

El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso

Surcharge work accident related illnesses harassment

GEMMA FABREGAT MONFORT

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Resumen

El artículo tiene por objeto realizar un análisis a propósito de las consecuencias del acoso desde la perspectiva de los efectos perniciosos que puede tener para la salud del trabajador. Se trata de delimitar qué es el acoso desde una perspectiva jurídica y cómo deben ser jurídicamente calificadas las consecuencias que puede tener en la salud del trabajador, en el sentido de ser calificadas de contingencias profesionales y, por extensión, si puede dar lugar o no a un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas.

Abstract

The article aims to carry out an analysis with regard to the consequences of harassment from the perspective of the pernicious effects it can have on the health of the worker. It is intended to delimit what is harassment from a legal perspective and how the consequences can have on the health of the worker must be legally qualified, in the sense of being qualified as occupational contingencies and, by extension, whether or not they can lead to a surcharge of benefits for non-preventive measures.

Palabras clave

Acoso, Violencia laboral, Accidente de trabajo, Contingencia profesional, Prevención de Riesgos laborales

Keywords

Harassment, Workplace violence- Occupational accident, Professional contingency, Preventive measures

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis a propósito de las consecuencias del acoso desde la perspectiva de los efectos perniciosos que puede tener para la salud del trabajador. Se trata de delimitar cómo deben ser jurídicamente calificadas las consecuencias que el acoso tiene en cuanto a la consideración de una posible incapacidad del trabajador como accidente laboral y, por extensión, si puede dar lugar o no a un recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas a favor del trabajador.

A efectos de sistematizar el tratamiento de este tema es importante abordar igualmente qué es el acoso desde una perspectiva jurídica del término, la distinción del acoso de figuras afines, así como la consideración que tiene la salud del trabajador como interés jurídico a proteger frente a una situación de acoso.

Todo ello con la finalidad de delimitar la calificación de la contingencia en caso de afectación a la integridad del trabajador en una situación de acoso.

2. EL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL

Una de las primeras cuestiones que hay que tener en cuenta a la hora de delimitar las consecuencias que sufrir una situación de acoso puede tener en la salud del trabajador, es la dificultad que desde siempre ha existido a la hora de precisar cuándo determinadas conductas

son o no constitutivas de lo que jurídicamente debe entenderse como acoso. Máxime porque el tratamiento normativo que al respecto ha existido no ha ayudado. No existe un concepto legal de acoso laboral en el E.T.¹. Y la primera norma que se ha referido expresamente al concepto de acoso lo ha hecho para delimitar un acoso específico, el acoso discriminatorio ante la concurrencia de ciertas causas, obviando totalmente el tratamiento normativo al acoso laboral, en general.

La ausencia de un marco normativo referido al acoso en general en el ámbito laboral, ha obligado a los tribunales a ir perfilando con su interpretación cuando cabe entender que se da acoso en función de la concurrencia o no de ciertos requisitos que han pasado a ser prácticamente determinantes de su conceptualización.

En efecto, desde la óptica de la realidad de 1980, desde el contexto económico, político y social de la primera redacción del E.T., es fácil entender por qué en la norma laboral “general”, el E.T., no hay un concepto expreso de acoso que se refiera al acoso en el trabajo en general, sin un carácter discriminatorio.

En ese momento histórico, el legislador del E.T. parecía estar pensando más en fijar las bases de la reconversión industrial que en los derechos fundamentales en el trabajo, y en parte es lógico que así fuera.

Pero por lo que aquí interesa destacar, lo anterior supone que no hay marco legal expresamente referido al ejercicio y respeto de la totalidad de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, en cuanto tal; y, por extensión, tampoco lo hay para hacer frente a las situaciones de acoso².

De donde sigue que las víctimas de acoso, no encuentran en el marco legal más sustento jurídico para hacer valer sus derechos, que el de la reclamación de la vulneración de su dignidad reconocida en el art. 4.2.e) E.T., de forma genérica, y en los términos fijados en el art. 18 E.T. y 20 E.T. como límite, también genérico, al control y al poder de dirección del empleador.

En ese contexto, traducir esa reclamación de la dignidad reconocida ex. arts. 4.2.e), 18 y 20 E.T., parecía necesariamente imponer la reivindicación del derecho a extinguir el contrato por aplicación del art. 50.1.a. E.T. Lo cual, no sólo suponía que la víctima se quedaba sin trabajo, lo que es muy discutible desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva³, sino que

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

² En ese contexto, extrajurídicamente se va gestando el concepto de acoso. De hecho, fue el etólogo Lorenz, quien se refirió por primera vez a esta realidad, siendo más tarde Leyman el autor que seguramente más ha profundizado en el estudio del acoso (Cfr. LEYMAN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, Edit. Du Seuil, Paris, 1996; y, del mismo autor, “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo”, *European Journal of work and Organizational Psychology*, 116)

³ Al respecto, STSJ de Madrid 14-6-2005, Rec. 905/2005; y STSJ de Madrid 10-12-2007, Rec. 4275/2007 “es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón de acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante, los efectos resarcitorios ya apuntados, una pérdida de puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador. Sin embargo ésta parece ser la única solución posible, si bien habría que ponderarse en términos adecuados por la Jurisprudencia Social no sólo el perjuicio inherente a la forzada extinción contractual -<ex. art. 50.c) E.T. del “Estatuto de los Trabajadores”>- sino, también, el perjuicio material y moral que ocasiona al trabajador tener que extinguir la relación laboral que mantiene con la empresa”.

además, sólo permitía reclamar las situaciones de acoso verticales que, siendo ejecutadas por el empleador o el superior jerárquico de la víctima, comportaban sobre todo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Fue con la entrada en vigor de la LPRL, Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cuando empezó a cambiar el panorama normativo en lo que a protección frente al acoso en la empresa respecta.

De hecho, ex. art. 14 LPRL el empleador está obligado a garantizar la seguridad y salud en la empresa, esto es, es el responsable de que la prestación de servicios se efectúe en adecuadas condiciones de seguridad y salud y, en consecuencia y por lo que aquí interesa, también lo es de prevenir, evitar y erradicar en su empresa los riesgos psicosociales en general y el acoso en particular⁴.

Desde esa perspectiva, el acoso laboral ejercido no ya por parte de un superior jerárquico sino de un compañero de trabajo del mismo nivel jerárquico o, incluso, de alguien que se encuentra en una posición inferior, es más fácil de reclamar o denunciar judicialmente por la vía del art. 50.1.c) E.T., extinción del contrato de trabajo ante un incumplimiento grave de otras obligaciones empresariales, al poderse incluir entre estos posibles incumplimientos empresariales el de la obligación preventiva en los términos del art. 14 LPRL

Se empieza a tutelar, desde esa perspectiva preventiva, el acoso horizontal, entre compañeros, o aquel en el que la víctima es un superior jerárquico del agresor o agresores. Pero ello sin que exista en la norma, todavía, referencia expresa al acoso laboral, en cuanto tal.

Estando así las cosas, entran en vigor tres normas que, por ser una transposición de normativa europea, sí incluyen el concepto de acoso. Y ese hecho, que debería ser positivo, no lo es tanto al generar una cierta dispersión normativa por perfilar un concepto de acoso

⁴ Cfr. AGUSTÍ MARAGALL, J., “El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico”. En AAVV., *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. AA.VV., (CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F.; MOVILLA GARCÍA, M., Coords.) Quintas Jornadas de Otoño de Derecho Social. Comares. Granada, 2002. La necesidad de que la nueva tutela judicial del acoso avanzase desde la tutela de la prevención de riesgos laborales y desde la tutela de la prohibición de discriminación también fue puesta de relieve por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social*, nº19/2002. Cfr., además, MOLINA NAVARRETE, C., “La tutela frente a la “violencia mora en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, *Aranzadi Social* nº 18/2002; Del mismo autor: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS Sala 4ª de 11 de marzo de 2004”, *Revista de Derecho Social*, nº26/2004; “La justicia contra el acoso deja de administrarse con lazos torcidos?” un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentarios a la STS, Sala 4ª, 17 de mayo de 2006”, *RDS*, nº 35/2006. p. 188; FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*. Bomarzo. Albacete, 2011.

