

GUIA BASICA PARA LOS CAMBIOS DE CONTINGENCIA EN LA PRESTACION DE INCAPACIDAD TEMPORAL

José Andrés Álvarez Patallo
Letrado de la Seguridad Social

Primera parte: La competencia para determinar la contingencia de la incapacidad temporal

Doctrina tradicional

Nos encontramos ante una materia que incorpora todos los alicientes para resultar problemática desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, puesto que conjuga una institución tradicional, pero no por ello incontrovertida, cual es el accidente de trabajo (y en menor medida la enfermedad profesional), y una distribución de competencias en la gestión de la prestación de incapacidad temporal entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social (MATEPSS) y, en mucha menor medida, las empresas en régimen de colaboración voluntaria. A ello debe añadirse que la prestación económica de incapacidad temporal es un subsidio, esto es, una prestación limitada en el tiempo, que combina un aspecto económico sustitutivo del salario (de hecho se abona de modo delegado por la propia empresa empleadora) y un aspecto médico, con las consiguientes dificultades que ello acarrea para su control. Como colofón a todo lo expuesto debemos destacar el elevado gasto público que ha supuesto el pago de esta prestación (mencionada expresamente en la recomendación XIII del Pacto de Toledo como una de las principales vías de entrada del fraude en la Seguridad Social), lo que ha motivado numerosas y complejas reformas legales, planes de control y convenios de colaboración entre las distintas Administraciones implicadas (no siempre debidamente meditados), todo ello con el objeto de atajar el ingente gasto que ocasiona su abono.

La cuestión que se pretende dilucidar en el presente estudio radica específicamente en quién ostenta la competencia para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal cuando exista discrepancia al respecto entre el INSS y la MATEPSS que resulte competente en cada supuesto. La materia resulta especialmente controvertida cuando el INSS ya haya iniciado el pago de la prestación de incapacidad temporal (it) por contingencias comunes, decidiendo más tarde modificar dicha contingencia por la de accidente de trabajo o enfermedad profesional, repercutiendo con ello el pago de la prestación sobre la MATEPSS correspondiente.

La posición tradicional del Tribunal Supremo (TS) ha sido que cada entidad, ya sea gestora o colaboradora, debe determinar en cada caso si se considera a sí misma competente para el reconocimiento y abono de la prestación a su cargo, dirimiendo la controversia, en caso de que exista, los tribunales de justicia. Esta postura ha sido respetada por el INSS, aunque sólo oficialmente, toda vez que el actuar discrepante de algunas Direcciones Provinciales ha motivado, como más adelante se verá, que surgieran resoluciones judiciales contradictorias con la doctrina del TS que finalmente terminaron imponiéndose en la jurisprudencia del propio Alto Tribunal, el cual modificó su postura tradicional.

Descendiendo más detalladamente a analizar la posición tradicional del TS, la encontramos resumida en la sentencia de 8 de octubre de 1997 (RJ 1997/7.653), en la que se defiende que la competencia para determinar la contingencia de la it tanto del INSS como de las MATEPSS, es plena, pues comprende la decisión sobre la concurrencia de todos los requisitos que determinan tanto el acceso a la prestación como su contenido y el sujeto responsable, sin que pueda sostenerse que queda excluido de esta competencia el establecimiento de la contingencia determinante, pues sin un pronunciamiento sobre ésta no es posible una decisión —positiva o negativa— sobre el derecho. Continúa el Alto Tribunal argumentando que, respecto a la normativa vigente en la época sobre la materia, «en ningún caso puede interpretarse el apartado g) del número 1 del artículo 2 del Real Decreto 2.609/1982 [de 24 de septiembre] como una norma que autorice al INSS a sustituir a las Mutuas y a las empresas en régimen de colaboración voluntaria en las competencias que les son propias en prestaciones distintas de la invalidez permanente»¹. Finalmente, concluía el TS que una decisión del INSS mo-

¹ El artículo 2 del mencionado Real Decreto, por el que se regulaba la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social, establecía en su apartado 1, letra a), que el INSS era competente, cualquiera que fuera la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, para declarar las situaciones de invalidez per-

dificando la contingencia de la it supondría una revocación del reconocimiento inicial de una prestación por enfermedad común que habría de regirse por el artículo 145 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (LPL), y que, al no concurrir ninguno de los supuestos que justifiquen una revisión de oficio, el organismo gestor debería ejercitar la acción prevista en el número 1 de dicho artículo, no pudiendo por tanto actuar válidamente en vía administrativa.

La doctrina expuesta tiene como consecuencia inmediata el posicionamiento del INSS y de las MATEPSS en un plano de igualdad, de modo que cada una es competente para la gestión de las prestaciones que tiene encomendadas, dirimiendo las controversias que puedan surgir al respecto los tribunales de justicia.

La segunda consecuencia que provoca la doctrina tradicional del TS es que el INSS no podría aplicar eficazmente la costumbre tradicionalmente aceptada de reconocer las prestaciones por enfermedad común y determinar a *posteriori* la contingencia de la it, pues para ello debería acudir a solicitar el amparo de los tribunales ex artículo 145 LPL. Por tanto, en los supuestos en que existan dudas razonables acerca de la contingencia de la it, lo que viene ocurriendo en no pocos casos, tanto el INSS como la MATEPSS correspondiente deben actuar denegando su propia competencia para reconocer la prestación de incapacidad temporal. Ello abocaría al trabajador a tener que asumir la iniciativa procesal, con el coste que ello implica, para obtener un pronunciamiento judicial sobre quién ha de hacerse responsable de su protección, lo que le deja en una situación de desamparo especialmente grave tratándose la it de una prestación perentoria, es decir, sustitutiva del salario y destinada a satisfacer las necesidades más urgentes del trabajador².

manente en sus distintos grados y las contingencias determinantes de las mismas. Asimismo, en la letra e) reiteraba la competencia del INSS para determinar la Mutua o empresa responsable de las prestaciones que resulten procedentes en materia de invalidez o lesiones permanentes no invalidantes. Finalmente, la letra g) establecía una norma de cierre, por la que el INSS resultaría competente para ejercer «cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores en cuanto Entidad Gestora de la Seguridad Social y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada».

² J.M. ALCÁNTARA y COLÓN y A.I. ESPINOSA GARCÍA. *Algunas reflexiones añadidas al tema de la competencia del INSS para determinar la contingencia de la incapacidad temporal asegurada por una Mutua a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Supremo*. Análisis de diversas cuestiones en materia de Seguridad Social (Ed. Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. 2001. pág. 30).

