

como expresión de una reestructuración organizativa profunda, en el marco de la denominada “economía por encargo” (Gig Economy), pero no es el único. Emerge, así, un aspecto de la antes citada conexión del problema con la moderna forma de descentralización productiva que es la de pulverizar la organización unitaria en una red prácticamente indefinida de pequeños “empresarios” (trabajadores autónomos o micro-empresarios), que trabajan a través de su vinculación con una plataforma informática (aplicación informática).

Las innovaciones tecnológicas y organizativas asociadas al mundo digital provocan profundos desafíos al Derecho del Trabajo, entre ellos, la licuación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo. En un buen número de países [Francia, Alemania, Corea del Sur, Filipinas...] se ha dado el banderín de salida para la regulación de derechos de los trabajadores vinculados a este nuevo mundo del trabajo digital. Uno de estos derechos más célebres es el “derecho a la desconexión digital” del trabajador fuera de su jornada de trabajo. El primer país en reconocerlo ha sido Francia. Sin embargo, la regulación francesa ni define el contenido de ese presunto derecho ni le atribuye garantías de eficacia. El sentido práctico de ese derecho se reduce a una libertad de no responder a los mensajes profesionales fuera de su jornada. Por lo tanto, la cuestión jurídica que se plantea es la de calificar la desconexión digital bien como un derecho nuevo, que requeriría de un acto de reconocimiento y garantía por la autoridad de una fuente de Derecho -heteronomía o autonomía colectiva-, o, en cambio, como una garantía de efectividad de un derecho social fundamental clásico, el derecho al descanso. Yo vengo defendiendo esta segunda postura y lo ilustro con dos ejemplos.

En primer lugar, en el plano de quienes entienden que no habría un efectivo derecho a la desconexión digital sin una regulación específica por quien tiene poder normativo para ello, ha adquirido una gran fortuna mediática el Artículo 14 del nuevo convenio colectivo de AXA SEGUROS (2017-2020). Este precepto se presenta como el pionero en reconocer en España el mítico “derecho a la desconexión digital”<sup>9</sup>. Dejando a un lado el texto previo de justificación, de profusa retórica sobre el fenómeno de la interconectividad digital y su impacto -pretendido o real- en la dilución en las formas clásicas (“analógicas”) de prestación de servicios laborales,

---

<sup>9</sup> En su versión originaria, en su ley de origen, la francesa, sabido es que la reforma -en vigor a primeros de este año, como se anticipó- introduce un apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, a fin de incluir la obligación, en el marco de la negociación colectiva anual exigida sobre igualdad por razón de sexo y la calidad de vida en el trabajo (art. L. 2241.1 Code du Travail)-, de negociar: “...las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”.

dando por consolidado un escenario de mutaciones *in fieri*<sup>10</sup>, qué dice realmente la cacareada norma convencional:

*“Es por ello [por la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo a raíz de la interconectividad digital permanente] que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”*

Expuesto con absoluto fidelidad la letra (transcrita del BOE) de la norma convencional de reconocimiento, por primera vez en España y anunciado con toda la solemnidad que tan noble hito histórico-jurídico precisa, del afamadísimo derecho “de nuevo cuño” prototípico de “un nuevo tiempo de los derechos digitales” ¿en dónde reside el sentido práctico del mismo? ¿Cuál es el conjunto de facultades y garantías que blindará para la defensa efectiva de la posición de autodeterminación que quiere blindar para el trabajador y qué deberes genera en el sujeto empleador para hacer realidad aquéllas?

En otros términos ¿si el vigente convenio colectivo de AXA, entidad aseguradora filial de un grupo de matriz francesa, no hubiera sido tan valiente e innovador a la hora de avanzar en la adecuación del obsoleto modelo regulador estatutario a la altura de los tiempos - digitales-, los trabajadores de AXA tendrían la obligación de responder a correos eventualmente enviados por su empleador fuera de la jornada de trabajo? Y si no lo hicieran ¿podrían ser sancionados o perjudicados de algún modo por ello?

Ahora el segundo ejemplo, de naturaleza judicial que, a mi juicio, representa una clara prueba del reconocimiento, ya en nuestro Derecho positivo, de *la sobrecarga digital, dentro y fuera de la jornada laboral, como factor de estrés urgido de gestión preventiva*. La doctrina del TCO, y el TJCE, así como el TS, ya han tenido la oportunidad de remarcar la integración, dentro de la política de prevención de riesgos laborales, de los llamados riesgos psicosociales. Así se deriva de las normas sociales de la Unión y la Constitución (arts. 18 en relación a los arts. 10, 15 y 40 CE), en el marco del sistema de instrumentación operativa de tales derechos (nivel

---

<sup>10</sup> “Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo.

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar(...)”

primario), que requiere la protección eficaz también de la salud psicosocial, constituido por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL-, conforme a la doctrina constitucional (STCO 62/2007, de 27 de marzo). No hay que olvidar que el TJCE (15 de noviembre de 2001, C-49/00), al igual que el TS español (STS 101/2016, 16 de febrero), ha considerado que la LPRL incluye la tutela eficaz frente a los riesgos psicosociales, y su protección efectiva (art. 14 LPRL) exige evaluar y remover todo factor estresante, como sería hoy la *sobrecarga digital*.

Al respecto, si es verdad que nuestra jurisprudencia no ha llegado tan lejos como la francesa a la hora de configurar el deber de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, por lo tanto también la psicosocial, como *una auténtica obligación de resultado* (Court de Cassation, 13 de marzo de 2013, n. 11-22.082, entre otras precedentes), no menos cierto es que en nuestra experiencia esa obligación está integrada por una diligencia especial a cargo del empleador -art. 96 LRJS-. De particular relevancia, a mi juicio, resultará la doctrina emanada de la STJS Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo.

El caso es el siguiente. La empresa SCHINDLER instaló el denominado acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento. Dicho aparato, es un elemento electromecánico que permite convertir fenómenos físicos en señales (se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo).

El acelerómetro se encuentra instalado dentro de un teléfono móvil cotidiano, entregado por la empresa a los trabajadores de mantenimiento. Este dispositivo se complementa con un GPS integrado en el teléfono. Comunicada esta implantación a la representación de los trabajadores, la empresa la justifica en la intervención precoz en caso de eventual accidente. Cuando el acelerómetro se activa, y detecta una ausencia de movimiento del trabajador de más de dos minutos, lanza señal acústica de 60 segundos y un mensaje en la pantalla, desencadenando de manera automática una llamada de emergencia al centro de control (atendido durante 24 horas los 365 días). La empresa da un tiempo máximo para la realización de las tareas de mantenimiento. Es obligado llevar personalmente el acelerómetro, no en la caja de herramientas, incluso fuera de la jornada, porque *lo tiene que poner a cargar en sus casas. El acelerómetro como tal no se puede desconectar, sino que se tiene que hacer con una aplicación*, de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido. La ITSS levantó acta de infracción preventiva contra esta práctica y la autoridad laboral dictó resolución sancionadora.



Impugnada, la sentencia de instancia la legitimó. En el recurso de suplicación se confirma la sentencia de instancia. No vamos a entrar ahora en la cuestión, más clásica, de los problemas de legitimidad del control que permite este tipo de dispositivos, que la sentencia también analiza de forma exhaustiva, recorriendo con un gran detalle la jurisprudencia constitucional clásica<sup>11</sup>. Sin embargo, añade otro razonamiento de control de legitimidad que resulta mucho más novedoso y que aquí interesa mucho más. En efecto, para la sala:

“...la forma de fiscalización del citado acelerómetro, ***lleva consigo una situación de riesgo psicosocial***, pues...*que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que, fuera de la jornada laboral, tengan incluso que en su domicilio familiar...que es la esfera personal y privada del trabajador... continuar en una situación in vigilando del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral”* (Fundamento Jurídico Décimo segundo)

Aunque no la denomina así, evidentemente, parece claro que la sentencia reconoce un derecho a la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo para este caso. No lo hace directamente, claro, sino a través de instrumentos de última generación tecnológica. Pero, en línea con lo que advierte la ley francesa para reconocer expresamente la garantía de desconexión digital -que el tribunal español catalán extrae directamente de los derechos de la persona-, un ejercicio de este tipo tiene consecuencias perjudiciales en la salud psicosocial de los trabajadores pues al trasladar al trabajador la responsabilidad de la permanente conexión del acelerómetro “*fuera de la jornada laboral...lleva consigo un perjuicio en su salud [estrés] por...estar pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos...*” (FJ Décimo Tercero).

En definitiva, no creo que sea necesario ir más allá en estos momentos en las razones jurídicas del caso concreto -resuelto con una pericia admirable- ni de la doctrina más general que acuña, pues han quedado suficientemente acreditadas. A saber:

---

<sup>11</sup> Frente a la alegación de la empresa de que la finalidad del control es puramente a efectos de seguridad y salud del trabajador, sin que permita conocer detalles personales de éste, la Sala de suplicación afirma que “si que permite un control definitivo pues mediante el GPS de la Blacberry permite tener conocimiento de la actividad que realiza el trabajador en cuanto a la ubicación del mismo e impide que se pueda ausentar, ya que quedaría registrado por la señal por el GPS y *si lo deja en la caja de herramientas se activaría la alarma* y procederían a llamarlo por teléfono”. De lo que deduce que “la finalidad del acelerómetro no es proteger la salud y seguridad de los empleados, ya que como lo establece la sentencia de instancia y se ha expuesto anteriormente reconoció en la vista oral que no era un equipo de protección individual sino un control de los trabajadores que...invade y entra en el ámbito de la intimidad y dignidad de los trabajadores” (FJ Décimo primero)

- a) la desconexión digital fuera de la jornada de trabajo es una garantía de efectividad del derecho al descanso y del derecho al debido respeto de la intimidad del trabajador, cuya utilidad puede exigirse en cualquier momento en que se sienta en peligro, sin necesidad de mediación legal ni tampoco convencional alguna, de un lado;
- b) es irregular el ejercicio del poder directivo, aun con formato digital, que se despliegue fuera del tiempo laboral, por lo que está prohibido su ejercicio, debiendo el empleador, en todo caso, evaluar el plus de carga digital como riesgo psicosocial

Expuestas las experiencias jurídicas, es el momento de las preguntas: ¿Qué diferencia real hay respecto de la experiencia convencional que se ha presentado como pionera en este reconocimiento y garantía del derecho a la desconexión digital extra-laboral? ¿Acaso está diciendo algo diverso de lo que afirma la sala de suplicación catalana? No me lo parece, más allá de entender que ha de estarse a una interpretación más apegada al caso concreto, si bien su rango de derecho social fundamental, constitucional y comunitario, exige expansión<sup>12</sup>.

## **2.5. Inseguridad en el trabajo y triangulación como factores de riesgo psicosocial: el estrés por devaluación de condiciones de trabajo**

No sólo la digitalización, como nuevo escenario de reorganización del trabajo y de la empresa, proyecta una notable influencia en la intensificación de los riesgos laborales, muy en particular respecto de los psicosociales -sin hacer aquí detenida mención del problema para las adicciones sin sustancias, como la adicción al trabajo-, sino que son todo el conjunto de las actuales condiciones de trabajo las que se revelan como fuentes de estrés laboral. Por supuesto, en ese ámbito, la actual inseguridad en el trabajo, que es propia de los modelos de descentralización productiva y su efecto de triangulación laboral (contratas, subcontratas, ETT, empresas multiservicios...), ocupa un lugar destacado. Así lo evidencian los principales útiles de estimación de su magnitud: la Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (EWCS, EUROFOUND-2015) evidencia que *los factores percibidos de estrés se asocian de forma mayoritaria a las reorganizaciones productivas y a la precariedad* (3 de cada 4 encuestados)<sup>13</sup>.

En un marco regulador asentado en la integración de la prevención en el proceso productivo, mediante la evaluación de los riesgos y la planificación, parece claro que todo este

---

<sup>12</sup> Sin que ahora tengamos que entrar en la espinosa cuestión de las relaciones entre particulares de las Directiva del tiempo de trabajo. El tema está mal resuelto por la polémica STS 8 de junio de 2016, Rec. 207/2015 (retribución de vacaciones). Una crítica en R. A. López Parada. “Un retroceso en la primacía del derecho europeo:...”. Revista Derecho Social, n. 75/2016, pp. 121 y ss.

<sup>13</sup> Vid. Guía Estudio sobre el Estrés por deterioro de las condiciones de trabajo. UGT-Fundación PRL. 2016. P. 78

escenario de reestructuración organizativo-productiva no puede quedar al margen de la política de prevención de riesgos laborales. De otro modo, se frustraría la finalidad del legislador, que pretende la tutela sea una tutela real y eficaz, que no se limite al mero cumplimiento de obligaciones formales que, así interpretadas, se han revelado ineficaces para **garantizar la «seguridad integrada»**, recuperando por esta vía parte de la brecha creada por los actuales sistemas de fragmentación o pulverización de las relaciones de trabajo para una misma empresa-estructura compleja (grupo, red).

Naturalmente, esta proyección afecta a todo el sistema normativo de riesgos laborales, desde los instrumentos de planificación preventiva hasta los de responsabilidad empresarial. En este contexto, en las relaciones triangulares (no sólo propias de la contrata o subcontrata, que cuenta con un régimen específico en el sector de la construcción, como es bien conocido - Ley 32/2006)- se ha de buscar no tanto la figura del "*verdadero empresario infractor*", sino cómo se reparten las responsabilidades entre los diferentes sujetos empresariales implicados, pues participan de la utilidad económica y del proceso colectivo -cadena de valor- del que se hace depender, finalmente, el riesgo laboral. Una cuestión complicada porque surge "*siempre en cada supuesto la interrogante de si (la responsabilidad) alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal (empresario indirecto), o a ambos a la vez*". No es posible aquí entrar en detalle en esta materia, porque desborda las posibilidades razonables de este estudio, pero sí conviene poner de relieve que se plantea en términos novedosos y más posibilistas que en el ámbito estrictamente laboral y acorde, claro está, con respecto a lo que sucede para el resto de los riesgos laborales, pues en este punto no debe haber una diferencia notable. La importante evolución jurisprudencial en esta materia, orientada a poner énfasis **no tanto en la titularidad de una actividad económica ni de un lugar de trabajo, sino del ejercicio efectivo del poder de dirección unitario**, repartiendo solidariamente las responsabilidades ha de ser tenida en cuenta y desarrollada<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Vid. SSTS 22 noviembre 2002, RCU 3904/2001 y 26 de mayo de 2005, RCU 3726/2004; para un desarrollo actual vid. la STSJ Madrid, 208/2015, de 6 de marzo, Rec. 640/2014. En el caso enjuiciado por la sala madrileña de suplicación ha existido una grave descoordinación entre la empresa principal y la contratista con reparto recíproco de responsabilidad en el accidente de trabajo que costó la vida a un trabajador, incumpliendo las cinco "reglas de oro" establecidas en el Plan de Seguridad y Salud. En especial,

"...al no tener como contratista un responsable en la obra que verificara y se cerciorara sobre los referidos pasos de seguridad llamando la atención del responsable del corte de ADIF, responsabilidad que no incumbía al trabajador fallecido. **Una cosa es, tal como afirmamos más arriba, que sea causa importante del accidente la presunta embriaguez del Sr. Rogelio** [claro factor de vulnerabilidad personal y social, hay que añadir en este contexto de análisis por mi parte] **y otra la concurrencia de culpas de la empresa principal con la contratista y subcontratista**, pues si ADIF tenía obligación de realizar el corte y comunicarlo, lo que así hizo en las vías I y II, no en cuanto a la vía IV, la empresa contratista tenía la obligación asumida por el Plan de Seguridad de mantener un técnico de prevención y vigilancia de los trabajos, lo que no cumplió..." (FJ 15)

La triangulación, pues, aparece como fuente de inseguridad en el trabajo y ésta, a su vez, como un factor de riesgo laboral a evaluar. En consecuencia, a mi juicio, las denominadas *formas de gestión indirecta de las relaciones laborales deben considerarse como una fuente de factor de riesgo profesional, no sólo psicosocial, a evaluar (como riesgo organizativo en sentido estricto), en un contexto más amplio del estrés por devaluación de las condiciones de trabajo*<sup>15</sup>. Así cabe derivarlo, de la relevancia preventiva de las “condiciones de ejecución del trabajo” en cada caso y que se concreta en diversos preceptos expresión de un principio general ex art. 28.1 LPRL para una relación triangular básica, como sería la ETT.