A modo de ejemplo de estas primeras sentencias, entre otras, STSJ del País Vasco 9-7-2002; Rec. 1330/2002; SsTSJ de Asturias 9-5-2003, Rec. 2395/2002; Rec. 2428/2002; Rec. 2394/2002; Rec. 2396/2002; STSJ de Cataluña de 2-6-2006, Rec. 9204/2005; En sentido contrario, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6-10-2003, Rec. 785/2003. Con todo, en este sentido han resultado determinantes las STC 62/2007, de 27 de marzo –B.O.E. 26-4-2007– y STC 160/2007, de 2 de julio –B.O.E. 3-8-2007–, que expresamente vienen a decir que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles.

sólo por ciertas causas discriminatorias, e ignorar, totalmente, que en el E.T. no había referencia expresa al acoso en general.

Las normas a que me refiero son la Ley 51/2003, de igualdad de trato respecto las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de igualdad por motivos raciales, religiosos, sexo, orientación sexual⁵. Ambas contienen una definición expresa de acoso, además de suponer la modificación del art. 54 E.T. permitiendo despedir disciplinariamente al que acose a otro, aunque, y esto es importante, sólo por los motivos que expresamente se menciona, es decir, sólo si se acosa en base a las causas que el precepto fija.

Si esa definición de lo específico cuando no existe la definición de lo genérico ocasiona *per se* disfuncionalidades, realmente éstas se incrementan todavía más con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad real entre mujeres y hombres –en adelante, LOI–.

De hecho, la LOI, contiene dos referencias al acoso. La primera, cuando en la regulación de los planes de igualdad habla de la necesidad de que en los mismos se trate, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46 LOI). La otra, en el art. 48 LOI, cuando, con independencia de la obligación o no de la existencia de un plan de igualdad, obliga a todas las empresas a tener un protocolo o unos procedimientos específicos para prevenir el acoso, que se deberán negociar con los representantes de los trabajadores.

Pues bien, desde el momento en que lo especial (porque esta obligación se condiciona en la ley al acoso sexual y por razón de sexo) sí se legisla expresamente, pero no se hace lo propio con lo general, existe el riesgo de que erróneamente se entienda que la obligación de prevenir el acoso en la empresa deriva de la LOI y no de la LPRL y que sólo existe obligación empresarial de actuar ante el acoso en los casos del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Insisto en la idea porque me parece muy importante: es con y a partir de la entrada en vigor de la LOI cuando se entiende que existe la obligación de prevenir el acoso en la empresa. Pero el reconocimiento de esta obligación parece que se hace ignorando que la obligación, en cuanto tal, ya existía y existe desde la LPRL

De hecho, desde esa perspectiva, se suele olvidar el acoso en general, así como la obligación preventiva que el empleador tiene para con sus trabajadores también en el caso de violencia psicológica en el puesto de trabajo. Se ignora, de esta forma, lo genérico (el acoso en cuanto tal) para hacer referencia a lo específico (el acoso sexual o por razón de sexo), con las consecuencias negativas que ello tiene para garantizar una adecuada prevención,

⁵ Estas leyes suponen la transposición de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en relación con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual; normas comunitarias que también tipifican el acoso por razón de tales motivos como conductas expresamente prohibidas por discriminatorias.

generando, en consecuencia, la posibilidad de pedir responsabilidades, también económicas, al empleador que acosa o consiente el acoso en su empresa.

Entender que la obligación empresarial de prevenir y evitar el acoso en la empresa deriva no sólo de la LOI sino que es extensible respecto cualquier tipo de acoso supone, por lo que aquí interesa, que la dolencia que puede sufrir el trabajador a causa del acoso al que ha sido sometido podrá ser calificada de contingencia profesional y, generar, incluso en caso de incumplimiento de las obligaciones preventivas al respecto, un recargo en las prestaciones.

Pero claro, antes deberá demostrarse que la afectación en la salud de la víctima es consecuencia de una situación susceptible de ser calificada de acoso desde una perspectiva jurídica.

3. CONCEPTO JURÍDICO DE ACOSO

Con lo anterior es muy importante insistir en dos ideas fundamentales y claramente interrelacionadas que se desprenden del tratamiento normativo del acoso.

La primera, la del relevante papel de los tribunales al respecto del concepto de acoso, especialmente respecto del concepto de acoso laboral en general, pues son éstos los que han tenido que ir perfilándolo ante la ausencia de un concepto legal expreso de acoso en la normativa laboral.

En segundo y último lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, es importante clarificar también que el acoso en la empresa es algo más que el acoso al que expresamente se refieren los textos normativos.

De hecho, éstos sólo hablan de acoso discriminatorio, cuando en la realidad el acoso puede ser discriminatorio o no. El acoso, en general, como luego se verá, es un acto que, en cuanto tal, siempre afecta a la dignidad del trabajador. En algunos casos, además, tendrá un móvil discriminatorio, pero en otros casos no, y no por eso, de darse los requisitos constitutivos a los que ahora me referiré, la conducta en cuestión dejará de ser considerada como acoso, y será reclamable como tal.

Veamos, siquiera brevemente, y a efectos de clarificar un poco estas cuestiones: a) los elementos constitutivos del acoso; b) Los distintos tipos de acoso; c) La distinción entre el acoso y figuras afines.

a) Los elementos constitutivos del acoso

De una manera sintética, puede afirmarse que tras una clara evolución jurisprudencial, los tribunales exigen que para que una determinada conducta sea considerada como acoso, en la misma sean identificables los siguientes seis elementos: 1.- acosador; 2.- víctima; 3.- concurrencia de violencia psicológica extrema; 4.- relación laboral; 5.- reiteración en el tiempo; 6.- intencionalidad.

Veamos un poco más al respecto de cada uno de ellos.

1.- El acosador: la referencia al acosador o sujeto activo del acoso exige clarificar dos cuestiones: la primera, que el acosador puede ser una persona o varias; la segunda y última, que ésta puede ser cualquier persona del entorno laboral de la víctima. Lo habitual es que el agresor sea el jefe inmediato, el superior jerárquico o incluso el propio empresario. Con todo, nada impide que el acoso se produzca entre compañeros (acoso horizontal); ni tampoco es imposible que el acosador, o acosadores, ocupen en la jerarquía de la empresa un nivel inferior al que ocupa el acosado, que contra todo pronóstico se convierte en víctima de un inferior –o varios inferiores– en la escala de mando empresarial.

Como también podría ser, en los casos de descentralización empresarial, que acosado y acosador perteneciesen a dos empresas distintas que comparten centro de trabajo.

2.- El acosado/los acosados: Por lo que se refiere a la víctima, lo más habitual es que sea una única persona. Pero el acoso puede ser igualmente plural y las víctimas ser más de una. En cualquier caso, lo que no me parece, es que el acoso pueda ser colectivo, habida cuenta que por definición *siempre afecta a la dignidad, y ésta tiene un componente subjetivo no apreciable en un colectivo genérico e indeterminado*.

3.- La existencia de violencia psicológica: Como tercer elemento a considerar importa precisar que el acoso exige la concurrencia de violencia psicológica extrema, esto es, hostigamiento psicológico. Y si bien es cierto que este hostigamiento admite muchas y variadas manifestaciones, de ahí la clasificación que en su día realizó Leyman⁶, lo que ahora me interesa poner de relieve es que los comportamientos en cuestión se deben analizar en cada caso concreto y en su conjunto, pues puede ocurrir que, aunque analizados aisladamente, no sean ilegales, examinados en su totalidad, de forma global y para un caso en particular, sí generen una situación de agresión psicológica intolerable constitutiva de acoso⁷.

4.- El entorno laboral: Claro que, para que todo lo anterior devenga una cuestión relevante, todo lo anterior debe producirse en el marco de una relación laboral, entendida ésta en un sentido amplio y no limitándose a la que estrictamente se da entre empresario y trabajador individualmente considerados, sino incluyendo también aquellas relaciones que se dan entre compañeros, trabajadores de distintas empresas que coexisten en el mismo centro de trabajo a consecuencia de una contrata, de un recurso a Empresas de Trabajo Temporal, etc.

