

**EL SEGURO FRENTE A LOS RIESGOS
SOCIO – LABORALES: LAS E.P.L.**

*E. Pavelek
Mapfre Reaseguros*

LINDA: “Un hombre humilde puede agotarse tanto como un gran hombre. En marzo hará treinta y seis años que trabaja para la empresa, ha introducido sus productos en zonas desconocidas, y ahora que empieza a envejecer, le retiran el salario”.

(Arthur Miller en “Muerte de un viajante”).

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización, tan alabado por los partidarios de la liberalización económica como denostado por otros sectores sociales más combativos, no es nuevo para el Seguro. Se podría incluso sostener que la Institución Aseguradora, en virtud precisamente de las características esenciales de esta actividad, ha sido una pionera en el ámbito de la libertad de las transacciones económicas a través de los mecanismos de la distribución y dispersión de los riesgos asegurados. A este instrumento de repartición se le puede aplicar un calificativo también consustancial a la industria del seguro: la internacionalización.

Fácilmente puede así concluirse en que el enfoque asegurador de los nuevos riesgos que van apareciendo en aquellas sociedades donde el seguro presenta un grado de desarrollo más avanzado, rápidamente se difunde en los distintos países donde se despliega la actividad “internacionalizada” a la que nos hemos referido.

Pues bien, esa naturaleza cosmopolita del seguro ha convertido a la materia que nos ocupa en “la obsesión aseguradora del 2000”, gracias a los distintos foros celebrados a lo largo de este año sobre este asunto y a la literatura jurídico – aseguradora, y también periodística, que se ha recopilado en los últimos tiempos.

En este sentido, debo resaltar para aquellas personas que, aunque ajenas al Seguro, presentan una cierta curiosidad intelectual por esta actividad, que se puede constatar cómo en los últimos años el seguro, especialmente del Responsabilidad Civil, como modalidad sujeta a los más acusados cambios legales, jurisprudenciales, tecnológicos y sociales, se ha venido movilizand o a través de modas que han coincidido con la percepción de las transformaciones sociales, técnicas y legales.

Así, primero surgieron los casos de responsabilidad civil de productos farmacéuticos, después los asbestos, seguidamente las contaminaciones, en los últimos tiempos las responsabilidades profesionales, y ya en el último año – 1999 -, el fenómeno del Y2K, tan implacable como inocuo, las nuevas tecnologías y los organismos genéticamente modificados, debate todavía no cerrado, y finalmente, el tema de moda, que se va a examinar con algo más de detalle: Las E.P.L.

Asumimos que la mayor parte de “los profesionales del derecho” ignoran a qué nos referimos, algo lógico si se piensa que también muchos de “los profesionales del seguro” no tienen un conocimiento profundo de estos supuestos de responsabilidad, aunque hayan oído hablar de ellos.

En realidad, no se trata de nada novedoso en el sentido de ser algo ocurra por primera vez, pues se podrá fácilmente colegir que estamos en presencia de hechos tan viejos como la vida misma. ¿Qué fenómeno ha podido, así,

producirse para que la situación haya cambiado de forma tan apreciable?. Pues algo consustancial con el devenir de la sociedad que se expresa en una triple dimensión:

- En primer lugar, un cierto cambio de legislación.
- En segundo, una variación innovadora de la percepción social de estos riesgos que induce a formular demandas inconcebibles hace unos pocos años.
- Y, en tercero, la necesidad de cobertura frente a estas reclamaciones por parte de los agentes económicos que culmina en la contratación de un seguro capaz de otorgar respuesta, siquiera parcial, a esta necesidad.

Si se asume así que la responsabilidad civil en las sociedades avanzadas no puede extenderse si la existencia del seguro ¹, habrá también que aceptar las estrechas interrelaciones que surgen entre ambos a través del conocido y probado fenómeno de “la espiral” que se va retroalimentando con el incremento de las reclamaciones: Las demandas de responsabilidad civil exigen la contratación de seguros, que impulsan la presentación de un mayor número de reclamaciones, lo que a su vez requiere un mayor nivel de aseguramiento, y así progresivamente.

Este discurso, que puede perfectamente aplicarse a cualquier supuesto de responsabilidad que surja en las sociedades contemporáneas, es el observado en Estados Unidos, comunidad litigiosa por excelencia, en la que el Seguro fue impulsado por los casos judiciales que aparecieron en el último decenio. Aunque el primero es de 1964 ², el más “noticioso” procede de 1991 cuando Anita Hill demandó a Clarence Thomas, Juez designado para el Tribunal Supremo. En esta misma línea, también se ha cerrado un caso de discriminación iniciado en 1977, tras 23 años de pleito con una indemnización de 508 millones de dólares ³

En los países europeos, aun reconociendo la existencia de ciertos precedentes, pensamos que el fenómeno aludido se expresa de una manera diferente a la vista de que las demandas presentadas hasta hoy no son por el momento muy numerosas, pero no dudamos en que lo serán más y no precisamente porque se haya contratado un seguro.

Pues bien, después de esta introducción plena de suspense, se preguntarán ¿qué son las E.P.L.?

¹ SÁNCHEZ CALERO, F. : “*Estudios sobre el aseguramiento de la Responsabilidad Civil en la gran empresa*”. Madrid. Musini 1999. Pág. 24.

² MERITOR SAVINGS BANK V. VINSON en 1986 se formuló una demanda por acoso sexual en el que la demandante participó activamente en la relación por miedo a perder su trabajo. El carácter indeseado de estas relaciones fue determinante para determinar posteriormente la configuración legal de la conducta acosadora.

³ BRADY V. USIA (US Information Agency).” *El precio de la discriminación.*” El País 24.3.00.

Estas iniciales corresponden a la terminología original norteamericana Employment Practices Liability, que es la denominación internacionalmente conocida para aquellas responsabilidades que surgen en el ámbito de las relaciones laborales como consecuencia de lo que también se puede denominar Acoso Moral ⁴.

Aunque esta noción abarca varios supuestos que seguidamente se comentan, la legislación sueca que cita Vicente Verdú, lo define como **“La sucesión de acciones repetidas reprobables o netamente negativas que se dirigen contra determinados empleados de una manera ofensiva y que pueden conducir a su apartamiento de la comunidad en el lugar de trabajo o bien en forma mucho más directa, acudiendo a la definición de Michéle Drida, “el sufrimiento infringido en el lugar del trabajo de una manera prolongada, repetitiva y sistemática”**.

Ambas definiciones son muy discutibles, pero al menos sirven para el propósito de centrar la cuestión, al tiempo que pueden ser de utilidad para buscar una denominación suficientemente identificadora del contenido de estas prácticas.

Hasta el momento se ha acudido a la traducción literal, **“Responsabilidades por Prácticas de Empleo”**, que, no solamente suena bastante mal, sino que parece referirse a las personas que están realizando un trabajo en prácticas. Han sido también llamadas **“Responsabilidades en materia laboral”**, **“RC Empleador”**, **“Responsabilidad Civil por prácticas empresariales (RCPE)”** ⁵. Esta última acepción, desde nuestra modesta opinión, tampoco es suficientemente indicativa, pues todo lo relativo a las llamadas responsabilidades empresariales se ha revestido de una impronta quizá más propia del derecho del trabajo para decantarse hacia todos aquellos supuestos relacionados con la obligación del empresario consustanciales al propio contrato de trabajo: pago de salarios, obligaciones en materia de seguridad e higiene, prestaciones sociales, seguros y similares, dentro todo de la rigurosa órbita de lo pactado”.

En realidad, no parece fácil encontrar una denominación plenamente ilustrativa, así que “la partida de bautismo” queda en blanco hasta que se pueda encontrar un nombre con un mayor contenido definitivo de todos estos supuestos. No obstante, el nuevo texto refundido aprobado por el Real Decreto 2000/1804 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) lo deja mucho más claro, aunque la terminología quizá sea un poco dura: Infracciones laborales o, dicho de una manera más eufemística, conductas contrarias a las relaciones laborales ⁶.

⁴ VERDÚ, V. “*Terror en el Trabajo*”. El País – 14.9.2000.

⁵ ALARCÓN FIDALGO, J. “*Los nuevos supuestos de responsabilidad por prácticas empresariales inadecuadas*”. REVISTA ESPAÑOLA DE SEGUROS nº 101. Enero – Marzo 2000.

⁶ MARTÍNEZ LUCAS, J.A. “*La nueva Ley sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social*”. La Ley nº 5158. 10 Octubre 2000.

Nos atrevemos pues a sugerir un par de denominaciones que quizá adquieran - ¿quién sabe? – carta de naturaleza:

- **RECONCON**: Responsabilidades empresariales por conductas contrarias a las relaciones laborales.⁷
- **REREI**: Responsabilidades empresariales en las relaciones de empleo incorrectas, recordando la guasa que provocan estos casos cuando se exponen en foros no familiarizados con el mundo del seguro. Da la impresión de que estos supuestos, en particular los de acoso y discriminación, acarrear socialmente una enorme carga jocosa.
-
- **RELE** : Responsabilidades en las relaciones de empleo lesivas, refiriéndose asimismo al mecanismo que modifica el circuito de una relación laboral perfectamente lícita.

Aunque quizá esta I sirva para calificar todas estas conductas: incorrectas, irregulares, insociables, impúdicas, inapropiadas, inoportunas, inconvenientes, intimidadoras, irrazonables, irritantes, infractoras, ilegales, ilícitas ... ; demasiadas palabras que empiezan por i, como decía James Steward al apostillar al fiscal de juicio contra el Teniente Manion por asesinato del violador de su esposa en “Anatomía de un asesinato” de Otto Preminger.

Finalmente, para acabar con esta introducción, pretendemos emplear una sistemática diferente a la habitualmente utilizada en esta clase de análisis en los que se observan precisamente esa secuencia: primero se analiza la responsabilidad civil que corresponda dependiendo del objeto del estudio. para, posteriormente, pasar al seguro. Se seguirá, pues, un proceso paralelo en el que primero se introducirá sumariamente la cobertura del seguro al tiempo que se incluirán los comentarios pertinentes sobre los supuestos lesivos objeto de la cobertura.

2. **NOCIÓN Y NATURALEZA DE LAS EPL**

Llegado a este extremo y antes de procurar acomodar este término a la legislación española en la materia, intentaremos acuñar una definición que pueda gozar de una cierta validez universal. Tomando así como referencia una póliza de mercado, comprobaremos cómo se define conceptualmente esta cuestión de una manera ciertamente ilustrativa:

“Reclamación por práctica de Empleo” significará cualquier reclamación por lo que surja de cualquier Acto Incorrecto de práctica de Empleo.

Prosiguiendo con la definición, reclamación relativa a las prácticas de empleo será:

⁷ Con este término aludimos también a la definición original de “reconcomio” que tiene una cierta relación con la impaciencia y agitación causadas por una molestia o ansiedad moral, desasosiego que en este caso sería precisamente producto de esa conducta atentatoria contra los derechos laborales.

Toda reclamación relativa a un empleado anterior, actual o futuro de la sociedad y basada u originada por una, real presunta, violación de las prácticas de empleo. Bien es cierto, por si esta definición no quedara suficientemente clara, que seguidamente se incluye una lista de supuestos de violación de prácticas de empleo, pero este punto lo desarrollaremos en otro apartado.

ALARCÓN en el trabajo citado propone una noción más reveladora, entroncándola en la naturaleza clásica del instituto de la responsabilidad civil:

“la obligación legal que tiene toda persona de reparar el daño causado, generada por una acción u omisión, en el ámbito laboral, que vulnera deliberada, negligentemente o imprudentemente, los derechos constitucionales básicos de la persona en relación con el trabajo”⁸

Con esta configuración queda bastante más perfilada la esfera de afectación de las EPL que, sin embargo, no resulta perfectamente cerrada más que con una relación pormenorizada de los derechos conculcados. Esta enumeración se introduce en la definición internacional de estos términos con un enfoque descriptivo que habrá que acomodar a la terminología de la legislación española.

Las Prácticas de empleo son definidas así en sentido general como aquellas que incluyen despido injusto, discriminación y acoso sexual que se transpira en el ambiente de trabajo. Adicionalmente, la cobertura de seguro también se extiende a las injurias y calumnias en el lugar de trabajo, intromisiones en la intimidad (incluyendo control sobre el correo electrónico), diferentes formar de relaciones de trabajo engañosas así como inobservancias ilícitas en la contratación o promoción⁹.

Es de esperar que con esta última definición ya se pueda percibir el objeto de la cobertura del seguro que despliega sus efectos a través de cinco apartados relativos a los siguientes supuestos genéricos:

- **Extinción del contrato de trabajo y en las relaciones de empleo.**
- **Discriminación.**
- **Acoso sexual.**
- **Represalias.**
- **Intimididad.**
- **Otros perjuicios en las relaciones laborales:**
 - **Valoración de méritos en la promoción profesional**
 - **Negación de empleo**

⁸ ALARCÓN idem

⁹ GENERAL & COLOGNE RE. “*Global Employment Practices Liability Insurance.*” GENERAL RE Corporation. 1999 (Traducción libre respetando la literalidad original).