Para una mayor precisión de la regulación y, por tanto, de la interpretación, conviene distinguir, conforme es usual en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, pero no tanto cuando se trata de cuestiones psicosociales relacionadas con la prestación de servicios, entre los “factores de riesgo psicosocial”, los “riesgos psicosociales” y los “daños psicosociales”. El concepto científico-técnico de “*factores de riesgo psicosocial*” más consensuado es el que definió un comité mixto OIT/OMS (1984) como “*las condiciones presentes en una situación de trabajo, relacionadas con la organización, el contenido y la realización del trabajo susceptibles de afectar tanto al bienestar y la salud (física, psíquica o social) de los trabajadores como al desarrollo de su actividad*”. Aunque la definición conoce alguna revisión doctrinal, mantiene en lo sustancial su núcleo conceptual, basado en una *relación interactiva entre factores objetivo-organizacionales* (contexto social, la organización y las condiciones de empleo y de trabajo) y *factores subjetivos* (la persona del trabajador). De ahí, pues, su dimensión interactiva y organizacional (enfoque colectivo), no ya sólo subjetiva, personal o interpersonal, como a menudo tiende a presentarse (enfoque individual)<sup>16</sup>.

Si por riesgo tenemos (art. 4 LPRL) la relación de probabilidad (para el caso de mayor concreción y gravedad del mismo; o simple posibilidad, como establece la norma legal), de que el trabajador pueda sufrir un determinado daño derivado del trabajo, por “riesgo psicosocial” habría que entender todas las *situaciones de probabilidad de que el modo de organización del trabajo y sus contextos sociales sean susceptibles de causar una daño psicofísico al trabajador*. En consecuencia, los *daños personales* (los hay también organizativos, para la productividad de la empresa) derivados de los factores de riesgo psicosocial (actualización en patologías y otros efectos nocivos) *no son sólo a la salud psíquica, sino también a la salud física*, a la integridad de la persona en su conjunto (art. 15 CE en relación a su arts. 40 y 43).

<sup>15</sup> Vid. UGT-CEC. *Guía-Estudio sobre el Estrés por deterioro de las condiciones de trabajo*. 2016.

<sup>16</sup> Vid. la actualización en la NTP del INSHT 926/2012. “Factores psicosociales: metodología de evaluación”.

Lo que cuenta para integrar la acción preventiva (obligación de protección eficaz) es el deber de planificar la prevención de conformidad con el “conjunto coherente” de factores relevantes para el riesgo, no el riesgo mismo (su actualización generará un incumplimiento, sin necesidad de esperar al daño, fase última). Y esos factores a integrar conjuntamente y de forma coherente son todos los relativos además de a la técnica, a “*la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo*” (art. 15.1 g) LPRL). Si se hace un simple ejercicio de comparación entre la definición científico-técnica con la delimitación legislativa del principio de acción preventiva indicado, se comprobará que existe plena identidad, no ya sustancial, sino incluso textual

Aunque para el estudio de los “factores de riesgo psicosocial” existen diversos modelos teóricos, hay un elemento común en todos ellos: la relación mutua entre el contexto laboral y la persona, emergiendo los problemas para su salud psicosocial asociada al trabajo cuando las exigencias (*demanda* o carga) de prestación no se adaptan a las necesidades, expectativas o capacidades del trabajador (*control*), produciendo una situación (aguda u ocasional) o estado (crónica) de desequilibrio (*conflicto de inadaptación de la demanda empresarial de trabajo a la capacidad de la persona del trabajador*). Clara es la delimitación respecto del riesgo psicosocial central o neurálgico, el estrés laboral, definiéndose el problema de tolerancia o experiencia de estrés laboral como todo conflicto o tensión entre la capacidad del trabajador de satisfacer las demandas que se le exigen desde la empresa (factor objetivo) y la percepción que tiene sobre su disposición de recursos suficientes -propios y ajenos- para afrontarla (factor subjetivo).

Si bien esta tensión o conflicto de desequilibrio entre “*demanda*” (carga de trabajo) y “*control*” (capacidad de respuesta) son inherentes a todo modelo de comprensión del problema, no hay unanimidad a la hora de primar un elemento u otro, de ahí que suelen completarse con otros aspectos. En este sentido, si el modelo simplificado de tensión demanda-control tiende a una imagen del conflicto del lado del trabajador, por su incapacidad de ajustarse a la demanda (de ahí la respuesta individual de control de estrés), otros tratan de poner más bien el énfasis tanto en la (excesiva) demanda como en el (deficiente) apoyo social.

Desde este modelo de comprensión teórica del *conflicto de desajuste típico de estrés laboral* se percibe mucho mejor que la inseguridad en el trabajo (que se mide básicamente en términos de inestabilidad en el empleo, así como de incertidumbre y riesgo de devaluación de sus condiciones de prestación de servicios) resulte, para la evidencia científica, el principal factor de estrés económico-profesional (factor de riesgo de estrés organizativo-laboral). Al contrario, la seguridad en el trabajo (estado de expectativas de consolidación y mejora

profesional, cláusulas contractuales y convencionales de estabilidad y transparencia sobre su situación y evoluciones futuras -planes de carrera o promoción-...), se configura como uno de los principales factores de protección frente al estrés (fuente de protección frente al estrés)<sup>17</sup>.

Pues bien, si ahora relacionamos directamente esta comprensión científico-conceptual de los riesgos psicosociales en general, y del estrés laboral en particular, con la experiencia de la triangulación laboral, cuya principal razón de ser es, precisamente, la reducción de los costes laborales -esto es, las recompensas económicas y profesionales del trabajador por su trabajo-, con el mantenimiento o la intensificación de la demanda de trabajo, parece clara su incidencia en la pérdida del *control de estatus laboral* (devaluación de su condiciones de prestación en el presente y de sus expectativas de desarrollo futuro). El caso de las *empresas multiservicios* - como ya se ha evidenciado- sería paradigmático, pero no es el único.

Si, como ponen de manifiesto ya diversos estudios comparativos, los trabajadores de estas empresas, pueden experimentar, a partir de la conjunción de datos organizativos, tanto de la empresa principal como de la empresa de trabajo cedido y sub-cedido, como reguladores , diferencias salariales del 35-40 por cien, manteniendo, sino elevándose a veces la demanda de trabajo (más horas), **no creo que haya duda alguna de la necesidad de exigir en estos casos una gestión psicosocial específica, para ver su incidencia en la salud de este tipo de colectivos.**

El artículo 16.2 a) LPRL es inequívoco: la evaluación de riesgos (psicosociales) será actualizada "*cuando cambien las condiciones de trabajo...*", que incluye, conforme al artículo 4 7º LPRL, se entenderá como «condición de trabajo» cualquier elemento de la «*organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*».

No creo que haya duda de que ese nuevo modelo jurídico-económico de organización del trabajo, articulado bajo la más diversas formas de triangulación laboral o gestión indirecta, muy especialmente cuando se adoptan en las empresas decisiones propias de externalización (o, al contrario, de integración en estructuras complejas) que afectan de lleno a las condiciones de trabajo, en especial si resultan peyorativas, pero también si alteran el control de estatus socio-profesional (mayor carga psicosocial/menor control de status profesional), da lugar a la aplicación de los referidos preceptos preventivos. Ciertamente, también aquí jugará el impacto de la libertad de empresa y la influencia de los riesgos del desarrollo, derecho constitucional y realidad económica siempre presente en la conformación de esta realidad empresarial, con un

---

<sup>17</sup> Vid. AAVV. Guía de Buenas prácticas empresariales en Gestión del Estrés Laboral. UGT-Fundación para la PRL. 2016. pp. 67 y ss.

fuerte impacto jurídico-laboral. Esto significará que, en una economía competitiva de mercado -art. 38 CE; art. 16 Carta comunitaria de derechos fundamentales-, cada modelo organizativo del trabajo, cada profesión y cada persona *tiene diferentes niveles de tolerancia* al estrés (a la carga psicosocial en general), lo que requiere evaluación adecuada (análisis ergonómico o de adaptación ex art. 15 y 25 LPRL) y que *determinados umbrales de exposición razonable* -otra cosa será la dificultad técnica para medirlos con precisión objetivada<sup>18</sup>- difícilmente podrán eliminarse de forma significativamente correctora.

Ahora bien, no por ello, ha de entenderse que su mera existencia es inherente al conflicto raíz de la relación de trabajo y por tanto “natural” y “contractualmente” soportable - como a menudo ocurre en la doctrina judicial, según recordaremos- y, en consecuencia, poco o nada puede o debe hacerse. Los empresarios deben tener presente al respecto, y la doctrina judicial garantizar que sea efectivo este estándar de diligencia de gestión estrés organizativo, que *el solo ejercicio de medidas orientadas a facilitar un mayor control sobre su percepción actual de estrés es ya un factor de protección eficaz*, o al menos útil, para evitar que el nivel de estrés “productivo” devenga en un “estrés nocivo” para la salud del trabajador. Sin duda, y si bien no hay datos suficientes que permitan establecer una relación de causalidad directa y más precisa o concreta, esta actualización del factor de riesgo en daño podría hallar un indicador de relevancia en el incremento espectacular de los accidentes por patologías no traumáticas (enfermedades cardiovasculares, trastornos cerebrales, disfunciones circulatorias), que ofrece un aumento continuado y en cuya base no está sino la mayor presión laboral derivada tanto del tiempo de crisis (pérdida de millones de empleos y creciente miedo de los que lo mantuvieron a perderlo) como de los remedios promovidos para salir de ella (devaluación).

En suma, los datos de la realidad socio-laboral más reciente evidencian que los nuevos modos organizativos y las nuevas, devaluadas, condiciones de trabajo son fuentes de estrés y que éste no se percibe tanto como efecto reactivo a situaciones adversas sino más como causa de insalubridad biopsicosocial, mayor en quienes menos control de su status profesional y más alta intensidad de presión laboral (demanda) presentan. Tanto la V (2010) como la VI EWCS (2015) confirman que los trabajadores expuestos a intensidad de trabajo mayor con menor control son más propensos a trastornos cardiovasculares y también neurológicos. Ahora bien, lo relevante no son sólo los datos (el deterioro de las condiciones de trabajo en España por

---

<sup>18</sup> Pero que no haya medidores precisos de esa carga psicosocial tolerable o de esos umbrales de exposición al estrés (y a otros riesgos psicosociales), por trabajos o profesiones y personas, no quiere decir que no haya que evaluarlos- Del mismo modo que la reciente SAN 15/2017, de 9 de febrero ha establecido la obligación de lavado de la ropa de trabajo de personal sanitario de servicios de prevención, por el riesgo biológico asociado a esa actividad, aunque no haya ni facilidad de medición de los niveles de riesgo concreto ni se haya actualizado el daño nunca

encima de la media europea -10 puntos-), sino también el doble cambio de marco conceptual: de un lado, frente a la referencia personal individual del estrés, se apuesta por una dimensión organizativa, de otro, visto que no hay una relación simple entre trabajo y salud, se apuesta por referentes más amplios de la seguridad en el trabajo (calidad del empleo) y el bienestar en el trabajo (calidad de vida laboral). La *OCDE sitúa a España en el furgón de cola en calidad del trabajo, cuya inseguridad se percibe como riesgo psicosocial en sí mismo, no sólo un estresor*

A diferencia de la configuración de la **deuda salarial**, la **deuda de seguridad y salud** en el trabajo, desborda con creces el ámbito de dirección y organización contractuales propio de la responsabilidad del empleador directo, para afectar a toda situación que, con ocasión de la prestación de servicios, pueda suponer un factor de riesgo para el trabajador. **Esta relevancia jurídica de las relaciones de terceros**, aún sin mediar vínculo directo de carácter contractual, halla especial reflejo, en el plano experimental o de práctica judicial, **en la trascendencia que ha alcanzado el riesgo de violencia de terceros, con ocasión de la prestación de servicios**. Al respecto, de interés -más allá de la consolidada jurisprudencia en relación al riesgo de atraco- la reciente *STSJ Galicia, 1334/2017, de 6 de marzo*, según la cual, y para una trabajadora social en un escenario de prestaciones para personas con especial marginalidad y vulnerabilidad social (etnia gitana), se constata que:

“En el Plan de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento de Portas existente al tiempo de la agresión sufrida por la trabajadora y respecto al puesto de la trabajadora social, en el apartado "actuaciones de emergencia", se contemplaba la inexistencia de riesgo de agresión por la actividad desarrollada en el referido puesto de trabajo.(...). En el actual Plan de Prevención de Riesgos, y en el mismo apartado, sí se contempla la existencia de riesgo de agresión por la actividad desarrollada en el puesto de trabajo, calificándose tal riesgo como moderado y, en cuanto a las medidas técnicas, dispone *establecer un protocolo en situación y comunicación por parte de la trabajadora de situación anómala, insultos, intento de agresión, etc.*, establecer sistemas de comunicación con la trabajadora para que de forma periódica se pueda verificar el perfecto estado de la misma cuando realiza visitas a las viviendas unifamiliares, e informar a la trabajadora que debe comunicar a la empresa cualquier situación anómala que le suceda con los vecinos...” .



Pues bien, una vez producida la agresión (una represalia del padre de una usuaria del servicio de ayuda a domicilio fruto de las discrepancias con el criterio de la demandante respecto a la asistencia social prestada a la hija del agresor tal y como se constató en el proceso penal seguido frente al agresor), se constata la existencia de un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales por el ayuntamiento empleador, y, asimismo, el nexo causal entre tal incumplimiento y el resultado lesivo producido, reconociendo el recargo de prestaciones correspondientes. Y ello porque: “...En la evaluación de riesgos laborales del ayuntamiento...no existía previsión de riesgos psicosociales, en particular de los derivados del puesto de trabajo de la parte actora, habiendo sido requerido el ayuntamiento tras la agresión y por parte de la Inspección de Trabajo para subsanar tal extremo...” (FJ 4º).

Ciertamente, en este caso no hay relación triangular laboral -aunque no es infrecuente que se produzca en ese marco<sup>19</sup>-, porque la trabajadora es empleada del Ayuntamiento. Su interés es doble. Primero, muestra la relevancia para la seguridad y salud en el trabajo de la relación de facto (existencia de circunstancias que puedan actuar como tal fuente de riesgo). Esta idea excepciona o corrige la exigencia de que las obligaciones y responsabilidades se vinculen al espacio contractual directo, cuando la conexión es con un vínculo material. Segundo, la relevancia -y exigibilidad- de una intervención empresarial precoz, sin esperar a que se actualice en situaciones de violencia constatadas (quebrando cierta línea presente, si bien sólo *obiter dicta*, en alguna sentencia del TS -STS 15 de diciembre de 2008, Rec. 178/2008 - la califica de conflicto interpersonal imprevisible e inevitable, solo corregible-)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Justamente, en el primer caso de acoso moral establecido en el orden social, como se ha recordado, la Audiencia Provincial de Navarra, llevado el problema también al orden penal, condenó al trabajador a 120.000 pesetas (unos 720 Euros) y al Ayuntamiento de Pamplona como responsable subsidiario de tres faltas de vejaciones injustas - entonces vigentes- "por su ausencia de intervención ante el acoso ejercido por su funcionario" Esto es, se condenó al "empleador principal", titular del centro de trabajo, aunque no realizaba la misma actividad que la empresa titular de los contratos de trabajo que vinculaba a las tres trabajadoras que padecieron el acoso, por no contar con una política adecuada de prevención de este riesgo, si bien en esa época no se consideraba como tal, sino como un daño psicosocial grave a corregir, una vez se tuviera conocimiento del mismo. Asimismo, desde la Inspección de Trabajo, en respuesta a la demanda presentada por el sindicato, se requirió al Ayuntamiento de la capital navarra para que aplicara "las medidas necesarias de separación del funcionario de toda la zona de trabajo, acceso al centro y alrededores, de forma que las trabajadoras no puedan verse afectadas por la presencia del funcionario durante su jornada de trabajo".

