

JOSÉ MANUEL RIESCO IGLESIAS

Acoso moral en el trabajo

13 DE DICIEMBRE DE 2007

JOSÉ MANUEL RIESCO IGLESIAS

LICENCIADO EN DERECHO.

PROFESOR-TUTOR DE DERECHO PENAL Y DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LA UNED (FERROL).

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

AUTOR DE NUMEROSOS ESTUDIOS SOBRE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SOBRE RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

PONENTE EN MÚLTIPLES CURSOS Y SEMINARIOS.



CONCEPTO Y ELEMENTOS

El acoso moral en el trabajo recibe múltiples denominaciones: hostigamiento psicológico en el trabajo, psicoterror laboral, acoso psicológico en el trabajo, etc. En nuestro derecho positivo no existe una verdadera definición del acoso moral en el trabajo, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen resaltando una serie de características que son propias de tal anormalidad laboral. Así, coinciden autores, tribunales y las leyes que mencionaré más adelante, en que el acoso moral constituye un ataque a la dignidad del trabajador que crea un entorno intimidatorio, hostil o humillante. En lo que ya no existe unanimidad es en el fin último del acoso moral: conseguir que la víctima abandone su puesto de trabajo. No es este un dato desdeñable, ya que según los estudios sociológicos, especialmente el denominado barómetro Cisneros (las varias versiones del mismo han sido elaboradas bajo la dirección del Prof. Piñuel, de la Universidad de Alcalá de Henares), la mayoría de las personas que atraviesan un problema de acoso psicológico en el trabajo acaban a medio plazo saliendo de la organización o experimentando un desplazamiento en la misma que se opera de forma más o menos traumática. Incluso, en muchas ocasiones, la relación laboral finaliza no por la voluntad unilateral de la víctima sino por despido disciplinario para el que desde la empresa se suelen construir causas diversas: falta de rendimiento, errores, absentismo laboral, etc., las cuales tienen su origen, precisamente, en el acoso moral experimentado por el trabajador.

Ante la ausencia de una definición positiva del acoso moral en el trabajo, podemos acudir a varias fuentes para encontrar un concepto que se aproxime a lo que viene entendiéndose por acoso moral y del que, como se anticipó antes, se destacan dos elementos: el ataque a la dignidad y la creación de un ambiente laboral hostil e

intimidatorio. Las normas que nos pueden proporcionar pistas o cauces para captar la noción de acoso son, en primer lugar, la Ley 51/03, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que define en el artículo 7.a) la conducta de acoso como aquella *relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*. En términos parecidos, la Ley 62/03, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social dispone en el artículo 28.1.d) que el acoso es *toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*. Finalmente, la Ley Orgánica 3/07, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en la que se define el acoso sexual resaltando que el mismo, al igual que el acoso moral, *produce el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*.

En el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, la Nota Técnica Preventiva 467 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo define el acoso moral como una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo. Por su parte, el Comité Asesor de Seguridad, Higiene y Protección de la Salud de la Comisión Europea de 29 de noviembre del 2001 definió la violencia en el lugar de trabajo de una forma más precisa: *«La violencia puede definirse como una forma de comportamiento negativo entre dos o más personas, caracterizado por su agresividad, generalmente repetitivo, muchas veces inesperado, que tiene efectos dañinos sobre la seguridad, salud y bienestar del empleado en el lugar de trabajo. La agresividad puede tomar la forma de lenguaje corporal indicando intimidación, desprecio o rechazo, o tomar la forma de violencia física o verbal. La violencia se manifiesta de muchas maneras, desde la agresión física al insulto, al acoso moral, al acoso sexual, a la discriminación por raza, religión, minusvalía, sexo o cualquier otra diferencia y puede venir desde dentro o desde fuera de la organización»*.

La doctrina también se ha ocupado de definir el acoso moral en el trabajo. Así el Prof. Piñuel lo define en su obra del año 2001 *«Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo»* como *«el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y obtener su salida de la organización o su sometimiento a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos, o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador»*.

El Consejo General del Poder Judicial –órgano al que la Constitución Española atribuye el gobierno del Poder Judicial–, en la resolución del Pleno de 12 de julio de 2005, dictada con motivo de un expediente disciplinario, acepta la siguiente definición de mobbing: *«Forma característica de estrés laboral, situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una presión psicológica extrema, de forma sistemática (al menos una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo».*

Como es lógico, también los tribunales se han ocupado últimamente del análisis de este problema laboral, que llega a su conocimiento como consecuencia de diversas patologías laborales y de Seguridad Social. De las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de la elaboración doctrinal, podemos extraer los tres criterios diagnósticos que nos permitirán obtener un concepto del acoso moral:

- Una o varias conductas de hostigamiento (ataques a la víctima con medidas organizacionales, ataque a sus relaciones sociales y a su vida privada con aislamiento social, violencia física o verbal, etc.).
- La prolongación del acoso a lo largo de un periodo de tiempo y, por lo tanto, que no responde a una acción puntual o esporádica, entendiéndose orientativamente como mínimo a lo largo de seis meses. Ahora bien, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de enero de 2005 (rec. 2794/04), tal duración no puede tomarse de manera radical, puesto que es evidente que la situación de acoso puede comenzar y constituir la misma desde el inicio, causando ya desde ese mismo momento daño al trabajador; también debe tenerse en cuenta que no todas las personas soportan o resisten de igual manera situaciones de acoso, de modo que en algunos casos sea imposible que el acoso se prolongue porque en un determinado momento el trabajador termina por rendirse o caer enfermo.
- Finalmente, el último elemento que configura el acoso moral en el trabajo es la repetición sistemática de las conductas de hostigamiento por lo menos semanal (una vez o más a la semana).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta aquí podemos definir el acoso moral como aquella situación en la que una o varias personas ejercen una violencia moral contra otra de forma sistemática y prolongada en el tiempo para conseguir un entorno laboral hostil e intimidatorio y, en último término, la expulsión de la víctima de su puesto de trabajo.

DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

En palabras de la antes mencionada NTP 476, en cualquier organización laboral la existencia de conflictos resulta algo común y esperable, bien por motivos de organización del trabajo o bien por problemas interpersonales; aunque la mayoría de estos conflictos se resuelven de forma más o menos satisfactoria, algunos, por diversas razones, se enquistan dando lugar a diversas situaciones patológicas como puede ser el acoso moral u otras figuras similares, cuyos límites trataremos de deslindar.