- **Privación de una carrera profesional**
- **Expedientes disciplinarios**

Si se examinaran las pólizas que actualmente se comercializan en el mercado español, esta relación puede ser ampliada con algún supuesto más, pero al menos conceptualmente todos los posibles postulados de reclamaciones en la esfera laboral quedan aquí contemplados.

Por otro lado, como características fundamentales que cabe aplicar a todas estas conductas inadecuadas, que más tarde ilustraremos con ejemplos concretos, es oportuno destacar las siguientes particularidades:

- La dimensión exclusivamente laboral de los mismos, o en todo caso, paralaboral.
- La configuración universal de todos estos supuestos lesivos en el ámbito laboral, aunque bien es cierto que con muy diferente contenido en las distintas sociedades.
- La horizontalidad de estas inobservancias que afectan a cualquier clase de empresas u organizaciones, incluso a las Administraciones Públicas.
- La afectación de derechos fundamentales proclamados en disposiciones del más alto rango.
- La diferente percepción de estos riesgos por la sociedad, lo que obviamente influye en el grado de intencionalidad en la pretensión de obtener el resarcimiento de los daños causados.
- La multiplicidad de víctimas perjudicadas por un mismo comportamiento que asimismo puede prolongarse a lo largo del tiempo.
- Y, finalmente, en el marco de la legislación española, sería también destacable:
 - El respaldo constitucional de los derechos conculcados que conduce en ciertos casos a acogerse al recurso de amparo.
 - La tipificación delictual de muchas de estas conductas que permite a la jurisdicción penal penetrar en la cuantificación de la responsabilidad civil subsiguiente.
 - La tipificación asimismo de estos comportamientos como infracciones laborales, lo que trae también a colación al “principio non bis in idem” y a la valoración como prueba del expediente sancionador.
 - La relevancia, en segundo término, de la jurisdicción social para depurar esta clase de responsabilidades.
 - La distorsión que puede inducir el carácter protector de la Ley de Contrato de Seguros en una materia que se mueve en el filo del delito y del comportamiento intencional.
 - El hecho de que los bienes jurídicos protegidos se proyectan hacia daños de naturaleza inmaterial en la mayor parte de los casos.
 - Y, por último, las secuelas psicofísicas derivadas de estos comportamientos que pueden ser relacionadas con el accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Pues bien, centrándonos en los supuestos mencionados, en el apartado siguiente se analizan estos comportamientos con la intención de adaptarlos a las particularidades del derecho español y a las especiales connotaciones de la rama del Derecho de Trabajo que en esta materia, como es obvio, tiene bastantes cosas que decir.

3. ADAPTACIÓN DE LA COBERTURA DE SEGURO AL DERECHO ESPAÑOL

Por tratarse de una cobertura de seguro importada, lo que supone que muchas veces no sea nada fácil acomodarla a una realidad social y legal distintas, se observa cómo los comportamientos lesivos que conforman el objeto del seguro se introducen en los condicionados de las pólizas de una manera un tanto forzada. Será, pues, preciso en el proceso de redacción de estas condiciones que se tengan muy en cuenta las particularidades del escenario al que se va a proyectar la cobertura aseguradora. En los últimos tiempos, y este es un nuevo rasgo de las empresas españolas, se asiste a una expansión de su área de negocio hacia otros países en los que estos riesgos laborales, además de alcanzar una mayor exposición, se amparan a través de un seguro de Responsabilidad Civil enmarcado en un programa internacional de seguros en el que esta esfera de responsabilidades adquiere una gran transcendencia.

Descendiendo, por otro lado, a los supuestos objeto de cobertura, vemos como el nivel de protección social de los derechos de los trabajadores puede ser también muy diferente, tanto en su teórica plasmación en el derecho positivo como en su eficacia real. Por tal motivo, y es una experiencia suficientemente contrastada, la cobertura aseguradora de los riesgos laborales, tanto los clásicos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, como las nuevas manifestaciones de viejas conductas, las E.P.L., siempre deben ser ponderadas con enormes cautelas.

Ciñéndonos a los supuestos objeto de cobertura, se destacan cómo, con independencia de la legislación nacional, los países de la Unión Europea han de respetar la primacía del Derecho Comunitario originario que proclaman los derechos básicos de ciudadanos europeos en su calidad también de trabajadores¹⁰. Si acudimos, por tanto, a un sumario repaso de la legislación aplicable a estos supuestos relativos a comportamientos empresariales inadecuados y, sin pretender, recoger una legislación exhaustiva, deberían al menos ser consideradas las siguientes disposiciones:

A) DERECHO COMUNITARIO

Con el precedente enunciado en la Carta Social Europea de Turín de 18.10.1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales y

¹⁰ Ver LOW, JANES J." *"New opportunities and the development of European employment practices exposures"*. Swiss Re. 1999.

Fundamentales de los Trabajadores en 1989, se proclama en el art. 136 (antes 117) del Tratado de Amsterdam como objetivos de la Comunidad y los Estados un conjunto de derechos sociales básicos que permitan el desarrollo de directivas de aplicación progresiva, a los efectos que nos ocupan en:

- **La protección de la salud y seguridad.**
- **Las condiciones de trabajo.**
- **La información y consulta a los trabajadores.**
- **La integración de personas excluidas del mercado laboral.**
- **La igualdad entre hombres y mujeres.**

Este último derecho se expresa con mayor rotundidad en el art. 141 en relación con la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

Junto a estos derechos sociales fundamentales, se levanta como uno de los principios de la Política Social de la Comunidad la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, de origen social o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, con independencia, se puede añadir, de que esta discriminación surja o no en el marco de las relaciones laborales.

En el entramado del derecho comunitario derivado, han visto la luz importantes Directivas del Consejo en esta materia cuyo análisis, por razones obvias escapa del objeto de este trabajo, entre las que se destacan ¹¹ :

- Directiva 76/207/CEE de 9 de Enero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- Directiva 92/85/CE de 19 de Octubre de 1992 relativa a las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas.
- Directiva 97/80/CE de 15 de Diciembre de 1997 relativa a la carga de las pruebas en los casos de discriminación de sexo que se completa con la Directiva 98/52/ce para su aplicación al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- Directiva 72/117 de 1975 sobre igualdad de retribución.
- Directiva 76/207 de 1976 sobre igualdad de trato.
- Directiva 96/34 de 1996 relativa al permiso parental.

Y, finalmente, la reciente propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE citada en primer lugar ¹², junto con

¹¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Informe anual sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de la Unión Europea. Bruselas 05.03.1999. COM (1999) 106 final.

¹² COM (2000) 334 final. Bruselas. 7.6.2000.

otras propuestas sobre igualdad de trato en el empleo e implementación del principio de igualdad de trato ¹³.

En este sentido, destaquemos, según el Informe Anual de la Comisión citado ¹⁴ que en el marco del “Cuarto Pilar” de las Directrices para el Empleo de 1999 sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, El Tribunal de Justicia ha dictado un número extraordinario elevado de Sentencias importantes en el ámbito de la igualdad de trato entre mujeres y hombres (11 asuntos) y otros más que se esperan en los próximos meses.

Por último, no debe dejar de citarse “la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” que se aprobó en Biarritz, quedando pendiente de refrendar en el próximo Diciembre del 2000. La Carta, se configura como el marco general con carácter global de los derechos de los ciudadanos europeos y, aunque considerado insuficiente y regresivo en algunos aspectos, podría convertirse en el embrión de una futura Constitución Europea.

No se trata de un documento específicamente redactado para marcar derechos mínimos en la esfera de las relaciones laborales pero, respetando el principio de subsidiariedad, sí proclama algunos derechos que guardan una estrechísima relación con las conductas empresariales en materia de empleo: **dignidad de la persona, prohibición de trabajo forzado u obligatorio, respeto a la vida privada, protección de datos de carácter personal, libertad de pensamiento, religión, expresión, reunión, asociación, libertad profesional, igualdad y no discriminación, igualdad entre hombres y mujeres.**

Y, en particular en el capítulo IV – relativo a la Solidaridad, si se recogen derechos que despliegan su plena eficacia en el mundo del trabajo, en lo que a los siguientes derechos respecta:

- **A la información y consulta a los trabajadores de la empresa.**
- **A la negociación y a la acción colectiva.**
- **Al acceso a los servicios de empleo.**
- **A la protección en caso de despido injustificado.**
- **A condiciones de trabajo justas y equitativas.**
- **A la protección de los jóvenes en el trabajo.**
- **A la conciliación de la vida familiar y de la vida profesional.**
- **A la Seguridad Social y ayuda social.**
- **A la protección de la salud.**

B) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

¹³ *Employment Practices Liability. Special Issue August 2000* . GENERAL COLOGNE-RE.

¹⁴ Informe Comisión. Idem.

El art. 14 de la Constitución que proclama la igualdad ante la Ley sin que pueda prevalecer la discriminación en el más invocado de los supuestos, junto con los preceptos paralelos del Estatuto de los Trabajadores.

El art. 15 establece el derecho a la vida y a la integridad física y moral, aunque este principio prevalece sobre las relaciones laborales.

Con respecto a otras cuestiones por actuaciones lesivas en el ámbito empresarial, se debe también mencionar el derecho a la intimidad personal y el secreto en las comunicaciones reconocido en el art. 18, y el derecho a la libertad de sindicación del art. 28.

Igualmente, el derecho al trabajo, a la promoción, a la retribución suficiente sin discriminación por razón de sexo se contempla en el art. 35 que también se desarrolla en el Estatuto de los Trabajadores y todo ello presidido por el principio de dignidad proclamado en el artº. 10.

Por último, mencionaremos siquiera de pasada el procedimiento especial regulado en el Título V de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, cuya tramitación adquiere carácter preferente (art. 114.3.). Se refiere este precepto al amparo judicial de las libertades y derechos previsto en el art. 53.2 de la Constitución en la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14 así como de los demás derechos fundamentales y libertades públicas.

C) ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Lógicamente con mucho mayor detenimiento, los derechos laborales básicos son contemplados en el Art. 4 entre los que se destacan, en relación directa con los supuestos de la cobertura del seguro:

- **El derecho a ocupación efectiva.**
- **El derecho a la promoción y formación profesional.**
- **El derecho a no ser discriminado.**
- **El derecho a la integridad física.**
- **El derecho al respeto a la intimidad y a la debida consideración, comprendida la protección frente a ofensas de naturaleza sexual.**
- **El derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo.**

Y ya en el marco del propio contrato de trabajo, se especifican estos mismos derechos del siguiente modo:

- Art. 17.- No discriminación en las relaciones laborales.**
- Art. 18.- Inviolabilidad de la persona del trabajador.**
- Art. 19.- Protección eficaz en materia de seguridad e higiene.**

- Art. 28.- Igualdad de remuneración por razones de sexo.**
Art. 96.- Las sanciones por estos comportamientos también recogidas en la LISOS.

Por último, para acabar con este apartado, en el ámbito específico del Derecho del Trabajo, debe ser siquiera mencionado el art. 95 y 96 de la Ley de Procedimiento Laboral (R.D. Legislativo 2/1995 de 7 de Abril) en relación con las cuestiones suscitadas en el proceso por discriminación y con la carga de la prueba en tales casos ¹⁵ a la luz del artículo 179.2 de esta misma disposición.

También en el art. 181, incluido en el capítulo XI relativo a la Tutela de los derechos de libertad sindical, se introduce el régimen especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluyendo la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se tramitan en el ámbito de las relaciones laborales atribuidas al orden jurisdiccional social.

Es, pues, importante destacar, una vez más, y por este motivo nos hemos detenido en la enunciación de estos derechos que, mientras el Seguro de Responsabilidad Civil, bastante variopinto por otra parte, se ha estado moviendo en las puras relaciones de derecho privado sustentadas en el clásico derecho de daños, si bien resaltando la peculiaridad nativa de la responsabilidad civil ex - delicto y también las responsabilidades en vía administrativa, comprendiendo la subespecie de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, ahora se mueve en otros territorios algo más complejos.

En efecto, cuando se desciende a los supuestos típicos de responsabilidad empresarial que son objeto de estos comentarios, vemos que se trata de violaciones de Derechos que gozan de especial protección y respaldo a nivel comunitario, Constitucional y Estatutario – Laboral y Administrativo. Este último extremo es asimismo importante en cuanto que en un mismo texto legal se reconocen todos los derechos sujetos a esta especial tutela, en contra de lo que se observa en otras legislaciones donde disposiciones legales diferentes abordan la protección de estos derechos ¹⁶.

D) INFRACCIONES ADMINISTRATIVO – LABORALES

Aunque la 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales contempla algunos apartados sobre protección de trabajadores especialmente sensibles, de la maternidad y de los menores, somos de la opinión de que lo hacen con la intención de prevenir los riesgos clásicos de Accidentes y Enfermedades Profesionales. Sin embargo, se configuran

¹⁵ A través de estos preceptos parece haberse traspuesto el contenido de la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba de discriminación por razones de sexo.