<sup>20</sup> Más posibilista la STS, Sala Penal, de 1 de abril de 2014, Rec. 10643/2013, que objetiva el criterio de imputación, vinculándolo a la creación del riesgo por la empresa

"Es cierto que...el criterio que rige en este asunto ha experimentado, en su tratamiento por los tribunales, un claro proceso de objetivación -compatible, por otra parte, con la naturaleza civil de la materia- ampliándose, de este modo, el espectro de la protección a las víctimas de acciones producidas en contextos del género del que aquí se da" -FJ Segundo- .

### 3. NUEVA DIMENSIÓN POR EXPLORAR Y VALORAR ADECUADAMENTE DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN EFICAZ DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: SALUD LABORAL Y GÉNERO

#### 3.1. La subestimación de la diferencia de sexo que duele: La violencia laboral de género está infravalorada judicialmente, en el plano preventivo y reparador

Aprovechando esta última observación entramos de lleno en otro de los grandes aspectos que aquí queremos analizar, para afrontar la actualidad de los riesgos psicosociales en las empresas de nuestro tiempo, y que se vincula al factor de vulnerabilidad socio-cultural que ha venido suponiendo, lamentablemente, la condición sexual y biológica de mujer para las personas que prestan servicios asalariados.

De todos es sabido que una de las claves nuevas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo promovida por la LOIHM se vincula al género y así se expresa tanto como principio general cuanto en aspectos concretos, como el acoso sexual -art. 48 LOIHM-. Ahora bien, no menos conocido resulta que, ni desde un plano teórico ni mucho menos práctico, ese enfoque ha conseguido calar en nuestro sistema preventivo, sin que haya certeza razonable al respecto, no ya sólo en torno a su alcance, sino a cómo llevarse a cabo. La más reciente y criticable jurisprudencia constitucional en esta materia ilustra de una forma clara estas deficiencias. Pero, en realidad, no constituye ninguna experiencia aislada, o un caso singular deficiente, sino que tan solo reflejaría una tendencia mayor, en la que ha ido quedando clara la infravaloración del enfoque de género a la hora de analizar las obligaciones preventivas -y su sistema reparador-, **subestimando el daño psicosocial asociado a la lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo.**

El problema se plantea tanto en la vertiente preventiva como reparadora del estrés laboral de género y sobre todo del riesgo de violencia laboral de género/sexo. En el primer plano, **el preventivo**, y pese a una importante doctrina constitucional, aquí sí favorable a ese trato de la violencia laboral de género como riesgo a incluir dentro del sistema preventivo, el tránsito desde la violencia laboral de género como lesión de deberes de protección laboral “reactiva” a su calificación como violación deber de protección “activa”, ni ha sido fácil en el inmediato pasado ni hoy está razonablemente consolidado. Al respecto, muy ilustrativo para comprender los déficits de comprensión judicial de la “deuda de seguridad y salud psicosocial”

en el trabajo desde un enfoque de género-sexo me ha parecido siempre el supuesto ventilado en la STCO 250/2007, de 17 de diciembre (está en la base de la reforma del art. 13 LRJS).

Nos ahorramos su comentario detenido por ser suficientemente conocida, destacando tan sólo lo más relevante. Así, junto a la apertura competencial a este tipo de relaciones, cerrada por la sala vasca de suplicación, entendiendo que era civil (*STSJPV 2259/2001, de 18 de septiembre, Rec. 1464/2001*), destaca también por desautorizar la doctrina judicial que exigía tener expreso conocimiento empresarial del acoso para que identificar un incumplimiento de obligación, porque no tuvo conocimiento temporáneo del acoso. Para el TCO, si para fijar la competencia hay que estar a la relación funcional establecida entre los sujetos partícipes del conjunto de la prestación de servicios, ***para activar la protección preventiva no ha de exigirse un conocimiento cierto y pleno de la situación, sólo indicio tangible*** (STCO 62/2007)<sup>21</sup>.

Pero aquí, ***más allá de la cuestión de la triangulación laboral, interesa sobre todo poner de relieve que se mantiene una cierta desconfianza para calificar el acoso sexual*** (análogo podría decirse para el acoso sexista o acoso por razón de sexo) ***como un auténtico riesgo laboral***, a incluir en el marco del sistema típico de prevención de riesgos laborales (se reconoce como accidente de trabajo, pero esta configuración como riesgo profesional tiene efecto de derecho reparador). En este sentido, de especial interés resulta, a mi juicio, la ***tristemente célebre SAP de Murcia 378/2016, de 16 de junio***. Auténtico contrapunto, en otro ámbito, cierto, a la célebre y -merecidamente- premiada *STSJ Canarias/Las Palmas, 7 de marzo de 2017*.

Como es conocido, la sentencia penal referida absolvió a un “jefe de departamento” de El Corte Inglés, de los delitos de abuso y de acoso sexual, por entender que llamar constantemente “chochitos” a empleadas bajo su mando, o dejar, a algunas de ellas, notas con contenido sexual -“este año, si es posible, estás más guapa y mucho más buena”-, ocasionando diversas bajas por el estrés generado a raíz de estas conductas, no era delictivo, sino tan solo, si acaso, “una falta de consideración”. Por supuesto, no siendo una materia de competencia propia, en este lugar y momento, por ser penal, sí que me corresponde reclamar la atención de su deriva laboral. Y es que, según consta en hechos probados, la empresa cuenta con un “protocolo de gestión frente al acoso sexual”, considerándolo como un riesgo profesional a corregir en las fases más tempranas posibles, en línea con la previsión del art. 48 LOIEHM. Activado, el órgano específico de gestión. Del miso alcanzó la conclusión de no haberse podido probar el acoso, por no quedar acreditados los tocamientos alegados. Pese a ello, y

---

<sup>21</sup> El problema coleó hasta varios años después. Vid. la STSJPV 14 de diciembre de 2010, Rec. 2473/2010

comprobada la más que persistente -durante dos años y a varias trabajadoras- falta de respeto, se impuso sanción por falta muy grave de 21 días de suspensión de empleo y sueldo

Pues bien, al margen de dejar en evidencia la eficacia, aquí más que relativa del citado protocolo como técnica de prevención de los riesgos psicosociales, en este caso la violencia laboral de sexo-género, nos interesa reseñar cómo estamos ante un ilustrativo ejemplo, muy frecuente, de clara infraestimación de este tipo de violencia por parte de la empresa, poniendo de relieve un actuar más homenaje al cumplimiento protocolario y formal de los “planes de igualdad” que un verdadero compromiso con las obligaciones que de ellas derivan. Lo peor es, que, en realidad, refleja una conciencia social poco crítica, difundida también en sede judicial

Este aserto se comprueba fácilmente si se tiene en cuenta la aplicación empresarial muy restrictiva realizada del Código de Conducta disciplinaria previsto en el convenio colectivo aplicable. Así, el art. 54.9 CC Estatal de Grandes Almacenes califica este tipo de violencia como infracción muy grave, al igual que el acoso sexual (apartado 16). Su art. 56 establece una banda u horquilla de sanciones que van desde la menor, 16 días a 60 días de suspensión de empleo y sueldo, hasta la mayor, extinción del contrato si la falta se calificara en su grado máximo. La norma convencional, siguiendo una pauta general en las fuentes profesionales, no ofrece ni un criterio para establecer esos grados, dejándolo a la discrecionalidad de la empresa -arts. 55 y 56-. Una cuestión, por cierto, muy relevante, pero sobre la que ahora no podemos profundizar.

Aquí interesa el resultado de la comparación entre el marco convencional vigente sobre violencia sexual laboral, infracción muy grave en todo caso, aunque no sea acoso sexual, y el juicio de reproche aplicado por la empresa, que no refleja excepción alguna, sino pauta de largo difundida en nuestro sistema y experiencia, vemos cómo la empresa se contentó con una sanción mínima (21 días cuando el grado mínimo podía llegar a 60 días). En definitiva, para tan conocida empresa, la pauta general de este jefe de departamento de dirigirse a compañeras de trabajo viendo en ellas solo “chochitos”, insinuando a algunas de ellas que mejora, como el buen vino, año a año, en atractivo sexual (“cada año estás más buena”), prolongándola en el tiempo (durante más de dos años), implicaría tan sólo una falta de consideración o de respeto, ameritada de la sanción mínima del grado mínimo. Que las compañeras sufran estrés derivado de esa conducta, generando diversas bajas y que crezca el malestar ambiental laboral, tornado ofensivo para las mujeres, no tendría apenas relevancia para ir más allá, pues no se probó que, y perdón por la vulgaridad, le tocara “el culo” o “las tetas”, pues sólo eso sería auténtico acoso sexual. ¿Una pauta aislada, rara avis en un estado de concienciación social, y judicial, sensible?

No lo creo. Quizás recuerden que hace unos meses saltó a la prensa una noticia que fue muy comentada. Decía que la “justicia militar” archivaba la denuncia contra un teniente que llamó "zorra" y "puta" a una mujer sargento<sup>22</sup>. El Juzgado Togado Militar Territorial número 11 decidió archivar las diligencias abiertas a tal fin por considerar que se catalogan *"como meras expresiones malsonantes y soeces, pero que en ningún caso presentan entidad penal"*. La jueza estima que la actitud del teniente hacia su subordinada -que incluye también desacreditarla frente a sus compañeros y hablarle de forma despectiva- no encaja con los delitos de acoso sexual o laboral. Los hechos, según recoge el auto, tuvieron lugar cuando se encontraban tomando unas copas con otros militares después de una cena.

El teniente intentó que su subordinada jerárquica le enseñase sus tatuajes. Cuando ella lo rechazó, la cogió por la cintura y le dijo que estaba "dura como una puta". Más tarde intentó que ella lo invitase a una copa y, como ella se negó, la llamó "zorra". Para la jueza estas conductas no suponen un delito de acoso sexual o laboral porque existía una "relación que iba más allá de lo estrictamente profesional" que diluye esa "connotación ofensiva que podrían tener los términos". Considera que no parecía sentirse humillada: *"No daba muestras con su actitud de sufrir esa sensación concreta de humillación o degradación grave [...], al contrario, solía seguir el cuento al teniente en sus bromas"*. Además, no existía "ninguna solicitud de contenido sexual" por el oficial<sup>23</sup>.

De nuevo, estamos ante una cuestión penal, pero no deja de tener relevancia laboral. Entre otras cosas porque, tratándose de un riesgo laboral, podría plantearse el que temas de esta guisa se llevaran en la rama social del Derecho, en virtud de la fuerza expansiva del art. 2. e) LRJS<sup>24</sup> interpretado conforme al concepto de trabajador comunitario a efectos de la Directiva Marco en esta materia, donde no sólo no se excluyen los funcionarios, sino que, cabe incluir a los funcionarios militares, en virtud de la jurisprudencia comunitaria que les reconoce

---

<sup>22</sup> [http://www.eldiario.es/politica/Archivada-denuncia-teniente-sargento-considerarlo\\_0\\_612438840.html](http://www.eldiario.es/politica/Archivada-denuncia-teniente-sargento-considerarlo_0_612438840.html)

<sup>23</sup> En ocasiones anteriores su jefe la había desacreditado frente a sus compañeros cambiando sus órdenes o diciendo en voz alta frases como "ojo, cómo está la sargento". Una situación nada infrecuente. Conocido es el caso de "Zaida Cantera: La historia de la mujer que sufrió acoso sexual en el ejército". El resultado de esta historia no es halagüeño, pues ganando judicialmente la batalla terminó dejando el Ejército, por la presión insoportable que se derivó.

<sup>24</sup> Dispone el art. 2. e): *"Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones"*.

derecho a tal protección si no se trata de la actividad propia de su cometido, y es evidente que en estos casos no está en juego la acción propiamente militar -también de guardia civil-.

Ciertamente, de prosperar un planteamiento de este tipo, se produciría, seguramente, un cambio radical, en la medida en que podría mutar una práctica que hoy evidencia la total ineficacia de las medidas previstas para atajar estos comportamientos<sup>25</sup>.

Soy consciente de que no es un tema de máximo interés actual para el laboralista -al menos en tanto no tome cuerpo judicial su reconducción al orden social como problema de índole preventivo, conforme al criterio competencial del art. 2. e) LRJS-, pero creo, honestamente, que es de justicia tomárselo más en serio por parte de todos, a fin de dar una solución eficaz a una lacra como ésta. En todo caso, y de forma general, sí nos ofrece una nueva perspectiva de análisis. A saber: ***ahora se plantea el problema de la violencia laboral contra las mujeres como una forma de discriminación*** y, a su vez, ***ésta como un riesgo laboral, a gestionar también en un plano preventivo*** desde el sistema de protección de la seguridad y salud en el trabajo, no sólo en el ámbito estrictamente laboral.

**Consecuentemente, habría una estrecha interacción entre los dos planos de la tutela.**

Tratándose de derechos fundamentales, es evidente que la preferencia protectora y su fuerza expansiva deben servir para revisar un buen número de cuestiones interpretadas en la actualidad conforme a pautas tradicionales, de legalidad ordinaria, que exigen corrección, de modo que se prime ese plano de derecho social fundamental, no ya sólo constitucional, sino también comunitario. En este sentido, y sin perjuicio de la referencia que se volverá a hacer al analizar el sistema de responsabilidad empresarial por daños, especialmente en el plano de la cuantificación, sin duda hoy el más conflictivo y urgido de especial revisión, conviene poner, una vez más, como ejemplo alguna práctica reciente que reincide en esta ***subestimación de***

---

<sup>25</sup> Conforme al Observatorio de Vida Militar, órgano asesor y consultivo, dedicado al "análisis permanente de la condición de militar", creado en 2014, dependiente del Ministerio de Defensa, pero no integrado en las Fuerzas Armadas, y compuesto por ex militares, juristas y expertos, entre 2004 y 2015 se presentaron 174 denuncias por acoso sexual o laboral dentro de las Fuerzas Armadas. El 76% acabó en nada: la Justicia militar archivó 110 casos durante la fase de diligencias previas y otros 24 no acabaron con sentencia condenatoria contra los acusados. Sólo se han producido 22 condenas, mientras que el resto de casos se dejó en manos de mandos militares u otros órganos internos. Los especialistas en Derecho Penal Militar consideran que estas cifras no son reales, sino inferiores a la realidad y no representan la problemática del acoso en el Ejército. En todo caso, si los datos se refieren al periodo entre 2004 y 2015, hay que tener en cuenta que cerca del 70% de los casos se quedaron sin denunciar, porque aún no existía el protocolo contra el acoso. Ese protocolo se aprobó a finales de 2015 en el Congreso, como consecuencia del caso de la capitana Zaida Cantera. Entre los avances que incluyó, y que facilitan la denuncia, el de que las militares vejadas por su superior no tendrían que acudir a oficial que les acosó para presentar una denuncia interna. El Congreso instó al Observatorio a elaborar un informe sobre la situación de "acoso sexual, laboral y profesional", que este organismo que compromete a remitir, aunque sin fecha concreta. [http://www.eldiario.es/politica/Justicia-Militar-acoso-denuncias-Ejercito\\_0\\_598440250.html](http://www.eldiario.es/politica/Justicia-Militar-acoso-denuncias-Ejercito_0_598440250.html)

**este daño diferencial que duele particularmente**, porque tiene consecuencias nocivas para la salud psicosocial. Sería el caso de la citada **STSJPV 1608/2017, de 18 de julio**.