La doctrina de los tribunales se muestra unánime en considerar que no todo conflicto interpersonal que se produzca en el ámbito laboral constituye acoso moral. Efectivamente, existen conductas del propio empresario, de superiores jerárquicos o de compañeros de trabajo con una posición superior jerárquica *de facto*, que no constituyen acoso moral y frente a las que el trabajador puede defenderse de varias formas. Tal es el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (horario, turnos, etc.) del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que suelen provocar grave inquietud y malestar entre los trabajadores afectados y que, sin embargo, sólo pueden calificarse como un conflicto normal en las relaciones laborales, ya que de ordinario no tienen como objeto perseguir y acosar moralmente al afectado sino mejorar la situación económica y/o productiva de la empresa, sin perjuicio de que aquél pueda ejercitar las acciones que estime oportunas en defensa de sus derechos. También suele ser fuente de conflictos en la empresa, con la implicación de múltiples trabajadores, la movilidad funcional del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores; en este caso, el propio precepto estatutario establece el respeto a la dignidad del trabajador como límite de la actuación empresarial (núm. 3).

Tampoco constituyen acoso moral las conductas aisladas del empresario o de sus representantes. Estas actuaciones no repetidas en el tiempo, tales como insultos, agresiones verbales, aunque puedan resultar perjudiciales para la personalidad del trabajador, no constituyen ataques a su dignidad moral que puedan calificarse técnicamente como acoso psicológico.

En este sentido, los Tribunales Superiores de Justicia vienen sosteniendo, asimismo, que no puede confundirse el acoso moral con los conflictos, enfrentamientos y desentendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos, descartando también la presencia de tal fenómeno laboral anormal en aquellos casos en que se produce únicamente un simple desacuerdo o exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, que responde a inevitables y naturales confrontaciones en el ámbito de la relación humana y, más específicamente, de la surgida del contrato de trabajo (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2003).

A veces, la frontera entre las diversas situaciones conflictivas que se producen en el seno de la empresa no está demasiado definida, aunque sí existen pautas de

diferenciación. Así, con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo el acoso moral tiene en común que todas estas conductas constituyen una manifestación arbitraria del ejercicio del poder por quien lo detenta en una concreta relación jurídica o personal, vulnerándose derechos fundamentales de la víctima, con el consiguiente ataque a su dignidad personal. La Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, ha introducido en nuestro Derecho una definición del acoso sexual conceptuándolo como *cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo* (artículo 7.1), distinguiéndolo del acoso por razón de sexo que se define como *cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*.

Partiendo de estas definiciones podemos centrar en tres aspectos la diferencia entre el acoso moral y el sexual:

- En la forma de ataque, con manifestaciones expresamente sexuales en el acoso de tal naturaleza, y con mucha más amplitud conductual en el acoso moral.
- El interés es distinto en uno y otro caso. En el acoso sexual predomina el interés particular –libidinoso– del acosador, mientras que en el acoso moral se trata de humillar y destruir psicológicamente a la víctima para lograr como fin último el abandono del puesto de trabajo, sin interés sexual para el sujeto activo de la conducta acosadora.
- También es distinto el ataque al bien jurídico en ambos casos: el derecho a la libertad sexual en el acoso sexual y el derecho a la dignidad en el acoso moral, aún cuando ambos puedan estar mezclados y confundidos en ocasiones.

También podemos hallar diferencias entre el ejercicio abusivo de facultades empresariales (por ejemplo, movilidades geográficas o funcionales no justificadas) y el acoso moral. Son distintas las finalidades y motivos: en aquél el empresario suele buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, mientras que en el acoso moral lo que busca –el empresario o el compañero de trabajo– es atacar la personalidad del trabajador para causarle un daño psicológico. Desde el punto de vista del ataque al bien jurídico protegido, en el ejercicio abusivo se perjudican estrictos derechos laborales sobre tiempo, modo y forma de la prestación, en tanto que en el acoso moral el derecho que resulta atacado es el de la integridad moral del artículo 15 de la Constitución Española y su reflejo en el Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2.e

y 20.3). Para apreciar la concurrencia del acoso frente al simple abuso empresarial es necesaria, en definitiva, una conducta grave del empresario o de sus representantes en la línea jerárquica, de tal manera que se origine un entorno negativo no sólo desde la percepción subjetiva de quien lo padece, sino objetivamente considerada porque puede ocurrir que nos encontremos ante una sensibilidad especialmente marcada de un trabajador cuyo entorno objetivamente considerado no es efectivamente hostil (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de octubre de 2002).

Estas diferencias conllevan también, como se verá más adelante, una distinción en las vías de defensa que ha de plantear el acosado, acudiendo en el primer caso a los procedimientos de extinción del contrato o de modificación sustancial previstos en la legislación procesal laboral, y pudiendo en el segundo utilizar, además de éstos, el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, siendo posible solicitar una indemnización aún finalizada la relación laboral. También han de ser distintos los hechos que habrán de acreditarse, ya que no basta con que pruebe el trabajador posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso que demuestre en un primer momento que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como tolerante del mismo era perjudicar su integridad psíquica o desentenderse de su deber de protección en tal sentido y, en segundo lugar, que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología.

También por el origen y por la responsabilidad empresarial podemos diferenciar el acoso moral de otra conducta relativamente frecuente, cual es la presión ocasionada por la relación con los clientes del establecimiento, que los expertos denominan «burn-out» o síndrome del quemado. En estos supuestos el acoso, que sólo en sentido lato puede calificarse de laboral, procede de un cliente del establecimiento, pero las consecuencias son similares a aquellos otros en que el origen está en el empresario, puesto que el trabajador sigue teniendo derecho a su dignidad personal y profesional, que ostenta frente a los demás trabajadores o ante cualquier persona que se relacione con la empresa (la dignidad es un derecho válido *erga omnes* como ha dicho el Tribunal Constitucional) a fin de que el trabajo permita al hombre o a la mujer realizarse, sin degradarse a causa de él, debiéndose rechazar cualquier conducta atentatoria a la dignidad con motivo de éste cuyo menoscabo será justa causa para solicitar la extinción del contrato de trabajo y/o la indemnización correspondiente a cargo del empresario.