¹⁶ GLOBAL EMPLOYMENT PRACTICES LIABILITY INSURANCE. General Cologne Re. 1999.

como infracciones graves y muy graves conductas relacionadas con las prácticas de empleo:

- Art. 48.4.- Adscripción de trabajadores a puestos cuyas condiciones fueran incompatibles.**
- Art. 5.- Incumplimiento del deber de confidencialidad de los datos sobre salud.**

Es en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4.8.2000 – Texto Refundido) donde aparecen debidamente detalladas las conductas encuadradas en las distintas infracciones en las relaciones laborales, entre las que destacamos:

- Art. 8.10.- Actos lesivos del derecho de huelga.**
- Art. 8.11.- Actos contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.**
- Art. 8.12.- Decisiones que impliquen discriminación.**
- Art. 8.13.- Acoso sexual.**
- Art. 8.15.- Incumplimiento de la obligación de instrumentalizar los compromisos por pensiones.**
- Art. 16.2.- Establecimiento de condiciones que constituyan discriminaciones favorables o adversas.**
- Art. 19.3.a.- “Esquirolaje”.**

En realidad, si se procediera a un análisis pormenorizado de la prolija tipificación de las conductas empresariales infractoras, se podría llegar a obtener interesantes pistas para emprender acciones de resarcimiento de los daños inducidos por estos comportamientos.

Sin embargo, siguiendo esta vía nos adentramos en uno de los puntos más controvertidos en relación con la cobertura de seguro: las consecuencias económicas de violaciones conscientes de la normativa laboral o de cualquier otra clase, como después se verá.

Por otro lado, otro aspecto muy importante en materia de infracciones administrativas de esta naturaleza debe ser relacionado con la valoración del expediente sancionador de una conducta tipificada si posteriormente se presenta una demanda de resarcimiento de daños ante la jurisdicción social como consecuencia de estos comportamientos:

- La declaración de hechos probados en sentencia firme de orden jurisdiccional contencioso administrativo es vinculante al Orden Social a efectos del recargo (art. 42.5. LISOS).
- La presunción de certeza de las actas de infracción levantadas por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

así como de los informes emitidos en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Art. 53.2. LISOS).

E) CÓDIGO PENAL

Para concluir con este rápido examen de estas conductas atentatorias contra los derechos de los trabajadores, se mencionarán sumariamente los comportamientos que no solamente encajan en la esfera del ilícito laboral, sino que también merecen un reproche social que configura el ilícito penal.

En relación con las condiciones de trabajo

Art. 169.- Delito de amenazas.

Art. 172.- Delito de coacción.

Art. 175.- Delitos contra la integridad moral.

Art. 311.- Delito contra los derechos de los trabajadores.

Art. 315.- Limitación de la libertad sindical.

En relación con supuestos de discriminación

Art. 314.- Delito de discriminación laboral.

Sobre acoso sexual

Art. 184.- Delito de acoso.

Sobre represalias

Art. 172.- Delito de coacciones.

En materia de intimidad y honor

Art. 197.- Descubrimiento y revelación de secretos.

Art. 205.- Calumnias.

Art. 208.- Injurias.

Por último, en materia de amenazas, coacción, injurias o vejaciones, hay que mencionar también el art. 620.2. tipificado como falta.

Bien, como es sabido todos estos tipos penales llevan aparejada la responsabilidad civil subsiguiente que se depurará en el mismo procedimiento penal, salvo que el perjudicado opte por exigir la misma en la jurisdicción civil, circunstancia que no suele ser muy normal. Formulada esta aclaración tan conocida como obvia, la

cuestión crucial se centra en desbrozar el camino por el que el seguro otorgue cobertura al resarcimiento de los perjuicios que se deriven de estas conductas, en su inmensa mayoría claramente dolosas.

El mecanismo será, salvo responsabilidad penal directa de los Administradores Sociales, el recurso a la figura de la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 120 que se fundamenta en una responsabilidad in eligendo o in vigilando. No obstante, pensamos que no es una materia que haya sido suficientemente clarificada de manera que habrá que esperar acontecimientos en lo que respecta a la evolución doctrinal que vaya experimentando la difícil relación entre seguro y dolo o actos intencionados.

En tal sentido, merece la pena referirse a la conocida y criticada Sentencia 1137/1998 de 4.12.98 TS., en la que la conducta delictiva podría calificarse groseramente como una “exacerbación del acoso sexual”. Su importancia estriba en la justificación de la condena al Asegurador.

Simplificando el relato de los hechos, se trata de un **delito de lesiones** causadas por un trabajador, “rechazado en amores y víctima de una afición patológica al cine de terror”, que apuñala a una compañera de trabajo.

La Compañía de Seguros fue condenada a abonar la indemnización correspondiente por una cuantía de 100 millones de pesetas, como responsable civil directo, cifra que es de esperar encajara en los límites de la suma asegurada. La aseguradora argumentó que “el Seguro de Responsabilidad Civil no cubre los eventos dolosos y la víctima no tiene la condición de tercero a efectos del seguro de RC”.

La desestimación de recurso por parte de la Sala aduce las siguientes razones expuestas en forma sumaria:

- **El Seguro de Responsabilidad Civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados.**
- **El principio de no asegurabilidad del dolo, acogido en el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, lo que excluye es que el asegurador está obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso de la facultad de repetición reconocida en el art. 76 de la L.C.S., o bien sea debido a un**

acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado.

- Esta responsabilidad civil derivada de actos de otras personas de quien se debe responder ha sido cubierta por el asegurado mediante el seguro, no tanto de modo directo, por acciones propias, como subsidiarias, por actos ajenos, disponiendo asimismo la Aseguradora del derecho de repetición contra el tercero responsable del daño (art. 117. C.P.), pero sin que ello le excuse de responder frente al perjudicado dando cobertura a la responsabilidad civil de su asegurado derivada de “la culpa in eligendo” o “in vigilando”.
- Cabría discutir la responsabilidad civil subsidiaria alegando que nos encontramos ante un evento privado, pero lo cierto es que dicha cuestión no se plantea en esta alzada en la que la declaración de responsabilidad civil del asegurado no se cuestiona.
- La exclusión de daños ocasionados dolosa o voluntariamente ha de interpretarse en el sentido de quedar excluidos los daños ocasionados dolosa o voluntariamente por el Asegurado pero no por otras personas, pues en este tal caso la responsabilidad que legalmente pueda derivarse para el asegurado es, desde su perspectiva, totalmente involuntaria.

Las posibilidades de plantear excepciones concretas pos supuestos excluidos de la cobertura se restringen extraordinariamente si se aceptan plenamente esta clase de resoluciones, que pueden ser entendidas en el ámbito del Seguro Obligatorio de primer nivel, pero que son más difíciles de comprender en el ámbito del seguro voluntario regulado por un contrato privado cuyo precio se establece atendiendo precisamente al alcance de la cobertura acordada. Esta gran paradoja del Seguro de Responsabilidad Civil necesita una revisión del aseguramiento del dolo, no por este caso concreto en el que se acude al concepto de responsabilidad civil subsidiario, sino en supuestos mucho más claros de dolo directo del responsable del delito o de la infracción administrativa.

4. DANGEROUS LIASIONS

Se estima que en Estados Unidos se producen al año 150.000 demandas por supuestos que encajan en este conflictivo escenario de las relaciones laborales inadecuadas, lo que supone 1,25 quejas por cada 1000 empleados ¹⁷

¹⁷ RIDDEL, G. “*Dangerous Liasons*”. The Review. September 2000.

Si acudimos a “las entrañas del Monstruo” como decía Mosé Martí, al referirse a esta gran nación, vemos como las indemnizaciones alcanzan elevadas cuantías que también algunas veces van complementadas con el añadido de los “daños punitivos o ejemplarizantes”, lo que incrementa sustancialmente las cifras de resarcimiento. Ciertamente, la literatura jurídica – aseguradora norteamericana solamente resalta los casos más relevantes por su cuantía, dejando a un lado otros muchos de menor transcendencia indemnizatoria. Como obviamente no se pueden recoger todos los asuntos resueltos tanto judicial como extrajudicialmente, destaquemos los más interesantes por diversas causas¹⁸:

1. U.S. Information Agency (Voice of América)

Discriminación por género femenino (caso antes indicado que se inició en 1977).
508 m. USD de indemnizaciones en un arreglo extrajudicial.

2. Home Depot

Discriminación por género femenino en una class action que afectó a 25.000 mujeres.
87.500.000 USD de indemnización en un arreglo extrajudicial.

3. UPS

Discriminación sexual y represalias.
80.750.000 USD de indemnización, reducido posteriormente a 465.000 USD en una resolución judicial.

4. Starkey Laboratories Inc.

Resolución de Contrato.
62.000.000 USD de indemnización en sentencia judicial que concluye en un arreglo extrajudicial en términos desconocidos.

5. First Union Corporation

Discriminación por razones de edad al despedir a 239 empleados de mayor edad y sustituirlos por jóvenes menos cualificados.
58.500.000 USD de indemnización en un arreglo extrajudicial.

6. Detroit Edison

¹⁸ KAUFMAN, BORGEEST & RYAN. “*Employment Practices Liability: Settlements and Verdicts. A summary of Reported Settlements and Verdicts in Excess of two million dollars*”: E.P.L. CONFERENCE 2000 – MUNICH RE. June 2000.

Discriminación por razones étnicas, de edad, sexo y raza, sustanciadas en tres “class actions” separadas, alegando perjuicios sufridos tras una reorganización de la empresa.

45.000.000 USD de indemnización en un acuerdo extrajudicial.

7. Mitsubishi Motor Corp.

Acoso sexual ambiental alegado, en una class action de 4000 mujeres, que la dirección ha creado una atmósfera de esta naturaleza sin oponerse a la misma.

34.000.000 USD de indemnización en un acuerdo extrajudicial que incluía un control posterior de un programa de suspensión de este ambiente.

8. McDonnell Douglas Corp.

Represalias y discriminación por edad y raza en un despido tras 26 años de trabajo.

28.044.250 USD de indemnización reconocidos en sentencias (26 m. USD en concepto de Punitive Damages).

9. Marsh & McLennan

Discriminación por edad al forzar a 13 directivos a un retiro prematuro.

28.000.000 USD de indemnización convenidos extrajudicialmente.

10. City of Garland

Represalias contra un policía que se negó a participar en una investigación ilegal.

27.700.000 USD de indemnización en sentencia judicial (25 m. USD en concepto de Punitive Damages).

Dejémoslo aquí, pues la lista preparada por los autores citados a pie de página, que recoge asuntos desde el 1 de Junio de 1997 a 1 de Junio de 2000, incluye exactamente 93 casos resueltos con indemnizaciones superiores a 2.000.000 de dólares, versando la mayoría de ellos en supuestos de discriminación. Además se planteaban a través de las conocidas “class actions” del derecho norteamericano, que quizá pronto las veamos en España cuando entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento, aunque reservada a procesos de protección de intereses de consumidores y usuarios.

Como asuntos curiosos destaquemos los siguientes:

- Una Compañía de Seguros de Vida ha sido condenada de los casos de discriminación por edad al forzar jubilaciones (en casa del herrero).

- La NBA también fue, condenada por denegar el empleo a una mujer que pretendía ser árbitro a indemnizarla en una cuantía de 7.850.000 USD, posteriormente reducida a 350.000.

Por supuesto que la situación es difícilmente comparable con lo que sucede en las democracias europeas que han creado unas sociedades con un mayor nivel de protección social, aunque también es cierto que con una clara tendencia a dismantelar el sistema.

“El mercado de Estados Unidos es así el perfecto ejemplo de un mercado libre”, en el que no existe una regulación normada de contrato de trabajo.

Como los trabajadores son empleados por mutuo acuerdo, el empleo es extremadamente precario. No hay así disposiciones que regulen el contrato de trabajo ni obligación de comunicar anticipadamente el despido”. Prosiguiendo con este discurso, se dice que esta inseguridad es plenamente aceptada por los empleados, descendientes de pioneros y emigrantes, a cambio de demandar a los empresarios por motivos diversos. “La floreciente economía de los Estados Unidos refuerza la adhesión por empresarios y trabajadores a este sistema de total libertad en las relaciones de trabajo. Las tasas de desempleo, tan envidiadas por otras sociedades, son tan bajas que hay una superabundancia de empleos especializados por cubrir”¹⁹.

A pesar de todo, el 20% de las demandas se refiere a conflictos laborales y el 60% de las empresas han recibido alguna reclamación en los cinco últimos años por parte de algunos empleados en un escenario marcado por una cultura de fácil despido, como concluye FREER.

En España las cosas son bastante distintas en términos económicos y de frecuencia, pero quizá no lo sean tanto si se desciende a puras cuestiones conceptuales. Así, según un estudio de Comisiones Obreras,²⁰ el 54% de los trabajadores cree que el ambiente laboral en el que se encuentran es sexualmente hostil.

En este mismo ambiente, un 8% de los hombres asegura que ha sufrido alguna forma de acoso sexual en el trabajo, concluyendo en el hecho de que muchos conflictos laborales y bajas médicas por depresión o estrés encubren historias de acoso sexual.