Como se recordó, la sala llamó la atención, como una circunstancia específica a tener en cuenta para valorar la gravedad y capacidad lesiva de la conducta degradante de la empresa -y del directivo autor de la misma directamente-, la “condición de mujer de la actora”. Ello se debe a que en la singularización de prácticas de gestión despectivas de esta trabajadora, en el contexto de un ejercicio degradante del poder de dirección de forma generalizada -llamaba a los trabajadores “tontos” y “mongolos”-, se identifican comentarios tales como la reprobación de su forma de vestir, a la que reprochaba que vestía como “una monja”, inapropiada para una comercial, o su simplicidad a la hora de explicar a clientes los servicios, comparándola con “las pompitas que hace mi hija”, y que no servía ni “para limpiarse el culo”

Pues bien, aunque se asumirá que se establezca como criterio de valoración del daño moral por los daños sufridos por la trabajadora -que estuvo meses de baja- un parámetro diverso y mayor que el del baremo -anterior al de 2015-, los criterios utilizados para nada hacen referencia a este daño autónomo vinculado a la vulneración de la prohibición relativa a la discriminación por motivos sexistas -aquí claramente reflejados-. Los argumentos para dar eficacia a un parámetro de 80 Euros por cada día de baja, superior al baremado, serán:

“...la cantidad solicitada por la actora por cada día de baja -80 Euros-, superior a la reconocida en la sentencia impugnada con base al Baremo, resulta más adecuada para resarcir los perjuicios sufridos en ese periodo, **teniendo en cuenta tanto la mayor incidencia negativa que en el aspecto moral ocasiona la actuación de un sujeto con el que se mantiene una relación de subordinación o dependencia y que se constituye en garante de seguridad y salud, frente al proceder del conductor de un vehículo con el que no existe vínculo alguno, como la afectación del derecho de la actora a la dignidad y a la integridad moral**, merecedor de un resarcimiento específico, por lo que procede estimar íntegramente el recurso y la demanda en este extremo y fijar la cantidad por ese concepto en la cantidad reclamada de 29.200 Euros” (FJ Cuarto, in fine).

No hará lo propio, en cambio, con la valoración de las secuelas, si bien incrementará la cantidad resultante de la Tabla VI del Baremo vigente en la fecha del hecho causante. Aquí rebajará la pretensión indemnizatoria de 25.000 Euros a 15.000 Euros, si bien elevándolas en relación a las que corresponderían por la indemnización tabulada (4.235,65 Euros), “en razón

de las circunstancias anteriormente expresadas”. Ciertamente es un incremento significativo, pero no hay ningún criterio que lo razone, más allá de su discrecionalidad pura y dura, dejando fuera cualquier referencia a la discriminación y, por lo tanto, infravalorando, sino vaciando de sentido práctico su referencia a la condición de mujer como circunstancia agravante de la lesión y, hemos de entender, del daño. Aflora, pues, al primer plano, una cuestión mayor y de un alcance general, al que referiremos al estudiar la cuestión de la cuantificación judicial de la responsabilidad empresarial, y que sigue generando una profunda y muy inquietante práctica de incompreensión judicial del sistema valorativo: el art. 183 LRJS exige valorar de una forma autónoma, amén de disuasoria, toda vulneración de un derecho fundamental, sin que se deba mezclar unos conceptos con otros (principios jurídicos de reparación íntegra de los daños y de vertebración del razonamiento). **Una vez más, los cambios legales son desoídos o vaciados de sentido práctico por su aplicación judicial y jurisprudencial.**

### **3.2. La condición de mujer embarazada o lactante como fuente de vulnerabilidad y sus efectos: garantía de indemnidad retributiva e inversión de la carga de la prueba (a propósito del caso Otero Ramos C-531/15)**

No cabe duda de que entre los factores de especial vulnerabilidad biológica destacan, para las mujeres, *“las situaciones de riesgo durante el embarazo, el parto y la lactancia”*, tópico sobre el que se vienen concentrando numerosos litigios. Precisamente, en este ámbito, especialmente típico en el plano general de la gestión de la diversidad preventiva, por tener un régimen propio, a diferencia de lo que sucedería con otros colectivos vulnerables y personas “especialmente sensibles” a efectos preventivos (art. 25 LPRL), en fechas ahora relativamente recientes destaca la jurisprudencia sentada por la **STS, Social, 43/2017, de 24 de enero, RCUUD 1902/2015**.

Esta sentencia ofrece diversos aspectos de particular interés más allá de la cuestión jurídica concreta que resuelve (si una médico residente, obligada a adaptar su puesto durante el embarazo y la lactancia por concurrir riesgo biológico en atención a su embarazo, tiene derecho al percibo de la media ponderada de los últimos meses en concepto de guardias, aun no realizadas atendiendo a esa situación de embarazo), pues plantea otras hoy tan en boga como las relativas a la relación de la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia comunitaria (la solución alcanzada se aparta de la doctrina del TJUE -casos *Parviainen* y caso *Gassmayr*<sup>26</sup>), o la

---

<sup>26</sup> El artículo 11, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) debe interpretarse en el sentido de que una trabajadora embarazada que, conforme al



dimensión preventiva de la responsabilidad empresarial por vulneración de derechos de rango fundamental en sentido estricto<sup>27</sup>.

En relación a la cuestión particular, la posición favorable al principio de conservación de la misma retribución, superando los mínimos de Derecho de la UE, se justificaría desde la lógica de un hacer peyorativa la continuidad en la actividad, si bien con adaptación de puesto, respecto de la situación que tendría de verse abocada a la suspensión del contrato de trabajo y correspondiente prestación de seguridad social:

“...de no ser posible la adaptación o el cambio de puesto, a la trabajadora se la hubiera compensado con una prestación que mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior. Cabría pues afirmar que en esos supuestos de suspensión del contrato no hay duda del respeto al principio del mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras (...). Si nuestro Ordenamiento jurídico dispensa esa protección equilibrada... cabe afirmar que está estableciendo un nivel de compensación mínima específicamente dispensado a las trabajadoras respecto cualquier minoración...”.

Entenderlo de otro modo, para el TS, significaría poner en riesgo la finalidad buscada por la Directiva (enfoque del efecto útil de la Directiva):

“Estamos aquí ante una reducción salarial que...sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la legislación nacional, en consonancia con la Directiva 92/85” (FJ Seis, punto 6).

---

artículo 5.2 haya sido provisionalmente destinada, a causa de su embarazo, a un puesto de trabajo en el que realiza tareas distintas de las que ejercía antes de ese traslado, **no tiene derecho a la remuneración que percibía como promedio antes del citado traslado**, al no incluir necesariamente los complementos vinculados a condiciones específicas del trabajo realizado con anterioridad al cambio de puesto de trabajo. Si bien el artículo 11.1 no se opone a la utilización de un método de cálculo de la remuneración de ese tipo, en virtud de la norma más favorable.

<sup>27</sup> Incluso, en el plano procesal, la candente cuestión en torno a cuándo y cómo juega la concepción “flexible” de la contradicción y cuándo no -en el caso, la sala confirma la existencia de un dato que pudiera ser relevante para dar una solución diferenciada, pero lo relativiza a favor del que sí permite la contradicción-, y que ha dado lugar a sentencias recientes fuertemente polémicas. Es el caso de la STS, 4ª, 26 de abril de 2017, RCU 3050/2015, relativa a la incompatibilidad entre la pensión de IPT y el salario por segunda actividad.

***Y en relación a la indemnización por lesión de un derecho fundamental***, lo que, por cierto, se produciría siempre que se produzca no ya un accidente de trabajo (minoración del derecho a la integridad personal ex art. 15 CE), sino incluso cuando se ponga en peligro concreto la salud (STCO 62/2007), al apreciarse la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, introduce una interesante reflexión en torno a la reparación de las consecuencias de tal vulneración (art.182 d) LRJS). La actora solicitaba una indemnización de 1339,03 € por daños materiales -consistentes en la remuneración dejada de percibir, calculada según el promedio mensual que por el concepto de atención continuada había venido percibiendo con anterioridad- ***y de 6251 € por daños morales*** -cuantía mínima de la multa fijada en el art. 40.1 c) de la ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)-.

Pues bien, respecto de la indemnización por los daños morales sufridos a consecuencia de la lesión de un derecho fundamental, recuerda que:

“...si bien la doctrina de esta Sala IV abandonó una postura favorable a la concesión automática para exigir la justificación de bases y elementos clave de la indemnización reclamada, nuestra más reciente doctrina de la Sala se ha alejado del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos casos, en línea con lo dispuesto en el art. 183 LRJS.

Por otra parte, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido... sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. Y tal es lo que sucede en el presente caso en que la parte actora delimita su pretensión al importe mínimo establecido...”.

Pero antes de que se planteen este tipo de cuestiones, suele presentarse un *previa*, que se ha revelado especialmente conflictiva judicialmente, aquilatando la jurisprudencia social un enfoque relativamente restrictivo al respecto: *cuándo concurre de forma efectiva el riesgo biológico que determinaría esa tutela especial de adaptación razonable del trabajo* sin, según la referida jurisprudencia, *variación del salario previo*. Tan extremadamente litigiosa viene siendo esta materia que incluso se planteó cuestión prejudicial al respecto por la Sala social del TSJ de Galicia. Aunque formula cuatro preguntas, todo el problema gira **en torno a la**

*interpretación de las reglas de la carga de la prueba de que existe tal riesgo, a fin de que recaiga en la empleadora en virtud del principio de igualdad de trato por razón de sexo y la “inversión probatoria” ex se Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.*

El litigio principal versa sobre una trabajadora que considera perjudicial su situación, mientras estuvo en período de lactancia, por haber tenido que seguir prestando servicios en un lugar que afectaba negativamente su salud o la de su hija al no permitírsele el cambio de puesto de trabajo o la baja<sup>28</sup>.

Interpuso su recurso con arreglo a la normativa nacional -art. 26 LPRL-, trasposición de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). Las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente requieren que del TJUE orientación sobre cómo debe interpretarse esta Directiva en combinación con las reglas de la Directiva 2006/54 relativas a la carga de la prueba.

Al respecto no contamos con sentencia aún, pero sí con las Conclusiones del Abogado General (*Asunto “Otero Ramos”, C-531/15, 6 de abril de 2017*). Se trata de un cuestión de gran trascendencia para nuestro ordenamiento interno, en la medida en que, de aceptar el TJUE la interpretación que exhibe el Abogado General, la técnica de la “inversión de la carga de la prueba” (art. 19 Directiva 2006/54) por lesión de derechos fundamentales (no discriminación por razón de sexo) también se aplicaría en los casos de riesgo durante el embarazo, el parto y la lactancia, porque *“no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detallada de riesgos para refutar la evaluación de su empleador de un modo que no deje lugar a dudas”* . Al respecto, la instancia social denegó la prestación, precisamente por existir prueba suficiente de la existencia de un riesgo específico para la lactancia, sin ser útil la

---

<sup>28</sup> Solicitada por la Sra. Elda Otero Ramos la prestación por riesgo biológico durante la lactancia, el INSS la denegó atendiendo a los diversos informes preexistentes, conforme a los cuales, el puesto desempeñado estaba exento de riesgo, considerándose apta para la prestación laboral incluso durante la lactancia. Presentada la correspondiente reclamación judicial, acompañaba su demanda de un escrito firmado por su superior jerárquica, la jefa de servicio de la unidad de urgencias («informe de la superior jerárquica»), que indicaba que el trabajo de enfermería en el servicio de urgencias presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para el mantenimiento de la lactancia natural. Denegada la prestación en la instancia, el TSJ Galicia formula cuestión prejudicial.

evaluación de los riesgos generales o comunes, planteándose en suplicación la citada cuestión prejudicial que, en última instancia, venía a centrarse sobre si

**¿Resultan aplicables las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2006/54, a la situación de riesgo durante la lactancia natural contemplada en el artículo 26, apartado 4, en relación con el 3, de la [LPRL], dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva 92/85?**

Como suele suceder en estos casos, el Tribunal remitente parte de una crítica incisiva a la experiencia jurisprudencial y/o judicial dominante. Así, en su auto, el TSJ Galicia afirma que determinadas resoluciones de los tribunales españoles muestran que «[...] *se impone progresivamente a nivel jurisprudencial un criterio rigorista en cuanto a la apreciación de la prueba concerniente a la existencia de riesgo relevante para la concesión de la prestación*». Así sucedería, con mayor argumento, si, como en el caso, hay informes periciales que acreditan la inexistencia de riesgo específico, actuando a modo de presunción iuris et de iure.

Para el Abogado General, la respuesta es plenamente positiva, pues la condición de madre en período de lactancia *“está incluida en la expresión «en relación con el embarazo o el permiso por maternidad» contenida en el artículo 2.2 letra c) Directiva 2006/54”* (Apartado 56). En su opinión, a pesar de que se afirma que el puesto de la Sra. Otero Ramos ha sido calificado de «exento de riesgo» y que se la consideró «apta» para el trabajo, esta evaluación *“sugiere que el enfoque adoptado por su empleador pudo no haber tenido totalmente en cuenta sus circunstancias individuales”* (apartado 46) . Por lo tanto: *“...no puede exigirse a la mujer afectada que lleve a cabo su propia evaluación detallada de riesgos para refutar la evaluación de su empleador de un modo que no deje lugar a dudas (...). Este enfoque privaría de contenido a la protección de la que disfruta con arreglo a la Directiva 92/85. A mi juicio, el artículo 19 de la Directiva 2006/54 está orientado a abordar precisamente esta situación”*.

De ahí que proponga responder:

*“...cuando se lleva a cabo una evaluación con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe realizarse un examen de la situación concreta de la trabajadora en período de lactancia para que se declare si su seguridad y salud o la seguridad y salud de su hijo están en riesgo con arreglo a esta disposición, al anexo I y a las Directrices mencionadas en el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva. La realización incorrecta de esta evaluación constituye un trato menos favorable de la trabajadora afectada y una discriminación...por razón de sexo, en el sentido del artículo 19, apartado 4, letra a), de la Directiva 2006/54.... En*

la medida en que, en el procedimiento nacional, dicho tribunal necesite determinar si, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 92/85, deberían haberse adoptado medidas adicionales para proteger la seguridad y salud de la trabajadora afectada (y, en su caso, cuáles), lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva 2006/54 se aplica a esa apreciación”.

La solvencia de la posición y del razonamiento para justificarla del Abogado General nos parece plena. Y sin duda cambiará, de ratificarse por el TJUE, la percepción mayoritaria que hoy han en nuestra experiencia jurisprudencial y judicial de esta cuestión. En este sentido, de interés traer a colación la STSJ Castilla y León\Valladolid 21 de noviembre 2016, Rec. 2001/2016, que muestra una significativa comprensión ante las dificultades de las entidades gestoras para una correcta ponderación del estado de cosas en orden a reconocer o no la prestación: *“Dicho sistema, como es obvio, implica una grave dificultad para la entidad gestora o colaboradora, dado que en estos casos la empresa y la trabajadora pueden tener un interés coincidente en suspender el contrato para que la última pase a percibir la prestación...”*.

En efecto, siendo la entidad gestora o colaboradora la que habrá de hacer frente al pago de la misma, con el consiguiente gasto de dinero público, su posición es delicada, porque depende en gran medida de decisiones de terceros, que pueden converger en la mejor opción como la monetaria: económicamente beneficia a la trabajadora, que cobra la prestación, así como a la empresa, que se ve exenta de toda labor de adaptación de puesto, bastándole con la cobertura por otro trabajador, ya vinculado o de nueva contratación<sup>29</sup>.

