

MIGUEL ÁNGEL LUELMO MILLÁN

*Magistrado-Presidente de la Sección 4.ª de la Sala de lo Social
del TSJ de Madrid
Titulado Superior del INSHT (excte.)
Profesor Asociado de la UNED*

Extracto:

TAL y como se deduce del título que antecede, no se trata de generalizar acerca del muy grave problema del acoso moral o *mobbing*, que se da por sobradamente conocido, sino de pulsar el estado y los términos actuales del mismo.

Bien es sabido que se trata de una variedad del más genérico problema de los malos tratos, y aunque puede afirmarse que es una lacra que ha existido siempre, la sociedad sólo parece haber tomado conciencia activa del mismo desde hace relativamente poco tiempo, teniendo mucho que ver en ello la revolución de las comunicaciones y la proximidad de casos y de cosas que el desarrollo pleno de los medios y de la libertad de información han deparado, así como un cambio de actitud generalizado hacia fórmulas más abiertas y más justas de convivencia.

La Psicología y el Derecho han abordado en épocas recientes la cuestión dedicándoles ambos abundantes trabajos especializados, indagando la primera sus causas y contenido y el segundo tratando de definirla jurídicamente y de establecer las normas para su prevención y erradicación, puesto que son varios y principales los derechos de la víctima que se ven afectados por el acoso.

En concreto, en nuestro ordenamiento, aunque –como en todos los de los países civilizados– han existido siempre instrumentos jurídicos más o menos efectivos para combatirlo, se ha establecido una regulación más específica al efecto desde la Ley 62/2003, si bien la reforma normativa que dicha disposición legal ha deparado puede haber resultado insuficiente, ya que lo que la misma supone tiene relación únicamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El problema, sin embargo, tiene una dimensión más amplia y su eficaz tratamiento exige, en este momento y a diferencia de etapas anteriores, que partiendo siem-

.../...

.../...

pre de la necesaria determinación del significado y alcance de la conducta acosadora, se establezcan, en primer lugar, las pautas de la prevención al efecto sobre modernas bases, como la de la responsabilidad social corporativa y las que señalan las orientaciones y las recomendaciones supranacionales e internacionales al efecto, teniendo en cualquier caso muy presente las advertencias de algún foro de esta clase de que las falsas acusaciones de acoso moral pueden transformarse en un temible instrumento de acoso.

Por otra parte, la jurisprudencia –entendida en sentido lato, puesto que hasta ahora procede fundamentalmente de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia–, que desde un principio ha venido ajustando los mecanismos legales postpreventivos a cada caso concreto que se somete a su consideración, proporciona en sus más recientes pronunciamientos, una perspectiva cada vez más definida y depurada de esa conducta, siendo posible extraer de ello consecuencias generales en lo que de común tienen los distintos supuestos, por lo que se hace muy conveniente el examen y contraste de las últimas resoluciones judiciales en la materia, porque de ellas se obtiene una visión, cada vez más concreta, de lo que es acoso moral y lo que no lo es, incluido el acoso moral subjetivo, así como del uso y el abuso que se hace de esa calificación en las acciones ejercitadas al respecto.

La cuestión, en fin, de la indemnización por el daño o perjuicio causado con el acoso moral, tiene una particular y sobresaliente dimensión que merece un comentario específico.

Sumario:

- I. La situación de la normativa laboral al respecto tras la Ley 62/2003.
- II. La necesaria determinación del alcance de la conducta acosadora y su prevención.
- III. Los mecanismos legales postpreventivos en la más reciente jurisprudencia sobre el acoso moral.
- IV. La cuestión de la indemnización por el daño o perjuicio causado con el acoso moral.

I. LA SITUACIÓN DE LA NORMATIVA LABORAL AL RESPECTO TRAS LA LEY 62/2003

Desde hace algunos años, el tema del acoso moral, como una manifestación específica de la más amplia cuestión de los malos tratos, tiene un amplio eco en la literatura especializada de la Psicología y del Derecho.

La sociedad parece haber tomado conciencia de un problema que, por otra parte, es tan antiguo como el propio ser humano, o mejor, como la sociedad misma, en cuanto que es necesario que dos o más personas se relacionen entre sí para que tal conducta tenga lugar.

Se trata de hostigar, asediar o insidiar y de hacerlo intencionada y «moralmente», en el sentido, este segundo adverbio, de que dicho comportamiento es de apreciación no tanto de los sentidos cuanto del entendimiento o de la conciencia.

Como tal conducta, sus causas y efectos son del dominio de la Psicología (social y clínica) y el Derecho únicamente se limita a constatarlo y definirlo jurídicamente y establecer las normas para su prevención y erradicación, así como las que, en su caso, hayan de aplicarse para sancionarlo, de manera que, *a priori*, constituye un riesgo psicosocial que desde la más concreta perspectiva laboral, es decir, cuando dicho acoso se produce en el trabajo o en relación con el mismo, tiene una marcada y negativa influencia en las relaciones laborales y de Seguridad Social ¹.