ALGUNOS DATOS SOCIOLÓGICOS

En España no se han elaborado estadísticas oficiales fiables sobre el tema, aunque sí se han realizado estudios y encuestas. Uno de los más conocidos es el ya antes citado

Informe Cisneros sobre «violencia en el entorno laboral», realizado por el Prof. Iñaki Piñuel y Zabala, profesor de la Universidad de Alcalá de Henares y auténtico pionero en esta materia, en el que se han realizado encuestas durante varios años entre los trabajadores de la Comunidad Autónoma de Madrid. Del último de esos barómetros se pueden extraer como datos más relevantes los siguientes:

- 1 de cada 10 trabajadores señala haber padecido acoso psicológico en los últimos seis meses.
- Un 23% ha padecido acoso psicológico anteriormente en su vida profesional.
- Hombres y mujeres lo padecen por igual. Las mujeres acosan con más frecuencia a otras mujeres. Los hombres acosan por igual a hombres y mujeres.
- Origen del mobbing:
 - Descendente: 70%
 - Horizontal: 12%
 - Ascendente: 9%
 - Otras fuentes de mobbing: 8%.

Las conductas más frecuentes que las víctimas del acoso identifican como sufridas en la relación laboral son las siguientes:

- Asignar trabajos sin valor.
- Asignar trabajos por debajo de la categoría profesional o adjudicar tareas absurdas.
- Evaluación del trabajo inequitativa o sesgada.
- Hacer el vacío.
- Minusvalorar el esfuerzo.
- Desestabilizar emocionalmente.

Los sectores laborales más afectados por el fenómeno del acoso moral son:

- Administración pública: 22%
- Organizaciones sociales, medios de comunicación: 19%
- Sanidad: 13%.
- La incidencia es mayor en los servicios y menor en la construcción.
- El mobbing también se produce con más frecuencia entre los autónomos económicamente dependientes.
- El mobbing incide más entre los mayores de 45 años.
- La envidia, no ceder al servilismo y la defensa de los derechos laborales son identificadas como las causas más frecuentes del acoso.

La sola lectura de los resultados de estas encuestas ya nos da una referencia de las importantes repercusiones personales, económicas y sociales que derivan de las conductas de acoso moral en el trabajo. La más importante e inmediata es el malestar psíquico (trastorno ansioso-depresivo, síndrome de ansiedad generalizada, síndrome de estrés posttraumático, etc.) y físico (somatizaciones, dolores y trastornos funcionales, insomnio, pérdida de peso) que ocasiona en el afectado, la lógica disminución del rendimiento laboral no sólo de éste, sino también de aquel o aquellos que ocupan parte de la jornada laboral en desprestigiar y menoscabar la posición laboral de la víctima y, finalmente, de los que participan forzosamente al compartir en el centro de trabajo el mal ambiente creado en el mismo por el acosador o acosadores. A ello se suma la repercusión social del acoso en la víctima, manifestada en conductas de aislamiento, retracción social o crisis de pánico que llegan a dificultar notablemente e, incluso, a eliminar por completo la convivencia armónica en su ambiente social habitual y no sólo en el familiar, en el que suelen producirse conflictos, trastornos afectivos y sexuales e, incluso, separaciones y divorcios. Tampoco desde el punto de vista económico son desdeñables las repercusiones del acoso moral y no sólo para la economía particular de la víctima, puesto que también sufre un perjuicio importante la empresa con disminución de la cantidad y calidad del trabajo, mayor absentismo, aumento de la probabilidad de accidentes y también el deterioro de la calidad del servicio a los clientes. Finalmente, los perjuicios son también significativos para la sociedad en general (pérdida de fuerza de trabajo y de población activa) y, más especialmente, para el Sistema de Seguridad Social, puesto que son muchos los supuestos en que la víctima necesita tratamiento médico, así como el acceso a prestaciones de Seguridad Social tales como la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, derivada de accidente de trabajo e, incluso, si no llega a diagnosticarse debidamente el acoso moral, de la enfermedad común, sin descartar las prestaciones de muerte y supervivencia, ya que en casos extremos el acoso moral puede llevar a la víctima a autolesionarse hasta causarse la muerte.

DERECHOS DEL TRABAJADOR

Ha quedado dicho que la doctrina judicial viene poniendo en el centro del acoso psicológico en el trabajo el ataque a la dignidad del trabajador. Al igual que todos los ciudadanos los trabajadores tienen derecho a que se respete su dignidad en los términos del artículo 10 de la Constitución Española, que establece que el fundamento del orden político y de la paz social está constituido por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Más específicamente, en el artículo 14 se reconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por cualquier

condición o circunstancia personal o social y en el 15 se eleva al rango de derecho fundamental el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes; igualmente, los ciudadanos tenemos reconocido con rango constitucional el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (artículo 18.1); por último, dentro de la Sección dedicada a los «Derechos y deberes de los ciudadanos», se declara en el artículo 35 el deber de todos los españoles de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

En el campo de la legislación ordinaria, los derechos del trabajador relacionados con la dignidad los encontramos en el Estatuto de los Trabajadores. Así, en el artículo 4.2.c) el legislador establece el derecho de los trabajadores, en su relación de trabajo, *a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español*. En el apartado d) del mismo artículo 4.2 el derecho que se declara es el de *la integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene*; y, finalmente, en la letra e) se establece el derecho de los trabajadores *al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*. En otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores también se protege el bien jurídico de la dignidad de los trabajadores. A título de ejemplo podemos mencionar la limitación al respeto de la dignidad humana para la realización por el empresario de registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa (artículo 18); para el ejercicio empresarial del derecho a la adopción de medidas de vigilancia y control de las obligaciones laborales de los trabajadores (artículo 20.3); y, finalmente, para la movilidad funcional en el seno de la empresa (artículo 39.3). Lógicamente, este derecho que tiene reconocido el trabajador a que se respete su dignidad personal en la vida ordinaria y en la relación de trabajo, no sería nada si no tuviera una protección efectiva antes y después de que se produzcan las situaciones que regulan los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que se acaban de mencionar.