La normativa aplicable no deja de ser “...consciente de las dificultades que ello plantea a las entidades gestoras y colaboradoras”, por lo que establece

*“...una serie de cautelas procedimentales mediante informes preceptivos, pero a la postre lo relevante, cuando existe litigio, no es solamente que se haya seguido el procedimiento, sino el resultado del mismo, puesto que obviamente las conclusiones de los distintos informes y dictámenes no son vinculantes ni para la entidad gestora ni para las partes*

---

<sup>29</sup> El INSS y el Gobierno español afirman en el caso Otero Ramos “que el informe de la superior jerárquica presenta escasa relevancia. En primer lugar, consideran que un superior jerárquico será automáticamente parcial en favor de la trabajadora que desea obtener la prestación controvertida y, en segundo lugar, señalan que el informe no ha sido redactado por un especialista en riesgos laborales” (Apartado 77). El Abogado General rechaza estos argumentos. Así, y sin perjuicio de remitir a la valoración de la prueba del juez, considera que “sólo puede determinarse que un superior jerárquico es parcial en favor (o en contra) de un trabajador concreto si se aporta prueba relevante al efecto. No se puede presumir la existencia de una determinada parcialidad basándose en el estatus del superior y de la relación jerárquica con la persona de que se trate. En relación con el segundo punto, aunque la superior jerárquica no sea especialista en riesgos laborales, el informe fue redactado por una doctora que tiene conocimiento de primera mano de las circunstancias particulares de la recurrente en el litigio principal y de su puesto de trabajo. La superior jerárquica puede aportar prueba pertinente acerca de las funciones de la recurrente y de los riesgos genéricos y específicos a los que es posible que esté expuesta”

*implicadas, sino que deben ser evaluadas en el procedimiento administrativo y pueden ser cuestionadas judicialmente. Los citados informes deben aportar los datos precisos para resolver, con la mayor concreción posible en relación con los extremos relevantes, puesto que ... a la trabajadora le basta con acreditar la existencia del riesgo, hecho constitutivo de su derecho, correspondiendo a la entidad gestora, bien desacreditar ese hecho constitutivo relativo al riesgo, bien acreditar la concurrencia de hechos impositivos o excluyentes del derecho reclamado, como pueden ser la posibilidad de adaptación...o de traslado a otro distinto, lo que requiere un conocimiento interno de la empresa empleadora y su organización que solamente puede llegar a tener ordinariamente a través del contenido de tales informes”.*

En este caso la sentencia de instancia asumió como hecho probado la existencia de riesgo para la lactancia natural derivada de la administración de citostáticos, la inexistencia de posibilidad de adaptación de su puesto de trabajo por razón de que dicha administración ha de hacerse cuando el paciente lo requiera, así como la inexistencia de posibilidad de traslado a otro puesto de trabajo, dada la especificidad del puesto de trabajo desempeñado (médica especialista en hematología en el Hospital del Bierzo). El recurso del INSS, que no contenía pretensión alguna de modificación de hechos probados para corregir, suprimir o adicionar ninguno, reconoce que tal actividad implica un riesgo biológico, pero cuestiona la presencia real de dicho riesgo en el puesto de trabajo de la actora, por cuanto dicha administración de citostáticos es una tarea puramente ocasional (en el año 2013 se aplicaron 12 tratamientos, en el año 2014, 9 tratamientos y a 31 de julio de 2015, en el momento de emitirse el informe del servicio de prevención, ningún tratamiento). El problema, a juicio de la Sala (descartada la posibilidad de traslado a otro puesto de trabajo, dada la especificidad del puesto de trabajo de la actora, médica hematóloga), es determinar si era o no posible una adaptación de su puesto.

Considera la Sala que si entre las funciones de la facultativa se encontraba la administración de citostáticos y la misma era incompatible con la lactancia natural:

“...el carácter ocasional del riesgo no significa que el mismo tuviera carácter excepcional y, de hecho, se aplicó en varias ocasiones..., sin que sea pensable que pueda dejar de aplicarse a un paciente por el hecho de que la trabajadora estuviera procurando la lactancia natural de su hijo. Por tanto se hacía precisa, si fuera posible, la adaptación del puesto, la cual requería, tal y como proponía el informe del servicio de prevención, la exención de la trabajadora de la tarea de administración de citostáticos. Si tal adaptación era posible la entidad empleadora, el SACYL, estaba obligada a llevar a cabo la misma, manteniéndose la

prestación laboral para la que, por lo demás, ningún impedimento había, y no quedando por ello justificado el gasto público prestacional en favor de la trabajadora”

A la Sala le parece verosímil que, dadas las circunstancias, la adaptación temporal de puesto de trabajo fuera posible, de manera que en tal caso habría de considerarse no justificado el haber eximido a la trabajadora de toda prestación de servicios durante ese tiempo para evitar un riesgo que solamente aparece ocasionalmente. Pero esa primera impresión no puede llevar a la estimación del recurso, porque:

“...aun así en este punto faltan hechos probados para poder afirmar que tal adaptación era posible, bien porque dicha administración de citostáticos pudiera ser programada de manera que se practicase en días y horas en las que lo pudiera hacer otro profesional, bien porque, aunque no pudiera ser programada, se pudiera llevar a cabo, de ser precisa al atender a un paciente, por otro profesional, si en los tiempos de servicio de la demandante en el hospital siempre hubiera otro facultativo capacitado para ello. Sobre esos extremos la Sala nada puede decir, puesto que sobre todo ello nada consta en los hechos probados...”.

En definitiva, la entidad recurrente habría errado al no pretender reformar los hechos para que hubiese constancia de “tales posibilidades reorganizativas”. La carga de la prueba de ese hecho le incumbe a la entidad gestora y a tales efectos la presencia en el proceso del servicio público de salud, inevitablemente afectado en su organización por el criterio que se establezca al respecto, “permitía introducir en el debate procesal tal cuestión y practicar las pruebas necesarias” (juicio de reproche a la entidad gestora por su poco diligente actuación en el proceso). En definitiva se trataría de dos entidades gestoras de prestaciones de Seguridad Social, la una actuando como gestora y la otra como empleadora

*“...que deben coordinar sus actuaciones para evitar una situación de riesgo para la lactancia natural, con prioridad para la reorganización del servicio sobre la suspensión del contrato, que debe operar como ultima ratio. Es evidente que tal coordinación no ha funcionado en este caso”.*

Las críticas que la representación procesal del INSS centra en el informe de la Inspección de Trabajo no llegan a alzarse como motivo para estimar el recurso, puesto que, aunque suprimiéramos tal informe, la situación seguiría siendo la misma:

“...existiendo el riesgo para la lactancia natural, sería preciso acreditar la posibilidad de adaptación del puesto de trabajo para que la trabajadora quedase eximida de la tarea de

administración de citostáticos que era la fuente de dicho riesgo. Es cierto que el servicio de prevención de riesgos del Hospital del Bierzo manifestó que era necesaria tal adaptación, de manera que se eximiese a la trabajadora de la administración de citostático, pero no consta probado que por la dirección del hospital se adoptase una resolución adaptando en el sentido indicado el puesto de trabajo (la afirmación de la entidad recurrente en ese sentido carece de base en los hechos probados). Por otra parte, aunque tal decisión no se hubiese adoptado, no procedería reconocer la prestación si la adaptación preconizada fuese posible, siendo responsabilidad de la empresa empleadora el no llevarla a cabo. Pero en este caso no constan hechos probados que permitan afirmar que dicha adaptación fuese posible. (...). Por tanto, frente a lo afirmado en el recurso, de los hechos de la sentencia no se deduce que la adaptación, que era necesaria, se hubiese llevado a cabo, ni siquiera que fuese posible. Como no se llega a afirmar (y menos todavía a acreditar) por la entidad recurrente que fuera viable un traslado temporal de puesto de trabajo a otro sin riesgo, la Ley impone como solución última la que aquí se ha aplicado, esto es, la suspensión del contrato de trabajo”

Esta cuestión no ha pasado desapercibida para el legislador presupuestario. La LPGE/2017 incluye una disposición adicional (Disposición Adicional centésima octava) por la que prevé bonificar a las empresas, con un 50%, si destinan a sus trabajadoras con riesgo en el embarazo o durante la lactancia a otro puesto o función diferente compatible con su estado. La disposición también prevé que esta misma bonificación pueda aplicarse, si bien -a diferencia del supuesto relativo a la adaptación por embarazo o lactancia- “en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen”, a supuestos en los que por “enfermedad profesional” se produzca un cambio de puesto en la misma empresa o en el desempeño de un puesto de trabajo compatible con el estado del empleado.

### **3.3. ¿Es el conflicto trabajo-familia emergente (factor de) riesgo psicosocial?**

En todo caso, este “enfoque de gestión psicosocial con enfoque de género-sexo” desborda el aspecto más específico del acoso, para plantearse en términos más amplios. Cuestiones como la doble jornada y las dificultades de conciliación de la vida laboral y familiar también pueden emerger. Ya se ha visto cómo las condiciones de trabajo precarizadas en el



servicio externalizado no sólo incide negativamente en el salario, sino que dificultará igualmente el ejercicio de otros derechos. Y entre estos está, lógicamente, los relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, pues hay una notoria pérdida de la autonomía del tiempo de trabajo. Dado que será objeto de una ponencia específica, y sin duda completa, amén de brillante de la Magistrada Gloria Poyatos, yo sólo me limitaré a reseñar el aspecto más vinculado al ámbito de la salud psicosocial ilustrándolo, conforme a la pauta común que se ha pretendido en esta ponencia, con un ejemplo judicial

Dentro de una estructura empresarial de grupo público, la del Grupo de CORPORACION RADIO E TELEVISION DE GALICIA SA y sus sociedades filiales, interesante es la STSJ Galicia, 282/2017, 16 de enero. Para la doctrina judicial -ejemplo de la creciente sensibilidad social y su recepción en la doctrina judicial-, a la hora de tomar su decisión de reconocer o no el derecho de conciliación pretendido -cambio de turno- por razones de responsabilidad familiar, la empresa debió atender a la conexión entre este derecho y un enfoque de género de la salud laboral:

“...y sin embargo tampoco hizo, pues, aunque en el artículo 22 LPRL no hay una referencia específica a la igualdad de género, no debemos olvidar que, el principio igualdad de trato y oportunidades es informador de todo el ordenamiento jurídico ...y se proyecta en especie sobre la salud laboral - artículo 5.4 LPRL-, de ahí que en la elaboración y en la aplicación de los protocolos médicos se deba considerar, para evitar una desventaja particular de las mujeres, que estas habitualmente dedican más tiempo que los hombres a las tareas domésticas a pesar de asumir también tareas laborales como los hombres, padeciendo así una doble jornada”.

Pues bien, aunque no consta en autos si esa variable se ha tomado en consideración o no a la hora de elaborar el protocolo médico que se le aplicó a la trabajadora (esto es, si se incluía un cuestionario de riesgos psicosociales con extremos relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral), lo que sí estaría fuera de toda duda para la sala social es que

“ni eso se ha considerado a la hora de realizar las conclusiones, ni a la hora de aplicarlas, es decir no se ha valorado en ningún momento en qué medida la opción pretendida por trabajadora hubiera repercutido cuando menos en una mejor sensación de conciliación por la trabajadora, y cómo ello podría incluso mejorar su salud -según la propia trabajadora ha alegado en alguna de sus solicitudes...-.” (FJ 7º).

Otra cosa es que el TCO, de forma muy discutible y criticable rechace este enfoque de género para la vigente LPRL (STCO 159/2016, 22 de septiembre: sentencia involutiva).

#### **4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DE LA EMPRESA: RETOS PENDIENTES, EN ESPECIAL LA CUANTIFICACIÓN DISUASORIA**

Si falla la prevención, la cualidad de garante de la seguridad y salud asumida por el empresario hace surgir su responsabilidad, en virtud de un sistema muy complejo que viene dando lugar a una multiplicidad de cuestiones problemáticas, sobre las que se ha proyectado una gran diversidad de criterios, en parte corregidos por la evolución jurisprudencial y en otra parte, no menor, pendientes todavía de solución adecuada. Es manifiesto que no podemos tocar aquí todos esos aspectos, pues desbordaría con mucho el marco de esta amplia temática objeto de la ponencia, debiéndonos limitar a aquellos que se revelen más trascendentales y que revelen mayor actualidad. Cierto, en prácticamente todos los aspectos -criterios para la atribución de competencia, criterios de imputación de la conducta, prescripción de acciones judiciales, compatibilidad de las diferentes acciones indemnizatorias, cuantificación...- persisten conflictos interpretativos, también por la obsolescencia de muchas regulaciones y las dificultades para su reconducción racional en la jurisprudencia. Pero el cuantitativo es principal

No faltan problemas competenciales -por ejemplo, la posibilidad de incluir, como se dijo a funcionarios hasta ahora excluidos, como la Guardia Civil y Fuerzas Armadas, siempre que se ligue a la cuestión de salud laboral el problema laboral de referencia, en especial todo lo que tiene que ver con la violencia laboral de género, muy extendida en este ámbito; pero también el estrés laboral por algunas condiciones draconianas de organización de su trabajo; pero también la indagación de causas relativas al carácter profesional o no de la contingencia - Auto Juzgado de lo Contencioso 244/2017, de 21 de junio de 2017-, como tampoco relativos a la gran cuestión de la prescripción, en especial para situaciones de especial latencia clínica, como las enfermedades profesionales, así como los criterios de imputación. Ni que decir tiene que muy problemáticas siguen siendo las relaciones entre las diferentes acciones y la siempre polémica institución del recargo de prestaciones (vid. STS 1 de junio de 2016, RCU 2527/2014).

Pero, sin duda, a mi juicio, la cuestión principal que sigue planteando esta temática es cómo conseguir una decisión resarcitoria de verdadera justicia social resarcitoria y, además, disuasoria. La primera exigencia requiere no sólo reparación íntegra, sino coherente y también

equitativa, con respeto a la igualdad reparadora ex art. 14 CE. La segunda, dar sentido real al mandato legislativo, sin reducirlo a puro nominalismo u homenaje formal a la previsión legal, pero sin relevancia práctica significativa alguna.

### **El problema de la cuantificación: una asignatura pendiente pese a los avances, legales y jurisprudenciales**

Pero, sin duda, el gran problema sigue siendo el de la cuantificación, sin que la aprobación del “nuevo sistema de valoración-baremo de daños” (2015) haya cambiado de una forma sustancial la cuestión. Más aún. Incluso cabría identificar un notable estancamiento, de manera que esa novedad legal apenas si ha tenido reflejo en la experiencia judicial actual, lo que abre notables interrogantes y agudiza las deficiencias pretéritas del sistema, que parecían destinadas a corregirse, o al menos paliarse, con la irrupción del nuevo sistema valorativo de los daños y perjuicios. El punto de partida es inveterado y ahí reside el problema mayor: fue y es una “facultad soberana” del juez social<sup>30</sup>.

TRES problemas afrontaremos aquí. De un lado, **identificar el sistema adecuado para llevar a cabo esa valoración**, a fin de reconducir a la máxima racionalidad posible la decisión del juez, tenida siempre como estrictamente soberana, incluso puramente discrecional, sin que haya argumentos sólidos objetivados para diferenciar cuando la discrecionalidad se desliza hacia el “puro arbitrio judicial” y éste hacia la “arbitrariedad”. De otro, afrontar una cuestión de especial relevancia y muy conflictiva, como es **la valoración del daño moral asociado a las lesiones de derechos fundamentales que, a su vez, conecta con daños a la salud psicosocial. Aquí la clave de bóveda está en la posibilidad -como creo correcto- o no -como, erradamente a mi juicio, entiende la jurisprudencia- de resarcimiento autónomo**. Finalmente, haremos

---

<sup>30</sup> Como recuerda la doctrina judicial, remitiéndose a la jurisprudencia consolidada (STS 23 de junio de 2014, RCUD 1257/1)-, y a sus propios precedentes recientes (SSTSJ Galicia 15/9/2016, Rec. 1958/16 y 27/9/16, Rec. 38/16), la jurisprudencia

“ha establecido desde antiguo, *pese a que ningún precepto legal lo diga expresamente, que la indemnización de daños y perjuicios debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos*, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, esto es, lo que en derecho romano se llamaba *restitutio in integrum* o *compensatio in integrum*. También *ha sido tradicional en la jurisprudencia entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales*, entendiéndose que tal función comprendía *tanto la facultad de valorar el daño* con arreglo a la prueba practicada... como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en una decisión arbitraria o irrazonable.

Y como se entendió también que *esa cuantificación dependía de la valoración personal del Juzgador de la instancia, se vedó, con carácter general, la revisión de su criterio por medio de un recurso extraordinario*, salvo que se combatieran adecuadamente las bases en que se apoyara la misma o que, se hubiesen utilizado las reglas de un baremo, aplicación susceptible de revisión por ir referida a la de una norma (ya de antiguo, SSTS 25/03/91 Ar. 2440 ; y 19/07/06 Ar. 4731)”.