Las primeras discrepancias

Las consecuencias expuestas no pasaron desapercibidas a ciertas Direcciones Provinciales del INSS que afirmaron la competencia superior del INSS para determinar la contingencia de la it, independientemente de que ésta se encuentre protegida en la propia entidad gestora o en una MATEPSS. Los argumentos empleados para justificar dicha actuación se encontraban por un lado en la interpretación del artículo 2.1.a), e) y g) del RD 2.609/1982³, así como del artículo 3.1.d) de la misma norma, en el que se afirmaba que «será competencia del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate, emitir los informes y dictámenes médicos preceptivos en relación con las materias siguientes (...) d) El carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad laboral transitoria o la muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen». El argumento empleado por el INSS era que las competencias de las antiguas Unidades de Valoración Médica de Incapacidades del INSALUD eran las de informar médicamente en los expedientes tramitados por el INSS sobre calificación de la invalidez, por lo que, si la UVMI tenía competencia para informar médicamente sobre la contingencia de la it, cualquiera que fuese la entidad gestora o colaboradora que la cubriese, es porque el INSS tenía la competencia para resolver sobre dicha materia. Además, desde el punto de vista del aforismo «quien puede lo más puede lo menos» no se entendería que el INSS tuviese competencia para determinar la contingencia de la incapacidad permanente y no la tuviese para la incapacidad temporal.

Estos argumentos tuvieron favorable acogida por parte de algunos tribunales ya en 1991⁴, aunque también existieron pronunciamientos judiciales opuestos. No obstante, el posicionamiento comenzó a ser mayoritario a favor de la superior competencia del INSS para calificar la contingencia de la it a partir de la publicación del Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, que desarrolló la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. En el artículo 1.1.d) de dicho reglamento se establecía la competencia del INSS para «determinar en su caso la MATEPSS o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten proce-

³ Ver nota número 1.

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo de 16 de abril de 1991 y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de diciembre de 1991.

dentes en materia de incapacidades laborales». Asimismo, en cada Dirección Provincial del INSS se constituiría un Equipo de Valoración de Incapacidades con competencia para la «determinación del carácter común o profesional de la enfermedad que origine la situación de incapacidad temporal o muerte del trabajador cuando le sea solicitado tal dictamen» (artículo 3.1.f.).

Por tanto, a la vista de la normativa transcrita, parece que la competencia del INSS para determinar la contingencia está referida a las incapacidades laborales en general, abarcando tanto la permanente como la temporal, siendo su resolución vinculante aunque la gestión de la correspondiente prestación esté encomendada a una MATEPSS o a una empresa en régimen de colaboración.

La ventaja de esta interpretación radica en que, cuando una MATEPSS deniegue su competencia para reconocer la prestación de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional en un supuesto dado, el trabajador puede acudir al Servicio Público de Salud a solicitar la baja por enfermedad común y después solicitar al INSS el cambio de contingencia. De este modo el trabajador está cubierto en todo momento y, al ser las resoluciones administrativas inmediatamente ejecutivas no obstante su impugnación⁵, si la resolución del INSS declara que la contingencia determinante de la it es la de accidente de trabajo, el trabajador podrá verse beneficiado inmediatamente con ello, trasladándose así la carga de la iniciativa procesal a la MATEPSS o a la empresa colaboradora, que serán quienes deberán impugnar la resolución del INSS si no la comparten.

La nueva doctrina del Tribunal Supremo

La interpretación expuesta comenzó a ganar posiciones ante los tribunales de justicia hasta que el propio Tribunal Supremo cambió su postura tradicional para acoger la superior competencia del INSS para determinar la contingencia de la it en dos sentencias dictadas en Sala General con fecha 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1055 y 1139)⁶. Esta nueva posición fue asumida oficialmente por el INSS mediante resolución de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

⁵ Artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶ Jurisprudencia reiterada posteriormente en las SSTs de 27-1-98 (RJ 1998/1.141), 28-1-98 (RJ 1998/1.147), 2-2-98 (RJ 1998/1.253), 6-3-98 (RJ 1998/2.367), 28-4-98 (RJ 1998/4.581), 12-11-98 (RJ 1998/9.742), 1-12-98 (RJ 1998/8.919), 26-1-99 (RJ 1999/1.104), 19-3-99 (RJ 1999/3.011) y 22-11-99 (RJ 1999/8.525).

n.º 41.884, de 30 de junio de 1998, aunque fue criticada por algún sector de la doctrina que entendió que «salva la situación no resuelta por el legislador cuando entre gestoras y colaboradoras hay discrepancia en cuanto al riesgo originario, pero contradice las competencias de reconocimiento que se otorgan a aquéllas»⁷.

El fundamento básico de la nueva jurisprudencia del TS para la atribución al INSS y no a la MATEPSS de la superior competencia para calificar el origen o hecho causante de la lesión generadora de incapacidad temporal es la condición de entidad gestora de aquél y de entidad colaboradora de ésta, lo que comporta distintas facultades de uno y otra de acuerdo con la legislación vigente. Este argumento rompe frontalmente con la doctrina tradicional que situaba al INSS y a las MATEPSS en posición de igualdad absoluta respecto de las prestaciones cuya gestión tenían encomendada y es más coherente con la normativa vigente, que atribuye al INSS la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social⁸, mientras que a las MATEPSS les atribuye tan sólo la función de colaborar en dicha gestión⁹.

Respecto al obstáculo del artículo 145 de la LPL para que el INSS pueda modificar en vía administrativa la contingencia de la it una vez que ya se ha iniciado el proceso por enfermedad común, el TS salva esa dificultad rescatando la teoría de la «oficialidad», ya sentada en la STS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994/1057). Esta teoría consiste en que, al tratarse la it de una prestación perentoria destinada a cubrir las necesidades vitales más urgentes del trabajador, la misma se hace efectiva de modo directo y automático sin necesidad de solicitud, sino sobre la base del parte de baja del médico del Servicio Público de Salud, en el que se hace constar la causa de la dolencia que motiva la baja médica. Esta determinación por parte del médico es provisional, «aconsejada por razones de celeridad en la protección», y por tanto está supeditada a una eventual comprobación médica y jurídica posterior efectuada por el INSS bien de oficio, bien a instancia de parte, la cual se concretará en una resolución administrativa de dicha entidad gestora. Por tanto, esa determinación provisional en el parte de baja de la causa de la lesión que genera la it no

⁷ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Instituciones de Seguridad Social* (Ed. CIVITAS, 2000, pág. 268).

⁸ Artículo 57.1.a) del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), que reproduce el artículo 1.1.1 del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

⁹ Artículos 67.1 y 68.1 de la LGSS. Además no debe olvidarse que las MATEPSS se encuentran sometidas a la tutela de la Administración pública (v. p. ej. los artículos 5.2.c y 71.2 LGSS).

tiene por qué revisarse a través del cauce procesal fijado en el artículo 145 de la LPL. Además, este precepto prohíbe la revisión de oficio de los actos de las entidades gestoras que sean declarativos de derechos, es decir, prohíbe la revisión de actos administrativos realizada en perjuicio de sus beneficiarios, lo que no acontece en el supuesto estudiado, en el que la revisión se hace precisamente en beneficio del trabajador destinatario de la prestación de it. Finalmente, con este proceder no se causa indefensión a la MATEPSS, que siempre puede ejercitar la defensa de sus intereses impugnando tanto en vía administrativa como judicial la resolución del INSS por la que se modifica la contingencia de la it.