Pero los trabajadores no tienen sólo derecho a que su empresario respete su dignidad en la relación de trabajo, sino que también deben disponer de las medidas de seguridad e higiene necesarias en el desempeño de su actividad laboral que hagan efectivo ese respeto y la protección que merece, entre las que se incluyen las que

contribuyan a anular o minimizar los riesgos psicosociales. El artículo 14.1 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, establece al efecto que *los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*, debiendo garantizar el empresario de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (artículo 25.1).

OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO

En lógica correspondencia con el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, el empresario tiene un deber de garantizar la misma. Ambas obligaciones se establecen en el antes mencionado artículo 14 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Este deber empresarial recae sobre «todos los aspectos relacionados con el trabajo», incluyéndose también, por tanto, la prevención del acoso moral en tanto que esta conducta puede ocasionar un daño a la salud física y psíquica de los trabajadores. El empresario viene así obligado a efectuar una evaluación de los riesgos del acoso moral y a adoptar las medidas preventivas procedentes, que pueden ser de diverso tipo: desde organizativas (modificando los procedimientos de producción, aumentando la participación de los trabajadores, etc.), hasta de ayuda y atención a la persona agredida y llegando, si fuera necesario, a la adopción de medidas disciplinarias como el despido o el traslado del agresor, siempre preferible al traslado o despido de la víctima. Es evidente, por tanto, que la empresa está obligada a conseguir un entorno laboral adecuado, con el debido respeto a la dignidad de los trabajadores, adoptando para ello todas las medidas que sus facultades –incluidas las disciplinarias– le permiten; y de no hacerlo así incurrirá en un incumplimiento contractual grave, que puede dar lugar a distintas responsabilidades administrativas o judiciales por infracción de normas laborales diversas, como más adelante se verá detalladamente.

Cabe añadir aquí que el empresario también es responsable de las actuaciones de los directivos o mandos respecto de sus subordinados, más aún cuando teniendo conocimiento de los hechos no hace nada por evitarlos. Esta responsabilidad por la actuación de los directivos o subordinados coincide con lo que en derecho civil se denomina culpa *in eligendo* o *in vigilando*, a la que se refiere el artículo 1.903 del Código Civil, según el cual los dueños o directores de un establecimiento o empresa

responderán de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

En este punto es de resaltar que la Ley 62/03, de 30 de diciembre, introduce una nueva causa de despido en el Estatuto de los Trabajadores, que anteriormente sólo se contemplaba como causa de extinción disciplinaria en los Convenios y que ha sido modificada por la disposición adicional décimo primera de la Ley 3/07. Concretamente, se trata de la contemplada en la letra g) del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores: *«El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa»*. El tenor literal de este precepto parece excluir como causa de despido la que se base en el acoso psicológico «simple», puesto que lo adjectiva con una serie de características que especifican su origen: racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y acoso sexual o por razón de sexo. Así se entendió en una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Valladolid, de 14 de julio de 2006, dictada en un procedimiento sobre despido por un caso de acoso moral –se manifestaba en llamadas telefónicas–, en la que el Tribunal consideró que el mismo no estaba tipificado en el precepto antes transcrito porque no constaba que la conducta sancionada tuviese algún contenido discriminatorio, ni tampoco podía reconducirse al apartado A (ofensas verbales o físicas) o al apartado D (trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza) del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, ya que las conductas descritas en los citados apartados no tenían nada que ver con el acoso enjuiciado, por lo que la Sala decidió acudir al Convenio Colectivo aplicable, en el caso, el de Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías, en el que se contempla el acoso moral como falta grave, sancionable con la suspensión de empleo y sueldo de 3 a 15 días, por lo que el despido del trabajador al que se le imputaba una conducta de acoso psicológico fue calificado por la Sala como improcedente.

ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR AFECTADO

Una vez que la situación de acoso moral se ha producido efectivamente, el trabajador afectado por el mismo puede reaccionar de diversas formas, acudiendo a los representantes de los trabajadores, a la Inspección de Trabajo, ejercitando acciones judiciales en el orden social, solicitando las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social y, finalmente, ejercitando acciones penales ante los órganos judiciales competentes.

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Para los trabajadores víctimas del acoso psicológico es importante acudir, en primer lugar, a los representantes legales de los trabajadores por varias razones:

- Porque tienen competencia de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.7.a.2º del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al precepto por la Ley 38/07, de 16 de noviembre; esta competencia también la tienen atribuida las Juntas y Delegados de Personal en el ámbito de la Administración Pública.
- Porque, como órgano colegiado, se reconoce al comité de empresa capacidad para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros (artículo 65.1 del Estatuto de los Trabajadores). El ejercicio de estas acciones legales ante los organismos y tribunales competentes se les reconoce expresamente a los representantes de los trabajadores por el artículo 64.7.a.1º del Estatuto cuando se trate de la vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor.
- Finalmente, porque los Sindicatos pueden ejercitar acciones judiciales en nombre y con autorización de sus afiliados, conforme al artículo 20.1 de la Ley de Procedimiento Laboral: *«Los Sindicatos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación»*. Esta posibilidad de acudir a los Juzgados y Tribunales del Orden Social es menos gravosa personal y económicamente para el trabajador, aunque lo cierto es que, en mi experiencia, no se utiliza con mucha frecuencia.

DENUNCIA ANTE LA INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO

La segunda posibilidad que se le ofrece al trabajador antes de ejercitar acciones judiciales, sobre todo cuando no tiene intención de extinguir la relación laboral, es formular una denuncia ante la Inspección de Trabajo. Una vez planteada, el Inspector tratará de lograr un resultado positivo a través de la mediación entre los implicados, si hay buena voluntad, especialmente por parte de la empresa, que es la que ha de adoptar las medidas procedentes para poner fin al acoso moral del que sea víctima el trabajador. La actuación inspectora finalizará, normalmente, con un Acta de Advertencia o con un Requerimiento dando un plazo al empresario para que adopte las medidas neces-

rias para prevenir o resolver la situación o situaciones de acoso moral que puedan tener lugar en su empresa, Pero también puede levantarse un Acta de Infracción con los requisitos correspondientes. Es decir, que de no surtir efecto el requerimiento podría iniciarse el procedimiento sancionador. Aquí entraría entonces en juego el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/00, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en cuyo núm. 11 se tipifican como falta muy grave *los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*. A este precepto hay que añadirle el núm. 12 que sanciona *las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales*; el núm. 13 que castiga *el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma* y, finalmente el artículo 8.13 bis introducido por la Ley Orgánica 3/07, que tipifica también como infracción muy grave *las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*. Estas infracciones, una vez seguido el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, pueden ser sancionadas, de conformidad con el artículo 40.1.c), con una multa que puede ir desde los 6.251 € a los 187.515 €.