Sobradamente se han tratado ya los aspectos más generales del tema en todo tipo de trabajos de una y otra clase y son tan abundantes que ni siquiera resulta necesaria, en el estado actual de la cuestión, alguna cita a título de ejemplo ², pudiendo partirse, por ello y ahora, en lo que al ámbito estrictamente jurídico se refiere –y dando por sentado cuanto he tenido ocasión de exponer al res-

¹ Vid. al respecto de VV.AA., «Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social», Edit. Consejo General del Poder Judicial en *Cuadernos de Derecho Judicial*, año 2005.

² Por todos, no obstante, en el ámbito jurídico, el trabajo de GARCÍA CALLEJO, J.M., *Protección Jurídica contra el Acoso Moral en el Trabajo o la Tutela de la Dignidad del Trabajador*, Federación de Servicios Públicos de UGT, Madrid, 2003 y como trabajo global, el *II Informe Ransdtad*, «Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince. El Acoso Moral», Instituto de Estudios Laborales (IEL) ESADE-Randstad, Madrid, 2003.

pecto en anteriores trabajos sobre la materia ³, algunos de cuyos extremos volveré a reiterar— de lo que supone la reforma normativa operada en la materia por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del artículo 314 del Código Penal, y por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

A partir de ahí y ciñéndonos fundamentalmente —excepto en lo que a la prevención se refiere, que engloba todos los supuestos— al acoso que puede sufrir el trabajador del empresario o de sus representantes como caso más caracterizado y frecuente —dejando de lado, por tanto, en el tratamiento jurídico *post facto*, el que aquél pudiera infligir a éstos o el de un trabajador sobre otro, supuestos respecto a los cuales me remito a dichos trabajos y a los que, de todos modos, les es aplicable sustancialmente la misma filosofía, con puntuales diferencias derivadas, sobre todo, del distinto posicionamiento en la relación laboral— cabe significar, en primer lugar, que, como ya he tenido ocasión de exponer ⁴, con ambas leyes se ha perdido la oportunidad tanto, por lo que hace a la primera, de introducir el acoso moral como tipo delictivo autónomo —como ya existe sancionando el acoso sexual— cuanto, en lo que respecta a una y otra, de abordar la cuestión desde una perspectiva más amplia que la de la igualdad de trato y no discriminación, porque la reforma parece constituir únicamente un modesto intento de acomodarse a la normativa internacional (Convenio n.º 111 de la OIT, por ejemplo) y, fundamentalmente, supranacional, en este punto, trasponiendo las Directivas comunitarias 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, de aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ⁵.

El derecho a la igualdad, sin embargo, con ser de carácter fundamental, no es el más directamente concernido con la conducta acosadora, ni tiene tanta trascendencia como el principio de dignidad de la persona del artículo 10.1 de la CE, donde se integran todos los «derechos inviolables que le son inherentes» —entre otros, el de igualdad mismo, pues la discriminación o desigualdad injustificada afecta a la dignidad del ser humano—.

También el derecho a la integridad moral (art. 15) se ve directamente implicado, pudiendo asimismo resultar vulnerados por el acoso los relativos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1), e incluso el derecho de libertad de expresión y opinión [art. 20.1.a)], sin olvidar que entre

³ Vid. LUELMO MILLÁN, M.A.:

- «Acoso Moral o "mobbing". Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo* n.º 115, enero-febrero 2003. págs. 5-34, Edit. Civitas.
- «Acoso moral: una reforma normativa y cinco propuestas de objetivación jurídica». *Rev. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número extraordinario 2003 (publicado en 2004), págs. 123-153.
- «Un nuevo caso de acoso moral (*mobbing*) en la Administración», *Rev. Actualidad Laboral* n.º 1 de 2003.

⁴ Vid. segundo de los trabajos citados en la nota precedente.

⁵ En cuanto al acoso sexual, la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

los principios rectores de la política social y económica aparece el mandato a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2), reconociéndose, en fin, el derecho a la protección de la salud (art. 43.1).

Todo ello configura el planteamiento constitucional de la materia, a partir del cual la normativa ordinaria –dejando de un lado la meramente sancionadora, como, en primer lugar, el propio Código Penal y después otras disposiciones de carácter administrativo, como, por ejemplo, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)– comienza por la definición legal de acoso efectuada en el artículo 28.1 d) de la Ley 62/2003, que considera tal «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».

De dicha definición se infiere una relación tasada de causas y la inclusión entre las mismas de una inespecífica o genérica, como son las «convicciones» en general, de tal modo que, en principio, si la conducta se produjese por razones distintas de las enumeradas, no se daría propiamente acoso, aunque, quizás, siempre pudiese acudir, en última instancia, a ese concepto jurídico indeterminado para proporcionar cobertura a la lucha contra dicho comportamiento, resultando muy probable que si se hubiese suprimido esa relación causal y la definición se hubiera limitado a lo que constituye su inicio y final, como «toda conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo», no sólo se habría conseguido el efecto deseado sino uno mucho más amplio e integrador, que es el que realmente corresponde al tratamiento jurídico del fenómeno.