Por tanto, ante la negativa de una MATEPSS a hacerse cargo de las prestaciones de it por accidente de trabajo, el trabajador puede acudir a su médico de atención primaria para que le extienda parte de baja por contingencias comunes¹⁰. A continuación puede acudir al INSS para

¹⁰ Aunque en puridad, y quizá sea el único reproche que puede oponerse a esta forma de proceder, es dudoso que un médico pueda fijar, aunque sea provisionalmente, la contingencia de la it como derivada de enfermedad común cuando tenga la certeza de que dicha contingencia debiera ser la de accidente de trabajo. Tal irregularidad sólo se justifica por el ánimo de protección del trabajador frente a un mal mayor. Esta polémica fue analizada por el TSJ del País Vasco en su sentencia de 30 de enero de 2001 (AS 2001/59), que razona que «las conclusiones precedentes se perciben con más nitidez, si cabe, en los casos en que el parte de baja por enfermedad común que el INSS, con posterioridad y sin cuestionar que concurra situación de incapacidad temporal atribuye a accidente de trabajo, se expide el mismo día o al día siguiente de haberse dado al trabajador el alta médica con secuelas por los servicios sanitarios de la Mutua que cubre la incapacidad temporal derivada de ese riesgo y sin la aparición de una agudización de su estado, ya que, en tales casos, lo que supone esa decisión de la Entidad Gestora, de hecho, es la tácita impugnación del alta médica expedida por los servicios sanitarios encargados de darla (artículo 1.6 del RD 575/1997, de 18 de abril) y el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal en base a unos partes de baja y confirmación expedidos por quien no estaba facultado para darlos, como son los médicos del servicio público de salud... Debemos resaltar que la expedición de un parte de baja por los servicios médicos de Osakidetza cuando la situación viene de un accidente de trabajo que no cubre resulta irregular y sólo cabe justificarla porque desconozcan el origen de esa situación y la atribuyan por tanto a una contingencia común, debiendo cesar de inmediato en la expedición de esos partes en cuanto ya les conste que proviene de contingencia que no atienden. Aún en el supuesto de que el parte de alta extendido por la Mutua fuese indebido y el trabajador no estuviera en condiciones de incorporarse a trabajar por subsistir la situación propia de incapacidad temporal no queda habilitada Osakidetza para extender un parte de esa naturaleza. Tratar de justificarlo al amparo de proteger al trabajador supone atribuir al médico que lo expide una función que no tiene, como es la de convertirse en juez que valora el desacierto de la decisión dada por otro médico y llevarla a consecuencias insospechadas ya que, por la misma lógica, habría que admitir que cualquier otro médico, público o privado, puede extender un parte de esa naturaleza si considera indebidamente dado un parte de alta extendido por los servicios sanitarios competentes para ello (sean de una Mutua o de Osakidetza). Recalcamos, por tanto, que la expedición del parte de baja (y los de confirmación en su caso) sólo se justifica porque quien lo expide

que modifique la contingencia de it¹¹, resolución que será inmediatamente ejecutiva y vinculante para la MATEPSS, la cual podrá impugnarla en vía administrativa y judicial.

En definitiva, se aprecia claramente que este modo de proceder fijado por el TS, pese a las dudas doctrinales ya mencionadas, es mucho más garantista para el trabajador, puesto que el mismo en ningún momento queda desprotegido y la carga de la iniciativa procesal se traslada a la MATEPSS. Además, otorga una posición de superioridad al INSS sobre las MATEPSS, más coherente con la condición de entidad gestora de las prestaciones de aquél y de entidad colaboradora en dicha gestión de éstas. Finalmente, evita una tendencia expansiva, falsamente garantista, del artículo 145 de la LPL, que abocaría a impedir que el INSS pudiera cumplir con criterios de mínima eficacia su función de gestionar las prestaciones económicas de la Seguridad Social. A este respecto, no debe olvidarse que la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social no comprende solamente el reconocimiento o denegación de las mismas, sino que se extiende también a su posterior control. Por tanto, tal como dice el TS en su sentencia de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1055), «afirmar que la entidad gestora está vinculada por una situación inicial derivada de enfermedad común aunque en el curso del expediente de invalidez se comprobara que la enfermedad es de carácter profesional, supone negar al órgano gestor la más mínima capacidad de gestión y control sobre la contingencia en sí y sobre la entidad colaboradora, lo que sería contrario a los principios ya consagrados desde la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963».

Segunda parte: Las causas principales de los cambios de contingencia

Causas mediatas

Los cambios de contingencia de la incapacidad temporal han generado una enorme litigiosidad que se une a la ya de por sí ingente litigiosidad acerca del propio concepto de accidente de trabajo. La causa

considera que proviene de una contingencia que cubre y para la que, por tanto, está habilitado». En conclusión, el TSJ en el caso referido denegó la baja posterior por enfermedad común, así como el cambio de contingencia de la it, por entender que tanto Osakidetza como el INSS se habían extralimitado de sus competencias y que, realmente, lo que habían hecho había sido revocar el alta del proceso de it por accidente de trabajo extendido por la Mutua, para lo cual no están legalmente facultados.

¹¹ De acuerdo con las instrucciones internas de la entidad la modificación de la contingencia debe hacerse con informe preceptivo del EVI.

de todo ello hay que buscarla en la mayor protección que nuestro sistema de Seguridad Social sigue dispensando a las contingencias profesionales sobre las contingencias comunes. En relación específicamente a las prestaciones de incapacidad temporal dichas mejoras en la protección son básicamente las siguientes:

- En materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional opera el alta presunta o de pleno derecho (artículo 125.3 LGSS), lo que implica que, en caso de que el empresario hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, el INSS o la MATEPSS siempre anticipan las prestaciones al trabajador, repitiendo posteriormente frente al empresario responsable (artículo 126.3 LGSS y artículo 95.1.2.º LSS 21-4-66).
- El requisito del período de carencia no es exigible para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, así como para las derivadas de accidente no laboral (artículo 124.4 LGSS).
- Generalmente la base reguladora de la prestación es más alta, toda vez que la base de cotización por contingencias profesionales incluye las horas extraordinarias (artículo 109.2.g LGSS en relación con el artículo 13.1 del Decreto 1.646/1972, de 23 de junio).
- El porcentaje de la base reguladora que determina la cuantía del subsidio de it es en todo caso del 75 % (artículo 2.1 del Decreto 3.158/1966, de 23 de diciembre) y se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo a cargo del empresario el salario del día de la baja (artículo 131 LGSS).
- En caso de que el accidente de trabajo haya sobrevenido a consecuencia de la infracción por parte del empresario de medidas de seguridad e higiene, las prestaciones se podrán incrementar de un 30 a un 50 %, recargo que recaerá sobre el empresario infractor, quien no podrá asegurar o transmitir dicha responsabilidad (artículo 123 LGSS).
- La asistencia sanitaria comprende la dispensación gratuita de medicamentos (artículo 107.1 del Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social).