Con ser el acoso sexual una manifestación importante de estas prácticas laborales inconvenientes, la mayoría de los asuntos resueltos por los Tribunales Españoles en los últimos tiempos se refieren a supuestos de discriminación. Acogiendo el esquema original de la cobertura del seguro, destaquemos sin carácter exhaustivo:

¹⁹ FREER G. “Chapter V. D & O Claims: EPL”
SCOR TECH. December 1999.

²⁰ CEVALLOS, M. “El Acoso Sexual tortura a la empleada española”. El País 27.8.2000.

◆ **En materia de extinción del contrato de trabajo y relaciones laborales**

No creemos que se deba recordar con mucho detalle que la cuantía de la indemnización por extinción del contrato de trabajo de despido improcedente conserva por el momento un carácter tasado, aunque bien es cierto que, si por algunos fuera, se adoptaría plenamente el sistema liberal del mercado de trabajo norteamericano.

Por consiguiente, la pregunta crucial ha de referirse necesariamente a otros elementos indemnizables que no se acomoden a la compensación legal por despido improcedente ni a los salarios dejados de percibir. En tal sentido, de un incidente de despido de cualquier clase que sea, procedente, improcedente o nulo, pueden derivarse otros “perjuicios adicionales existentes cuando sean diferentes a la mera pérdida de empleo que consistan, por ejemplo, en una enfermedad depresiva lo cual, evidentemente, excede del ámbito legalmente tasado”²¹.

Y en este ámbito precisamente, el de indemnización de perjuicios distintos a los correspondientes a la compensación legal por resolución del contrato de trabajo, donde debe situarse la cobertura aseguradora, por parecer lógico aceptar que estas compensaciones que se otorgan en el marco de la pura relación de contrato de trabajo han de recaer inexcusablemente en la esfera de obligaciones del empresario o, en último caso, de Fondos de Garantías especialmente creados al efecto.

Pues bien, en nuestra opinión, y atendiendo a las particularidades del derecho español en esta materia, no solamente estos daños de naturaleza psíco – física sino ¿por qué no?, cualesquiera otros perjuicios de carácter patrimonial podrían ser invocados en estos supuestos de responsabilidades empresariales, siempre que sean acreditados. Y este argumento se puede también extender a cualquier supuesto de resolución del contrato en el que veladamente subyazcan motivos de acoso, discriminación, represalias, intimididad, vejaciones y el resto de elementos clásicos perturbadores de la relación laboral.

Ciertamente, en el mundo de los despidos y de las relaciones laborales, se podrán encontrar cientos de sentencias sobre esta materia así como en cuestiones de excedencias, readmisiones, permisos de maternidad, promociones, etc., en un escenario en continua transformación²².

Casos interesantes y recientes sobre estas cuestiones, que suelen aderezarse con otros argumentos, en cuanto que además afectan a los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva.

²¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y J. TASCÓN LÓPEZ. “Responsabilidad Empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo”. LA LEY. 26 Setiembre 2000.

²² Ver CABEZA PEREIRO, J. Y LOUSADA AROZMENA, J.F. “La flexibilización del despido disciplinario en su vertiente legal y jurisprudencial en el contexto de una economía globalizada.” La Ley 12 y 13 Setiembre de 2000.

- La declaración de nulidad de despido por ofensas injuriosas a la dirección a causa de una carta al director de “La Nueva España” escrita por el marido de la empleada despedida (T.C. 1º S. 153/2000 de 12 de Junio).
- Anulación de otra sentencia del T.S.J. de Andalucía de 16.7.1996 de arrendamiento de servicios al solicitar a T.V. Española el reconocimiento del carácter laboral del contrato (T.C. 2º S. 101/2000 de 10 de Abril). Interesante asunto que se integraría dentro de la noción de represalias.

Es de destacar asimismo que en el marco de las relaciones laborales, no solamente surgen conflictos en el puro ámbito del contrato de trabajo sino también en lo referente a cuestiones cuasi laborales pre-contractuales o de empresarios interpuestos como manifestación inevitable de un mercado laboral cada día más complejo.

◆ Discriminación

- Destacaremos en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Abril de 1999 de la Sala Civil en la que se condena a una Línea Aérea a indemnizar a una empleada discriminada a 3.000.000 de pts. como indemnización del padecimiento psíquico producido por una discriminación por razón de sexo²³.

Lo interesante de esta sentencia es su formulación en la vía civil atendiendo al hecho de que “la responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por un comportamiento hostil y trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actúa como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufría

La competencia de la jurisdicción civil para conocer esta controversia judicial resulta así justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes.

Sin embargo, como bien resultan los autores citados que comentan esta sentencia, y al menos que se trate de un elemento a tener en cuenta: ¿Qué razones conducen a acudir a la vía civil, renunciando a la vía laboral que sería de antemano más apropiada?.

“La respuesta, añaden, es tan fácil como crematística la solución: la vía civil resulta más generosa, indemniza mejor; y

²³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y TASCÓN LÓPEZ. Op – Cit.

está poderosa razón lleva, en no pocos casos, renunciar a todos los privilegios procesales enunciados y acudir al más lento pero generoso cauce civil”.

- La Sentencia del T.S. Sala 4ª de 17 de Mayo del 2000 en un caso en que se demandaba el derecho de los trabajadores no fijos a percibir los incentivos que se abonaban a los trabajadores con contrato indefinido descende a definir la noción de discriminación que consiste en:

“Utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia de una sociedad democrática y pluralista”.

- Declaración de nulidad de la sentencia de T.S. y de Andalucía de 20 de Mayo de 1997 que niega el derecho a una funcionaria interina del Servicio de Salud de Andalucía a disfrutar de la excedencia colectiva para el cuidado de hijos menores de edad, reconociendo el derecho a igualdad de trato (art. 14 CE). (TC 1ª S 203/2000 de 24 de Julio).
- Declaración del derecho de las trabajadoras de AVON Cosmetics a no ser discriminada por razón de sexo al recibir un complemento salarial inferior al que percibían los hombres (TC. 2ª S. 183/2000 de 10 de Julio).
- Cese del trabajador basándose en la incapacidad objetiva de éste para prestar satisfactoriamente sus servicios debido a su baja médica, no siendo rentable para la empresa, lo que supone una discriminación en atención a las condiciones personales del trabajador que conduce a la declaración de la unidad del despido (T.S.J. Cataluña 28.2.2000).
- Conducta discriminatoria incurrida por FASA – RENAULT en la contratación eventual de mujeres para la categoría profesional de especialistas de talleres debiendo reparar las consecuencias de tal discriminación (TS 4º S. 4 de Mayo de 2000).
- Discriminación a mujeres al procurar la presentación a la petición de ascensos solamente a los empleados varones de una Caja de Ahorros (TS. 4ª S. 01.06.99).

Esta Sentencia adquiere gran importancia por referirse a un supuesto de discriminación indirecta, también llamado de impacto adverso, **“al invitar, sugerir o recomendar a determinadas personas a que cursen su solicitud para el cargo de delegado o subdelegado en la Caja C, antes de que efectivamente los empleados la formalicen; en el entendido de que ello es un paso previo que avala la solicitud, resultando inusual y extraño presentarla si no ha mediado la indicación de hacerlo”**.

Asimismo, la valoración de la inversión de la carga de la prueba al amparo del art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral introduce otro aspecto determinante en este tipo de demanda por discriminación. En tal sentido, aduce el Tribunal Supremo:

“La carga de la prueba acerca de su realidad (la discriminación), que a tenor del artículo 1214 C.C. estaría atribuida a la parte actora, ha quedado mitigada, dada la dificultad de conseguirla en forma plena, por la norma general contenida en el art. 96 L.P.L., en cuya virtud a dicha parte le basta con introducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, correspondiendo al demandado la aportación de una justificación acerca de que las aparentes medidas discriminatorias no lo son realmente, por responder a criterios objetivos y razonables que justifiquen tales medidas ..”.

Otro aspecto a destacar se vincula al procedimiento utilizado para declarar la discriminación en sus efectos hacia una pluralidad de afectados. Se aducía así por el recurrente que el objeto de la demanda era la defensa de los intereses de unas personas concretas que no debía haber sido canalizado a través del procedimiento de conflicto colectivo regulado en los artículos 151 y siguientes de la L.P.L.:

“La delimitación de las áreas que comprenden el interés individual y colectivo es una materia compleja y delicada, al no existir fronteras claras entre una y otra, pues no están separadas por una línea definida, sino que en gran medida pueden confundirse, constituyendo en algunos casos una realidad dual que ,pudiendo ser única tiene distintas perspectivas o vertientes.”

- Más sumariamente
 - No renovación del contrato por maternidad (TSJ Galicia 26.1.98).

- Declaración de despido nulo de un empleado debido a su afiliación a un partido político, caso claro de discriminación ideológica (TSJ Galicia 24.9.97).
- Condena en primera instancia a R.E.E. a readmitir e indemnizar con 30 millones de pesetas a una empleada relegada en su trabajo a causa de su triple maternidad en un período muy corto de tiempo (Juzgado de lo social nº 33 – 31.10.2000).
- Por último, en otro ámbito de relaciones, también destacaremos la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que condenó al Reino Unido a indemnizar en una cuantía de 90 millones de pesetas a cuatro homosexuales expulsados del ejército por haber violado el art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

◆ Acoso sexual

La Comisión Europea a través de la Recomendación de 27.11 de 1991 relativa a la protección de la dignidad y del hombre en el trabajo incluye un código de medidas para combatir el acoso sexual, definiéndolo como:

“Aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados”.

Esta definición transcrita de la Sentencia del T.S. 5º 2ª de 23 de Junio de 2000, distingue también entre el acoso, siempre indeseado y el comportamiento amistoso, aceptado y mutuo. Por consiguiente, el acoso sexual “al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18.1. de la CE”. En la sentencia de instancia se condena al responsable por acoso a una compañera de trabajo a indemnizarla en la cantidad de 500.000 pts., que ha de ser entendida como confirmada, al no estimarse el recurso de casación.

Los aspectos probatorios se revelan como los puntos más conflictivos a los efectos del reconocimiento de una conducta típica acosadora, en particular cuando solamente se cuenta con la declaración de la víctima. El Tribunal ha de valorar así la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

- Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador / acusado que pudieran conducir a la deducción de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza o enfrentamiento.
 - Verosimilitud: constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que avalen lo que constituye una declaración de parte.
 - Persistencia en la incriminación que ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedad ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste en permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad.
- El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta materia en una sentencia del 13 de Diciembre de 1999 en recurso de amparo tras no ser reconocido el acoso por el Tribunal Social al no considerar acreditarse la negativa “clara, terminante e inmediata de la mujer afectada”. El Tribunal Constitucional considera así que es suficiente una mínima señal negativa o de rechazo de la víctima para deshacer cualquier rechazo o ambigüedad al respecto, lo cual denota un claro deseo de tutela por parte del poder judicial en esos casos a favor del empleado ²⁴:

“La Sala mantiene una concepción estrictamente subjetiva del derecho a la dignidad y a la libertad sexual de la mujer en el trabajo, dependiente del comportamiento de la misma frente al acoso sexual que ancla a la mujer al pasado, sujetándola a normas sociales de comportamiento pretérito e impidiendo poner fin a la situación histórica de inferioridad de la población femenina en la vida social y jurídica”.

- Muy interesante resulta el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de Julio de 2000 en la que, aunque estima parcialmente el recurso de apelación en lo que se refiere a la agravante de abuso de confianza en el delito de acoso sexual, confirma la sentencia de instancia que se resumen en:
 - Indemnización a la afectada en 1.000.000 de pts., declarando responsable civil subsidiario a la entidad en la que el culpable trabajaba como encargado.

²⁴ ELGUERO, J.M. “Acoso Laboral Sexual”. Especial – Análisis Jurídico 2. “La Actualidad Aseguradora”.

- Desestimación de la alegación de violación del principio “non bis in idem”, pues sobre los mismos hechos se siguió procedimiento en materia de tutela de derechos fundamentales en un Juzgado de lo Social que condenó a un pago de 500.000 pts. en concepto de daños morales.
- Se estima que no existe duplicidad de sanciones pues la indemnización por daños morales no tiene el carácter de sanción administrativa. Además, el bien jurídico objeto de protección no es coincidente:
 - Dignidad e intimidad de la persona en el proceso de protección de los derechos fundamentales.
 - Libertad sexual con el delito de acoso.

Se podría casi decir, que en estos supuestos enjuiciados en una doble instancia, existe también una doble indemnización, o mejor dicho, una indemnización por perjuicios morales distintos aunque procedan del mismo sujeto y se expresen en unos mismos comportamientos.