5.- La reiteración en el tiempo: La periodicidad, como requisito de las conductas de acoso moral ha sido, sin duda, una de las cuestiones que más polémicas y que más confusiones ha generado a propósito del acoso.

⁶ Además de la definición es conocido de este autor la agrupación en cinco categorías de hasta 45 conductas que pueden ser constitutivas de mobbing según afecten a (1) la comunicación de la víctima con su entorno laboral; (2) impidan o dificulten a la sus relaciones sociales; (3) y (4) intenten desacreditar su reputación personal y profesional, (5) afecten a la salud física o psíquica de la víctima. Esa clasificación, como digo, en cinco categorías de conductas susceptibles de constituir mobbing, se “reordena” por HIRIGOYEN –conocida por sus aportaciones a este respecto desde el ámbito de la psiquiatría– que, por su parte, las agrupa en cuatro tipos: (1) las que suponen un atentado contra las condiciones de trabajo, (2) aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros; (3) atentados contra la dignidad personal; (4) violencia verbal o gestual. (HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós. Barcelona, 2001. Págs. 132 y ss.)

⁷ STSJ de Galicia 8-4-2003, Rec. 518/2003; STSJ de Andalucía 19-12-2002, Rec. 3700/2002.

A día de hoy la apreciación del acoso se continúa condicionando por los tribunales a la reiteración en las conductas violentas u hostiles. Aunque ya se ha superado la doctrina de Leyman que exigía que para apreciar el acoso las conductas de hostilidad u hostigamiento se diesen, al menos, un día a la semana durante seis meses.

Durante la época en que se siguió con esa teoría, muchas conductas, pese a presentar todos los indicios de acoso, no eran consideradas como tal por los tribunales, por no cumplir la conducta hostil con esta cadencia de un día a la semana durante seis meses en su repetición temporal.

En cualquier caso, como digo, parece que poco a poco este requisito ha ido desvirtuándose a favor de los de la intensidad y gravedad del comportamiento del acosador. Sin duda, estos son los elementos a valorar tanto o más para apreciar la concurrencia del acoso, que la mera frecuencia temporal con que las esos comportamientos o conductas se manifiestan. Máxime teniendo en cuenta que el acoso laboral –que no sexual– *per se*, exige la reiteración, la repetición y que en esencia es difícil que se pueda apreciar jamás ante la concurrencia de un simple hecho o conducta concreta y puntual por muy grave que ésta sea⁸. De ahí que lo relevante vaya siendo cada vez menos la concreta frecuencia de la repetición y sea cada vez más si la situación como globalidad, como conjunto de actuaciones, supone una violencia intensa para con otro. Si hay intensidad y gravedad de forma reiterada se aprecia el acoso aunque la cadencia temporal no coincida con la que en su día conceptualizó Leyman.

6.- La intencionalidad en el agresor: generar un daño a la víctima. Pero además de todo lo anterior, para apreciar el acoso, los tribunales exigían cierta intencionalidad en el agresor, entendida ésta como afectabilidad en la empleabilidad del trabajador.⁹

Pues bien, que este requisito deba ser entendido como algo consustancial al acoso o meramente instrumental es lo que ha sido objeto de un importante debate en la doctrina científica¹⁰ y judicial¹¹. Con todo, creo que lo esencial a este respecto no radica tanto en

⁸ Aunque la jurisprudencia hoy no es unánime a la hora de aceptar la cadencia temporal que en su día fijo LEYMAN de actos que concurran una vez a la semana durante seis meses (por todas, STSJ de León/Burgos 6-7-2004, Rec. 377/2004) sí que se mantiene la necesidad de reiteración en la conducta agresiva si bien la frecuencia con la que deben manifestarse las conductas violentas para entender que existe acoso se hace depender de la intensidad de la violencia que impliquen esos actos Véase, al respecto, STSJ de Castilla la Mancha 28-5-2002, Rec. 434/2002; STSJ de Andalucía 19-12-2002, Rec. 3700/2002; STSJ de Comunidad Valenciana 16-12-2003, Rec. 3651/2003; STSJ de Cataluña 11-6-2003, Rec. 8186/2002; STSJ de Aragón 22-12-2005, Rec. 1020/2005; STSJ Andalucía 21-3-2007, Rec. 169/2007; STSJ de Canarias 19-11-2008, Rec. 635/2008; STSJ de Galicia 8-5-2009, Rec. 644/2009; STSJ de Madrid 14-5-2009, Rec. 1780/2009; STSJ de Madrid 26-6-2009, Rec. 2927/2009; STSJ de Madrid 23-12-2009, Rec. 4540/2009.

⁹ Por lo que se refiere a la concurrencia de una intención, como requisito conformador del acoso, en palabras de Leyman, *la finalidad (del acoso, es decir, la intencionalidad del acosador) es destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo* (Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral...”, cit.).

¹⁰ Cfr. con ARAMENDI SÁNCHEZ, P., “Acoso moral y su tipificación jurídica y su tutela judicial”, *Aranzadi Social*, nº 2, pág. 16; ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*. Bomarzo. Albacete, 2004. Pág. 26; COLLADO GARCÍA, L., “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencias con otras figuras”, CGPJ. Madrid, 2005.

¹¹ Véase al respecto de la exigencia de probar la intencionalidad del acosador, por todas, STSJ de Madrid 16-10-2007, Rec. 4081/2007; STSJ de Asturias 9-11-2007, Rec. 2650/2007

discutir lo anterior, ni tampoco en si exigir la intencionalidad en este supuesto puede dificultar o no la prueba a la víctima.

Entiendo más coherente suponer, con parte de la doctrina científica¹² que, obviamente, la intencionalidad es inherente al acoso, pero ésta se deduce de los elementos objetivos que concurren en la actuación del agresor respecto la víctima.

Desde esa perspectiva, no es necesario que para hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva, la víctima, como receptora del acoso, deba demostrar que la intención del acosador era afectar a su empleabilidad; bastará con que así se deduzca de los hechos que objetivamente concurren en el caso en cuestión.

Pero junto a lo anterior, hay un hecho más que a mi modo de ver debe tenerse en cuenta para que se aprecie el acoso, cual es, que efectivamente la agresión a la víctima se produzca. No se me malinterprete, no estoy hablando de que se produzca un daño psicológico a la víctima¹³, sino de exigir afectación o agresión para con la víctima de acoso, y más en concreto, para con su dignidad, derecho al honor, a la intimidad personal o a la propia imagen, integridad física y moral, etc.

Es decir, en mi opinión, resulta fundamental que, para poder apreciar la concurrencia de acoso, la víctima efectivamente se vea afectada –psíquica y/o moralmente– por el comportamiento al que se ha visto sometida pues, de no ser así, el presunto acoso no sería, en mi opinión, una situación real de acoso sino una situación de violencia en el trabajo, en la que el agresor no habría además logrado la pretensión que perseguía con su comportamiento.

Ahora bien, la víctima puede entenderse moralmente afectada aunque no lo esté psicológicamente, por lo que el acoso existirá igual aunque no le genere un daño psicológico, una enfermedad¹⁴.

Cierto que es difícil que una persona, de ser sometida a un hostigamiento de forma reiterada, no se sienta afectada psicológicamente. Lo normal es que lo esté. Y que se genere una situación de incapacidad temporal.

¹² PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”. En *Tribuna Social*, nº 178/2005. Desde esta perspectiva, la intencionalidad del agresor como elemento consustancial del acoso no creo que sea contraria a la definición de acoso contenida en las leyes 51/2003 y 62/2003 aunque en ellas no se exija expresamente el requisito de la intención del acosador. En sentido contrario, ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., pag. 27 Por su parte, el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, exige la concurrencia de intencionalidad. Se exige, así, a estos efectos, la premeditación o una intención de humillar, abusar o segregare. En ese sentido, se excluyen del acoso aquellas conductas que se deben a torpeza o negligencia y que no responden a una intención sistemática de humillar a otra persona.

¹³ El daño psicológico a la víctima, de producirse, será relevante para cuantificar la indemnización por daños y perjuicios, pero no es un elemento constitutivo del acoso laboral. En el mismo sentido, STC 160/2007, de 2 de julio, –B.O.E. 3-8-2007–.