Un importante sector de la doctrina ha venido criticando esta sobreprotección de las contingencias profesionales respecto de las comunes en base a considerar que la misma no está justificada y que resulta contraria a la Ley de Bases de Seguridad Social de 1.963. Respecto a lo primero, VIDA SORIA entiende que la relación causa-efecto del accidente y la situación de necesidad, la posibilidad de prevenir el accidente mismo, la posibilidad de la existencia de culpa de otra persona —general-

mente el empresario—, o el mismo acontecimiento del accidente, que se presta a un control del accidente y del fraude consiguiente en el mecanismo de protección, son singularidades que justifican especialidades en el tratamiento de los accidentes de trabajo, pero que en ningún caso justifican mejoras en el régimen jurídico de protección¹². Más categórico en su planteamiento es BERNARDO GONZALO, para quien el régimen de accidentes de trabajo y enfermedad profesional «consiste pura y simplemente en la conformación de excepciones y singularidades, en ocasiones bien contradictorias con el régimen común o general del sistema protector, basadas en razones que tan sólo la inercia histórica y la rutina permiten explicar. Constituye por consiguiente un régimen de privilegio por lo que se impone la conveniencia de integrar el seguro de accidentes con las demás instituciones protectoras a fin de ejercerlo conjuntamente con ellas»¹³.

En segundo lugar, tal como quedó dicho, la doctrina citada critica la pervivencia del concepto mismo de accidente de trabajo, así como del especial régimen de protección del mismo, por ser contrario a la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 —que aún sirve de base al sistema actual—, la cual establecía el principio político-social de la «consideración conjunta de contingencias», en virtud del cual el centro de gravedad del sistema protector se desplaza desde el riesgo a la situación de necesidad. Es decir, lo que se pretendía, y que nunca llegó a aplicarse, era la desaparición de la noción de riesgos singulares (o diferenciación entre contingencias comunes y profesionales) y que se prestase mayor atención a la situación de infortunio o necesidad que el sistema de Seguridad Social debe proteger¹⁴.

Lo cierto es que, independientemente de las críticas, el régimen especial de protección de las contingencias profesionales continúa vigente y dotado de una enorme vitalidad que las instancias judiciales se encargan de alimentar. No parece que exista la prioridad de que sea modificado pese a los argumentos ya expuestos, pues ello supondría racionalizar el sistema (lo que de seguro se haría a través de la mengua de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales), así como dar un paso de gigante hacia la configuración asistencial de nuestro sistema

¹² J. VIDA SORIA. «Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 38.)

¹³ BERNARDO GONZALO y LOURDES LÓPEZ. «Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la Seguridad Social». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 132).

¹⁴ J. VIDA SORIA. *Op. cit.*, pág. 45. BERNARDO GONZALO y LOURDES LÓPEZ. *Op. cit.*, pág. 134.

mediante el desplazamiento del centro de gravedad desde la noción de riesgo hacia la de situación de necesidad, lo que, pese a venir exigido por el artículo 41 de la Constitución, no parece ser urgente en una época en la que el centro del debate se ha desplazado hacia la pervivencia futura del propio sistema. En definitiva, existe actualmente una gran sensibilidad hacia todos los temas que se relacionan con las prestaciones de Seguridad Social, por lo que no parece ser el momento idóneo para iniciar ningún tipo de racionalización del sistema.

Causas inmediatas

No se pretende en este estudio analizar en toda su extensión los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, puesto que ello excedería de las posibilidades de esta obra y porque además ya existe una amplia doctrina acerca de la materia a la que este estudio poco podría aportar. Lo que se pretende es, desde el punto de vista de la práctica forense, analizar las principales causas de los cambios de contingencia de la incapacidad temporal que se producen habitualmente. Ello supone pasar por alto la variada casuística existente sobre la materia¹⁵ y centrarnos en las que estadísticamente son las razones que con más reiteración generan litigios acerca de la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal.

A tal efecto, las causas principales de los cambios de contingencia vienen dadas, en primer lugar, por la amplia relación de causalidad que el artículo 115.1 LGSS admite entre el accidente y el trabajo que se ejecute por cuenta ajena, y en segundo lugar no por los accidentes típicos, es decir, lo que consisten en un hecho súbito, externo y traumático que actúa sobre la salud del trabajador, sino por las enfermedades que pueden tener la consideración legal de accidentes. Así ocurre con las enfermedades que deriven del trabajo y que no estén catalogadas como

¹⁵ Aunque es difícil resistir la tentación de glosar algún caso especialmente llamativo, como el del sindicalista al que un petardo en una manifestación dañó gravemente la mano y que solicitó que la contingencia de la incapacidad temporal fuese la de accidente de trabajo en base al artículo 115.2.b) de la LGSS. La Sala de lo Social del TSJ de Asturias desestima tal petición en su sentencia de 6-9-02 (Rec. 2.875/2001) al entender que «es claro que dentro de las funciones representativas que corresponden a los miembros del Comité de Empresa (artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores) no se encuentra la de «tirar» petardos, ni en el centro de trabajo ni en las manifestaciones autorizadas en las que participe, ni ese hecho constituye una actividad sindical. Además de que la lesión sufrida por el demandante, hoy recurrente, no puede afirmarse que haya sido sufrida «con ocasión o por consecuencia del trabajo» que realiza por cuenta ajena, ni directamente del lícito ejercicio de manifestarse; su conducta, además de extralaboral, fue imprudentemente temeraria quedando así excluida la lesión de su conceptualización como laboral».

enfermedad profesional (artículo 115.2.e LGSS), las que el trabajador padeciera con anterioridad y que se vean agravadas por la lesión constitutiva del accidente (artículo 115.2.f LGSS) y las llamadas enfermedades intercurrentes, es decir, las que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente y las que el trabajador contraiga en el medio en que se haya situado para obtener su curación (artículo 115.2.g LGSS). Finalmente, también hay que citar como causante de un gran número de litigios acerca de la contingencia determinante de la it la presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 LGSS, según la cual se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

La relación de causalidad

El artículo 115.1 LGSS define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Por tanto, no es necesario que el trabajo haya sido la causa directa del accidente, sino que basta con que éste se haya producido con ocasión del mismo, es decir, actuando éste como causa indirecta o mediata del accidente, lo que amplía enormemente el concepto de accidente de trabajo, al contrario de otros sistemas, como el inglés, en que sólo se admite la causalidad directa e inmediata (*injuries arising out and in the course of employment*)¹⁶.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico el accidente de trabajo puede producirse por obra de un solo agente o, lo que quizá sea más frecuente, por la obra de varios agentes o factores. En el primer caso estamos ante un supuesto de causalidad exclusiva y en el segundo ante un supuesto de causalidad concurrente o concausalidad, que el legislador protege a través del nexo de ocasionalidad¹⁷, si bien conviene aclarar en este punto que la concausalidad o relación de ocasionalidad no es aplicable a los trabajadores por cuenta propia (Disposición Adicional 34.ª LGSS, en la redacción dada por el artículo 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; artículo 31.4 del Decreto 2.123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y artículo 41.2 del Decreto 2.864/1974, de 30 de

¹⁶ A. MARTÍN VALVERDE. «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal». *Cien años de Seguridad Social* (Ed. Fraternidad Muprespa y UNED, 2000, pág. 230).

¹⁷ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 242.

agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de Trabajadores del Mar).