## alguna referencia a la siempre engorrosa **cuestión en torno al sentido de la concurrencia de culpas y sus efectos de moderación resarcitoria**

En relación a la primera cuestión, si bien una primera barrera pudiera representarla la limitación temporal del nuevo baremo -establece una plena irretroactividad del mismo-, el carácter orientador del mismo fuera de los daños corporales asociados a los accidentes de circulación vial parecería suficiente para esquivarla. En torno a esta cuestión, la STS de 2 de marzo de 2016, RCU 3959/14), pese a rechazar la traslación de la nueva regla para el cálculo de las indemnizaciones por secuelas en el supuesto de fallecimiento prematuro de la víctima, situación que no aparecía regulada en el baremoa abolido, afirma, a título de "obiter dicta", que el carácter orientador del sistema circulatorio implica que

*"el juez de lo social puede usar uno u otro Baremo, apartarse de las normas del mismo y moverse con libertad de criterio dentro de los márgenes que conceda, siempre que justifique las razones de su decisión final".*

Precisamente, en otros campos de la responsabilidad civil en los que el Baremo de tráfico se utiliza también en clave orientativa, la Sala Civil del TS han admitido la función integradora del nuevo baremo para calcular los perjuicios patrimoniales futuros por gastos de adquisición de prótesis, cuya compensación ya había sido admitida jurisprudencialmente (TS 1ª 6-4-16, Rec. 477/14). Igual consideración resultaría aplicable a los criterios implantados "ex novo" para la determinación del montante de determinadas partidas indemnizatorias<sup>31</sup>. En cambio, más dudoso es el uso para valorar conceptos perjudiciales recogidos en el vigente en el momento del accidente pero tasados con cuantías menores, por considerar inadecuadas las establecidas en el anterior baremo para reparar esa clase de perjuicios, como en el caso de la indemnización por lucro cesante en los supuestos de secuelas y fallecimiento, teniendo en cuenta su deficiente sistema de determinación e insuficiente reparación. Prueba de las graves incertidumbres en esta materia es que, para un mismo asunto, si bien valorado desde el punto de vista civil y desde el laboral, se alcanza fallos opuestos.

Curiosamente, en el ámbito laboral, la posición es restrictiva la *STSJ Andalucía/Málaga, Social, 285/2017, de 15 de febrero, Rec. 1898/16*, para reclamación por parte de los

---

<sup>31</sup> De este modo, contribuye a determinar el sentido de determinadas disposiciones del baremo derogado (función orientadora de la interpretación), así como a colmar las lagunas existentes en el mismo (función integradora).

causahabientes -padres y hermanos- de trabajadora auxiliar de vuelo fallecida en la catástrofe aérea de la compañía SPANAIR en Barajas. En cambio, para la valoración civil se acepta que sí se atribuya ese valor corrector<sup>32</sup>.

Para la Sala Social, la jurisprudencia sería inequívocamente contraria a los pedimentos de los actores [aplicación retroactiva], pues si bien para el Juzgador de instancia es facultativa la aplicación del baremo

“...si decide aplicarlo habrá de atenerse a los parámetros y reglas de cálculo contenidas en el mismo, sin que le sea factible dejar de aplicarlo en parte y acudir para suplir tal vacío a otras normas complementarias. Y otro aspecto relevante es que si bien la decisión judicial de tal aplicación es facultad del Juzgado de instancia, no lo es la relativa a la determinación del baremo por el que se hayan de regir la determinación y cálculo de las indemnizaciones reclamadas. En orden a esto último, no solo la jurisprudencia en la materia es constante y uniforme al tiempo de dictaminar que en un caso como el que nos ocupa el baremo de aplicación no puede ser otro que el vigente a la fecha del accidente del que derivó el fallecimiento de la trabajadora..., sino que más aun difícilmente podría pretenderse la aplicación del baremo contenido en la reciente Ley 35/2015, cuando la misma es tajante al

<sup>32</sup> Favorable la SAP Las Palmas 287/2016, 19 de septiembre, Rec. 297/16 que conociendo de la reclamación formulada por los perjudicados por la muerte de un pasajero en el siniestro de SPANAIR, no sólo considera ajustada la cuantificación de la indemnización conforme al nuevo baremo -Aplicación con carácter meramente orientativo del sistema de valoración de daños previsto en la Ley 35/2015 a hechos anteriores a su entrada en vigor-, sino también su incremento en un 50 % teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes -gravedad del accidente, culpa grave, daño moral probado por informes, expectativa ciudadana de una seguridad mayor en el transporte aéreo que en otro tipo de transportes, frustrando así esa confianza...-. En este caso se sigue la doctrina de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 13 de julio de 2015, “que resuelve una demanda idéntica a la aquí examinada, lleva a cabo un acertado análisis sobre las soluciones que la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales ha dado a esta cuestión y tras ello, y con argumentos que esta Sala comparte plenamente, decide la aplicación con carácter meramente orientativo del sistema de valoración de daños previsto en la Ley 35/2015 aun cuando la misma, si bien se había publicado en el BOE, no había entrado todavía en vigor”. La aplicación orientativa del baremo implica efectuar la valoración de la indemnización partiendo del mismo, sin sujeción vinculante, lo que supone tener en cuenta en el caso las circunstancias concurrentes diferentes de las propias de un accidente de circulación de vehículos a motor, y por tanto ya tenidas en cuenta por el legislador al fijar aquel. Asumen que: “La aplicación únicamente a título orientativo del baremo, y, en consecuencia, la falta de vinculación literal del mismo debe venir dada no tanto por la producción de un mayor daño en cada uno de los perjudicados por la pérdida del familiar que en otros accidentes, sino fundamentalmente por la falta de adecuación del baremo a la realidad social”. En la misma línea, la STSJ Castilla-León/Burgos, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de febrero de 2016, dice lo siguiente: “En el presente caso, como quiera que ese baremo ha sido derogado y sustituido a partir del día 1 de enero de 2016 por el baremo o sistema de valoración comprendido en la Ley 35/2015, de 22 de noviembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico, es por lo que la Sala aplica en el presente caso, también de forma orientativa, el Baremo que se contiene en las Tablas del Anexo de dicha Ley 35/2015 ya que aplicando el mismo la indemnización cuantificada en la presente sentencia se encontrará actualizada, cumpliéndose de este modo el principio de reintegración íntegra de daño causado...”

tiempo de dictaminar en su disposición transitoria y en orden a su vigencia que "...el sistema... se aplicará únicamente a los accidentes...que se produzcan tras su entrada en vigor..."<sup>33</sup>.

Curiosamente, la *"cultura de cicatería indemnizatoria"* de la rama social del Derecho se pondría claramente aquí de relieve, evidenciando las dificultades para salir de ella de manera plena, coherente y definitiva, pues la doctrina de apelación civil, para un mismo asunto y, por lo tanto, para un mismo siniestro -en su versión civil-, no sólo aplicar el nuevo baremo para los siniestros anteriores a su entrada en vigor, sino que lo incrementa un 50 por cien. Hace aplicación del sistema para valorar el daño razonando un incremento del 50%, atendiendo a las circunstancias concurrentes, incluida el extraordinario monto económico de este tipo de seguros de responsabilidad por accidentes aéreos. Criterios que la sala de suplicación social, no obstante su pretendida mayor adhesión al principio pro víctima del accidente de trabajo con la mediación de culpa grave, ni avista.

Precisamente, la diversidad también existe a la hora de estimar o no directamente aplicables los importes establecidos en la fecha de la sentencias conforme al criterio valorista (STSJ Cataluña 8-5-17, Rec. 71/17; SAP Madrid, Sección Penal 31-5-16, Rec. 6/16 y 12-11-15, Rec. 1/13), o susceptibles de ser utilizados como criterio de referencia (AP Madrid, Sección Civil 13-5-16, Rec. 394/15). En sentido opuesto se manifiestan las STSJ Granada de 15 de diciembre de 2016, Rec. 1533/16 y la STSJ Social Aragón 29 de marzo de 2017, Rec. 101/17, esta última revoca la decisión de instancia de incrementar en un 20 % las indemnizaciones por la muerte del trabajador (año 2013), resultantes de la aplicación del anterior baremo con el argumento de que las fijadas en el nuevo son muy superiores.

En otros casos, la posición es claramente favorable a ese uso expansivo y adaptador de la realidad social del nuevo baremo, por su carácter orientativo (STSJ Social Galicia de 28 de junio de 2017, Rec. 848/16).

### **Cuantificación independiente del daño moral autónomo**

<sup>33</sup> La doctrina de apelación civil de la sala canaria -Las Palmas- rebatirá este argumento legal: "Olvida sin embargo, la demandada/apelante, que es el propio juez el que, aun reconociendo la ineficacia retroactiva de la norma, decide, con base en el principio de discrecionalidad, y, teniendo en cuenta, el carácter orientativo del sistema de valoración, aplicarla, con los argumentos que se exponen en el Fundamento Jurídico Cuarto, desprendiéndose la necesidad de adecuación y contextualización espacio temporal del sistema de valoración de los daños ocasionados, mediante la aplicación de dicho sistema vigente tras la Ley 35/2015, y ello, por la finalidad perseguida de resarcir a los actores de los daños y perjuicios sufridos, los cuales, debe recordarse, fueron acreditados en fase probatoria mediante las oportunas pericias, asumidas de plano por la demandada, y que ponen de relieve secuelas de carácter crónico e irreversibles en las demandantes". En definitiva, concluye, "el Juzgador de Instancia no ha pretendido "dotar de carácter retroactivo a la Ley 35/2015", aplicable a los accidentes de circulación, vulnerando su Disposición Transitoria, "sino adoptarla como parámetro orientador, para fijar, de manera discrecional pero perfectamente fundamentado el "quantum" indemnizatorio derivado de los daños y perjuicios causados a las demandantes como consecuencia del accidente aéreo en el fallecieron sus padres".

El resarcimiento independiente de esta clase de perjuicios se justifica porque pese a su configuración como “sistema legal de valoración de los daños causados a las personas en accidente de circulación”, su ámbito se circunscribe a los daños corporales, lo que significa que el Baremo sólo compensa el sufrimiento ocasionado por la merma de la integridad física y psíquica, sin otras connotaciones, quedando fuera de su cobertura los perjuicios morales derivados de la vulneración de unos derechos dignos de una especial tutela jurídica, como son los derechos fundamentales. Se trata de una categoría autónoma de daño moral no contemplada en el baremo que debe ser indemnizada al margen del mismo, de conformidad no sólo con el principio de reparación íntegra de los daños sufridos vigente en este ámbito de la responsabilidad, sino también con la previsión específica del art. 183.3 LJS, según la cual la indemnización que regula "será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador (...) en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales". Entre esas normas, se encuentra el art. 42.1 LPRL, que prescribe 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 dichos incumplimientos".

Sin embargo, jurisprudencia y doctrina judicial parecen empeñadas en mantener el más tradicional criterio contrario a tal resarcimiento autónomo. Es el caso de las doctrinas de suplicación social de Cantabria (STSJ Cantabria de 8 de abril de 2015, Rec. 1/2015, para un caso de trato degradante sin constituir propiamente acoso, con afectación a la integridad psíquica de la trabajadora<sup>34</sup>) y el País Vasco (últimamente STSJPV 1660/2017, 5 de septiembre, para un asunto de trato degradante constitutivo de acoso), por ejemplo.

Una vez más, pues, hemos de lamentar el retraso de la justicia social resarcitoria en relación a la justicia civil resarcitoria. Así, la STS, Sala 1ª, 8 de abril de 2016, Rec. 1741/14, se

---

<sup>34</sup> Se analiza un comportamiento empresarial continuado, no calificable de acoso, de ataque a la dignidad y profesionalidad de la trabajadora demandante, por una situación de conflicto mantenida y de falta de ocupación efectiva, causante de un trastorno psíquico del que derivan varios procesos de baja, en relación a los cuales la actora instó la reparación de los daños morales derivados de la vulneración de los derechos fundamentales sin atender a los criterios fijados en el baremo circulatorio, que no obstante se aplica por el órgano de instancia. En su recurso la actora impugna esta decisión, que la Sala de suplicación la respalda por la doble razón de que no aporta una más objetiva o descriptiva valoración de los daños y de que en la propia demanda acudió al sistema legal para cuantificar parte de los daños cuya compensación reclama. Además, la recurrente solicitó una indemnización adicional por la vulneración del derecho fundamental a la integridad psíquica y moral, que el Tribunal rechazó argumentando que tal quebranto no da lugar a la indemnización duplicada de los daños morales, que ya han sido compensados por las cantidades calculadas conforme al baremo. La sentencia fue impugnada en casación para la unificación de doctrina, siendo desestimado su recurso por la STS 8-3-17 (Rec. 2498/15) al no apreciar contradicción con la sentencia invocada como contraria (STSJ P. Vasco 11-11-14, Rec. 2022/14).

muestra claramente favorable al resarcimiento autónomo de los daños morales diferentes a los asociados al daño corporal si la aplicación es orientativa:

“...la utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), *no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral*”<sup>35</sup>.

### **La siempre engorrosa cuestión de la compensación de culpas: ¿algo nuevo respecto del “precio” de la imprudencia del trabajador?**

El art. 1.2 TR LSRCVM, en virtud de la reforma que supuso la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, incluyó una novedad significativa respecto de la relevancia de la culpa, exclusiva o relevante, de la víctima del accidente -de tráfico, para el caso-. En este sentido, la concurrencia de culpa relevante determinará (1) *la obligatoria moderación* de la cuantía indemnizatoria, con un (2) *límite máximo fijado por la norma*<sup>36</sup>.

¿Estas novedades serían aplicables en el ámbito laboral de seguirse el baremo a los efectos de cuantificación? El problema, y por lo tanto, la solución, se plantearían en términos análogos con el conjunto de cuestiones que suscita y que presuponen su valor solo orientativo. Su cita, sin embargo, brilla por su ausencia en la doctrina judicial más reciente.

### **Riesgo eléctrico**

STSJ Madrid 508/2017, 14 de julio

<sup>35</sup> Sobre este fundamento, la sentencia, dictada en el caso del barco Costa Concordia (en la noche del 13-1-12 encalló frente a las costas de la isla italiana de Giglio), ratifica la decisión de la Audiencia Provincial que condenó a la demandada a pagar a cada pasajero la suma de 12.000 euros como indemnización de daños morales por la zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés vividos durante esa noche. Y, adicionalmente, como indemnización por cada uno de los que sufrieron lesiones, la cuantía calculada conforme al Baremo.

<sup>36</sup> Si en el párrafo primero se prevé que la culpa exclusiva exonere de responsabilidad, en el apartado 2 se dice: “Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de acuerdo con el apartado 1, *cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño.*

(...). Las reglas de los dos párrafos anteriores se aplicarán también si la víctima incumple su deber de mitigar el daño. La víctima incumple este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo”



*“...nos encontramos con que si bien la empresa efectivamente ha incumplido con su obligación de mantenimiento de las instalaciones eléctricas, así como de asegurarse de que los trabajadores utilizaban los EPIS necesarios, con tal incumplimiento concurre el de trabajador que, ...siendo cualificado, encargado precisamente de dicho mantenimiento, actuó de forma altamente imprudente, tal y como considera el ITSS, todo lo cual ha de ponderarse a la hora de establecer una indemnización, conforme a la doctrina del TS...”* (STS 20 de enero de 2010, RCU 1239/3009)<sup>37</sup>.

En el caso, ese porcentaje de reducción se sitúa en el 70%, por lo que se atribuye tan sólo un 30% a la empresa. Aquí la cuestión mayor es la típica, la relativa a la inexistencia en la decisión de parámetro alguno o criterio objetivado, ni siquiera justificado, limitándose a seguir el que estableció la sentencia del TS utilizada como precedente orientador de la doctrina fijada en suplicación.

En la cuantificación del daño -asume la cuantificación del daño moral conforme a baremo- también sigue la jurisprudencia decantada a lo largo de estos años y que sintetizara con precisión, aunque evidencie al mismo tiempo todas sus limitaciones, la STS 9991/2015, de 17 de febrero.