La Inspección deberá solicitar a la Autoridad Laboral el planteamiento de la demanda de oficio en los supuestos del artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral: *en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el*

conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez planteado el procedimiento éste se seguirá de oficio, sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso, debiendo resaltarse que de conformidad con el artículo 148.2.d) de la Ley de Procedimiento Laboral las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.

EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES ANTE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL

Dentro del campo de acción de los órganos judiciales del Orden Jurisdiccional Social, la primera posibilidad que se le ofrece al trabajador sometido a una situación que se pueda calificar de acoso moral y que quiera mantener su empleo es la de solicitar el cese de la conducta empresarial y adicionalmente una indemnización de daños y perjuicios acudiendo a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales (arts. 175 y siguientes), ya que el acoso moral, como quedó dicho más arriba, ataca frontalmente el derecho fundamental del trabajador a su dignidad moral (artículo 15 de la Constitución Española). Esta modalidad procesal ha sido objeto de reforma por la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 3/07, que da una nueva redacción al artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, según el cual *las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos; añadiendo el segundo párrafo que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*

El Tribunal Supremo viene diciendo desde 1993 (sentencia de 14 de julio, rec. 3354/92), repitiéndolo en múltiples sentencias posteriores (por todas la de 25 de enero de 2005, rec. 1374/2004) que la acción de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales tiene, sin duda, un contenido complejo ordenado al «cese inmediato del comportamiento antisindical o vulnerador del derecho fundamental», a

«la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo», y a «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera». Como consecuencia de ello, la sentencia que pone fin a este proceso especial será normalmente, si se reconoce lesión de derecho fundamental, una sentencia declarativa y de condena, en la que, como ha dicho la doctrina científica, se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical o del derecho fundamental, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o trabajadores afectados; aceptando, en consecuencia, dentro del ámbito de la acción de tutela la reparación de las negativas consecuencias económicas directamente derivadas de la infracción del derecho fundamental. Para fijar la indemnización que corresponda, el Tribunal Supremo ha señalado en sentencias de 22 de junio de 1996, 2 de febrero de 1998, 28 de febrero de 2000 y 21 de julio de 2003 (rec. 4409/2002) que lo que se establece en el artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase. Entre los daños indemnizables figuran también los daños morales (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2001). Acreditada la vulneración del derecho fundamental a la dignidad, la determinación del *quantum* indemnizatorio es competencia casi exclusiva del juez de instancia, el cual lo ha de fijar discrecionalmente teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso que influyan en la valoración de los daños y perjuicios ocasionados. Este factor de discrecionalidad sólo podrá ser corregido si se constata una evidente desproporción entre el daño realmente inferido y la satisfacción acordada en la sentencia (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1992).

La posibilidad más drástica respecto a la pervivencia de su relación laboral que se le ofrece al trabajador víctima del acoso psicológico es la de solicitar del Juzgado de lo Social la extinción de su contrato al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente en la letra a) de su núm. 1, esto es, «*las modificaciones*

sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad» y c) «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados». La más corriente de las modificaciones sustanciales es el cambio de funciones. En estos casos, el empresario debe acreditar que tal modificación tiene fundamento legal y racional (sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de junio de 2002, recurso 309); legal porque la empresa hubiera acreditado que había adoptado la decisión dentro de sus facultades de organización y racional porque no hubiera obedecido a una represalia. De modo que si no concurren esas circunstancias, nos podemos encontrar ante un abuso empresarial en el ejercicio del poder de dirección que ataca y menoscaba la dignidad del trabajador y que hace viable el ejercicio de la acción extintiva por la vía del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. La consecuencia económica es la indemnización en los mismos términos que para el despido improcedente (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades).

La aplicación de la letra c) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores la podemos hallar en aquellos supuestos en que se produce un incumplimiento de las obligaciones empresariales de mantener la debida seguridad e higiene en el centro de trabajo. Ya hemos dicho que el empresario tiene la obligación de prevenir la aparición de posibles conductas de hostigamiento psicológico en la empresa, a través de la información, formación, medidas organizativas adecuadas, etc. Si se produce un incumplimiento de estas obligaciones el trabajador podrá acudir a la vía judicial y solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo con las consecuencias económicas antes señaladas.

Se ha producido una cierta polémica respecto a la compatibilidad de la indemnización tasada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y la correspondiente a los daños que para el trabajador pueden derivarse de la vulneración por el empresario de su derecho fundamental a la dignidad. El Tribunal Supremo venía sosteniendo en sentencias de 3 de abril de 1997 (rec. 3455/96), 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/02) y 25 de noviembre de 2004 (rec. 6139/03) que la pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutorio contenido en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (precepto laboral que sustituye al artículo 1101 del Código Civil) satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho del trabajo debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común. Tal doctrina es la que se ha aplicado a los

incumplimientos empresariales derivados de la ley ordinaria laboral o de las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, pero la propia doctrina de la Sala Cuarta ha introducido una excepción, recogida en la sentencia dictada el 17 de mayo de 2006 (rec. 4372/04) en la que reconoció la compatibilidad entre la indemnización derivada del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En palabras de la sentencia de 7 de febrero de 2007 (rec. 4842/05) la excepción se produce cuando se alega y se acredita que el incumplimiento empresarial no sólo encierra la infracción de un precepto de ley ordinaria laboral sino que, además, constituye la infracción de un precepto de rango constitucional, pues en tal caso se entiende que el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no cubre las exigencias indemnizatorias derivadas de tal situación, sino que cuando se alega y se resuelve que la conducta empresarial que dio origen a aquella resolución indemnizatoria constituye un atentado a un derecho de los reconocidos como fundamentales, ya no juega sólo aquella indemnización tasada, sino que es posible reclamar la indemnización añadida de daños y perjuicios que procedan presu- puesta la alegación y prueba de que tales mayores daños tiene su origen en aquella conducta no sólo ilegal sino inconstitucional del empleador.