Con anterioridad, ya lo habían dicho, entre otras, STSJ de Cataluña 11-6-2003, Rec. 8186/2002; STSJ de Aragón 22-12-2005, Rec. 1020/2005; STSJ de Madrid 10-12-2007, Rec. 4275/2007.

¹⁴ En sentido contrario, exigiendo una alteración en la salud de la víctima, véanse, por todas, STSJ de País Vasco 2-10-2003, Rec. 1373/2003; STSJ de Galicia 29-12-2003, Rec. 5546/2003.

Pero si excepcionalmente, bien por concurrir determinadas cualidades psíquicas y/o físicas en el destinatario de estos comportamientos, bien por disponer de un entorno o núcleo personal muy particular, la presunta víctima no sufre daños psicológicos o en su “salud mental”, pero objetiva y subjetivamente es clara la afectación de su dignidad en atención al tipo de actuación al que se le ha sometido, entiendo que igualmente concurre el acoso pese a la ausencia de enfermedad o afectación a la situación psíquica de la víctima¹⁵.

A lo que me refiero al exigir afectación subjetiva es al hecho de que si la víctima no entiende que ciertos hechos afectan a su dignidad u otros derechos fundamentales, las actuaciones objetivamente violentas que pueden manifestarse en el lugar de trabajo, serán constitutivas de violencia laboral, y como tal abordables, pero no creo que deban ser calificadas de acoso laboral. Entiendo que, como afectación personal a la dignidad o integridad moral, el concepto de acoso no puede prescindir de la visión subjetiva de la víctima, que necesariamente debe tenerse en cuenta en el análisis objetivo de las conductas o comportamientos en los que puede manifestarse el acoso en cada caso. Siendo, desde esa doble dimensión, desde la que cobra sentido hacer referencia a la afectación de la integridad moral o dignidad del trabajador víctima del acoso.

b) Los distintos tipos de acoso: acoso laboral “común”, acoso discriminatorio y acoso por razón de sexo: breves apuntes delimitadores.

Lo anterior permite a los jueces poder delimitar cuando concurre en la realidad una situación de acoso y cuando no. Lo que, en consecuencia, posibilita dilucidar en qué supuestos va a resultar admisible solicitar una indemnización como la que se expondrá; y en cuales otros, por no concurrir acoso, esta indemnización no es posible.

Pero hasta ahora me he referido al acoso laboral en general, al acoso laboral “común”. Cierto que he diferenciado entre acoso vertical descendente, acoso vertical ascendente y acoso horizontal. Exponiendo que en todos los casos la víctima, si lo desea, puede acudir a la extinción contractual ex. art. 50 E.T.

No obstante, todavía no he establecido una diferencia entre acoso en general, acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio. Y la distinción hay que tenerla en cuenta para evitar confusiones injustificadas, pese a que en todas las situaciones enumeradas, en mi opinión, lo importante es el acoso y no tanto el motivo o razón por la que se produce. Aunque todo sea reclamable e indemnizable¹⁶.

¹⁵ En el mismo sentido, SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral en el trabajo*. CES. Madrid, 2005. Concretamente, págs. 96-99, en las que la autora destaca la importancia de la integridad moral como positivización máxima de la dignidad; y también las págs. 218-220 en las que se diferencia entre daño psicológico y daño moral y en el que se incluye en este último la acepción italiana del daño existencial entendido como algo diferente al daño psicológico o a la aflicción del ánimo y que se genera al causar lesiones a un derecho fundamental, sin necesidad de incidencia en el plano psicológico o anímico. Véanse, asimismo, NAVARRO NIETO, F., *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*. Aranzadi. Pamplona, 2007; PÉREZ DEL RÍO, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Bomarzo. Albacete, 2009. Pág. 37.

¹⁶ Doctrinalmente no ha sido una cuestión pacífica. En sentido contrario al expuesto se manifiesta PÉREZ DEL RÍO, T. que califica de reduccionista “tratar (el) fenómeno de la esencial importancia tanto cualitativa como cuantitativa de la violencia de género en el trabajo como un tipo de algo menos frecuente, el acoso moral genérico” (*La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista...*, cit. pág. 18).

Voy a dejar al margen de cuanto sigue el acoso sexual, porque tiene una clara finalidad libinidosa, de fácil detección por parte de la víctima, y porque entre sus elementos constitutivos no se exige reiteración, pues un sólo acto de estas características puede bastar en sí mismo para ser entendido constitutivo de acoso sexual si en atención a la intensidad de la agresión reviste la suficiente gravedad.

Pero dejando el acoso sexual al margen, es evidente que para apreciar el acoso, también el acoso por razón de sexo o el acoso discriminatorio, deben concurrir los elementos constitutivos antes expuestos.

Si además de concurrir esos requisitos, la conducta en cuestión presenta un perfil discriminatorio, por ejercerse frente a una mujer, simplemente por serlo o por características, circunstancias o cualidades que se le presumen (tales como el embarazo, labores reproductivas, etc.) el acoso laboral será además un acoso por razón de sexo en los términos de la LOI¹⁷.

Si el motivo de discriminación no es el sexo, sino cualquier otro de los motivos mencionados en la Ley 51/2003 o en la Ley 62/2003, entonces hablaremos de acoso discriminatorio sin más.

Con todo, quede claro que lo importante es el elemento común denominador: que se trata de una situación en la que cabe apreciar el acoso. No el motivo por el cual se produce el acoso.

¹⁷ Insisto en esa idea porque me parece fundamental. Al contrario de lo que opina parte de la doctrina (PÉREZ DEL RÍO, entre otros) creo que el hecho de que la víctima sea mujer, el hecho de que la violencia sea una violencia “machista”, no es motivo suficiente como para entender que el acoso al que se ha visto sometida de forma discriminatoria la víctima no es una modalidad de acoso laboral, es otra cosa. Máxime, además, porque de prosperar esta última teoría, la de entender que el acoso por razón de sexo no es una modalidad del acoso “común” o general, entiendo que cada uno de los acosos discriminatorios que puedan generarse por razones de edad, origen racial, orientación sexual, etc. tampoco deberían de poder considerarse como una modalidad o especialidad del acoso moral o acoso laboral “común”, debiendo entonces generarse una figura jurídica autónoma para cada una de las manifestaciones del acoso en función de su razón de ser. Lo que al final supondría que una misma realidad –una violencia u hostilidad constitutiva de acoso en el trabajo- diese lugar a figuras jurídicas independientes y totalmente distintas entre sí en función del motivo o razón que lleva al agresor a actuar como lo hace. Y ello no deja de parecerme un sinsentido. Sobre todo porque en muchos casos resultará muy difícil demostrar el motivo real que lleva al agresor a actuar como lo hace, y eso pese a entender, como ya he defendido, que la intencionalidad del agresor no es en el acoso necesario demostrarla *stricto sensu*, sino que son los hechos objetivos los que en permiten presumir cuál es su intencionalidad real. En conclusión pues, creo que el acoso por razón de sexo es en realidad una modalidad del acoso en general y del acoso discriminatorio de manera más especial. Ahora bien, entendiendo a estos efectos como acoso por razón de sexo, tanto el acoso que sufre la mujer por serlo biológicamente hablando como el que puede sufrir por el papel o rol social que se le presume por serlo. En cualquier caso, y dado que la LOI expresa y exclusivamente habla de acoso por razón de sexo, para no crear más disfuncionalidades, en cuanto sigue yo también hablaré de acoso por razón de sexo, aunque fuese más acertado hablar de acoso por razón de género habida cuenta que bajo ese concepto se hace referencia a dos posibilidades de acoso diferenciadas: el que sufre la trabajadora por ser mujer, biológicamente hablando; y también para referirme al acoso que se sufre ante el rol social que supone serlo.

4. ACOSO Y FIGURAS AFINES. DELIMITACIÓN

Todo lo anterior, además de contribuir a definir qué debe entenderse por acoso, también ayuda a delimitar en negativo que situaciones no resultan constitutivas de acoso ante la ausencia de alguno de los requisitos.