***Las Adicciones, riesgo psicosocial mixto o complejo (laboral y social), como factor moderador de la responsabilidad empresarial: la enfermedad profesional derivada de exposición al amianto y consumos problemáticos de drogas dentro y fuera de los lugares de trabajo***

De interés también, en las interacciones entre tabaquismo -usos personales insanos por parte del trabajador víctima- y enfermedad por amianto, a fin de determinar también las eventuales concurrencias de culpas, la STSJ Galicia 1481/2017, de 20 de marzo<sup>38</sup>. A su juicio, que revisa la doctrina de instancia:

---

<sup>37</sup> Sabido es que, de conformidad con una reiterada doctrina de la Sala Civil del TS -aplica el art. 1103 CC-, recogida también y reafirmada recientemente por la Sala Social del TS (20 de mayo de 2015), la culpa de la víctima no rompe el nexo causal proveniente del incumplimiento preventivo empresarial -hecho externo-, salvo cuando el daño se produce de una forma exclusiva por una actuación culpable imputable a la víctima. La concurrencia de culpas supone que el daño sobreviene por la conjunción de ambas conductas negligentes, sin que quepa exonerar a ninguno de ellas, en especial a la empresa, en la medida en que el trabajador ya sufre un alto coste por su imprudencia. La doctrina civil presupone una cierta visión generalizada de atribución de una parte de culpa a los trabajadores: *“el exceso de confianza del trabajador, que en no pocas ocasiones contribuye a los daños sufridos por los empleados en el ámbito laboral, no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidados consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos”* (STS, 3ª, 10 de septiembre de 2007, Rec. 4168/2000).

<sup>38</sup> Entre otros criterios: 1) la posibilidad de desarrollar la clase de cáncer diagnosticada al demandante está altamente asociada con el tabaquismo, en mayor medida que otras formas de presentación; 2ª) la presencia de dos factores de riesgo, susceptibles de interactuar y producir un efecto sinérgico, habida cuenta que entre los 19 y los 48 años el demandante estuvo en contacto con el amianto en niveles desconocidos al no realizarse mediciones, y a

“...debe concluirse que trabajador y empresa son artífices de los riesgos creados respectivamente por el hábito tabáquico y por la inaplicación de las medidas preventivas, y que no se ha podido demostrar que fue una de esas circunstancias la única causa del tumor [*doctrina de la causa exclusiva*], debiendo *repartirse equilibradamente la responsabilidad* entre quienes contribuyeron a la creación del riesgo, atendiendo al criterio de la probabilidad de que los daños a resarcir fueran causados por su conducta [*doctrina de la pérdida de oportunidad*], y, al carecer de datos y de pruebas estadísticas permitan establecer ese nivel de probabilidad con unas mínimas garantías de acierto, no resulta en modo alguno irrazonable entender que cada uno de los factores de riesgo contribuyeron, en la misma proporción, a la génesis del tumor, y, consecuentemente, reducir en un 50% el importe de la indemnización a cargo del empresario... Por ello la cantidad a reconocer asciende a 43.138,20 euros, esto es, la mitad de la que fija el Baremo...”<sup>39</sup>.

En otras ocasiones se descarta la relación de causalidad por no probarse la existencia de una exposición a materiales tóxicos y, en cambio, sí estar acreditados los hábitos tabáquicos susceptibles de provocar diagnósticos de cáncer pulmonar como el realizado al trabajador (STSJPV 271/2017, 31 de enero):

*“...En lo que se refiere a la petición subsidiaria de búsqueda de contingencia profesional de accidente de trabajo a través del nuevo artículo 156.2.e) de la LGSS, RDL 8/15, como búsqueda de enfermedades no profesionales que tengan relación y causa exclusiva con la ejecución laboral, nuevamente cuando relacionamos su puesto de trabajo con el diagnóstico de adenocarcinoma pulmonar, difícilmente las consecuencias evidentes del tabaquismo, el EPOC,*

---

lo largo de su vida ha fumado unos 704 paquetes de cigarrillos al año; 3º la inexistencia de datos objetivos que permitan achacar la aparición del tumor a una sola de las circunstancias coadyuvantes, y de elementos de juicio que permitan establecer cuál ha contribuido en mayor medida y con mayor fuerza a su desarrollo,.....**concluyendo que, si bien no se puede hablar de concurrencia de culpas**, la Sala considera que **ha de operar la figura de la concurrencia de causas**, debiendo fijarse la correspondiente cuota de responsabilidad del empresario y moderarse la indemnización a cargo del mismo a partir de la regla del artículo 1. 103 del Código Civil y de las ideas de equidad y proporcionalidad inherentes al valor justicia..., *a las que se opondría de manera frontal la imposición al empresario de la obligación de reparar en su integridad un daño cuyo incumplimiento en materia preventiva pudo no haber ocasionado, con un grado de probabilidad elevado, no inferior al de la hipótesis contraria*” (FJ Cuarto). ¿Quién asume, pues, el riesgo de la incertidumbre de la causa? Se fija a medias.

<sup>39</sup> En el plano de la cuantificación, esta sentencia es igualmente interesante porque la Sala gallega “comparte el criterio seguido por el Magistrado de instancia, en el sentido de que para fijar la cuantía indemnizatoria, la norma que resulta de aplicación, no es el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, tal como pretende la parte recurrente como pretensión principal, pues la referencia que la parte recurrente toma para fijar el importe indemnizatorio referido a las sanciones muy graves que establece dicha norma, no es el adecuado, pues esas cantidades que se fijan en diferentes preceptos de la norma tienen una finalidad sancionadora no indemnizatoria, por lo que, tal como resolvió el Magistrado de instancia, se debe aplicar analógicamente el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor...que establece el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de , y conforme a dicha norma, el importe indemnizatorio total que le correspondería percibir ascendería a 86.276,40€”

*sus restricciones respiratorias, pueden ser atribuidas con exclusividad al puesto de trabajo efectuado” (prueba de relación de causalidad exclusiva.*

No obstante, debe recordarse que, para la jurisprudencia, debe quedar probada la relación de causalidad entre el uso tabáquico y la enfermedad profesional. En este sentido, la STS de 2 de marzo de 2016, ha venido a señalar:

*“En efecto, si la existencia de una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto ha sido reconocida por el EVI...resulta contradictorio poner en duda, cual hace la sentencia recurrida, la conexión entre el carcinoma pulmonar padecido por el causante y el contacto por el mismo con el amianto, para concluir achacando el cáncer de pulmón al tabaco con manifiesto olvido de lo dispuesto en el art. 96-2 de la L.J .S. y de la doctrina de esta Sala sobre la materia...” (prueba del cumplimiento preventivo y de no actualización del daño<sup>40</sup>).*

Para la STSJ Murcia 991/2016, 24 de noviembre:

*“...A tenor de las pruebas obrantes en las actuaciones, documental, testifical y pericial, el trabajador falleció por parada cardiorrespiratoria, con diagnóstico secundario de carcinoma microcítico de celdas pequeñas medianas con metástasis hepáticas. Y si bien es cierto que permaneció expuesto al amianto también lo es que el cáncer por el que murió no es causado por el mismo sino del tabaco (carcinoma microcítico tipo OAT CELL)...ya que conforme a la prueba pericial el carcinoma de autos es la única variedad casi exclusivamente asociado al tabaco, pues sólo en 1% se da en no fumadores”<sup>41</sup>*

No acepta en otras ocasiones, por ejemplo, que se destruya la presunción legal sobre el origen profesional de la enfermedad en virtud de la identificación como “factor de riesgo”, pero no de causa determinante, el uso tabáquico. Éste:

*“...no tiene entidad de causa determinante de la enfermedad por lo que no constituye prueba bastante para destruir la presunción legal de enfermedad profesional”<sup>42</sup>.*

---

<sup>40</sup> “...en suma, si no se habían adoptado por la empresa, deudora de seguridad, todas o las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo --, y, además, la responsabilidad subsiste cuando aun de haberse adoptado por la empresa todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, no se acredita que el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos impositivos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario como deudor de seguridad...”. Aplica esta jurisprudencia la STSJ Castilla y León /Valladolid, 7 de noviembre de 2016, Rec. 1376/2016

<sup>41</sup> En línea análoga su precedente STSJ Murcia 898/2016, de 5 de octubre

<sup>42</sup> “En el caso enjuiciado se ha probado que la actividad laboral del trabajador es actividad listada (mecánico reparación de automóviles) y que ha sufrido enfermedad (carcinoma de células escamosas) prevista para esa actividad, en la que existe contaminación aérea por inhalación de humos procedentes de tubos de escape de

Como evidencia, una vez más, el ATS de 10 de noviembre de 2015, RCU 908/2015, se trata de una cuestión eminentemente fáctica, de ahí que quepan las diversas posiciones -uso tabáquico como factor moderador de responsabilidad; exclusión de tal uso-, sin contradicción de doctrina judicial. La clave estará en las circunstancias concurrentes, interpretadas, claro es, por la mayor o menor flexibilidad de la Sala enjuiciadora al respecto.

## **5. AMIANTO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES: LA PUNTA DE UN ICEBERG Y LIMITES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD “CIVIL” POR DAÑOS**

Pero por muy sofisticado y evolucionado que esté un sistema de responsabilidad “civil” por daños, cuando se enfrenta a riesgos masivos del desarrollo económico evidenciará todas sus limitaciones. Y de ahí se derivará la necesidad de volver a sistemas de responsabilidad de todo punto objetivados y automáticos, sin el engorro de la acción judicial, máxime cuando se trata de personas y grupos víctima del desarrollo y en escenarios donde ni ha funcionado el principio de prevención ni mucho menos el más sofisticado y moderno principio de precaución frente a los riesgos inciertos. Y el mejor ejemplo para evidenciar tanto las aperturas de estos sistemas como sus restricciones es lo sucedido con esa “epidemia” cada vez menos silenciada que está siendo la contaminación por amianto, y que no hace sino ilustrar los graves problemas que genera un sistema económico no controlado socialmente.

---

automóviles, de modo que la contingencia profesional deriva de lo dispuesto en el art. 116 LGSS y R.D. 1999/2006. La inhalación de humo de tabaco es declarada por la sentencia recurrida como factor de riesgo de la enfermedad (hecho probado decimocuarto), pero no como causa de la misma, por lo que, de la declaración fáctica de la sentencia, no puede concluirse la destrucción de la presunción legal de enfermedad profesional” (FJ Cuarto). En caso análogo, no idéntico, declara la STSJ Murcia de 7 de noviembre de 2012, Rec. r. 601/12: "En cuanto a la reducción de la indemnización por el hábito tabáquico del trabajador fallecido, abandonado por el trabajador tres años antes de su muerte, reducción que la sentencia impugnada declara en un porcentaje del 60 %, se motiva en la sentencia en que, aunque la causa eficiente de la enfermedad y el fallecimiento fue la exposición al polvo de sílice, dicho hábito "como factor de riesgo pudo favorecer el desarrollo de la enfermedad". En consecuencia, al no haberse demostrado que dicho hábito fuera concausa eficiente del fallecimiento no procede reducción o descuento alguno en la indemnización reclamada. De entre los varios factores de riesgo que cita la sentencia, concurrían cuatro en el trabajador: haber sido fumador, edad entre 40 y 70 años, sexo masculino y el hecho de "trabajar en lugares de polvo", y sólo éste último se declara causa eficiente de la fibrosis o neumoconiosis causante de la incapacidad temporal y posterior defunción, por lo que no existen elementos fácticos probados para efectuar la reducción que, por dicho factor de riesgo, hace la sentencia". Son también numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que confirman etiología laboral, por enfermedad profesional listada, pese a tener el enfermo hábito tabáquico, como las SSTS de 16-1-2012 (rcud.4142/10 ); 5-3-2013 (rcud. 1478/12 ); o de 5-6-2013 (rcud. 1160/12 ), en casos de cáncer por asbestosis en fumadores de dos paquetes diarios. Se rechaza también su valor de factor excluyente de la relación de causalidad cuando el daño se derive de exposición a niveles de contaminación inferiores a los máximos permitidos, "porque los valores límites ambientales no representan valores absolutos para todos los trabajadores".

Las consecuencias de la exposición al amianto (producto cancerígeno usado de manera masiva en la industria y la construcción hasta su prohibición en 2002 en España<sup>43</sup>) empiezan a visibilizarse en toda España de una forma casi dramática, impactando más rápidamente en unos territorios que en otros, como es el caso de Cataluña, si bien el tiempo irá evidenciando una auténtica “*epidemia nacional*”, como lo es ya “ *europea*”. Sus efectos contaminantes, larvados a lo largo de largo tiempo, son de una gran intensidad, pues sus fibras de polvo mineral colonizan los pulmones y provocan graves dolencias respiratorias y cáncer de pleura y pulmón. Conforme a ciertos registros médicos (Departamento de Salud de Cataluña), los ingresos hospitalarios por asbestosis (fibrosis pulmonar provocada por el amianto) se han disparado un 83% en 10 años<sup>44</sup>, sin que las previsiones a medio plazo sean de contención sino, más bien, de crecimiento aun mayor, hasta el punto de estar ante una auténtica “*punta del iceberg*”<sup>45</sup>. El amianto, llamado con certeza y máximo grafismo, un “*homicida en serie silencioso*” -de “*material milagro*” paso a “*material homicida*”-, ha dejado cientos de miles de víctimas, las mayoría no reconocidas. Su exposición provoca asbestosis (el pulmón se aprisiona y crea insuficiencias respiratorias), cáncer de pulmón y mesoteliomas (tumores de pleura), que son los más letales.

La mayor prevalencia actual de la enfermedad laboral en Cataluña, a raíz de esa mayor presencia del factor de riesgo profesional, explica que haya sido un Juzgado Social, el n. 13 de

---

<sup>43</sup> Aunque desde los años 40 se conocían sus efectos nocivos, no fue hasta los primeros años del nuevo milenio que la Unión Europea (UE) prohibió su utilización. Un rasgo típico de las enfermedades vinculadas al amianto es que su período de latencia puede durar 40 años. De ahí que los neumólogos auguren que el pico de diagnósticos todavía está por venir, en torno al año 2020, concretamente. Según la UE, de aquí a 2030, medio millón de personas morirán en Europa de cáncer por la exposición al amianto. El problema, pues, no es español sólo, sino europeo. Un ejemplo relevante de lucha es el de las “*viudas del amianto italianas*” en el llamado “*Chernóbil italiano*” de Casale Monferrato. Los familiares, guiados por sindicalistas, dedicaron sus vidas a despertar la alarma social contra aquel enemigo invisible. [https://elpais.com/sociedad/2012/02/29/actualidad/1330550129\\_501835.html](https://elpais.com/sociedad/2012/02/29/actualidad/1330550129_501835.html). Es un ejemplo del crecimiento exponencial, no geométrico: En 2010, fallecieron 30 personas, en 2011 fueron 58. La enfermedad está diezmando la generación de los que eran niños en los años sesenta. La empresa regalaba las sobras de producción y en el pueblo las utilizaban para todo: se aislaba el hospital, se construían los cubos de basura, las macetas de los jardines, cabañas agrícolas o almacenes.

<sup>44</sup> Naturalmente, allí donde las fábricas han sido mayores y han estado más tiempo, sus efectos han sido más intensos y se han revelado antes. Por ejemplo, Cerdanyola del Vallès, donde se ubicaba una de las fábricas más grande de amianto propiedad de Uralita S.A, es, según los pneumólogos, la ciudad española con mayor prevalencia de mesotelioma. La asbestosis -que irá a la baja- requiere una inhalación importante del amianto, por lo que suelen ser personas que han trabajado en estas empresas. Sin embargo, para desarrollar el mesotelioma no son necesarias grandes dosis, aunque tarde mucho en aparecer. El tiempo, pues, evidenciará una mayor prevalencia generalizada de esta enfermedad. [https://elpais.com/ccaa/2016/06/10/catalunya/1465581435\\_574993.html](https://elpais.com/ccaa/2016/06/10/catalunya/1465581435_574993.html)

<sup>45</sup> Las víctimas no se pueden calcular con precisión. Además de los trabajadores directos de las empresas que manipulaban el amianto, existen un grupo todavía mayor de víctimas pasivas: *familiares de trabajadores que inhalan el material nocivo a través de las fibras impregnadas en la ropa de trabajo o vecinos que vivían en un radio de dos kilómetros de las fábricas*. De este modo, existiría una notable interacción entre el “*conflicto laboral*” y el “*conflicto ambiental*” más general, entre el problema de contaminación ambiental interna y el de contaminación ambiental externa. Si en el primer ámbito se avanzado a nivel jurisprudencial, respecto de las denominadas “*víctimas pasivas*” se iría algo más retrasado, si bien recientes sentencias de la Sala civil del TS -STS, 1ª, 639/2015, de 3 de diciembre- evidencian que van a rebufo del conflicto laboral, lo que quizás permitiría plantear la posibilidad de unificar en estos casos también la competencia en la “*rama social del Derecho*”.