Como fácilmente se podrá apreciar la concausalidad es causa frecuente de discrepancias acerca de la contingencia de la it, ya que es preciso determinar qué grado de causalidad ha tenido el desempeño del trabajo en la causación del accidente, habiéndose relajado enormemente la exigencia al respecto. Así, el TS ha dictado numerosas sentencias sobre la materia al analizar la conceptualización del infarto de miocardio como accidente de trabajo, declarando que aquél debe ser calificado como accidente laboral «siempre que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, máxime tratándose de este tipo de lesión cuya etiología y causas determinantes de su apreciación no están científicamente establecidas, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y fallecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación» (STS 29-9-86, RJ 1986/5.202).

De este modo, el TS ha extendido la calificación como accidente de trabajo a cualquier infarto sufrido durante la jornada y en el centro de trabajo, toda vez que considera que el mismo tiene una vinculación notable con las situaciones de esfuerzo, tensión y responsabilidad que, en mayor o menor medida, acompañan al trabajo de modo casi habitual¹⁸. Por tanto, no es necesario un esfuerzo violento o una tensión nerviosa insostenible para que el infarto sea calificado como accidente de trabajo, siendo incluso irrelevante que el trabajador presentara factores de riesgo para sufrir este tipo de dolencia¹⁹ o que se hayan producido episodios cardíacos anteriores²⁰. Ello ha llevado a ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA a afirmar que esta reiterada jurisprudencia del TS ha «debilitado en grado sumo la exigencia del suceso desencadenante —mucho más si éste se hace consistir en atención intelectual, preocupación por obtener un resultado, superación de dificultades, algo implícito en todo trabajo—», lo que va además unido a que ni del suceso desencadenante ni del trabajo en que ocurre se exige que sean condición esencial para la calificación del accidente, «bastando que presten su ocasión al desencadenamiento»²¹.

¹⁸ SSTS 10-11-87 (RJ 1987/7.842), 23-7-99 (RJ 1999/6.841) y 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

¹⁹ SSTS 18-3-99 (RJ 1999/3.006) y 10-4-01 (RJ 2001/4.906).

²⁰ SSTS 15-2-96 (RJ 1996/1.022) y 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

²¹ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 61.

La enfermedad como accidente de trabajo

El concepto de accidente de trabajo abarca, tal como se ha dicho más arriba, no sólo el accidente típico, constituido por un acontecimiento súbito, traumático y externo, sino también las enfermedades causadas por el trabajo. Esta inclusión procede ya de la conocida sentencia del TS de 17 de junio de 1903, y actualmente está recogida en el artículo 115.2, letra e), de la LGSS. En base al referido precepto, tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades no incluidas en el artículo 116 LGSS 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. Deben destacarse dos cuestiones en relación a este precepto, a saber, que la enfermedad será accidente de trabajo con carácter subsidiario, es decir, siempre que la misma derive del trabajo, pero no esté catalogada como enfermedad profesional según el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. En segundo lugar, tanto para la enfermedad conceptuada como accidente de trabajo como para el caso de que la misma esté catalogada como enfermedad profesional, no se admite la relación de concausalidad o de ocasionalidad entre trabajo y enfermedad, sino que aquél debe ser causa directa, exclusiva e inmediata de ésta²². Ello provoca lógicamente una litigiosidad muy inferior en la determinación de la contingencia de la it cuando ésta derive de enfermedades, ya se conceptúen como accidente de trabajo o como enfermedad profesional. La única excepción se da cuando se trate de enfermedades que se hayan manifestado en el lugar y durante el tiempo de trabajo, pues en ese caso opera plenamente la presunción del artículo 115.3 LGSS, la cual desplaza la exigencia de causalidad

²² Sentencia del TSJ del País Vasco de 25-3-03 (AS 2003/2.263), que en un caso de trastorno ansioso depresivo derivado de estrés laboral declara «que en los supuestos del artículo 115.2.e) no existirá dicha presunción, de modo que la calificación como accidente laboral de una de estas enfermedades depende de la prueba que articule quien reclama el reconocimiento de ese riesgo laboral, con la particularidad de que esa prueba no sólo debe alcanzar al nexo entre trabajo y lesión, sino, además, al carácter exclusivo del trabajo como causa determinante de la enfermedad». En el mismo sentido la sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres de 13-5-03 (autos 553/03), que establece que «dentro de la noción amplísima de accidente de trabajo que formula el artículo 115.1 de la LGSS, se formula una excepción en el concreto caso de las enfermedades contraídas por razón del trabajo, para los que expresamente se demanda la demostración de que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo (artículo 115.2.e LGSS), con lo que nuestro ordenamiento ha querido que no se califiquen accidentes de trabajo las enfermedades en que el puesto laboral sea uno de los varios elementos que han contribuido a causarlas».

directa y exclusiva del apartado e) del artículo 115.2 del mismo Texto Legal²³.

Las dolencias anteriores agravadas por el accidente

Este supuesto está contemplado en el artículo 115.2, letra f), LGSS. Se trata también de una enfermedad asimilada legalmente a un accidente, con la circunstancia adicional de que ni siquiera está provocada por el trabajo, sino que la misma era anterior al accidente pero se ha visto agravada por éste, por lo que el legislador la asimila al accidente de trabajo²⁴.

Esta es una de las causas más habituales de los cambios de contingencia de la it, toda vez que se trata de dolencias de origen común y el problema se centra en determinar hasta qué punto el accidente ha agravado el alcance de las mismas. La casuística sobre la materia es tan numerosa y variada que resulta imposible de abarcar. Baste aquí decir como regla general que el elemento determinante para la calificación de este tipo de enfermedades como accidente de trabajo es que antes del accidente se trataba de dolencias que, conocidas o no, no determinaban una incapacidad para el trabajo, apareciendo ésta con posterioridad al accidente²⁵.

Ello nos llevaría a otro problema subyacente, e incluso confesado alguna vez ante los órganos judiciales, cual es el rigor con que se controlan médicamente las situaciones de it, pues puede tratarse de dolencias que no determinaban una incapacidad para el trabajo ni antes ni después del accidente, pero que permiten prolongar la permanencia (quizá de modo injustificado) en la situación de it derivada del accidente mismo una vez que las consecuencias directas de éste han desaparecido. Pero el análisis en profundidad de esta problemática nos llevaría a una discusión demasiado compleja para ser abarcada en este trabajo, puesto que abarca múltiples problemas enredados entre sí, cuales son la delimitación de las competencias de control de la it, los medios con que se cuenta para llevarlo a cabo, las listas de espera de la sanidad, etc., por lo que se deja apuntada la reflexión sin mayores pretensiones.

²³ STS 23-11-99 (RJ 1999/9.341).

²⁴ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 223.

²⁵ «Aunque el trabajador hubiera tenido una intervención de hernia discal L5-S1 en el año 1996, lo cierto es que, hasta el accidente de trabajo de 2001, no consta que hubiese estado en situación de incapacidad temporal por esta causa». S. Juzgado de lo Social número 3 de Oviedo de 2-4-03 (Autos 243/2003). En este mismo sentido también las SS del TSJ de Andalucía-Málaga de 27-4-01 (AS 2001/2.628), del TSJ de Cataluña de 16-10-01 (AS 2002/41) y del TSJ de Aragón de 21-1-02 (AS 2002/1.036), entre muchas otras.