Lo que permite claramente distinguir el acoso de figuras afines tales como el estrés laboral, el burn out o el ejercicio irregular del poder de dirección del empleador. Situaciones que, aunque pueden ser jurídicamente reprochables, no lo deben ser por los procedimientos a los que aquí se hace referencia, aunque los efectos en la salud de quien padece estas realidades, caso de haberlos, puedan también ser susceptibles de calificarse de contingencia profesional¹⁸.

a) El ejercicio arbitrario del poder de dirección

El ejercicio no discrecional sino arbitrario del poder empresarial supone un incumplimiento empresarial denunciado por el trabajador pero en ningún caso por sí mismo, es equiparable al mobbing o acoso moral en el trabajo. Para que sea así, para que esa conducta arbitraria del empresario sea constitutiva de acoso debe generar un hostigamiento o asedio que ejercido de forma reiterada o recurrente genere una afectación a la dignidad del trabajador.

¹⁸ La distinción entre acoso y situaciones similares que pueden inducir a confusión es bastante común entre la doctrina especializada. Véase, por todos, HIRIGROYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 21-24; ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., p.32, SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., p. 54.

La importancia de esta diferenciación creo que queda más que clarificada ante el volumen de sentencias que reiteradamente deben delimitar el acoso de figuras afines. Por señalar sólo algunas de las más recientes, véanse, entendiéndose que no concurre acoso moral: STSJ de Comunidad Valenciana 31-1-2008, Rec. 4419/2007; STSJ de Cataluña 26-2-2008, Rec. 8590/2006; STSJ de Cataluña 6-3-2008, Rec. 8303/2007; STSJ de Cataluña 4-4-2008, Rec. 277/2007; STSJ de Comunidad Valenciana 8-4-2008, Rec. 640/2008; STSJ del País Vasco, 14-10-2008, Rec. 1828/2008; STSJ de Canarias de 29-10-2008, Rec. 693/2006; STSJ de Madrid 17-12-2008, Rec. 5349/2008; STSJ de Comunidad Valenciana 31-1-2008, Rec. 4419/2007; STSJ de Cantabria 4-2-2009, Rec. 33/2009; Valenciana 9-6-2009, Rec. 912/2009; STSJ de Comunidad Valenciana 17-6-2009, Rec. 978/2009; STSJ de Madrid 21-7-2009, Rec. 2441/2009; STSJ de Andalucía 15-9-2009, Rec. 215/2009; STSJ de Cataluña 16-9-2009, Rec. 3209/2009; STSJ de Madrid 3-11-2009, Rec. 3864/2009; STSJ de Castilla la Mancha 19-11-2009, Rec. 1086/2009; STSJ de Aragón 9-11-2009, Rec. 837/2009; STSJ de Cataluña 19-2-2010, Rec. 6931/2009; STSJ de Galicia 18-10-2010, Rec. 2538/2010; STSJ de Madrid 10-11-2010, Rec. 4055/2010; STSJ de Castilla León 12-1-2011, Rec. 2163/2010; STSJ de Cataluña 18-1-2011, Rec. 5382/2010; STSJ de Castilla y León 23-3-2011, Rec. 138/2011; STSJ de Extremadura 24-3-2011, Rec. 43/2011; STSJ de Cataluña 25-1-2011, Rec. 4118/2010; STSJ de Comunidad Valenciana 9-2-2011, Rec. 3279; STSJ de Galicia 6-5-2011, Rec. 201/2011; STSJ de Galicia 12-5-2011, Rec. 273/2011; STSJ de Cataluña 18-5-2011, Rec. 484/2008; STSJ de Galicia 23-5-2011, Rec. 623/2011; STSJ de Murcia 23-5-2011, Rec. 37/2011.

También, pero entendiéndose la no concurrencia de acoso sexual, STSJ de Cataluña 8-2-2008, Rec. 6135/2007, que contiene al respecto muy buena definición de acoso sexual. Véase, igualmente, STSJ de Cataluña 13-5-2011, Rec. 2/2011.

Por citar algunas de las que sí entienden la concurrencia de acoso, véanse, en ese sentido y entre otras, STSJ de Comunidad Valenciana 8-1-2008, Rec. 3737/2007; STSJ de Comunidad Valenciana 10-1-2008, Rec. 4127/2007; STSJ de Madrid 2-7-2008, Rec. 1614/2008; STSJ de Canarias 11-12-2008, Rec. 35/2007; STSJ del País Vasco 16-12-2008, Rec. 2636/2008; STSJ de Galicia 14-7-2009, Rec. 1821/2009; STSJ del País Vasco 19-1-2010, Rec. 2836/2009; STSJ de Madrid 4-5-2010, Rec. 1289/2010; STSJ del País Vasco 5-10-2010, Rec. 1725/2010; STSJ de Galicia 7-12-2010, Rec. 3881/2010.

Entendiéndose que sí concurre acoso sexual, por todas, STSJ País Vasco 3-3-2009, Rec. 2/2009; STSJ Castilla la Mancha 25-11-2010, Rec. 1246/2010

Si, además, implica una violencia psíquica traducible en una dolencia para con el trabajador, de mayor número de pruebas dispondrá éste en caso de querer hacer valer sus derechos, pero como mínimo, debe generar lo primero¹⁹.

Cuando ante las características del caso en concreto esa afectación no se produce, el ejercicio arbitrario del poder de dirección supondrá una irregularidad, pero no será constitutivo de acoso²⁰.

b) El *burn out*

El burn out o el síntoma del trabajador quemado se manifiesta en el trabajador que se siente desmotivado o superado por su trabajo. Pero aunque el burn-out puede ser un riesgo psicosocial, no es desde luego identificable con el acoso. El acoso exige la concurrencia de una violencia objetiva que, dirigida hacia el trabajador, le puede generar una dolencia psíquica, pero no es la dolencia psíquica en sí lo que de forma aislada determina el acoso²¹ y sí lo que identifica el burn-out, en el que el trabajador se siente subjetivamente superado en el trabajo pero sin que ello se deba a la violencia generada *ex profeso* por agentes externos a él mismo²².

c) El estrés laboral

El estrés laboral es una dolencia, una patología que sufre el trabajador a causa o como consecuencia de su trabajo. Puede ser una de las consecuencias del acoso, pero en absoluto identificable con éste, y por los mismos motivos que acabo de explicar respecto al burn out. En el acoso la dolencia psíquica que, en su caso y no siempre, el trabajador puede sufrir debe venir motivada por un elemento de violencia externo a él que, conscientemente, tiene por finalidad afectar a su dignidad y a su integridad física y moral, desestabilizando emocionalmente al trabajador en gran parte de las ocasiones.

El estrés laboral, como su propio nombre indica, se genera igualmente por el trabajo, igualmente puede generar una desestabilización emocional, pero no es consecuencia de la

¹⁹ Como ejemplos en los que se constata un ejercicio arbitrario del poder del empresario pero en los que sin embargo no se entiende la concurrencia de acoso, véanse, STSJ del País Vasco 26-2-2002, Rec. 163/2002; STSJ de Galicia 4-11-2003, Rec. 4742/2003; STSJ Asturias 28-5-2004, Rec. 2457/2003; STSJ de Madrid 31-3-2006, Rec. 1547/2006; STSJ de Castilla y León 25-4-2006, Rec. 523/2006; STSJ Baleares 29-4-2010, Rec. 67/2010; STSJ Andalucía 13-5-2010, Rec. 3660/2008. Muy buena es la delimitación entre el acoso y el ejercicio del poder de dirección del empresario que realiza, entre otras, la STSJ de Canarias 19-5-2011, Rec. 197/2011. Por lo demás, reconociendo una dolencia a la salud del trabajador de un conflicto laboral no considerado como acoso, véase, por todas, STSJ de Madrid 28-1-2010, Rec. 5633/2009.

²⁰ Se ha dicho, y coincido con ello, que “la diferencia fundamental a este respecto es que el acoso afecta a los derechos fundamentales del trabajador mientras que con el ejercicio arbitrario del poder de dirección el bien jurídico afectado es el de los derechos laborales sobre el lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo” (ROMERO RODENAS, M.J., *Protección frente...*, cit., p. 29).

²¹ Cfr. para la diferencia entre el acoso y el burn out, y entre otras, STSJ de Galicia de 9-12-2005, Rec. 2436/2005; STSJ de Navarra 18-4-2006, Rec. 84/2006; STSJ de Castilla León 11-8-2008, Rec. 232/2008. A propósito de esta última es de destacar que el burn out se califica como accidente de trabajo.