Otros supuestos que recogen diversos autores relacionados con estas reprochables conductas²⁵:

- Condena a un miembro del Consejo de Administración de una empresa a indemnizar en 236.000 pts. por tocar y besar a una empleada de 18 años contra su voluntad. (A.P. Sevilla 4.5.999):
- Contrato verbal de trabajo condicionando su formalización a una relación sexual previa (A.P. Murcia: 21.9.1998).
- Finalmente, para acabar con este apartado del acoso nos remitiremos a la Sentencia de T.S.J. de Galicia de la Sala Social de 24 de Enero del 2000 que desestima el recurso de la Mutua Patronal condenada a abonar el subsidio de incapacidad temporal por el síndrome ansioso – depresivo provocado por el acoso sexual sufrido.

La cuestión suscitada se centra en determinar si tal incapacidad deriva o no de accidente de trabajo. **“La Sala llega a la conclusión de que la enfermedad deviene como consecuencia del trabajo y es constitutiva de accidente de trabajo, resultado claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece”.**

En conclusión la doctrina del TS viene a señalar que ha de calificarse como Accidente de Trabajo o Laboral:

²⁵ ALARCÓN. Op – cit y WESOLOWSKY P. “EPL in Spain” MUNICH RE. EPL. CONFERENCE. Munich. June 2000.

- Aquél en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo.
- Bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado.
- Sin que sea necesario precisar su significación:
 - Mayor o menor.
 - Próxima o remota.
 - Concausal o Coadyuvante.
- Debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditarla rotura alguna de la relación de causalidad entre:
 - La actividad profesional.
 - Y el padecimiento.
- Excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación.

A la vista de esta resolución, puede apreciarse cómo surge otro rasgo especial en los casos de prácticas empresariales inadecuadas que comprenden todas las categorías comentadas. Si de los supuestos típicos de despido, discriminación, acoso, vejaciones, falta de ocupación, privación de promoción, etc... surgen daños personales distintos a las puras lesiones físicas en cuanto que derivan hacia daños psicológicos, estamos en presencia de un posible accidente de trabajo o enfermedad profesional, extremo que, como después se verá complica extraordinariamente el contenido de la cobertura aseguradora.

◆ **Intimidación**

Hace unos pocos años las intromisiones en la esfera de la intimidad se referían a la apertura de las taquillas de efectos particulares sin consentimiento del trabajador usuario o a la violación de correspondencia (Art. 18.E.T.). Actualmente los aspectos que se discuten están relacionados con la evolución tecnológica: grabación de conversaciones, vigilancia a través de cámaras, o intromisiones en el correo electrónico o información archivada en el ordenador. Es justamente en este ámbito de la privacidad en el que se ha pronunciado la última sentencia.

- TC Sala 1ª 186/2000 de 10 de Julio en desestimación de recurso de amparo por vulneración al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen como consecuencia de un despido procedente al

controlar a través de un circuito cerrado de televisión diferentes puestos de trabajo. De este modo, se determinó la adopción de medidas disciplinarias contra tres cajeros que pusieron de relieve irregularidades consistentes en el apoderamiento por uno de los cajeros unos calcetines en tanto que otro manipulaba prendas interiores femeninas, como consecuencia de una adicción fetichista reconocida por el propio autor.

El Tribunal consideró estas medidas justificadas y proporcionadas.

En tal sentido, “la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad sujeto al cumplimiento de tres requisitos:

- Juicio de idoneidad: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
 - Juicio de necesidad: si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia.
 - Juicio de proporcionalidad: en sentido estricto: si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.
- Como estos conceptos jurídicos son un tanto indeterminados, el mismo TC 1º S 98/2000 de 10 de Abril, al estimar un recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad al instalar micrófonos en determinadas dependencias del centro de trabajo, señala el Tribunal que en algunas ocasiones, en contra de afirmaciones contrarias, “es factible acceder a informaciones pertenecientes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal, de modo que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.
 - El TSJ de Asturias en Sentencia de fecha 20 de Julio no opina lo mismo al declarar que “la instalación de cámaras no supone un medio agresivo que ataque directamente al mencionado derecho fundamental, sino que guarda perfecta relación con la vigilancia de cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales y de observancia de las medidas de seguridad legalmente exigidas”.
 - Finalmente, para concluir este apartado, el TSJ de Andalucía – Sala Social en Sentencia de 25 de febrero del 2000 condena al Instituto Municipal de la vivienda a indemnizar en 50.000 pts. por la lesión al derecho a la intimidad de un empleado.

Señala la Sentencia que el registro de la terminal del ordenador puede compararse al registro de las taquillas y efectos particulares que autoriza el art. 18 del E.T. cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajos, dentro del centro de trabajo y en horas también de trabajo, requiriéndose con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o de otro trabajador.

Se trata también de un interesante caso en el que se alega discriminación por la realización por trabajadores de actividades sindicales en un proceso donde también se ventila la tutela de libertad sindical en el que, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente sin que se pruebe que se ha producido un perjuicio, aunque esto no significa que la parte demandante quede exonerada automáticamente del deber de alegar los indicios y fundamentos que permitan apoyar su concreta pretensión indemnizatoria.

◆ **Otros Supuestos**

La gran variedad de contenciosos que surgen en el mundo de las relaciones laborales ofrecen tal riqueza de elementos conflictuales que los eventuales perjuicios derivados de estas conductas empresariales pueden venir provocados por hechos de la más diversa índole:

- TSJ Andalucía de fecha del 2000 que declara la existencia de menoscabo de la dignidad del trabajador al desempeñar funciones de categoría inferior de su grupo profesional de A.T.S.
- TS 3ª Sección 4º S: 9.5.2000 en un caso de multa por utilización de trabajadores extranjeros sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo.
- Otra sentencia en el mismo sentido del T.S. Sala 3ª Sección 4ª de 1.7.2000 en caso de empleo de trabajadores extranjeros que introduce un interesante caso de contrato internacional de trabajo con trabajadores desplazados.
- TSJ de Murcia de 27 de Junio del 2000 que declara nula la baja voluntaria presentada bajo coacciones imputando unos hechos que conllevaban al descrédito profesional.
- AP de Girona. Sección 3.S. 26.9.2000 que absuelve a un empresario por contratación de inmigrantes ilegales del delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en el art. 312.2. del C. Penal, aunque sí pudiera incurrir en infracciones muy graves del art. 35 de la LISOS.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 2º 80/2000 que estima al amparo al declarar lesionado el derecho de la Confederación Intersindical Galega a la libertad sindical por no reconocerse el derecho a la negociación colectiva de las asociaciones sindicales.
- En el mismo sentido TC Sala 1ª 107/2000 de 5 de Mayo que también estima el amparo en un caso de decisión irrevocable y unilateral de la empresa demandada de incrementar el sueldo solamente a una parte de los trabajadores de la plantilla.
- Demora en el traslado solicitado que impone una indemnización de 2.000.000 de pts. (TSJ Andaluza 1.7.98).
- Solicitud a los empleados por parte del Empresario, tras una huelga, de revocar la representación sindical concedida al sindicato (AP Burgos 20.9.1193).
- Declaración de despido nulo comunicado en una carta de despido defectuosa al tiempo que se encubría una denuncia de la empleada por acoso sexual contra un accionista de la empresa. Caso de represalias declarado en TSJ Andalucía 20.5.98.

Como comentario añadido, en relación precisamente con estos últimos supuestos de represalias, se está observando, según expresan abogados especializados en materia fiscal, cómo se están iniciando muchas actuaciones de la Agencia Tributaria por denuncias de los propios trabajadores a sus empresas por irregularidades fiscales, extremo que puede asimismo encubrir ciertos despidos injustificables por otras causas.

Y, finalmente, la conocida y periodista S TS 2ª de 30 de Junio del 2000 que condena por delito contra la libertad y seguridad del trabajador por la contratación de un inmigrante ilegal bajo la forma atípica e ilegal de un “contrato de esclavitud”, asunto que no por anecdótico deja de ser denigrante.

5. **ACCIDENTES DE TRABAJO, ENFERMEDADES PROFESIONALES Y E.P.L.**

Los componentes conflictuales clásicos relacionados con la calificación de un hecho lesivo como accidentes de trabajo o enfermedad profesional, inútil resaltarlos, han encajado siempre en el ámbito del Derecho de Trabajo y de la Jurisdicción Social. Cuestión diferente son las responsabilidades civiles empresariales por estas contingencias que, en los últimos tiempos, tras sucesivos Autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo y de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, parece haberse decantado, con independencia de la prejudicialidad penal regida bajo el principio de intervención mínima, hacia la jurisdicción social.

Hay que decir, no obstante, como intercalación a los comentarios en este punto, que, en materia de riesgo laboral en sentido amplio y, especialmente en su vertiente de responsabilidad derivada de ilícito laboral, el tratamiento que los distintos países otorgan a este asunto, tanto en la esfera legal como de seguro, obligatorio o complementado con otras prestaciones, así como en su naturaleza pública, privada o semipública, y también de enfoque protector de ciertas enfermedades a través de fondos o reaseguro público, es muy diferente

²⁶

En tal sentido, resaltamos que en España se mantiene un sistema de reparación integral del daño causado basado en la compatibilidad de las indemnizaciones, que no duplicidad, en una especie de responsabilidad canalizada hacia el empresario, con ciertas excepciones. Quizá las nuevas modalidades de contratación así como la internacionalización de las relaciones laborales y la movilidad laboral interestatal influyan en un cambio sustancial de este modelo a muy corto plazo.

Pues bien, volviendo al inicio de este apartado, el AT y la EP habrían venido siendo en cierto modo equiparadas en lo que a la cobertura de esta contingencia se refiere, aunque es a partir del Decreto de 13 de Abril de 1961 que regula las enfermedades profesionales, cuando empiezan a distinguirse ambas figuras:

“Puede afirmarse que la diferenciación tiene su origen en causas económicas, en razón a asegurar la dolencia profesional, ya que casi todas estas dolencias tienen una evolución lenta e insidiosa que da lugar a manifestaciones tardías de su clínica, lo que motivaba, en aquel momento, en que actuaban como entidades aseguradoras empresas de carácter mercantil, que dichas aseguradoras no aceptaban la cobertura del riesgo y las industrias patógenas se encontrasen en la imposibilidad de suscribir las correspondientes pólizas (TS. Sala 4ª. S. 15.5.2000).

Es en este momento, cuando para salvar este problema se creó el Fondo de Compensación cuyas competencias las desarrolla hoy día el I.N.N.S. de manera que el accidente y la dolencia profesional han tenido un tratamiento algo diferente, en particular en cuanto a la cobertura aseguradora de esta contingencia en su modalidad de seguro obligatorio público.

Pero junto a estas figuras teóricamente puras y definidas de este modo desde tiempo inmemorial – bueno, desde la Ley Dato de 1900 – (accidente como lesión corporal que el trabajador sufre con ocasión o por consecuencia de su trabajo (art. 115 Real Decreto legislativo 1/1994 de 20 de Junio – Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), asumiendo en cierto modo su carácter súbito, violento y extremo, y enfermedad profesional, la contraída a consecuencia del trabajo en las actividades que se especifiquen en

²⁶ Ver como resumen de Derecho Comparado y Asegurador:

“*Les accidents du travail et les maladies professionnelles en Europe*”. SCOR – TECH – Juin 1999.

“*Employer’s Liability and Statutory Compensation for Workplace Injury in Europe: A survey*. Editado por AUTY, A. Y HUMPHREYS T. COMITÉ EUROPEEN DES ASSURANCES. RC 0049 (07/00).

el cuadro de enfermedades profesionales (art. 116 del citado texto)²⁷, puede percibirse la existencia de un “tercer género”. Quizá donde quizá puedan tener aquí acogida muchos de los supuestos enmarcados en estas prácticas laborales inadecuadas, o por decirlo en términos legales, en comportamientos contrarios a las relaciones laborales que constituyen el hecho causante de una dolencia psíquica adquirida como consecuencia de esa relación laboral lesiva.

En tal sentido, el art. 115 letra e) del texto refundido renueva la carta de naturaleza (el concepto también viene de las normas precedentes) de esta zona gris de enfermedades que, aun sin tener la naturaleza de la enfermedad profesional listada del art. 116, sean contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo. En tal caso, si se prueba que la enfermedad tuvo por causa exclusiva al ejecución del mismo, tendrá entonces la consideración de accidente de trabajo, según la relación de supuestos especiales del art. 115.2²⁸.

Resumiendo las intenciones de estas reflexiones, en la esfera de lesiones o dolencias causadas en las relaciones laborales entendidas en sentido amplio, se aprecia cómo el hecho causal relevante es un accidente, una enfermedad profesional o una enfermedad – accidente. Atendiendo a estas consideraciones, la cobertura aseguradora de estos supuestos viene asimismo expresándose a través de diferentes mecanismos compatibles entre sí:

- Cobertura obligatoria de accidente de trabajo y enfermedad profesional canalizada a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo como entidades colaboradoras, con el tratamiento específico de la enfermedad profesional con cargo al I.N.S.S. que ha asumido las competencias del extinguido Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales²⁹.
- Coberturas complementarias de la Seguridad Social a través de un Seguro Privado como mejora voluntaria establecida en los Convenios Colectivos.
- Seguros privados de accidentes, ocupantes, vida u otros.
- Seguro privado de RC del Empresario en su modalidad de RC Patronal.