La enfermedad intercurrente

Viene definida por el artículo 115.2.g) LGSS como enfermedades que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación y que modifiquen las consecuencias del accidente en su naturaleza, duración, gravedad o terminación. Al igual que en el caso anterior, se trata de enfermedades de origen común que el legislador asimila al accidente de trabajo. Ello se debe a que en el ordenamiento jurídico español la lesión que produce o en que consiste el accidente de trabajo es entendida en ocasiones no sólo como el suceso —hecho, acto, fenómeno biológico— que da origen a un daño corporal, sino también como el resultado de la evolución o desarrollo del proceso patológico mismo generado por dicho suceso o acontecimiento lesivo²⁶. «En general, si un trauma (calificable como accidente) desencadenara una enfermedad, tal enfermedad es accidente y lo mismo puede decirse si el episodio inicial es una enfermedad que a su vez sea calificada como accidente (bien dos enfermedades distintas consecutivas, bien un nuevo episodio de la misma enfermedad). Pero debe haber relación causal entre el accidente (o enfermedad) inicial y la intercurrente»²⁷. En este sentido, la sentencia del TSJ de Asturias de 23 de mayo de 2003 (Rec. número 2.378/2002) analiza el caso de un vigilante jurado-conductor que sufrió en 1994 un accidente de tráfico que tuvo la consideración de accidente de trabajo y que en 2000 inició un proceso de it por enfermedad común con el diagnóstico de síndrome de estrés postraumático con sintomatología ansioso depresiva. La referida sentencia concluye, de acuerdo con la resolución del INSS, que la it no puede considerarse derivada de accidente de trabajo, pues «es un dato revelador el hecho de que, tal como consta en el apartado sexto del relato fáctico, el trabajador acudió por primera vez al centro de salud mental en el mes de noviembre de 2000 mientras que como queda dicho el accidente tuvo lugar en el año 1994, por lo que no es posible concluir que la aparición del cuadro depresivo tuviera lugar durante el tratamiento a que fue sometido, puesto que fue dado de alta del accidente dos meses después constando en el informe médico del folio 102, ratificado en el acto del juicio por el médico que lo atendió durante la incapacidad temporal, que no precisó en momento alguno tratamiento psicológico ni psiquiátrico porque no presentaba patología que requiriera entonces

²⁶ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 234.

²⁷ M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 62.

atención especializada, ni a lo largo de años posteriores acudió a recibir asistencia médica por el cuadro depresivo que ahora se le ha diagnosticado, pues si bien es cierto que en el informe de síntesis se dice que ha habido varios episodios de incapacidad temporal desde aquella fecha también lo es que el demandante no aporta prueba alguna de que se debieran al alegado estrés postraumático, por tanto no cabe reputar su manifestación actual como una consecuencia del accidente por lógica deducción del desarrollo fáctico reseñado de ahí que no resulte aplicable al caso el artículo 115.2.g) LGSS, que considera accidentes de trabajo aquellas complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente».

Esta es una causa menos habitual que la anterior de litigios sobre cambio de contingencia, pero la problemática es la misma, esto es, la determinación de hasta qué punto el accidente de trabajo ha sido la causa de la enfermedad que aparece con posterioridad o si ésta está totalmente desvinculada de aquélla. La determinación de dicha relación de causalidad es una cuestión más médica que jurídica y la casuística es inabarcable, por lo que no nos vamos a extender más sobre este punto, que también se ve afectado por la problemática del control médico de la it y de la posible prolongación indebida de las bajas por accidente de trabajo cuando las consecuencias de éste ya han cesado.

La presunción de laboralidad

Viene establecida en el artículo 115.3 LGSS, el cual establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Esta presunción *iuris tantum* es de fecha reciente, pues no fue incorporada legalmente hasta la LSS de 1966 en su artículo 84, si bien había sido formulada anteriormente por la jurisprudencia del TS²⁸, y cuando el accidente no es tal propiamente, sino que se trata de una enfermedad manifestada durante el tiempo y en el lugar de trabajo, es probablemente la principal causa de litigiosidad acerca del cambio de contingencia de la it.

Para desvirtuar la referida presunción es necesario que se trate de una enfermedad que no sea susceptible de ser provocada por el trabajo²⁹,

²⁸ A. MARTÍN VALVERDE. *Op. cit.*, pág. 224.

²⁹ En relación a un conductor que se sintió indispuerto en el trabajo por sufrir mareos provocados por una artrosis cervical, el Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo concluye que la pretensión de considerar el proceso de it como derivado de accidente de trabajo «no puede tener acogida, pues es cierto que los mareos del actor se manifestaron en tiempo y

o que hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta falta de carencia de relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad que determina el proceso de it. Así lo ha manifestado reiteradamente el TS en relación a la cardiopatía isquémica que se manifiesta en forma de angina (SS. 18-6-97 y 23-7-99; RJ 1997/4.762 y 1999/6.841 respectivamente) o de infarto de miocardio (SS. 27-12-95 y 15-2-96; RJ 1995/9.846 y RJ 1996/1.022 respectivamente), y en relación a la hemorragia cerebral (S. 18-12-96; RJ 1996/9.727), por citar los tres procesos patológicos más frecuentes a este respecto.

Por tanto, la presunción de laboralidad ha sido tan reforzada por la jurisprudencia del TS que puede decirse que incluso en los casos en que no sea posible la determinación de la causa de la enfermedad, si ésta se manifiesta durante la jornada y en el centro de trabajo, debe reputarse como accidente de trabajo.

Tercera parte: Las nuevas causas de cambio de contingencia de la incapacidad temporal

El mobbing

Existen numerosas definiciones acerca del fenómeno descrito por este anglicismo³⁰, pero todas ellas coinciden en que se trata de una serie de acciones o prácticas hostiles hacia un trabajador provocadas por alguien que ostenta una posición asimétrica de poder en relación al mismo y que se prolongan en el tiempo de forma sistemática con el fin de eliminar al trabajador hostigado de la organización laboral. MOLINA NAVARRETE ha definido jurídicamente el mobbing como toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o un grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de seis meses), con el fin de conseguir su estigmatiza-

lugar de trabajo los días 27 de noviembre y 20 de diciembre de 2001; pero también está acreditado que el actor presentaba patología degenerativa de carácter común, no estando acreditado que el trabajo que venía realizando el actor actuara como causa desencadenante, resultando ser que el hecho de que una enfermedad común se revele o manifieste en tiempo de trabajo no la convierte sin más en un accidente de trabajo» (S. 21-3-03, autos 129/03).

³⁰ En castellano se emplea la denominación «acoso moral» u «hostigamiento moral», aunque también se ha utilizado, entre otros nombres, el de «psicoterror».

ción o aislamiento respecto del grupo, haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las ventajas competitivas de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder, bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión³¹. Como declara la sentencia del TSJ del País Vasco de 30-4-02 (AS 2002/2.411) «para que se pueda aludir al denominado recientemente como mobbing es necesario que el empresario: a) no cumple los principios de la buena fe; b) que su conducta sea degradante; c) que la misma contenga una violencia psicológica, entendiéndola como una actuación prepotente, continuada y reiterativa. En definitiva que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta *el irus variandi* en una especie de *iter criminis* para decidir sobre los derechos de la personalidad».