El legislador ha hecho suya esta última jurisprudencia y en la tan citada Ley Orgánica 3/07 ha introducido varias reformas que hacen posible la compatibilidad entre la indemnización reconocida en un proceso sobre despido o extinción del contrato de trabajo y la que le puede corresponder al trabajador afectado por la vulneración de sus derechos fundamentales. Para ello se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 27 de la Ley de Procedimiento Laboral, estableciéndose al respecto que la prohibición de acumulación a otras de las acciones de despido y de extinción del contrato por la vía del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 del texto procesal (tutela de los derechos fundamentales). Asimismo, se modifica el apartado 1 del artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral disponiendo expresamente la compatibilidad de la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

Después de esta reciente reforma legislativa no cabe duda, por tanto, de que es posible solicitar y conseguir en vía judicial una indemnización adicional a la que le corresponde al trabajador por la extinción de su contrato de trabajo motivada por el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones como tal, cuando la causa de la extinción sea el ataque a un derecho fundamental, cual es la dignidad vulnerada por el acoso psicológico.

Una cuestión importante en el ejercicio de las acciones judiciales ante los Juzgados de lo Social es la relativa a la prueba del acoso moral. La producción de prueba

extrínseca es difícil en esta materia, puesto que el acosador no suele reconocer su actuación ilegítima. Por eso, habrá de acudir al análisis de las circunstancias concurrentes, coetáneas y posteriores a los hechos denunciados: relaciones entre la víctima y el acosador o acosadores, conductas objetivas y consecuencias y secuelas psicológicas que presente el trabajador afectado, siendo muy relevantes al efecto las pruebas testifical (para acreditar las actuaciones materiales en que consiste el acoso) y pericial (con la que se tratarán de justificar los daños producidos a la víctima en la esfera psíquica e, incluso, en la física). Es importante también la prueba de presunciones que, como es sabido, exige la prueba de un hecho base (admitido o probado) y un enlace preciso y directo con el que se trata de demostrar, según las reglas del criterio humano (artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La Ley de Procedimiento Laboral dedica un artículo (el 179.2), dentro de la modalidad procesal de Tutela de los derechos de la libertad sindical, a esta materia de prueba estableciendo: *«En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*. Por lo que se refiere a esta inversión de la carga de la prueba propia de los procesos de protección de los derechos fundamentales, la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2005 alude a la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que como ha venido poniendo de relieve el propio Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

En cuanto a los sujetos activos del acoso que pueden ser llamados al proceso, el Tribunal Constitucional ha dicho también (sentencia 74/07, de 16 de abril) que el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho *erga omnes*, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares. Del mismo modo, sigue diciendo el Tribunal, no reviste duda alguna que los derechos fundamentales operan en el ámbito de las relaciones laborales (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo), aunque resulten modalizados por el contrato de trabajo. Tampoco es cuestionable, según el Tribunal Constitucional, que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores pueden producirse como consecuencia de actuaciones no sólo del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los

restantes trabajadores. De ahí que deban llevarse al pleito junto al empresario a los demás trabajadores que hayan podido ser los autores materiales del acoso (mobbing horizontal), aún cuando pueda sostenerse que para que pueda derivarse una imputación a la empresa, a través de la modalidad procesal de la tutela de derechos fundamentales, como entidad y lugar en el que tales prácticas se desarrollaron, sería preciso que el empresario tuviera, si no pleno conocimiento, sí al menos una sospecha fundada de esos comportamientos y que, advertidos, al menos los alentara pasivamente al no impedirlos.

Pueden darse, asimismo, supuestos en que el acosador no sea el empresario, ni siquiera otro trabajador de la empresa, sino que en estos tiempos en que tan frecuentes son las contrataciones y subcontratas, el acoso venga de un trabajador o directivo de otra empresa. En estos casos en que no existe una relación laboral directa con el autor del acoso, la víctima podría dirigirse contra éste y también contra su propio empresario, puesto que el artículo 24.3 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, impone a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus centros de trabajo la obligación de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. En último término, si se tratase únicamente de un mando o trabajador de otra empresa, sin intervención alguna de la empleadora, la víctima tendría abierta, en último caso, la vía de los órganos judiciales del orden jurisdiccional civil para exigir una responsabilidad extracontractual, al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, a cuyo tenor: *«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*. Para ello deben concurrir los tres elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad: un acto u omisión, un daño indemnizable y una relación de causalidad entre ambas.

ACTUACIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

Dentro de las facultades de defensa del trabajador ante el acoso psicológico no es la menos importante la posibilidad de la calificación como enfermedad profesional, o en su caso, accidente de trabajo, de las afecciones psíquicas –o físicas– que pueda sufrir como consecuencia de tal fenómeno laboral.

La enfermedad profesional es la contraída con ocasión del trabajo realizado por cuenta ajena en las actividades establecidas en un cuadro de desarrollo reglamentario, siempre que aquélla derive de la acción de sustancias o elementos que en el citado cuadro se indique para cada enfermedad profesional.

En consecuencia, los elementos integrantes del concepto de enfermedad profesional son los siguientes:

- a) El trabajo por cuenta ajena.
- b) Que esté provocada por la acción de determinados elementos o sustancias.
- c) Que ocurra en alguna de las actividades listadas.

El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, el cual no recoge ninguna enfermedad de este tipo como consecuencia del acoso moral.

Puede, sin embargo, ser constitutivo de accidente de trabajo si se cumplen los requisitos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Hay múltiples sentencias que se pronuncian sobre esta cuestión, dictadas especialmente en materia de determinación de contingencia. Según estas resoluciones judiciales, los preceptos que llevan a la calificación de accidente de trabajo son los siguientes:

- El artículo 115.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.
- El punto 2 letra e) de dicho artículo establece que tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (que se refiere a las padecidas con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
- El punto 3 del mismo artículo 115 dispone que se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo.

Interpretando estos preceptos el Tribunal Supremo viene diciendo que ha de calificarse como accidente de trabajo o laboral aquel en que de alguna manera concurre una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada 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.