²² Cfr. MUÑOZ RUIZ, A.B., “La realidad inventada. Accidente de trabajo, acoso imaginario y riesgo de simulación”. AS Nº3, 2012. pág. 17 y ss.

actuación externa de otro que lo genera a conciencia, que es lo que, como he mencionado, determina la concurrencia de acoso²³.

Como conclusión, por tanto, quede claro que sin perjuicio de las posibles irregularidades de las situaciones a las que acabo de referirme y sin perjuicio, igualmente, de la responsabilidad empresarial que pueda existir en lo anterior, en el sentido fundamental de que éste debe garantizar una prestación de servicios en adecuadas condiciones de seguridad y salud, cuanto sigue a continuación deja al margen conductas como las descritas. Éstas deberán asumirse, seguramente, desde la prevención de riesgos en general, y de los riesgos psicosociales en particular, pero no tratarse como un supuesto de acoso, porque por los motivos expuestos no lo es.

5. LA SALUD DEL TRABAJADOR COMO INTERÉS JURÍDICO A PROTEGER FRENTE A UNA SITUACIÓN DE ACOSO

Las anteriores precisiones al respecto del concepto de acoso permiten determinar con claridad cuál es el bien jurídico que debe protegerse en el caso de acoso.

El acoso, en cuanto tal, es un acto pluriofensivo, de donde sigue que los bienes jurídicos a proteger frente al mismo son varios en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. La dignidad, en cuanto tal, siempre se verá afectada. Pero dado que el acoso puede ser discriminatorio, cuando lo sea, a la dignidad y el resto de bienes jurídicos a proteger en cuanto conducta constitutiva de acoso, habrá que unirle otros bienes jurídicos a proteger: el de la igualdad y la prohibición de discriminación.

Si además, exista o no discriminación, el acoso genera una alteración en la salud, el derecho a la integridad física también será un interés jurídico a tutelar.

Por lo que a este respecto interesa destacar hay que diferenciar entre las siguientes situaciones: 1º) situaciones de acoso que lo son objetivamente pero que no generan un daño a la salud de la víctima, lo que es ciertamente excepcional; 2º) situaciones de acoso que sí generan una afectación a la salud de la víctima; 3º) afectaciones en la salud del trabajador generadas por su entorno laboral, o a consecuencia de éste, pero que no derivan de una situación propiamente considerada como acoso desde el punto de vista jurídico.

En efecto, en realidad, al respecto hay que tener en cuenta que en la empresa pueden producirse esas otras situaciones que sin comportar una situación de acoso laboral sino ser consecuencia del estrés laboral, burn out, o violencia en el trabajo, deben ser igualmente previstas, desde la erradicación y prevención, por parte del empleador. Estas situaciones, de

²³ Véase, al respecto, la STS 16/12/2003, Rec. 944/2003, en la que se deja claro que no hay que confundir el estrés laboral con el acoso, pues éste exige algo más que una posible alteración en la salud psicológica del trabajador. En el mismo sentido, STSJ de Aragón 24-3-2004, Rec. 1192/2003; STSJ de Madrid 21-3-2006, Rec. 1110/2006; STSJ de Asturias 19-2-2010, Rec. 2667/2009; STSJ de Cataluña 11-2-2011, Rec. 5162/2010; STSJ de Canarias 18-5-2011, Rec. 2695/2009; Con todo, el estrés igualmente debe ser protegido por el empresario desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales (por todas, STSJ de Cataluña de 2-11-2005, Rec. 1189/2005; STSJ del País Vasco 20-2-2007, Rec. 4/2007; STSJ de Canarias 14-12-2009, Rec. 1613/2007; STSJ de Madrid 15-2-2010, Rec. 5352/2009) y da también derecho a extinguir el contrato ex. art. 50 ET (STSJ Canarias, de 31-5-2001, Rec. 1008/2000, Madrid, 10-10-2005, Rec. 4136/2005).

generar una afectación a la salud de la víctima demostrable, pueden ser calificadas asimismo como contingencias profesionales, pudiendo igualmente, en caso de demostrarse dejación de las obligaciones preventivas del empleador implicar la aplicación del recargo en las prestaciones.

Con todo, aquí no me voy a referir detalladamente a estas otras situaciones a las que acabo de referirme, porque este artículo aborda únicamente el supuesto del acoso pero, en cualquier caso, ello no debe interpretarse en el sentido de entender que estas situaciones no constitutivas de acoso y generadas muchas veces por riesgos psicosociales no pueden ser contingencias profesionales. Lo serán si se demuestra el nexo causal con el trabajo, la causa-efecto.

Centrándome ya en el concepto jurídico de acoso, como decía, lo habitual es que el acoso genere una dolencia en la víctima que le incapacite temporalmente a consecuencia de la situación de hostigamiento en la que se encuentra. Pero no necesariamente debe ser así. Excepcionalmente pueden darse todos los requisitos objetivos de una conducta constitutiva de acoso y sin embargo por la capacidad de resistencia o resiliencia de la víctima no generarle una alteración a la salud.

Como digo, eso no suele ser lo habitual.

Más frecuente es, por el contrario, que la víctima de acoso presente una serie de alteraciones a la salud a consecuencia de la situación hostil a la que ha sido sometida que le inhabilitan o incapacitan temporalmente para trabajar. Y es esa incapacidad temporal, la que se calificará como motivada por contingencias profesionales de demostrarse que la patología o patologías que la generan han sido consecuencia del trabajo o prestación de servicios de la persona en cuestión.

En este sentido, resulta evidente que la integridad física y/o psíquica de la víctima, como interés jurídico a proteger, se sitúa en los casos de acoso en el mismo nivel que la dignidad, el honor, la propia imagen y, en su caso, de tener el acoso un sesgo sexista o ser discriminatorio, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

El acoso es un acto pluriofensivo y, en consecuencia, el que se afecte a un derecho o interés jurídico en concreto no excluye la afectación de otros con el mismo o distinto nivel de intensidad²⁴.

Cuestión distinta es en caso de enfermedad, la calificación que va a recibir la contingencia y la posibilidad o no de vincularlo con el trabajo. A ello me refiero con posterioridad.

²⁴ Cfr. con las ya citadas STC 62/2007, de 27 de marzo –B.O.E. 26-4-2007– y STC 160/2007, de 2 de julio –B.O.E. 3-8-2007–.

6. LA AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD DEL TRABAJADOR EN UNA SITUACIÓN DE ACOSO: LA CALIFICACIÓN DE LA CONTINGENCIA COMO PROFESIONAL Y EL RECARGO DE PRESTACIONES EN ACCIDENTE DE TRABAJO

Como se sabe, los riesgos profesionales se traducen en la LGSS²⁵ en dos contingencias profesionales: las enfermedades profesionales y los accidentes (y enfermedades) de trabajo.

Por lo que se refiere a las primeras, tal y como establece el art. 157 LGSS, se trata de una calificación restringida a las contenidas en el listado fijado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que sustituye al Real Decreto 1978/1995, de 12 de mayo, con el fin de adecuar el ordenamiento español a lo dispuesto en la Recomendación 670/2003/CE, al efecto de contener una doble lista de enfermedades profesionales.

Pues bien, el acoso no se prevé, ni entre las enfermedades que se contienen en el anexo I, que recoge aquellas enfermedades profesionales en sentido estricto, esto es, aquellas sobre las que se tiene la certeza que son enfermedades profesionales; ni en las del anexo II, que detalla de forma más directa o flexible las enfermedades que pueden considerarse en el futuro como dolencias de tipo profesional, esto es, entre aquellas cuya origen laboral se sospecha²⁶.

Por lo que se refiere a los accidentes de trabajo, el art. 156 LGSS se refiere al mismo como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o a consecuencia del trabajo por cuenta ajena”. Y claro, aunque en el caso del acoso pueden generarse lesiones puntuales a consecuencia de la situación de hostilidad en la que la víctima se encuentra, y producirse contusiones, caídas comportando lesiones o incluso el fallecimiento a causa de la depresión, ansiedad o estado mental de la víctima, en realidad muchas de las dolencias que se derivan del acoso quedarían sin protección si la única contingencia profesional aplicable fuese la del accidente del trabajo en los términos del artículo 156 LGSS²⁷.