²⁷ La lista actual de enfermedades profesionales está contemplada en el R.D. 1995/1978 de 12 de Mayo, aunque permite incluir nuevas enfermedades profesionales contraídas en ejercicio de actividades distintas.

Así resolución de 30 Diciembre de 1993 por la que se considera provisionalmente como enfermedad profesional la detectada en industrias del sector de aerografía textil de la Comunidad de Valencia (Síndrome Ardystil).

²⁸ Interpretación iniciada en una sentencia de 1903 comentada por GARCIA BLASCO. “*La Responsabilidad Empresarial desde la perspectiva jurídica: de la Ley Dato a la futura Ley de Prevención de Riesgos Laborales*”. Seminario sobre la Responsabilidad Civil en caso de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. VALENCIA. 1992.

²⁹ HEVIA CAMPOMANES, MIRANDA, VIVANCO Y GÓMEZ. “*Los Accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales*”. Cap. 7. Pp. 217-223. COLEX. Madrid. 1990.

- Y, ahora, Seguro privado de RC para Prácticas empresariales o como quiera que finalmente se denomine.

No pretendemos desarrollar toda la polémica registrada en los últimos años sobre la fecha del accidente a los efectos de la cobertura, cuestión que parece haberse finalmente resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.2.2000, y la consideración de un hecho como accidente que, teóricamente al menos, también se ha perfilado más claramente en dos sentencias de 15 de Mayo del 2000 ³⁰, sino centrarnos en varias cuestiones que habrán de provocar no pocos conflictos en el ámbito de los Seguros Privados de Responsabilidad Civil en lo que respecta a la cobertura de RC Patronal.

Esta garantía constituye hoy día una de las mayores preocupaciones del sector asegurador atendiendo a la elevada carga siniestral que acarrea y a las dejaciones empresariales en la prevención de estos eventos tan frecuentes como dañosos. Pues bien, con independencia de los diferentes modelos utilizados por las entidades aseguradoras, el objeto principal del seguro e centra en amparar las responsabilidades del empresario por hechos que hayan sido calificados a la vez como accidente de trabajo; quedando por lo contrario excluidas las enfermedades profesionales, de modo que los supuestos lesivos para los trabajadores que encajan en ese “tercer género” a los que nos hemos referido quedarían, pues, amparadas bajo el manto protector de la RC patronal al tener la consideración de accidente de trabajo ³¹.

Paralelamente, muchos supuestos de discriminación, acoso, represalias, vejaciones, etc., con secuencias psicofísicas podrían adquirir también esta consideración que, a su vez, si se suscriben estas nuevas coberturas de E.P.L., podrían tener encaje en ambas garantías.

Pero, además, surge un problema de delimitación temporal de la cobertura al que las pólizas españolas por el momento no dan solución. En efecto, al estar pensando en que la responsabilidad cubierta surge con el nacimiento de la obligación de indemnizar, que se relaciona en forma concomitante con el accidente súbito y violento en un momento temporal perfectamente definido, la delimitación temporal de la cobertura de RC patronal se vincula a la fecha del accidente: hechos – daños ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Sin embargo, los supuestos de enfermedad profesional y enfermedad – accidente así como los comportamientos contrarios a las relaciones laborales, como dolencias “que con el transcurso del tiempo van evolucionando de manera negativa hasta desencadenar una situación invalidante.” (TS. Sala 4ª - 15.5.2000. Recurso 1477/1999), no pueden quedar afectados a una fecha concreta, pues son precisamente consecuencias de una exposición continuada

³⁰ DESDENTADO BONETE, A. “Nuevas Orientaciones Jurisprudenciales en la Seguridad Social complementaria: la vigencia de la cobertura y la consideración de la Enfermedad Profesional “. LA LEY 26. Setiembre 2000.

³¹ PAVELEK ZAMORA, E. “La Responsabilidad Civil Patronal y su aseguramiento” en Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa”, dirigido por SÁNCHEZ CALERO. Musini. Madrid. 1994.

a un ambiente nocivo tanto en su manifestación de enfermedad física como de dolencia psíquica ³².

No será así extraño, cuando empiecen a proliferar las demandas de resarcimiento de todos estos daños, que surjan los indeseados conflictos de cobertura atendiendo a las lagunas provocadas por la inclusión en la póliza de delimitaciones temporales poco afortunadas. Pero este es otro tema que escapa del propósito de este trabajo.

En relación con estas reflexiones, citamos una reciente muy ilustrativa Sentencia (TSJ y del País Vasco 2.11.1999) en un caso del síndrome de BURN – OUT, declarado como accidente de trabajo crónico experimentado en el contexto laboral, que presenta las siguientes características:

- Agotamiento emocional, cansancio físico y psicológico.
- Aislamiento.
- Actitud fría y despersonalizada en su relación con los demás.
- Falta de compromiso con el trabajo.
- Sentimiento de inadecuación, incompetencia, ineficacia, etc. ... de no poder atender debidamente las tareas ³³.

6. **ARTICULACIÓN DE LA COBERTURA DE LAS E.P.L.**

Con independencia de su posible solapamiento con la garantía de RC Patronal, la realidad es que, bajo el modelo de póliza americana, esta cobertura se ha introducido en Europa y en nuestro país muy recientemente y, desde nuestra modesta opinión, de forma un tanto apresurada. Sin meditar suficientemente el hecho de la tutela constitucional de los derechos conculcados, la criminalización de estas conductas y la tipificación administrativa de estos comportamientos contrarios a las relaciones laborales, se observa cómo a través del seguro se está dando protección a actuaciones ilícitas, muchas veces claramente infractoras si se repara en la relación de conductas tipificadas en el nuevo texto refundido de la LISOS.

• **Modalidades**

Pues bien, esta cobertura se ha venido otorgando bajo diversos formatos que se resumen en el siguiente esquema ³⁴.

³² Ver CARCOBA ANGEL y otros. “*El amianto en España*”. GPS. Madrid. 2000.

Según un estudio de Comisiones Obreras, las enfermedades profesionales causan 4.500 muertes al año; cuatro veces más que los accidentes laborales. Cifras que no aparecen en las estadísticas laborales debido a un subregistro de enfermedades declaradas que no refleja la realidad.

³³ Ver en este mismo sentido, VERDÚ, U. “Maestros quemados”. El País, 10.11.2000.

³⁴ Swiss Re: Op – Cit.

- Cobertura adicional a las pólizas de Administradores Sociales y Alta Dirección (D & O). Esta opción ha sido la empleada en el mercado español.
- A veces, esta garantía adicional que solamente otorga cobertura a la responsabilidad personal de los Administradores, también se extiende a la responsabilidad de la empresa o institución de cuyo consejo son miembros.
- Coberturas incluidas en las pólizas de RC de Empresas y en las llamadas “Umbrellas” (Paraguas), modalidad de seguro que no se comercializa en nuestro país bajo esta denominación, que cubre en exceso de los límites asegurados en pólizas “primarias” (primeras capas) y en defecto de las coberturas no otorgadas en estas pólizas.
- Cobertura complementaria a las pólizas de Errores y Omisiones, como modelo diferenciado del clásico seguro de empresas.
- Inclusión en las pólizas de “Accidentes de Trabajo” que en otros países reciben un enfoque puramente privado.
- Cobertura específica y aislada de Prácticas de Empleo (E.P.L.).
- Finalmente, atendiendo a la evolución de los riesgos laborales, puede citarse que la línea de trabajo que han emprendido los aseguradores dispuestos a operar en este segmento de mercado “tan floreciente y esperanzador”, va a decantarse por la comercialización de una póliza específica de Riesgos Laborales capaz de acoger:
 - Las responsabilidades empresariales clásicas por accidente de trabajo.
 - Las responsabilidades más novedosas para los supuestos del “tercer género” antes esbozado.
 - Las responsabilidades por prácticas laborales inadecuadas basadas en un sistema de los llamados “riesgos o peligros nominados” que solamente otorgarían cobertura a hechos causantes definidos.
 - Y, finalmente, habrá que ir meditando en la cobertura de ciertos supuestos de responsabilidades por enfermedades profesionales cuyo resarcimiento no se reclamaba pero que, sin duda alguna, en breve plazo supondrá un nuevo frente de demandas.

- **Objeto del Seguro y Exclusiones**

Una característica propia del mercado español de seguros es la de la absoluta libertad contractual, circunstancia que implica muchas veces la implantación de condiciones extranjeras que se traducen sin gran preocupación y con una cierta osadía.

Tomando una de las últimas versiones de estas pólizas como cobertura adicional a una póliza de RC de Administradores, vemos que el alcance de esta garantía, incluyendo el pago de indemnizaciones, los gastos de defensa y fianzas y el resto de prestaciones habituales a una póliza de Responsabilidad Civil, se extiende a amparar:

“Cualquier reclamación contra los Administradores y Altos Cargos, en relación con algún empleado anterior, presente o futuro de la Compañía por cualquier:

- a) **Despido nulo o improcedente.**
- b) **Discriminación en el empleo.**
- c) **Acoso sexual o laboral de cualquier tipo.**
- d) **Práctica disciplinaria laboral improcedente o falta de establecimiento de mecanismos apropiados de comunicación de quejas por los trabajadores.**
- e) **Privación injustificada de oportunidades de promoción o desarrollo profesional.**
- f) **Infracción de las normas en material laboral”.**

Más o menos sobre este esquema se han redactado todas estas coberturas de modo que, reiteramos que, en el ya de por sí dificultoso entramado de una póliza de RC de Administradores Sociales con eventual posibilidad de ampliarla para cubrir la responsabilidad civil de la empresa persona jurídica, los riesgos excluidos son prácticamente inexistentes. Una interpretación generosa de este seguro puede dar mucho juego y profusos argumentos para impulsar la formulación de demandas al amparo de esta cobertura.

Otras pólizas, bien es cierto que no son muy numerosas, que dan cobertura a los intereses internacionales de las Empresas Multinacionales Españolas, algunas de ellas muy importantes, han reflejado el espíritu y contenido de las pólizas americanas a través de una adaptación – traducción algo más definida. Sin embargo, no dejan de presentar ciertas contradicciones en cuanto que incluyen referencias a legislación específica americana que obviamente, por mucho que “el poder del imperio” se extienda más allá de sus fronteras, difícilmente será extrapolable a otras jurisdicciones y a otras relaciones laborales regidas por una ley material distinta.

Sin embargo, sí que resulta interesante detenerse en los aspectos más destacados de esta cobertura así como las exclusiones que aquí sí que están recogidas con un mayor grado de detalle.

- **Cobertura – RC de Prácticas de Empleo**

Acuerdo de Seguro

Las aseguradoras pagarán en nombre de un Asegurado todos los siniestros resultantes de cualquier reclamación presentada por primera vez por un demandante contra tal Asegurado durante la vigencia de la póliza a causa de un acto ilícito.

• **Definiciones**

- *Siniestro significa gastos de defensa, daños, sentencias y acuerdos que un Asegurado está legalmente obligado a pagar como consecuencia de una reclamación, incluyendo los honorarios legales de abogados, salarios atrasados y anticipos. Siniestros no incluirá multas o penalizaciones civiles o penales impuestas por la ley, impuestos o asuntos que no sean asegurables en virtud de las leyes según las cuales se interpretará esta sección.*

Siniestro tampoco incluirá:

- *Pensiones o prestaciones sociales o el equivalente en dinero de tales prestaciones; o cualesquiera prestaciones de planes de seguros reclamados por o en nombre de empleados jubilados, o prestaciones a los que hubiera tenido derecho un demandante en calidad de empleado de haber proporcionado el Asegurado al demandante una continuación del seguro, salvo que los daños representen prestaciones de seguro no recibidas.*
- *Los costes asociados para proporcionar la adopción de medidas cautelares (“injunctive relief”) o cualesquiera otros servicios razonables requeridos por, como consecuencia de o para satisfacer la “Americans with Disability Act” y cualesquiera enmiendas relacionadas, o cualquier norma, reglamento o derecho consuetudinario similar federal, estatal o local, o los costes en relación con la facilitación de servicios razonables a cualquier persona discapacitada o de otras características protegidas; a condición, sin embargo, de que los gastos de defensa para tales reclamaciones estén cubiertos.*
- *Importes adeudados por las leyes salariales federales, estatales o locales.*
- *Impuestos.*
- *Comisiones, salarios, bonificaciones, distribución de utilidades o beneficios adeudados en razón a un contrato de trabajo; a condición, sin embargo, de que los gastos de defensa para tales reclamaciones estén cubiertos.*
- *Pagos por despido, o*