Las resoluciones judiciales en materia de Seguridad Social relacionadas con el acoso moral tienen su reflejo, especialmente, en la determinación de contingencia de las situaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente o, en su caso, de las prestaciones de muerte y supervivencia, que le corresponden al trabajador o a sus

herederos, ya que suele ser una cuestión muy discutida el origen común o profesional de las dolencias psíquicas del afectado. Como caso extremo, citaré una sentencia que conozco por razones obvias. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social de Valladolid, dictó el 16 de octubre de 2006 una sentencia que versaba sobre determinación de contingencia de viudedad y orfandad. Se trataba de un suicidio de un médico ocurrido en tiempo y lugar de trabajo en el que concurría una problemática profesional o, al menos, así lo vivía el finado, y el médico forense no descartó dicha influencia, es más admitió que ése fue un cofactor, con lo que existía una base acreditada indiciaria laboral, que llevó a la Sala a aplicar la presunción de accidente de trabajo en todo su alcance, más aún cuando no se practicó prueba alguna tendente a destruirla. En estos casos, que no se desvían de la doctrina general, le correspondería a la Mutua que niegue la existencia de relación de causalidad trabajo-lesión la carga de probar los presupuestos fácticos que pongan de relieve su ruptura.

En este apartado es de resaltar la posibilidad que se concede a la víctima del acoso moral de solicitar el recargo de prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo derivado de una situación de acoso moral. Tal recargo, entre el 30 y el 50 por 100, se halla previsto en el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recayendo directamente sobre el empresario, cuando no haya observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajo. Este recargo queda excluido de la posibilidad de aseguramiento, siendo compatible con las responsabilidades penales, civiles o administrativas. No cabe duda de que los riesgos psicosociales se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. El empresario tiene, por tanto, la obligación de la identificación de los riesgos y de la eliminación de los mismos, así como la evaluación de los que no han podido ser evitados, aplicando las medidas resultantes de la evaluación mediante una acción planificada para la prevención de los riesgos psicosociales; asimismo, le corresponde al empresario la obligación de vigilancia de la salud para la detección de enfermedades psíquicas (artículo 29 LPRL) y en el caso particular del acoso aquél tiene la obligación de prevenir la aparición de posibles conductas de hostigamiento psicológico en la empresa, a través de la formación, información, etc. Si el empresario incumple estas obligaciones y se demuestra la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño psicológico del trabajador se le podrá imponer el recargo previsto en el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

ACTUACIONES PENALES

La última vía para enjuiciar la conducta empresarial constitutiva de acoso debe ser la penal, reservada para aquellos casos más graves y en que la actuación del empleador sea especialmente grave y vulneradora del derecho a la dignidad del trabajador. El principio de intervención mínima que rige en el derecho penal hace que la actuación de los órganos judiciales de tal orden deba quedar reducida a los supuestos de las conductas más degradantes para la dignidad de las personas. Las acciones en la vía penal pueden dirigirse directamente contra el agresor, sea el propio empresario, su representante u otro trabajador, bien por coacciones, amenazas o cualquier otra variedad de conducta delictiva en que pudiera haber incurrido.

A diferencia del acoso sexual, tipificado en el artículo 184 del Código Penal, el acoso moral no tiene una tipificación específica en la legislación penal española, aunque puede ser constitutivo de diversas infracciones penales (lesiones, amenazas, coacciones, injurias, etc.). Más específicamente, dentro del Capítulo XV del Código Penal, que lleva la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», se tipifican algunas conductas relacionadas no exactamente con el acoso moral pero sí con la discriminación y con el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Así, el artículo 314 del Código Penal sanciona las actuaciones discriminatorias disponiendo que *los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses*. Por otra parte, si el acoso moral se debe a un defecto grave de organización empresarial y al incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, cuya aplicación hubiera permitido evitar el perjuicio para la víctima, la conducta podría subsumirse en la tipificada en el artículo 316 del Código Penal, a cuyo tenor *los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*.

Se puede pensar en que el acusado de acoso moral pueda ser no el empresario, sino un directivo o mando intermedio de la empresa, con lo que puede solaparse el proceso penal con la actuación disciplinaria del empresario sobre el acosador que

concluya en un procedimiento de despido. Cabe señalar que la jurisdicción penal y la laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones la misma conducta, no siendo aplicable al proceso laboral el principio de presunción de inocencia. Esta diferencia resulta especialmente visible en aquellos supuestos en que, además, de perseguirse penalmente la conducta del empleado acosador, el empresario ejercita también sus facultades disciplinarias. Ello permite la existencia de supuestos en que el sobreseimiento de la causa penal, en aplicación de tal principio no suponga la declaración de improcedencia del despido, cuando está en juego, por ejemplo, la veracidad de la declaración del denunciante o del denunciado. Por otra parte, la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido, sino que versa sobre ciertos incumplimientos contractuales, a los que se refieren tanto el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores como las reglas disciplinarias incluidas en los convenios colectivos; por tanto, la actuación procesal de las partes debe versar sobre la concurrencia de una causa justificadora del despido disciplinario realizado por el empleador y la comprobación al efecto se desenvuelve en el marco establecido por las normas sustantivas y procesales laborales. En definitiva, que el proceso de despido no constituye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del afectado, sino sobre el incumplimiento de sus obligaciones laborales, determinante de la resolución del contrato de trabajo a instancia del empleador y en su examen y resolución goza de independencia de la jurisdicción laboral, al margen de las connotaciones que aquellas conductas, surgidas en la esfera de la relación laboral, tengan en el campo penal.

ACOSO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Se suele reconocer que el acoso moral es más intenso dentro de las administraciones públicas por tratarse de estructuras cerradas, sometidas a normas reglamentarias basadas en el poder y control, en las que prevalece el principio de jerarquía y en el que el «empresario» no arriesga nada económicamente. En efecto, los conceptos generales de las necesidades del servicio y la facultad de auto-organización pueden dar cobertura al acoso en el trabajo. Es, quizás, más frecuente el acoso moral en la Administración Local, tratando de conseguir, a veces, que un funcionario dócil dimita de sus responsabilidades de gestión profesional y se pliegue a las necesidades o voluntades de los grupos o de los intereses personales de los políticos gobernantes en cada momento.