No obstante, en el concepto de enfermedad de trabajo del art. 156 LGSS, con un régimen jurídico idéntico al del accidente de trabajo, sí pueden tener cabida las patologías derivadas del acoso²⁸. De hecho, en los términos que fija el art. 156.2.e), f) y g) LGSS, se consideran como enfermedades del trabajo, las que tienen como causa única y exclusiva el trabajo; las que padeciendo con anterioridad por el trabajador, se agraven como consecuencia “de la lesión constitutiva del accidente”; y las que pueden ser reconducibles al concepto de enfermedades intercurrentes, esto es, “las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades

²⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)

²⁶ LANTARÓN BARQUÍN, D., “Cuadro de enfermedades profesionales: una radiografía jurídica”. RL N°9, 2008.

²⁷ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., “El acoso como enfermedad laboral en el ordenamiento jurídico español”. <http://isls1.org/wp-content/uploads/2013/01/El-AcosoSpanish-Herencia.pdf>

²⁸ Cfr., entre otros, GRAU PINEDA, G., “El acoso moral en el trabajo como riesgo profesional de nueva generación: el empresario como principal deudor de Seguridad Social”. Actualidad Laboral N°4, 2007. Pág. 423, Tomo I; GALA DURÁN, C., “La consideración del acoso moral o «mobbing» como accidente de trabajo”. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 2 de Girona de 23-09-2003. IUS Labor 1/2005.

intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

En cualquier caso, si bien los tribunales cada vez son menos restrictivos a la hora de calificar como enfermedad de trabajo las patologías derivadas del acoso, sí lo son a la hora de exigir la causalidad, esto es, que tengan su causa directa, clara y concreta en el acoso que la víctima ha sufrido en tiempo y lugar de trabajo. Es decir, aunque exista cierto conflicto laboral, de no quedar clara, patente y evidente la causalidad entre la realidad sufrida y la sintomatología presentada por la víctima, la contingencia se califica de común. Dicho en otras palabras, ante la falta de una prueba de la exclusividad de la causa-efecto entre patología y acoso de forma tal que resulte evidente que lo primero esta ocasionado de manera exclusiva por lo segundo, es decir, por el trabajo, difícilmente la contingencia recibirá la calificación en los tribunales de profesional.

Lo que por otra parte supone reconducir básicamente las patologías del acoso a la primera acepción de enfermedad de trabajo a la que me he referido, a la definida en el art. 156.2.e) LGSS como enfermedades, no profesionales, que contraiga el trabajador “con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”.

En efecto, en este sentido, lo relevante de la cuestión, para los tribunales, es la exclusividad. Que quede demostrado que la dolencia que sufre el trabajador se produce en *exclusiva* por el trabajo²⁹.

Pero claro, ello supone desconocer los otros dos conceptos de enfermedad de trabajo. Y realmente es así. En situaciones de acoso, difícilmente se califica de enfermedad de trabajo, la enfermedad que se agrava por el acoso en los términos del art. 156.2.f) LGSS, fundamentalmente si lo que agrava el acoso es una tendencia personal al estrés, ansiedad, depresión, ni tampoco la consideración del acoso como enfermedad interrecurrente en los mencionados términos del art. 156.2.g) LGSS. Difícilmente se califica de profesional la patología que puede sufrir un trabajador en forma de depresión, ansiedad, etc. y que se agrava a consecuencia del acoso que ha sufrido, a menos que efectivamente se trate de una recaída de una previa situación ansioso-depresiva causada igualmente por el acoso en la empresa. Normalmente, las lesiones que se generan en puestos de trabajo en los que concurre violencia laboral, si van precedidas de una enfermedad psicológica de aquel que las sufre, ajena al trabajo, suelen calificarse de contingencia común³⁰, cuestión distinta es que la primera patología esté causada por el acoso en el trabajo y tras una recuperación se produzca una recaída. En este caso, sí puede que se considere contingencia profesional³¹. En el primero, difícilmente³².

²⁹ Cfr. STS 19-6-2012, Rec. 2261/2011

³⁰ SSTSJ de País Vasco de 1-7-2008, Rec 1262/2008; de 28-4-2009, Rec. 185/2009.

³¹ Cfr. STS 14-2-2012, Rec. 1535/2011

³² Cfr. STS 4-6-2011. Rec. 163/2011, en la que se ratifica implícitamente la STSJ de Madrid 29/10/2010, Rec. 2340/10, en el sentido de no considerar el trastorno de personalidad que sufre la actora como causa de contingencia (...)

Y, como decía, lo mismo ocurre respecto la consideración de las secuelas del acoso difícilmente reconducible por los tribunales al concepto legal de las enfermedades intercurrentes en los términos expuestos. Solamente en los supuestos en que se puede demostrar que la causa de la patología que sufre el trabajador se genera en exclusiva por la situación de acoso en el trabajo, la contingencia se califica de profesional³³.

Ahora bien, en los casos en los que las dolencias que sufre el trabajador sean judicialmente calificadas como de accidente de trabajo o enfermedad de trabajo en los términos expuestos, esto es, cuando la contingencia sí se califica de profesional, por haberse demostrado que en efecto ha sido causada por el acoso sufrido, suele reconocerse la aplicación del recargo de prestaciones de demostrarse que el acoso se ha producido mediando un incumplimiento de las obligaciones preventivas del empleador.

En efecto, de demostrarse que el empresario toleró un conjunto de situaciones organizativas, funcionales, directivas y ambientales, diferenciadas y específicas que dieron lugar a la situación de acoso que genera la patología del trabajador, la ausencia de prevención puede generar una aplicación del recargo en las prestaciones del 30% al 50%³⁴.

La limitación espacial de este artículo hace que este no sea el momento ni el lugar de abordar de forma pormenorizada la obligación empresarial al respecto, pero como ya he mencionado con anterioridad, la obligación de establecer un protocolo de actuación frente al acoso, deriva para el acoso discriminatorio por razón de género, de sexo o acoso sexual de lo expresamente mencionado en el art. 46 y 48 LOI pero también, y sobre todo para todo tipo de acoso laboral, del art. 14 LPRL y de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud en el trabajo³⁵.

En realidad, el empresario debería implantar en la empresa, desde la prevención de riesgos laborales, un procedimiento o un protocolo que suponga la interrelación entre la tutela preventiva, proactiva y reactiva en el acoso³⁶. Esto es, resumidamente, que quede claro que el empresario no va a tolerar el acoso en la empresa ni situaciones de violencia, poniendo en conocimiento de todo el personal de la empresa que existe un procedimiento para poder

profesional porque además de acoso sexual en la empresa, en su infancia y adolescencia “vivió situaciones sumamente dolorosas que tuvieron, necesariamente, que influir en su carácter (...).

Resulta interesante, asimismo, la STS 9-12-2009, Rec. 4469/2008, que reconoce la contingencia profesional una trabajadora víctima de acoso a la que el INSS le recalificó de oficio la contingencia calificándosela de común sin la previa constatación por su parte de haber incurrido en un error material, omisión o inexactitud.

³³ Calificando la contingencia de profesional pueden verse, entre otras, STSJ Castilla la Mancha 15-9-2008, Rec. 1863/2007; STSJ Cataluña 8-2-2008, Rec. 7257/2006. En sentido contrario, STSJ Comunidad Valenciana 25-5-2010, Rec. 2407/2009, en la que pese a que se acepta la existencia de un conflicto laboral el tribunal considera que no se puede calificar de profesional la enfermedad psiquiátrica que sufre el trabajador al no poderse demostrar que fuese exclusivamente provocada por el trabajo (se tuvieron en cuenta otras circunstancias personales y familiares, como el hecho de que se estuviese divorciando).

³⁴ Véase, al respecto, y entre otras, la STS u.d. de 23-11-2010, Rec., 4143/2009; y también la STS 4-3-2014, Rec. 788/2013

³⁵ Véase también, en ese sentido, el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.