- *Importes adeudados en virtud de un contrato laboral por escrito o específico; a condición, sin embargo, de que los gastos de defensa para tales reclamaciones estén cubiertos.*
- *Acto ilícito, a los efectos de esta sección de cobertura, significará cualquier error, información engañosa, declaración falsa, acto, omisión, negligencia o incumplimiento de deber, cometido o tentado, real o supuestamente, por una entidad asegurada, o por uno o varios Asegurados en calidad como tales, o por una o varias personas de las que los Asegurados son legalmente responsables, en relación con cualesquiera:*
 - *Destituciones, despidos o terminaciones ilícitas de empleo, ya sean reales, supuestas o implícitas.*
 - *Incumplimiento de cualquier contrato o cuasicontrato oral, por escrito o implícito.*
 - *Declaración falta en relación con el empleo; infracción de leyes, reglamentos, disposiciones, derecho común o política pública, ya sean federales, estatales o locales, relativas al empleo o la discriminación en cuanto al empleo; acoso sexual o de otra índole que intervenga en la esfera de trabajo (incluyendo, sin ser exhaustivo, conductas, avances, contactos o comunicaciones ofensivas, intimidadoras, coercitivas o molestas).*
 - *Fallos abusivos al emplear o promover a alguien.*
 - *Disciplina abusiva.*
 - *Privación abusiva de oportunidades de carrera.*
 - *Degradación abusiva o cambio adverso de los términos, condiciones o estado del empleo.*
 - *Fallo al conceder mandato.*
 - *Fallo al disponer un puesto de trabajo, políticas de empleo o procedimientos adecuados.*
 - *Represalias dirigidas contra empleados.*
 - *Despido negligente.*
 - *Evaluación negligente de empleados.*
 - *Referencias injustas.*
 - *Invasión de la esfera privada en relación con el trabajo.*

- *Difamación en relación con el trabajo.*
- *Causar injustamente estrés psíquico en relación con el trabajo.*
- *Otros fallos en relación con el empleo.*

▪ **Exclusiones**

- Leyes

Esa cobertura no será aplicable a una reclamación presentada contra un Asegurado por una real o supuesta violación de responsabilidades, de obligaciones o de deberes emanantes de:

- *Una ley relativa al seguro de accidentes de trabajo, seguro de desempleo, seguridad social, prestaciones para caso de invalidez o leyes similares.*
- *La Ley “Employee Retirement Income Security Act” de 1974 (excepto la sección 510 de la misma).*
- *La Ley “Fair Labor Standars Act”.*
- *La Ley “National Labor Relations Act”.*
- *La Ley “Worker Adjustment and Retraining Notification Act”.*
- *La Ley “Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act” de 1985.*
- *La Ley “Occupational Safety and Health Act”.*
- *“Equal Pay Acts” Art. 141 Tratado de Roma o similares, leyes o tratados.*
- *Cualquier otro estatuto o ley federal, estatal o local similar al estatuto o Ley mencionado en los incisos 1 a 8 de esta exclusión, o normas o reglamentos promulgados bajo tales estatutos o leyes.*

Esta exclusión, sin embargo, no será aplicable respecto a una reclamación por represalias reales o supuestas hacia el demandante por parte de un Asegurado a causa del ejercicio de los derechos del demandante derivados de cualesquiera de tales estatutos, leyes, normas o reglamentos.

- Daño intencional

La cobertura de esta sección no ampara los siniestros atribuibles o derivados de la responsabilidad personal de

cualquier persona natural asegurada en el momento en que se cometió un acto que dio lugar a una reclamación con la intención deliberada de causar perjuicio a una persona; sin embargo, los gastos de defensa estarán cubiertos para tal persona natural asegurada hasta que se haya probado judicialmente que la persona natural asegurada cometió deliberada e intencionalmente el perjuicio.

- **Asuntos Penales**

Esta sección de cobertura no amparará los siniestros atribuibles a o derivados de una investigación o procedimiento penales, llevados a cabo contra un Asegurado en cualquier foro jurisdicción.

- **Terceros**

Si bien las personas afectadas directamente serán los empleados que adquieren por tanto la condición de perjudicados, también se incluyen expresamente los candidatos a empleo así como antiguos empleados.

Asimismo pueden adquirir tal consideración las organizaciones sindicales, los trabajadores en régimen de cesión, los contratistas y sus empleados, aunque siempre en el marco de las relaciones laborales, aunque se trate de relaciones laborales especiales.

El carácter amplio de estas pólizas induce también a considerar como empleados al personal de Alta Dirección definido en el RD 1382/1985 que regula la relación laboral de carácter especial de los Altos Directivos. De hecho, a la vista al menos de la experiencia americana, las demandas de estos directivos jubilados anticipadamente en contra de su voluntad están a la orden del día.

Finalmente, el cónyuge, de hecho o de derecho, los hijos y otros parientes del perjudicado directamente por estas prácticas empresariales inadecuadas podrán adquirir esta consideración; piénsese en una depresión crónica que conduzca al suicidio desencadenado por un despido improcedente.

- **Daños cubiertos**

Este extremo constituye uno de los aspectos que exige una más inmediata explicación a la vista de la legislación española, aunque quizá en otros escenarios el acercamiento a este problema puede ser enfocado de una manera diferente. Si atendemos a la categoría del daño cubierto en las pólizas de Responsabilidad Civil, los supuestos indemnizables se extienden a los daños corporales y materiales ³⁵.

³⁵ Ver SOTO NIETO “La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros”. RES. N° 101. Enero – Marzo 2000.

Los primeros incluyen conceptos patrimoniales (gastos hospitalarios, medicamentos, reforma de la casa, prótesis, gastos de sepelio y demás partidas que acostumbran a argumentarse en una demanda de resarcimiento) y conceptos diversos en términos clásicos en su componente de daño moral (pretium doloris, perjuicio estético, pérdida de expectativas, etc. ..) pero siempre en el marco de un daño corporal previo. El puro daño moral que no derive de un daño corporal (lesión, muerte o enfermedad) no tiene fácil acomodo en las pólizas de seguro.

Los daños materiales abarcan asimismo el deterioro de bienes tangibles y otros detrimentos patrimoniales, uno y otro están complementados con el lucro cesante que se desencadena tras un daño de esta naturaleza: los daños patrimoniales consecutivos.

Junto a éstos, existen otros menoscabos patrimoniales que se amparan o excluyen dependiendo de la modalidad de póliza de la que se trate; son los llamados daños patrimoniales puros o primarios, categoría importada de Alemania, o también los perjuicios patrimoniales no consecutivos, variedad en este caso procedente de la doctrina francesa.

Pues bien, si atendemos al concepto de reparación integral, los supuestos mencionados generarían daños de naturaleza psico – física, calificados o no como accidente de trabajo o enfermedad profesional, que se compensarían como daño evaluable económicamente (tratamiento psicológico, internamiento en un centro especializado, ayuda de otra persona) o como daño moral (padecimiento psíquico o somatización del sufrimiento) así como otros componentes diversos del daño que no procuran indemnizaciones a través del seguro obligatorio de A.T. y E.P.

Junto a estos elementos, vemos que, como es por todos conocido, en caso de resolución de contrato, por despido improcedente y otras causas, se estableció un sistema de indemnización tasada que todavía se mantiene en el equivalente a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Ciertamente existen otras modalidades de contratos de trabajo con unas menor protección y, si las tendencias y pretensiones de flexibilización del mercado laboral se confirman, estas compensaciones serán drásticamente reducidas cuando no suprimidas. Además de esta indemnización, en las partidas de un despido improcedente se incluyen los salarios dejados de percibir, salarios de tramitación (art. 56 del Estatuto de los Trabajadores).

Pero ¿qué naturaleza cabe aplicar a esta indemnización?. Habría que acudir a la disposición original que la fijó por primera vez, pues parece tratarse de lo que, en términos puramente contractuales de carácter civil, se denominaría penalización por resolución anticipada de contrato, si bien en este caso establecida legalmente. No hemos tenido tiempo material de investigar las razones de esta indemnización, pero evidentemente de un acto de despido surgen perjuicios de otra naturaleza que esta indemnización no contempla.

No solamente son los daños psicológicos que se deriven de un trastorno emocional causados por el despido inesperado o el ascenso de categoría al que se tiene derecho y no se otorga, sino que el perjuicio real es precisamente el dejar de trabajar o, incluso, a ciertas edades, el quedarse al margen del mercado laboral sin apenas posibilidad de conseguir otro empleo.

A la luz del alcance de este seguro, si se acepta la cobertura como supuesto paradigmático de las reclamaciones por despido nulo o improcedente, vemos que no solamente se cubriría la obligación legal del empresario de otorgar la indemnización tasada sino cualesquiera otros perjuicios patrimoniales o no económicos, e incluso la acción de un recurso de Fondo del Garantía Salarial.

Como parece que la extensión del seguro es un tanto exorbitante, convengamos en que el alcance del seguro que hasta ahora se ha venido comercializando deja demasiadas cosas en el aire que no tienen reflejo en una simple traducción³⁶.

- **Los comportamientos deliberados e intencionados**

Estamos en presencia ahora de otro de los elementos más controvertidos, no solamente de estas pólizas, sino de cualquier otra modalidad de Seguro de RC: los actos dolosos sujetos a un singular tratamiento en virtud del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con el art. 19 del mismo texto legal.

En pura teoría del seguro, solamente se podrían amparar acontecimientos de naturaleza aleatoria cuya realización escape de la voluntad del asegurado. Responder así por actos dolosos de otros encajaría plenamente en la cobertura del seguro, si bien en el ámbito, la mayoría de las veces, de la responsabilidad subsidiaria por ilícito penal, aunque no debe olvidarse que también existe el dolo civil sin trascendencia penal y, especialmente, en la esfera que nos ocupa el ilícito laboral en forma de comportamientos contrarios a las relaciones laborales en la terminología que emplea la LISOS.

Pues bien, cuando se penetra en la cobertura de estos supuestos enmarcadas en las prácticas laborales, hemos de pensar que, como mal menor, estamos jugando en el campo de las conductas ilícitas, activas u omisivas, que constituyen claras infracciones laborales, infracciones por lo demás muchas veces perfectamente conscientes.

³⁶ Ver ALARCÓN FIDALGO, Op – cit punto 1.3.

Pudiera pensarse que estamos hablando de conductas que podrían también ser acogidas en las teorías del dolo eventual de aquél que realiza una conducta impropia conscientemente aun cuando no desee sus consecuencias.

¿Es extrapolable esta teoría del campo penal a la órbita laboral?

Otra cuestión que deja la cobertura del seguro reposando en terrenos muy movedizos que conducen a cuestionarse si estas conductas en cuanto contrarias a la moral o al orden público son asegurables³⁷.

Recuérdese en tal sentido que en los primeros tiempos del Seguro de Responsabilidad Civil se discutía su licitud acudiendo al siguiente argumento:

“Si solamente se es responsable en virtud de culpa, según la primitiva concepción de la Responsabilidad Civil extracontractual, ¿cómo asegurar, pues, las consecuencias de hechos ilícitos?. El seguro, pues, también cabría reputarlo de ilícito³⁸.

- **La Delimitación Temporal**

La dificultad de situar en un momento concreto el hecho que da lugar a los daños que conducen a la declaración posterior de responsabilidad obliga a acudir necesariamente a un sistema de los llamados de reclamaciones (claims made). Las pólizas que otorgan cobertura sobre estas premisas suelen combinar tres criterios que sirven para confinar la cobertura del seguro:

- La retroactividad : Hechos anteriores al efecto de la póliza.
- La reclamación : Durante la vigencia de la póliza.
- El período post – contractum, también llamado período de extensión de cobertura o período de descubrimiento : reclamaciones comunicadas con posterioridad a la extinción del seguro por hechos sobrevenidos durante la vigencia.

Comprendemos que las personas no familiarizadas con las prácticas aseguradoras de este conflictivo ramo no acaben de entender estos presupuestos técnicos tan peculiares, pero no hay que olvidar que no estamos en presencia del seguro de automóviles en el que el accidente es perfectamente identificable. Ahora jugamos con un contenido mucho más complejo que conduce necesariamente a preguntarse si los daños y

³⁷ WESOŁOWSKI, P. – Op – cit.

³⁸ CALZADA CONDE, M.A. “*El Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil*”. Ed. Montecorvo. 1983. P. 33.

perjuicios que se reclaman encajan en el ámbito temporal de la cobertura. De antemano ya anticipamos de la dificultad de esta tarea, especialmente si estamos en presencia de comportamientos latentes de discriminación, acoso, privación de desarrollo profesional, negación de derechos fundamentales que no se perciben en una fecha concreta sino que quizá, provengan de muchos años atrás.

Si se trata, pues, de conductas contrarias a las relaciones laborales iniciadas con anterioridad a la vigencia de la póliza y conocidas por el asegurado, aunque la póliza se establezca sobre el esquema de reclamaciones formuladas durante la vigencia, mucho nos tememos que el Asegurador denegará la cobertura.

- **Los siniestros en serie**

La multiplicidad de perjudicados potenciales por estos comportamientos que, en Estados Unidos, han producido diferentes pleitos enjuiciados bajo la particular figura de las “class actions”, ofrece asimismo un efecto típico en el mundo de la Responsabilidad Civil: la inclusión de todos los afectados en el mismo siniestro que se derive de una única o repetida causa y, la reconducción de la fecha del siniestro hacia aquélla en la que se formuló la reclamación por primera vez y la imposición de un límite agregado por año de seguro.