Puede afirmarse que, con carácter general, el funcionario tiene derecho a exigir a sus superiores una conducta dirigida a evitar el daño derivado del acoso moral, prevenirlo y repararlo en la medida de lo posible, debiendo reclamar dicha conducta ante el órgano superior jerárquico respectivo. Las Administraciones públicas, como

contrapartida, tienen el deber de proteger la dignidad y la integridad física y moral de los funcionarios que para la misma prestan sus servicios. En este sentido, el artículo 14.h) de la Ley 7/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable al personal funcionario y, en lo que proceda al laboral, de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local (artículo 2.1), reconoce a los empleados públicos el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.

En palabras de Fernando Ledesma, en el caso del *mobbing* administrativo, será una persona integrada en el ámbito de la Administración la que cause o pueda causar perjuicio a otras personas. Lo que pone a la Administración ante un doble deber. Por un lado, habrá de exigir las responsabilidades que procedan, a través de las sanciones administrativas; por otro, deberá proteger a las víctimas y reparar los daños sufridos por éstas mediante los cauces adecuados.

Cuando se torna realidad el acoso moral el funcionario tiene derecho a obtener la tutela del órgano administrativo competente. Si no obtiene tal protección de la Administración en el plazo de tres meses, puede acudir al artículo 29 de la Ley 29/98, de 13 de julio, LJCA, que permite interponer una demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la inactividad material de la Administración. La misma Ley prevé un procedimiento especial (artículos 114 y siguientes) que regula en el orden contencioso-administrativo el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución Española, siendo su finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado. A este procedimiento puede acogerse el funcionario público que ve atacado su derecho fundamental a la dignidad por conductas de hostigamiento constitutivas de acoso moral.

INFRACCIONES

Se pueden distinguir tres grandes ámbitos distintos, que han sido objeto de reformas recientes: la Administración General del Estado, la Administración de Justicia y la Administración Sanitaria.

– Administración General del Estado:

- El artículo 95.2.b) de la Ley 3/07, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público tipifica como infracción grave *toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o*

circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

– **Administración de Justicia: L.O.P.J., modificada por la L.O. 19/03, de 23/12**

- Para los jueces se podría incluir como falta grave en el artículo 418.5 de la L.O.P.J. *«El exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial».*
- Para el resto del personal:
 - Faltas muy graves:
 - Artículo 536.A.2: *«Toda actuación que suponga discriminación por razón de sexo, raza religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».*
 - Artículo 536.A.16: *«El acoso sexual».*
 - Artículo 536.A.18: *«La arbitrariedad en el uso de autoridad que cause perjuicio grave a los subordinados o al servicio».*
 - Artículo 536.B.3. Falta grave: *«El abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones cuando no constituya falta muy grave».*
 - Sanciones: Separación del servicio, traslado forzoso y suspensión de empleo y sueldo.

– **Personal estatutario:**

Artículo 72 de la Ley 55/03, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud:

- *Faltas muy graves:*
 - 2.b) *Toda actuación que suponga discriminación por razones ideológicas, morales, políticas, sindicales, de raza, lengua, género, religión o circunstancias económicas, personales o sociales, tanto del personal como de los usuarios, o por la condición en virtud de la cual éstos accedan a los servicios de las instituciones o centros sanitarios.*
 - 2.n) *Los actos dirigidos a impedir o coartar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los derechos sindicales.*
 - 2.p) *El acoso sexual cuando suponga agresión o chantaje.*
- *Faltas graves:*
 - 3.d) *La grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinado o usuarios.*

3.e) *El acoso sexual, cuando el sujeto activo del acoso cree con su conducta un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto del mismo.*

Las sanciones pueden ir desde la separación del servicio al traslado forzoso a otro centro de la misma localidad pasando por la suspensión de funciones o el traslado forzoso a otra localidad.

EL ACOSO MORAL EN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

No conozco datos estadísticos sobre la incidencia del acoso moral en el ámbito castrense, por lo que me resulta imposible precisar si este fenómeno se da o no con frecuencia o si, únicamente, se producen incidentes aislados. Forzoso es recordar que las Fuerzas Armadas se basan en una fuerte disciplina, la cual unida a la profunda jerarquización, hacen difícil deslindar los casos de mobbing del ejercicio de la disciplina que conlleva siempre una cierta presión, como recuerda Ángel Juanes Peces, Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Me voy a limitar al ámbito disciplinario, dejando de lado el campo penal, para recordar que Ley Orgánica 8/98, de 2 de diciembre, del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, tipifica en el artículo 8 como faltas graves tres conductas en las que, según los casos, podrían incardinarse las actuaciones constitutivas de acoso moral. Estas faltas graves son las descritas en el núm. 13 del mencionado artículo, consistente en *excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio*; en el núm. 17, *impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito, así como interceptar o devolver a su origen, sin darles el debido curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados*; y, finalmente, en el núm. 22, consistente en *realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas*.

Las sanciones que pueden imponerse por la comisión de estas faltas graves son:

- Arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.
- Pérdida de destino.
- Baja en el centro docente militar de formación y en otros centros de formación.

GUARDIA CIVIL

Finalmente, por su reciente aprobación y por tipificar expresamente el acoso psicológico como falta muy grave, se puede destacar la Ley Orgánica 12/07, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Según el artículo 7.8 es falta muy grave, si no constituyera delito, la realización reiterada, en el marco de una relación de servicio, de actos de acoso psicológico u hostilidad. De acuerdo con el artículo 11.1 las sanciones que se pueden imponer por las faltas muy graves van desde la separación del servicio a la pérdida de puestos en el escalafón pasando por la suspensión de empleo desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa. Varios autores (Estudios de Derecho Judicial, núm. 94, 2006).

Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. IÑAKI PIÑUEL Y ZABALA. 2001.

Algunos apuntes sobre mobbing. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. 2001.

Informe Cisneros I, II y V. IÑAKI PIÑUEL Y ZABALA. Universidad de Alcalá de Henares.

Base de Datos General La Ley. Wolters Kluwer.

Base de Datos Aranzadi.

Base de Datos El Derecho.

El acoso moral en el trabajo o mobbing. LUIS JOSÉ ESCUDERO ALONSO. Estudios de Derecho Judicial.

Nota Técnica Preventiva (NTP) 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.