Nuestro ordenamiento jurídico-laboral no contempla esta práctica de un modo expreso, salvo cuando tenga su origen en una conducta discriminatoria, en cuyo caso el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, define el acoso como toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Según los estudios sobre la materia el acoso moral es más frecuente sobre los trabajadores con contratos temporales, si bien la Administración pública, con su rígido sistema disciplinario y de contratación, se ha convertido en caldo de cultivo de este tipo de prácticas como indeseable alternativa al despido.

Este fenómeno puede y debe ser combatido en el ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. Por supuesto, cuando sea ejercido por el empresario, se considera una práctica atentatoria contra la dignidad del trabajador (artículo 4.2.e del Estatuto de los Trabajadores) que puede dar lugar a la imposición de una sanción por infracción grave o muy grave conforme al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (artículos 7.10.º y 8.11.º).

Cuando el acoso moral sea ejercido por los compañeros de trabajo la cuestión es más difícil, pues no está contemplado en nuestra norma-

³¹ C. MOLINA NAVARRETE. «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social*, n.º 18/2001.

tiva como una infracción del orden social. Por ello, la doctrina³² se ha inclinado por tratarlo como un riesgo profesional en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la cual efectivamente impone al empresario el deber de proteger a los trabajadores frente a cualesquiera riesgos profesionales (arts. 14 y 15), entendiendo por riesgo profesional la posibilidad de que el trabajador sufra un daño derivado del trabajo, es decir, una enfermedad, patología o lesión sufridas con motivo u ocasión del trabajo (artículo 4.2.º y 3.º del mismo Texto Legal). El incumplimiento de este deber de protección de la salud del trabajador frente a los daños que pueda sufrir con motivo o con ocasión del trabajo puede ser sancionado con arreglo al artículo 12.1.º y 16.º de la LISOS, aparte de la responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria del empresario frente al trabajador por los daños que el acoso moral le haya podido ocasionar. A este respecto señala MOLINA NAVARRETE que el mobbing es un problema de salud laboral emergente que debe ser objeto de prevención como un riesgo profesional. No obstante, continúa el mismo autor, la LPRL no contempla expresamente este fenómeno, lo que, sin impedir la posibilidad de una respuesta adecuada en el plano jurídico, ciertamente sí la dificulta. Ahora bien, esta respuesta sigue incidiendo en la responsabilidad del empresario incluso en los casos en que el acoso proviene de los compañeros de trabajo, lo cual puede llevar esa carga de responsabilidad mucho más allá de lo que sería deseable o exigible conforme a la diligencia de un padre de familia (artículo 1.903 del Código Civil), no sólo porque hacemos al empresario responsable de los actos de sus trabajadores prácticamente en todo caso, sino porque además le estamos exigiendo que prevenga no sólo los riesgos laborales objetivos, esto es, aquellos que derivan de condiciones ambientales del puesto de trabajo y que afectarían por igual a cualquier trabajador que desempeñase dicho puesto, sino también los riesgos subjetivos, es decir, aquellos que provienen de las personas que desempeñan el trabajo y que desde luego no van a afectar a todos los trabajadores por igual porque su perfil psicológico nunca puede ser el mismo.

En el aspecto que es objeto del presente estudio el mobbing puede provocar graves enfermedades psiquiátricas, fundamentalmente ansiedad y depresión, las cuales pueden cursar con múltiples y diversas somatizaciones (cefalea tensiva, dolor de espalda, problemas gástricos, etc., etc.). Si en nuestro ordenamiento jurídico laboral la agresión física por parte de un compañero de trabajo o del empresario puede ser califi-

³² C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*

cada como accidente de trabajo³³, no hay por qué excluir de esa calificación la agresión psicológica. Es posible por tanto que un proceso de it causado por dichas enfermedades sea calificado como derivado de accidente de trabajo, pero debe tenerse en cuenta que, al no estar catalogadas como enfermedad profesional, serán incardinadas en el artículo 115.2.e) LGSS, es decir, que debe probarse que derivan de forma directa, inmediata y exclusiva del trabajo. Solamente cuando dichas patologías se hayan manifestado durante el tiempo y en el lugar de trabajo (una crisis de ansiedad por ej.) podrán beneficiarse de la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS.

En nuestra práctica jurisprudencial ya se han dado casos de acoso moral que han sido calificados como accidente de trabajo, como las sentencias del TSJ de Navarra de 30 de abril, 18 de mayo y 15 de junio de 2001 (AS 2001/1.878, AS 2001/1.821 y JUR 2001/230916, respectivamente). Señalan estas sentencias que «remitida la trabajadora a la consulta de salud mental fue diagnosticada desde el primer momento como de reacción mixta ansiedad-depresión, al tratarse de un supuesto de mobbing, caracterizado, como con todo acierto expone la magistrado de instancia, por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral... La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto contemplado en la presente litis, lleva a la conclusión de esta Sala que la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, cuya conducta del conserje ha generado un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la actora, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Albacete de 13 de diciembre de 2002 (AS 2003/23) que señala que «discute, tanto el INSS como la Mutua, que la contingencia es común sin embargo de lo expuesto y de la pericial articulada por ambas partes, la actora y la Mutua, ha quedado acreditado que la actora no tenía ningún tipo de depresión posparto, ni ninguna tendencia depresiva anterior sino que el cuadro de cefaleas, ansiedad e insomnio

³³ «La agresión meramente padecida por el accidentado proveniente de un compañero de trabajo, si no procede de resentimientos personales ajenos al trabajo mismo, es accidente de trabajo». M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA. *Op. cit.*, pág. 84.

que presentaba era fruto de lo que se denomina mobbing o acoso, en español, lo que constituye un accidente de trabajo dado que el cuadro de depresión situacional no existía antes y sólo comenzó a producirse después de la persecución indigna de que fue objeto tras su vuelta al trabajo después de ser madre».

En cambio, la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 11 de noviembre de 2003 (autos 600/2003) deniega la consideración de accidente de trabajo de un proceso de incapacidad temporal por depresión pretendidamente derivada de una situación de acoso moral en el trabajo, al entender que «no consta que el origen de su dolencia esté en la actitud hostil de sus superiores ni en un trato discriminatorio... Tratándose de enfermedad contraída por el trabajador en el desempeño de su ocupación laboral ha de acreditarse, en todo caso, la exclusiva causalidad del trabajo desarrollado en la aparición de la patología, física o psíquica, detectada, según así lo establece el artículo 11 5.2.e) de la LSS».

Igualmente las sentencias del TSJ de Navarra de 23 y 24 de diciembre de 2002 (AS 2003/679 y 681 respectivamente) deniegan la calificación de la it como derivada de accidente de trabajo por considerar que no es asimilable al acoso u hostigamiento moral la mera conflictividad laboral o las desavenencias personales en el trabajo.