Todos estos factores junto con la delimitación temporal permite cifrar el compromiso del Asegurador en términos económicos y temporales; en cuanto a la suma asegurada y en cuanto al período de cobertura del seguro en unos plazos predeterminados.

- **La Ley aplicable y la jurisdicción competente**

Los contratos de trabajo con elemento extranjero y, en general, aquellas relaciones laborales que impliquen infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios, trabajo de extranjeros, desplazamiento de extranjero, empleo a través de filiales domiciliadas en el extranjero, etc... provocan asimismo conflictos específicos en esta materia que suscitan problemas de ley aplicable al supuesto concreto y también de jurisdicción, especialmente importante en lo que se refiere a Programas Internacionales de Seguro.

En realidad, estos hechos ocurren en cualquier seguro de RC, aunque el problema no se detiene aquí, pues podrán surgir conflictos paralelos en materia de ley aplicable al contrato de seguro, pues sabemos que la ley española en materia de responsabilidad presenta ciertas peculiaridades (acción directa, excepciones oponibles, dolo, repetición, intereses, cláusulas limitativas), susceptibles de impulsar discusiones legales de gran interés académico. Asimismo, un paralelo nivel conflictual se apreciará en los aspectos relativos a la Ley aplicable al Contrato de Reaseguro, sobre todo si tenemos en cuenta las dificultades que está en estos momentos

atravesando el sector reasegurador en el que se anuncian desfallecimientos un tanto inoportunos.

Finalizando con estos comentarios que ponen de manifiesto los especiales problemas de este seguro, fácilmente se apreciará que los contenciosos que surgirán con respecto a la interpretación del contenido del mismo no serán nada desdeñables. Pero esta cuestión no ha hecho más que comenzar y deberá desenvolverse dentro de un escenario más o menos vinculado al área tradicional de la salud y seguridad en el trabajo, que en los últimos años revela también un trasfondo muy conflictivo en un triple plano ³⁹:

- La responsabilidad del empresario en materia de accidentes y enfermedades ocupacionales representa un problema parcialmente latente, parcialmente real, pero en la mayoría de los países irresuelto.
- Las fronteras son algo flexibles entre la violencia en el trabajo (violence at work), principal foco de discusión en Estados Unidos, más o menos enfocada en el ámbito clásico de los accidentes de trabajo, y los supuestos de comportamientos empresariales inadecuados (EPL). Paralelamente las tensiones en el trabajo (stress at work) podrían ser consideradas como enfermedad – accidente laboral o bien como resultado de una conducta discriminatoria.

Los aseguradores de accidentes de trabajo distinguen aquí tres categorías de lesiones:

- Físico – mentales: consecuencias psíquicas de una lesión.
- Mentales – físicas: Enfermedades provocadas por factores psicológicos.
- Mentales – mentales: Procesos puramente psicológicos.
- La importancia de estos supuestos de discriminación, especialmente por razones de sexo, que están conduciendo a lo que pudiera llamarse “feminización del poder” en palabras de LAHNSTEIN. Hasta tal punto esta situación es real que un accidente industrial de la línea clásica – un incendio en 1991 de una industria avícola en condiciones precarias en las que murieron 25 de los 200 empleados y 56 sufrieron un grave peligro para su vida, en su mayor parte mujeres y empleados de color, que no ocasionó graves consecuencias para la empresa, Imperial Food, desde la perspectiva de las responsabilidades exigibles entendidas en el campo de la tradicional inmunidad del Empresario a la luz del derecho de daños norteamericano, -- apenas si originó problemas sociales ni reacciones políticas. En aquellos momentos la batalla se estaba desplegando en la acusación de Anita Hill contra el Juez Thomas que, puede decirse, activó la gran explosión posterior de las denuncias de acoso sexual ⁴⁰.

³⁹ LAHNSTEIN, C. “Introduction to E.P.L.”. EPL Conference 2000. Muchich. Junio 2000.

⁴⁰ Ibidem.

Por consiguiente, y a efectos, puramente aseguradores, la cobertura de E.P.L. “es la clásica modalidad de responsabilidad civil donde cualquiera puede reclamar; las no interpretadas, tergiversadas y solapadas normas legales se traducen en costes de defensa; los diferentes tipos de años a indemnizar acarrearán incertidumbre, los jurados comportan impredecibilidad; el incremento de la complejidad de los casos se traduce en que serán mucho más difíciles de negociar para llegar a acuerdos; las clases sociales adquieren una mayor conciencia de sus derechos; el más fácil acceso a la Justicia y la publicidad de las indemnizaciones otorgadas aumentan las expectativas de los demandantes ⁴¹”.

Pero, en cualquier caso, según se afirma en los comentarios al modelo ISO americano de la póliza EPL: “la relación entre los daños cubiertos y las exclusiones posiblemente aplicadas pueden concluir en que el Asegurado no disponga de tanta cobertura como se piensa que tiene. Sin duda, esta circunstancia será el alimento de futuras batallas legales ⁴²”.

7. COROLARIO

Sin llegar a entonar “el réquiem por la clase trabajadora” del que habla Jeremy Rifkin, profesor estadounidense, asesor de varios presidentes de Estados Unidos, calificado como “gurú radical” es lo que pudiera denominarse “prospectiva económica”, que llega a manifestar que un conjunto de estudios ha demostrado “una clara correlación entre el creciente desempleo de raíces tecnológicas y los recientes niveles de depresión y de pesimismo psicótico ⁴³, la realidad es que las relaciones laborales han cambiado en los últimos años y, cabría afirmar, y más que van a cambiar.

Del mismo modo que los relatos de Dickens reflejaban la situación de los trabajadores en la revolución industrial, hoy día, después de los avances sociales de la postguerra y de la proclamación de los derechos de los trabajadores, no puede decirse que las cosas hayan permanecido inmutables a

⁴¹ RYAN, J. “*Employment practices liability*” – *The U.S. Perspective* – Liability and Insurance in year 2000. EPL. Conference 2000. Munich. Juin 2000.

⁴² EMPLOYMENT – RELATED PRACTICES LIABILITY COVERAGE. ISO COVERAGE FORM Sec. A-14. National Underwriter Company. 1998.

⁴³ RIFKIN, J. “*El fin del trabajo*”. Ed. Paídos. Barcelona. 1196. P. 234. **No nos resistimos de reflejar un párrafo de este libro particularmente pesimista en esta materia: “La muerte de la masa laboral global es interiorizada por millones de trabajadores que experimentan sus propias muertes individuales, a diario, en manos de patrones cuyo único objetivo es el beneficio de sus empresas a cualquier precio, y frente a unos gobiernos desinteresados. Son los que esperan el despido y se ven forzados a aceptar trabajo a tiempo parcial con reducciones en los niveles salariales o a vivir de la beneficencia. Con cada indignación, su confianza y autoestima sufre una nueva mella. Se convierten en elementos sustituibles, después de innecesarios y finalmente en invisibles en el nuevo mundo tecnológico caracterizado por el comercio y los negocios de ámbito global”.**

lo largo del siglo. Digamos sin embargo que todo sucedió de una manera más o menos lenta durante casi cien años, pero en las últimas fases de este siglo que se acaba “todo es inmediato: la velocidad está convertida en una condición inseparable de la modernidad y lo moroso es incluso insoportable”⁴⁴.

Destaca Verdú como “el porvenir y el presente suceden de esta manera, como sobre una misma plataforma temporal. El futuro ha dejado de ser simbólicamente un producto todavía por construir y aparece, en cambio, como un imaginario terminado, listo para ser convocado en cualquier momento y de una sola vez”.

Queremos subrayar con estas citas cómo algo que vemos quizá un poco lejano puede en poco tiempo sorprendernos de un modo no por previsible menos repentino, y este elemento de cambio sustancial constituye precisamente una especie de imperativo categórico de la Institución de la Responsabilidad Civil y el factor más temido por el Seguro.

Además, como sostienen los estudiosos de la nueva economía, lo importante es el hecho de que efectivamente llegue a realizarse la denominada “ley de la percepción”, que más o menos se puede resumir en la siguiente explicación: los cambios no ocurren porque realmente se produzcan tales transformaciones, sino que sobrevienen a tenor de las expectativas que se perciben de que algo va realmente a cambiar. Esta nueva percepción actual de una realidad futura que impulsa ciertos movimientos, económicos en este caso, en lo que de verdad importa.

Bien, pues creo personalmente que en materia de relaciones laborales nos encontramos ante una tesitura parecida a la vez que reafirmada: no solo las cosas están cambiando, y además a enorme velocidad, sino que percibimos, al menos en el mundo del seguro y del reaseguro, que lo van a hacer mucho más.

Evidentemente, este diagnóstico se aplicaría también a las relaciones laborales y a los sistemas de protección social que inmediatamente se reflejaría en el deterioro de la relación de trabajo. Cuando se llega a esta situación de alejamiento entre empresarios y trabajadores se es capaz de llegar a todo, incluso a perder el miedo a reclamar.

¿Hasta qué punto todos estos problemas afectarán a la vida de las empresas provocándoles un grave descalabro en sus cuentas de resultados que les aconseje a transferir estos riesgos al seguro en la medida que realmente sean asegurables?. Lógicamente, prevemos que algo va a suceder pero ya es más difícil evaluar la dimensión de este cambio. Pero, en cualquier caso se refrendará la llamada paradoja del seguro: ser responsable y no responder⁴⁵.

⁴⁴ VERDÚ, V. “*Todo es inmediato*”. El País. 7.9.2000.

⁴⁵ LÓPEZ JACOISTE, J.Z. “*Transformaciones y Paradojas de la responsabilidad civil extracontractual*”. Discurso de Ingreso leído el 10.1.1994. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 1983. Pág. 91.

“De esta suerte, la paradoja del Seguro – ser responsable y no responder – ha venido a ser paradoja presente en todo el actual desenvolvimiento de la responsabilidad extracontractual; es razón expresiva de todas las tensiones humanas, jurídicas y económicas que, concitadas, trazan ahora su faz y su sentido. Mantener el principio de responsabilidad y mitigar e incluso suprimir

Probablemente las cosas no sean tan negras como las contempla Rifkin, ni tan bonitas como se formulan en el futuro desarrollo de una sociedad tecnoutópica. Quizá las empresas de mayor valor sean las que desplieguen su actividad en lo que se llama economía del conocimiento o economía de la experiencia. Sin embargo, tampoco creemos que exista duda de que las empresas tradicionales que se mueven en los negocios clásicos de venta de bienes y servicios seguirán mal que bien subsistiendo y continuarán necesitando trabajadores aunque quizá bajo un régimen mucho más precario a la vez que más móvil y globalizado (de nuevo esa odiosa palabra), de modo que las relaciones laborales continuarán de uno u otro modo marcando el devenir de las actividades empresariales presentes en inmediatas aunque bien es cierto que en un entramado legal-social-económico algo diferente.

Pues bien, acabemos recordando a la “Muerte de un viajante”. Willy Loman, el viajante que había trabajado durante toda su vida para conseguir lo que cualquier hombre podría esperar, siente que el mundo se le derrumba cuando le despiden, cuando no se culminan sus sueños, cuando no hace carrera de sus hijos y no puede hacer frente a la hipoteca de su casa, a los préstamos de sus parientes, a la reparación del frigorífico, a la vida en fin y sobreviene la tragedia del suicidio, tan magníficamente relatada en la obra de teatro de Arthur Miller estrenada en 1949.

Si esta función se reescribiera hoy día, cincuenta años después, y sobre todo, si culminara en un guión cinematográfico, probablemente la historia de Willy Loman acabaría de un modo muy distinto. Este “remake” sería encargado a la persona más conocedora del mundo de los abogados y sus pleitos en su dimensión literaria – cinematográfica: John Grisham, autor de numerosos best – sellers jurídico novelados también llevados a la pantalla.

¿Qué: cómo se plantearía el final de esta nueva version?.

Después de lo leído y de los antecedentes descritos, Willy Loman presentaría una demanda contra su empresa por discriminación por razones de edad al forzarla a una jubilación no deseada que se vería recompensada con una cifra importante en concepto de indemnización, lo que le permitiría pagar su hipoteca, comprarse un nuevo frigorífico y quizá otro automóvil, poner un negocio a sus hijos y vivir felizmente con su esposa Lynda hasta que SANTA LUCÍA les separese.

Y además, si se apreciará mala fe empresarial, se beneficiaría de una indemnización complementaria en concepto de “punitive damages”, pudiendo también adherirse a una “class action” si la decisión empresarial de aliviarse de los trabajadores hubiera afectado a varios de ellos.

Un final, no me negarán mucho más feliz que el original porque, además habría sido muy bien recibido por su abogado, destinatario final de una “quota litis” ciertamente apetecible y extraordinariamente provechosa. Lo que no nos atrevemos a representar en este nuevo final es la actuación de la compañía aseguradora de la empresa de

sus consecuencias. Ese ha venido a ser el paradigma articulador de la dinámica del Derecho de Daños, paradigma del que no cabe prescindir a la hora de esbozar las partes y los modelos de su construcción y de su filosofía”.

Willy ante una demanda de estas características; ¿se habría rehusado el siniestro o aceptado su cobertura?