³⁶ Cfr. FABREGAT MONFORT, G., *La obligación empresarial...*, cit., págs. 45-54

denunciar por aquel que sufre la situación de acoso³⁷. Además, en caso de denuncia, la empresa respetando el derecho a la intimidad y el derecho al honor de las partes, nombrará un instructor e intentará averiguar lo ocurrido. En caso de apreciarse acoso, desde la perspectiva reactiva, el empresario actuará para evitar que la situación se perpetúe en el tiempo, garantizando y perseverando en un clima de trabajo adecuado, seguro y saludable.

Si el empresario incumple esta obligación preventiva respecto al acoso y éste acaba generando una dolencia o una patología en un trabajador, junto a la calificación de la contingencia como profesional, como decía, puede aplicársele un recargo en las prestaciones del 30% al 50%.

Si, pese a existir el protocolo, igual se produce el acoso y este le genera al trabajador una dolencia que le incapacita temporal o definitivamente para el trabajo, la contingencia igual podrá ser calificada de profesional, pero obviamente el recargo no cabrá.

Es evidente que pese al protocolo, el acoso puede igualmente producirse. E igualmente puede generar patologías varias en el afectado. Pero, desde luego, como en toda medida de prevención, la adecuada adopción de un protocolo contribuye de manera muy considerable la posibilidad, no ya tanto de que no se produzcan situaciones de violencia de baja intensidad como de que, a las primeras manifestaciones de esta violencia, se pueda activar el procedimiento en cuestión, evitando la reiteración de actos hostiles, de una conducta pernicioso que siendo constitutiva de acoso afecte psicológica e incluso físicamente a la víctima.

Recuérdese que el concepto jurídico de acoso exige reiteración. Cuanto más eficaz sea el procedimiento para detectar las situaciones de violencia, prevenirlas y erradicarlas, más difícil será que su persistencia y repetición afecten a la salud del trabajador y que, lo que se inició como una situación de violencia de poca o baja intensidad, acabe generando una situación de acoso cuya víctima tenga además que demostrar que las dolencias que sufre son única y exclusivamente generadas por el trabajo.

En ese sentido, si bien es importante desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva que las dolencias de una situación tendenciosa generada en la empresa tengan la consideración de contingencia profesional frente a la de enfermedad común, igualmente lo es la prevención en una materia tan compleja como esta.

Y cumplir con la obligación preventiva es importante, no solo para evitar el recargo de prestaciones, sino porque en realidad un protocolo frente al acoso bien hecho, que aúne la tutela preventiva, la proactiva y la reactiva puede evitar muchas situaciones de acoso, al abordarse y erradicarse la violencia o el conflicto laboral desde sus primeras manifestaciones, al tiempo que evitará la aparición o el agravamiento de muchas dolencias, patologías y enfermedades varias en las víctimas.

³⁷ Cfr. Notas técnicas de prevención del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo nº 891, Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I); y nº 892, Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (II).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En atención a lo expuesto hasta este momento, puede resaltarse a modo de conclusión lo siguiente:

Primero.- La falta de una regulación expresa a propósito del acoso en general hace difícil que, para empezar, se pueda dar un concepto legal de acoso en el trabajo sin acudir a los pronunciamientos de los tribunales y a los elementos que según interpretación judicial permiten delimitar cuando una situación puede efectivamente ser considerada como acoso.

Segundo.- El acoso en el trabajo, en cuanto tal, es un acto pluriofensivo. Por regla general afectará a la dignidad del trabajador. Además, en su caso, y de ser discriminatorio, el acoso puede igualmente ser contrario al principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Si además se produce una alteración en la salud de la víctima, afectará igualmente el derecho a la integridad física, psíquica y moral en los términos del art. 15 CE.

Tercero.- De hecho, aunque algunos pronunciamientos judiciales entienden que si no hay alteración en la salud de la víctima no hay acoso, esa afirmación merece ser matizada. El acoso como conducta tendenciosa afecta siempre a la dignidad de la víctima entendida ésta, como hacen los tribunales, desde una perspectiva objetiva y subjetiva. Es decir, que para que concurra acoso, objetivamente deben darse todos los indicios necesarios para entender que así es, pero, además, subjetivamente el trabajador debe considerarlo así.

Sí pese a ello, si pese a concurrir lo anterior, por la especial resistencia o resiliencia de la víctima, la situación de acoso no genera una afectación en la salud del trabajador, no habrá patología, enfermedad, pero sí acoso. No es requisito determinante del acoso la enfermedad sino el ataque a la dignidad del trabajador.

Cuarto.- De hecho, hay situaciones, realidades o entornos laborales que sí pudiendo afectar a la salud del trabajador no son constitutivas de acoso. Me estoy refiriendo a situaciones derivadas de conductas o decisiones empresariales arbitrarias, situaciones de burn out o de estrés laboral que, aunque se pueden confundir con el acoso en lo que tiene que ver con algunas de sus consecuencias en la persona del trabajador, no deben identificarse con éste.

Quinto.- En caso de ser una verdadera situación de acoso la causante de una patología para el trabajador, habrá que entender que la contingencia es profesional y que de no haberse adoptado medidas preventivas es posible la imposición de un recargo por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Sexto.- Las consecuencias del acoso es más habitual que encajen en el concepto de enfermedad de trabajo del art. 156 LGSS que en el concepto de accidente de trabajo del mismo precepto legal y, además, no tienen cabida en el listado que para las enfermedades profesionales contempla el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que sustituye al Real Decreto 1978/1995, de 12 de mayo al que remite el art. 157 LGSS.

Séptimo.- De entre las enfermedades del trabajo, normalmente las consecuencias del acoso se reconducen al supuesto previsto en el art. 156.2.e) LGSS. Ahora bien, los tribunales

son claramente restrictivos a la hora de calificar la contingencia como profesional. O se demuestra que los daños en la salud del trabajador se han generado en exclusiva por la situación vivida en el trabajo o calificarán la contingencia como común. Incluso mantienen la calificación de común habiendo apreciado la existencia de un conflicto profesional. Cuando se dan antecedentes familiares, situaciones familiares complicadas o concurre alguna otra circunstancia que dificulte demostrar con claridad que el acoso en efecto ha sido la única causa de la patología que sufre el trabajador, difícilmente la enfermedad o el accidente se considerarán de trabajo.

Octavo.- Con todo, cuando la contingencia es profesional si no se han adoptado medidas de seguridad e higiene puede aplicarse el recargo de prestaciones por accidente de trabajo. De hecho, bastantes sentencias lo hacen. Y ello por cuanto que aunque no exista precepto expreso al respecto, a día de hoy resulta pacífico afirmar que la prevención del acoso en toda empresa no solo deriva del art. 48 LOI, sino también del art. 14 LPRL.

Noveno.- El empresario debería, desde esa perspectiva, implantar un protocolo frente al acoso en general que garantizara una tutela preventiva, proactiva y reactiva para los trabajadores ante los primeros indicios de concurrir en la empresa una situación de violencia, de baja o media intensidad, conductas tendenciosas o similares.

Décimo.- El protocolo, per se, no evitaría todas las situaciones de acoso, pero desde luego las reduciría de forma considerable. Y sobre todo evitaría que muchas de estas se perpetuaran en el tiempo dando lugar a verdaderas enfermedades del trabajo.

En efecto, desde el momento en que la víctima puede activar el protocolo dentro de la empresa ante los primeros hitos o indicios de violencia en el trabajo o acoso, se reduce sustancialmente la posibilidad de que la conducta se reitere generando cada vez más y de forma progresiva en la víctima una alteración en su salud física y/o psíquica. Y eso es muy importante tenerlo en cuenta. Máxime porque la cadencia temporal que hoy exigen los tribunales para entender que concurre acoso, al ser tan prolongada, habitualmente le genera a la víctima unas alteraciones en la salud que, por intensas en tiempo y gravedad, difícilmente le van a permitir recuperarse con rapidez.

Undécimo.- Una adecuada prevención al respecto, será esencial para la verdadera tutela efectiva de la víctima. Si eso se consigue dejará de ser tan importante como ahora la calificación de las contingencias. En tanto llega ese momento espero que este comentario haya contribuido de alguna forma a clarificar la situación actual a propósito de la consideración del acoso laboral como contingencia profesional.