El acoso sexual

Aunque el acoso sexual es uno de los comportamientos que pueden emplearse para llevar a cabo un acoso moral o mobbing, dicho comportamiento es de por sí lo suficientemente grave como para tener entidad propia y separada y, de hecho, a diferencia del acoso moral, ha sido tipificado ya en nuestro ordenamiento jurídico como un comportamiento jurídicamente reprochable, tanto a nivel laboral como penal.

El acoso sexual se define por el artículo 184 del Código Penal como la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación. Por tanto, como puede verse, el acoso sexual atenta contra el derecho a la intimidad, al que pertenece una esfera tan personalísima como es la sexualidad (artículo 18.1 de la Constitución), y contra el derecho a no ser discriminado por razón de sexo (artículo 14 de la Carta Magna).

Sin embargo, el concepto de acoso sexual que debemos manejar a nivel laboral es más amplio, para lo que podríamos tomar la definición

dada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el TC, en su sentencia número 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999/224), define el acoso sexual como un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador. El TC considera que para que exista un acoso sexual ambientalmente reparable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado o indeseable por su víctima o destinataria, y que finalmente sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto.

En el ámbito jurídico laboral la lucha contra el acoso sexual se efectuará por la vía del artículo 4.2.e) ET en relación con el artículo 8.13.º de la LISOS.

Respecto a la protección social, el acoso sexual puede tener las mismas consecuencias para la salud del trabajador que el mobbing, por lo que todas las consideraciones vertidas respecto a su protección como accidente de trabajo son válidas ahora. Ya se han pronunciado a favor de considerar supuestos de it causados por cuadros de ansiedad-depresión derivados de acoso sexual como accidente de trabajo la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 2000/60), la sentencia del TSJ de Extremadura de 17-3-03 (JUR 2003/187859) y la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo de 4 de diciembre de 2002 (autos 1.200/02). Esta última analizaba un caso en el que el gerente de una empresa había colocado cámaras de vídeo en los baños de mujeres para grabar a las trabajadoras, concluyendo el Juzgado en contra de la resolución del INSS que la it era derivada de accidente de trabajo. Razonaba el Juzgado que «en el caso enjuiciado resultando de los hechos declarados probados que la actora tras el descubrimiento de las cámaras, de que el autor de los hechos era el gerente y de que éste no obstante sus reivindicaciones continuaba al frente de la empresa, inicia un proceso de baja por depresión, una vez reincorporada después de un período de huelga, momento que coincide por primera vez con él en el centro de trabajo tras las movilizaciones para conseguir su desvinculación de la empresa, la demanda ha de ser estimada, 1.º porque la dolencia existe y es motivadora de una baja, 2.º porque la actora no tiene antecedentes psiquiátricos, 3.º porque la sintomatología ansiosa se desencadena por el conflicto laboral —sea el descubrimiento de las cámaras o sea el encuentro con el gerente dos meses después de aquello pero inevitablemente relacionado con este hecho— y 4.º porque es precisamente las circunstancias de que sean las siete afectadas por el conflicto

las que causen baja con el mismo diagnóstico lo que confirma el origen profesional de la misma. En consecuencia, entendiendo que la enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, pues se ha generado como consecuencia de una conducta del gerente indeseada, irrazonable y ofensiva para ella, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el trastorno psíquico padecido, la demanda ha de ser estimada».

El Burn Out

También llamado «síndrome del quemado», se trata de un desgaste psicológico que aparece fundamentalmente en profesionales que deben tratar con personas (profesores, profesionales de la sanidad, vendedores, policías, etc.), que va provocando un estado de fatiga crónica que acaba desembocando en cuadros de ansiedad, angustia o depresión³⁴. Ha sido definido como la fase más avanzada de las situaciones de estrés profesional y hoy en día se estudia como un riesgo psicosocial en el ámbito de la prevención de riesgos laborales³⁵.

Se trata por tanto de un desgaste que procede de la percepción subjetiva del trabajador respecto de las exigencias de su trabajo, por lo que su prevención es mucho más difícil si cabe que en el acoso moral o sexual. Ello asimismo provoca que, tratándose de una enfermedad inordinada en el artículo 115.2.e) LGSS, la prueba de la relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva de este síndrome con el desempeño del trabajo sea mucho más difícil al no existir un desencadenante externo como en el acoso moral o sexual, por lo que, salvo cuando sea aplicable la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS o se trate de un cuadro típicamente definido, la calificación de la it como derivada de accidente de trabajo será muy difícil. No obstante, ya se ha dado algún caso, como el recogido en la sentencia del TSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (AS 1999/4.212), en la que se señala que «el inatacado relato de hechos probados señala que el trabajador posee una personalidad perfeccionista y obsesiva, lo cual no constituye una enfermedad, pero ésta ha surgido al estar el demandante en contacto con personas con las que trabaja, cuyas mermas psíquicas han originado en aquél un desgaste anímico determinante de la incapacidad temporal.

³⁴ I. ALVAREZ SACRISTÁN. «Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo». *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 567/02.

³⁵ Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales. VV. AA. Ed. Lex Nova. 2002. pág. 997.

Por lo tanto, se ha acreditado la naturaleza del padecimiento y su conexión directa y exclusiva con la prestación laboral, por lo que resulta clara la aplicación de los preceptos citados y la consideración de la incapacidad temporal como accidente laboral, con la consiguiente responsabilidad de la mutua recurrente».

Conclusión

Como se ha visto, la discusión sobre el cambio de contingencia de la incapacidad temporal ofrece una nueva perspectiva de la problemática intrínseca al accidente de trabajo. Se han citado en este estudio opiniones muy autorizadas que abogan por atajar dicha problemática a través de la desaparición de la diferenciación entre contingencias comunes y profesionales a la hora de otorgar la protección del sistema de Seguridad Social frente a las situaciones de necesidad que puedan plantearse. Tal como ya se ha dicho, ello supondría dar un paso de gigante hacia la asistencialización del sistema, desplazando definitivamente el centro de gravedad desde el riesgo hacia la necesidad protegida. En todo caso, aunque no desaparezca, tampoco parece recomendable que se amplíe más el concepto de accidente de trabajo, pues puede observarse una tendencia enorme de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Social a aplicar la regla de la concausalidad y a acudir a la inversión de la carga de la prueba que supone la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS con el fin de eludir la dificultad que supone probar la causalidad directa, inmediata y exclusiva en los casos de enfermedad-accidente, especialmente en relación a los nuevos riesgos psicosociales. La relación de concausalidad o de ocasionalidad está establecida en el artículo 115.1 LGSS y ha sido aplicada por el TS exclusivamente para los casos de accidente típico, no para los casos de enfermedad-accidente del artículo 115.2.e), entre los que cabe englobar las diferentes patologías psiquiátricas que los nuevos riesgos psicosociales pueden provocar. Asimismo, la extensiva aplicación de la presunción de laboralidad lleva a elevar a ésta casi a la categoría de presunción *iuris et de iure*, cuando no es ese el objetivo querido por el legislador. Por tanto, y a modo de conclusión, quizá no sea el momento más oportuno para plantear la discusión acerca de la desaparición de la distinción entre contingencias comunes y profesionales, pero desde luego tampoco debemos caer en el extremo opuesto, es decir, en seguir ampliando infinitamente el concepto de accidente de trabajo.