Barcelona, el que haya dictado la primera sentencia que condena a la Generalitat de Cataluña por falta de medidas de protección frente a la exposición al amianto en el caso de un bombero en situación de incapacidad permanente a consecuencia de una asbestosis. La sentencia obliga a la Generalitat a abonar un recargo al 40% del importe de la prestación que corresponde al bombero afectado (incapacidad permanente en grado de absoluta como consecuencia de una asbestosis de origen laboral)<sup>46</sup>.

Pese al avance jurisprudencial en la materia, sobre todo en el plano de la exigencia de responsabilidad civil -en el orden social y civil-, no tanto en el penal<sup>47</sup>, su tratamiento jurídico deja mucho que desear, ante la clara "*conspiración del silencio*" de los poderes públicos *sobre las graves consecuencias de la contaminación por amianto*<sup>48</sup>. Sólo ahora parece empezar a romperse<sup>49</sup>.

En todo caso, un problema de contaminación masiva precisa soluciones *antes y más allá* de las del Derecho Civil de Daños, de ahí la socialización de la responsabilidad a través de

---

<sup>46</sup> Con anterioridad, desde el año 1996, el bombero se vio obligado a abandonar las funciones vinculadas a la extinción de incendios que desarrollaba desde el año 1973 y pasó a realizar *tareas de carácter administrativo debido a la pérdida de condición física derivada de su patología*. A pesar del riesgo evidente de exposición al amianto que conlleva la profesión, la Generalitat ha admitido que no fue hasta el año 2008 -seis años después de la definitiva prohibición del amianto en el Estado español- cuando se empezaron a realizar las pruebas específicas para la aplicación del protocolo médico de amianto. Situación que la sentencia también condena al considerarlo un nuevo incumplimiento del deber de protección

<sup>47</sup> Recientemente, en Francia -que en el ámbito del resarcimiento avanzó notablemente a través de los FIVA, o Fondos de Indemnización de Víctimas de Asbestosis- se ha asestado un duro golpe para las víctimas del amianto, comprometidos durante veinte años en una agotadora lucha judicial, en la medida en que el Ministerio Público de París acaba de exigir que se detenga la investigación en varias investigaciones penales, en particular contra empresas cuyos empleados han desarrollado patologías después de haber estado expuestas a esta fibra cancerígena, al ser imposible individualizar el momento del contagio. Este análisis está en línea con el adoptado por los magistrados de instrucción responsables de todos estos casos, a partir de un Informe experto de 2016. también debilita la perspectiva de un juicio. El escándalo del asbesto estalló como resultado de una denuncia de homicidios involuntarios y lesiones no intencionales presentada en 1996 por ex empleados de Eternit, un grupo internacional que ha estado fabricando productos durante décadas conteniendo amianto. Queja que involucra a la Andeva, la Asociación Nacional para la Defensa de las Víctimas del Asbesto. A lo largo de los años, se han tomado acciones similares contra varias empresas, así como con instituciones públicas: Everite, Normed, Sollac, la gestión de astilleros... [http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/06/27/amiante-vers-un-non-lieu-dans-plusieurs-dossiers-embematiques\\_5152077\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/06/27/amiante-vers-un-non-lieu-dans-plusieurs-dossiers-embematiques_5152077_3224.html)

<sup>48</sup> Un estudio financiado por la Unión Europea, llamado *La epidemia europea de los mesoteliomas*, concluye que 500.000 personas morirán en Europa en los próximos 20 años a causa del amianto, y que 250.000 de estas muertes estarán causadas por mesoteliomas [https://elpais.com/diario/2003/03/02/madrid/1046607855\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2003/03/02/madrid/1046607855_850215.html). Más recientemente, se expone que para 2030, el amianto se habrá cobrado la vida de entre 40.000 y 56.000 personas expuestas a un material tan peligroso para la salud como rentable para un determinado tipo de crecimiento económico, en el que la razón monetaria puede sobre la razón misma. Dio trabajo a miles de personas pero el precio a pagar por miles de personas es muy alto, afectando a familias enteras, no sólo a trabajadores.

[http://www.lasexta.com/programas/salvados/avances/dos-caras-amianto-salvados-tan-rentable-como-mortal\\_201602245723b24d6584a81fd8820307.html](http://www.lasexta.com/programas/salvados/avances/dos-caras-amianto-salvados-tan-rentable-como-mortal_201602245723b24d6584a81fd8820307.html). No coincide con la publicación científica OMC Cáncer que pronostica que entre 2016 y 2020 fallecerán en nuestro país 1.319 personas por mesoteliomas pleurales, a un ritmo de 264 personas al año. Pero, en todo caso, sí se evidencia una alta prevalencia

<sup>49</sup> Tratar las 90.000 toneladas de amianto acumuladas en "cementeros ilegales" de Toledo costará más de 10 millones de euros <http://www.estrelladigital.es/articulo/espanha/varios-cementerios-ilegales-amianto-amenazan-salud-22-000-personas/20161011183633300228.html>

mecanismos típicos de la responsabilidad objetivada y automática: *Fondos de Compensación Solidarios*. Sería el caso francés (*Fondos de Indemnización Víctimas Amianto*).

El ordenamiento francés, a partir de la evolución jurisprudencial hacia la absoluta objetivación de la responsabilidad por daño del empleador, incluyó el derecho al resarcimiento íntegro de los daños sufridos por las enfermedades profesionales asociadas al amianto en el sistema de seguridad social -art. 53 de la Loi n° 2000-1257 du 23 décembre de financement de la sécurité sociale pour 2001, modificado por Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016-. Se trata de un Fondo Público, gestionado por un consejo formado por representantes de la Administración, de las aseguradoras y de las víctimas, presidido por el presidente del TS, finando en parte por una contribución fiscal del Estado y por cotizaciones sociales, que se abona lo debido y tiene la potestad de subrogarse en la posición de las víctimas para exigir responsabilidad, por lo que ha pagado, a los culpables del daño<sup>50</sup>.

Naturalmente, para ello, primero deben registrarse las víctimas (medición de la enorme magnitud del problema, con los necesarios registros públicos, como ya se hace en otros países). En un plano más teórico, pero con importantes repercusiones prácticas, aparece con fuerza la tensión entre los “riesgos laborales” en sentido estricto (vinculados a la previsibilidad de un daño probable, por estar identificado) y los llamados “riesgos del desarrollo” (vinculados a situaciones inciertas), y, por lo tanto, el conflicto entre el “principio de prevención” y el “principio de precaución”. Además, y en un plano más práctico, se plantea claramente la diversidad de funciones, no ya sólo la de reparación, del Derecho Social de Daños, apelando directamente a su función preventiva. En todo caso, parece necesario que sea el legislador el que tome cartas en el asunto, como está demandando la sociedad, no ya sólo las asociaciones de víctimas, a fin de establecer un sistema más efectivo y solidario, sin perjuicio del principio de quien contamina paga íntegra y disuasoriamente el perjuicio, pero a través de acciones conducidas por entidades especializadas y sin que de su suerte dependa el resarcimiento real o efectivo de las víctimas (parte más débil e incluso colectivo especialmente vulnerable a estos efectos)<sup>51</sup>

---

50

[http://www.fiva.fr/documents/Loi\\_n°\\_20001257\\_du\\_23\\_décembre\\_2000\\_version\\_consolidée\\_au\\_2016\\_1114.pdf](http://www.fiva.fr/documents/Loi_n°_20001257_du_23_décembre_2000_version_consolidée_au_2016_1114.pdf)

<sup>51</sup> La Asociación de Víctimas del Amianto de Euskadi (Asviamie) ha pedido hoy la creación de un fondo nacional de compensación a los afectados por esta sustancia para evitar "el sufrimiento" adicional que acarrea "la tortura judicial" por la que pasan sus familiares. Una síntesis de este planteamiento, a propósito de la tramitación parlamentaria, vid. <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2017/09/28/59ccd6ee268e3ede488b4716.html>. Sobre este tema hay una fuerte discusión política, con claros componentes también autonómicos. El Gobierno veto la tramitación de una Proposición de Ley en tal sentido, por su coste, pese a que parece dispuesto ahora a

Desde la política de vigilancia de la salud también ha de intervenir de forma más activa, a través de un *sistema de cribado del cáncer de pulmón* (y otros tumores) asociados al amianto. Así, la publicación de la tercera edición del protocolo de vigilancia sanitaria específica del amianto, junto con la aparición de nuevas técnicas diagnósticas, ha llevado a asociaciones médicas a promover la elaboración de una “normativa de certificación” que revisase aspectos clínicos, radiológicos y funcionales de las diferentes enfermedades relacionadas con el mismo. En ella se establece también recomendaciones para el diagnóstico y el seguimiento de los pacientes expuestos<sup>52</sup>.

En países como Alemania, el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales ha publicado un nuevo informe científico sobre el "*cáncer de ovario causado por el amianto*"<sup>53</sup>. Ello abre la puerta a que este tipo de cáncer pueda ser reconocido como una enfermedad profesional por las entidades aseguradoras, con lo que emerge un típico enfoque de género también en este ámbito.

Como es suficientemente conocido, para la calificación de una contingencia como enfermedad profesional, el legislador utiliza un criterio causal (deriva del trabajo realizado por cuenta ajena) y otro formal, relativo a un listado enumerativo de enfermedades, actividades y elementos que la provocan (Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre). Lo determinante no es, por tanto, la etiología de la enfermedad, sino las circunstancias, agentes o sustancias capaces de provocarla, siendo la enfermedad producto del contacto reiterado con aquellos agentes, sustancias o circunstancias causantes del daño. La concurrencia de los elementos legalmente exigidos permite calificar como profesional la enfermedad y exime al trabajador de la prueba de la relación causal entre el elemento patógeno y la patología sufrida, al fundarse en una presunción legal que protege a todas las dolencias incluidas en el cuadro oficial. De

---

contemplantarlo seriamente. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/parlamentarios/rajoy-dispuesto-a-tratar-las-compensaciones-a-las-victimas-del-amianto-6313>

<sup>52</sup> Se trata de la normativa SEPAR, elaborada por la conocida y reputada Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica (Separ) <https://www.redaccionmedica.com/secciones/neumologia/separ-exige-un-cribado-de-cancer-de-pulmon-para-expuestos-al-amianto-1881>. A su juicio solo el 15 por ciento de los pacientes con cáncer de pulmón continúan con vida tras cinco años debido a que en la actualidad el diagnóstico, generalmente, se realiza en estados avanzados. De ahí, la necesidad de identificar la población de riesgo y someterla a un programa de cribado, a incluir en el sistema público, a su entender, si bien cabría exigir que, dada su conexión laboral, al menos de ciertos tipos, fuese exigible en el ámbito de la política de vigilancia de la salud laboral en la empresa.

<sup>53</sup> Al igual que en los casos de cáncer de pulmón y de garganta causado por el amianto, para el posible reconocimiento del cáncer de ovario causado por el amianto como enfermedad profesional deben darse las siguientes condiciones -Recomendación del Foro de Expertos de Medicina 'enfermedades profesionales' [http://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressearchiv/2017/quartal\\_1/details\\_1\\_143174.jsp](http://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressearchiv/2017/quartal_1/details_1_143174.jsp):

- El cáncer de ovario debe ir acompañado de una asbestosis o bien
- Debe presentarse en conjunción con una enfermedad pleural causada por el polvo de asbesto o bien
- Los trabajadores deben ser capaces de demostrar una dosis de polvo de fibra de amianto en el lugar de trabajo por lo menos 25 fibras/año



forma que, acreditada la realización del trabajo en la actividad listada y la aparición de la enfermedad prevista para esa actividad, la calificación se impone de forma casi automática, por la citada presunción legal. En términos de la STS de 23 de junio de 2015, RCU 944/14, que reafirma una jurisprudencia precedente (STS 27 de febrero de 2008, RCU 2716/06), la "relación de causalidad está cerrada y formalizada". Criterio jurisprudencial que se refuerza en la STS de 5 de noviembre de 2014 (RCU 1515/13): *"el sistema vigente...conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen iuris et de iure enfermedades profesionales todas las... listadas"*.

La inexistencia de ese presupuesto desactivará, pues, la presunción, sin que baste un factor de riesgo meramente ambiental de carácter externo o difuso, como es el trabajar dentro de una empresa que usa amianto pero desempeñando un puesto de trabajo que no tiene una exposición directa o relevante a aquél, pues trabajaba habitualmente fuera de la empresa (STSJ Navarra, 577/2016, 9 de diciembre)<sup>54</sup>

Aquí merece la pena una reflexión específica de la condición de "víctima" como factor de especial vulnerabilidad social (Derecho de las Víctimas), y los límites de la responsabilidad tradicional o clásica, la civil o individual, exigiendo una respuesta más solidaria, socializada, y sin perjuicio del *"principio de quien contamina paga"*

Junto a la socialización mediante Fondos de Solidaridad (que en Francia subsiguio a la fijación por el TS de una responsabilidad objetivada, por resultado dañoso), emergerían otras técnicas legislativas, como la "cuenta individual de prevención del trabajo penoso". Se trata de un mecanismo previsto en la legislación francesa en materia de pensiones que permite, a los empleados que realizan trabajos físicamente exigentes que tienen un impacto sobre la salud y la esperanza de vida, que se retiren hasta dos años antes, que se reconviertan o trabajen a tiempo parcial. Las situaciones que serán tenidas en cuenta especialmente se relacionan con los factores causantes de riesgos emergentes, tales como los ergonómicos

---

<sup>54</sup> El fallecimiento del trabajador fue por Fibrosis pulmonar intersticial difusa, bilateral avanzada de predominio en campos pulmonares inferiores. Pero "...en ningún caso se puede hablar de que el Sr. Ramón estuviera sometido a una sobreexposición continuada al amianto que permita defender la relación causal entre su enfermedad y la exposición al amianto. A mayores, y pese a que en un principio, el Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra emitió un informe firmado por la Dra. Virginia en el que se afirmaba la relación de la enfermedad del Sr. Ramón con el amianto, ni la necropsia llevada a cabo en su día, ni el acta del grupo de seguimiento de la patología de amianto para la revisión del caso del trabajador, comisión de la que formaba parte también la Dra. Virginia, determinan relación causal alguna entre el trabajo y la enfermedad padecida. De hecho la necropsia determinó la ausencia de cuerpos de asbesto y placas pleurales, máxime cuando no existe acreditación alguna de exposición del trabajador al amianto" (FJ Tercero)

(posturas fatigosas, la manipulación manual de cargas) y psicosociales (horarios a turnos, el trabajo repetitivo, el trabajo nocturno), así como biológicos (exposición a ruido, vibraciones mecánicas y sustancias químicas). Se calcula que alrededor del 20% de los trabajadores franceses está expuesto al menos a uno de dichos factores.

Este instrumento ha experimentado diversas reformas en estos años. Hoy, la llamada Ordenanza 2017-1389, de 22 de septiembre de 2017, transforma esa cuenta personal (C3P) en una “*cuenta profesional de prevención*” (C2P). Sus normas de aplicación serán objeto de futuros decretos. Toda empresa debe evitar el trabajo penoso, independientemente de su tamaño y actividades. Cuando un empleado está expuesto a factores de trabajo penoso más allá de determinados umbrales, el empleador debe hacer una declaración. El empleado, entonces, se beneficia de una cuenta personal de la prevención del trabajo penoso en el que va acumulando puntos. Desde el 1 de enero de 2017 la cuenta de penosidad forma parte de la cuenta personal de actividad (CPA)<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Junto a la cuenta de formación y a la cuenta de compromiso ciudadano (compromiso cívico), integra la “*compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P)*”. La loi du 8 août 2016 dite « loi Travail » prevé igualmente el acceso a la CPA para todos los trabajadores autónomos, entrando en vigor el 1 de enero de 2018.