La misma norma (Ley 62/2003) dedica la Sección 3.^a del Capítulo III de su Título II (de lo Social), artículos 34 a 43, a las «medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo», introduciendo modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET) [arts. 4.2 c) y e), 16.2, 17.1 y 54.2], en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) (arts. 96 y 181), así como en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, y en la precitada LISOS.

De este modo, el acoso laboral ingresa y se relaciona ya en el ET al aludirse a los derechos a la intimidad y a la consideración debida a la integridad del trabajador, cuyo respeto comprende la protección frente a las ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente a aquél cuando sea «por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Ello parece indicar, en principio, que si el acoso no se debiese a ninguna de esas causas, el trabajador no estaría protegido contra el mismo pero esa interpretación conduce al absurdo en tanto que, como comportamiento negativo, objetivamente perverso y subjetivamente dañino no sólo para la víctima sino para el propio acosador, ha de proibirse y perseguirse en todo caso y porque el precepto se halla encuadrado en una norma que no es sancionadora *per se* que, por su propia naturaleza, obligue a una hermenéutica restrictiva.

Algo semejante sucede en el artículo 54.2 g) del propio Estatuto cuando consagra el acoso realizado por el trabajador al empresario o a las personas que trabajan en la empresa y que provenga de las mismas causas, como incumplimiento grave y culpable, merecedor del despido, lo que tiene su contrapartida previa en el artículo 50.1 a) y c), donde puede ubicarse, más genéricamente, el acoso del empresario o sus representantes al trabajador, pues tanto si se ha producido un cambio sustancial en las condiciones de trabajo que afecte a la dignidad del trabajo como si, mucho más latamente, existe «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones» –como sucede cuando se atenta contra cualesquiera de los derechos fundamentales del trabajador–, éste puede solicitar la extinción de su contrato de trabajo.

Si el despido del trabajador se debe, no a su conducta acosadora, sino precisamente a la del empresario, que culmina así tan reprochable proceder sobre su víctima, no parece discutible la calificación de despido nulo, precisamente por eso, porque conculcará siempre, por razones comprendidas, o no, en el catálogo normativo de las discriminaciones, los derechos fundamentales, al verse en todo caso concernidas, como se decía, la dignidad y la integridad moral de la persona.

Al respecto, la nueva redacción dada al artículo 181 de la LPL dispone que «las demandas de tutela de los demás derechos 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», lo cual resulta inmediatamente corregido por el siguiente precepto (art. 182), que remite en materia de despido y extinción de contrato de trabajo, entre otros, a «la modalidad procesal correspondiente», es decir, a los procedimientos ordinarios de los capítulos precedentes en cada caso.

Ello supone que, mientras que en una demanda en la que sustancialmente se persiguiese el reconocimiento de daños y perjuicios, por causa del acoso, el procedimiento a seguir (aunque también se emplee el de mera reclamación de cantidad) sería el de tutela de derechos fundamentales con citación del Ministerio Fiscal e incluso la posible presencial sindical, conforme al artículo 175 de la LPL, tratándose de una cuestión de mayor envergadura, como es la extinción del contrato a instancias del trabajador o el mismo despido de éste, no por acosador sino como víctima, la modalidad procesal sería, sin embargo, la propia de la medida contra la que se acciona (despido o extinción a instancias del trabajador).

Por otra parte, si en la extinción a solicitud del trabajador éste ha de percibir la indemnización correspondiente por el perjuicio irrogado por la ruptura del vínculo laboral, ello no sucederá si se trata de su despido como víctima de acoso y esta medida ha de calificarse de nula, al obligar la ley al empresario a readmitirle como única solución, lo que significará, muy probablemente, que el trabajador tenga que seguir sufriendo, más o menos veladamente, un tal comportamiento empresarial, aunque teóricamente podría reclamar también en ese procedimiento y por la vulneración de sus derechos fundamentales, una indemnización al respecto y sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de una readmisión irregular *ex* artículo 282 de la LPL.

Esa obligada readmisión quizás explique que se hayan iniciado y seguido procedimientos por despido improcedente en casos de acoso moral del trabajador, culminado o concretado con su cese laboral por imposición empresarial y que se hayan resuelto judicialmente con esa calificación y no la más apropiada de despido nulo, aunque, aun así, la opción entre la indemnización y la prosecución de la relación laboral la tiene el empresario –excepto en el caso de despido de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, que sigue, en este punto, el mismo procedimiento que el despido nulo, conforme al art. 280 de la LPL– de modo que no se evita del todo que el acoso continúe, existiendo igualmente, como última medida, el incidente de ejecución de sentencia, donde el trabajador solicite la extinción o resolución judicial de su contrato por persistir el empresario en su actitud acosadora, que constituiría un supuesto de readmisión irregular en el que incluso podría fijarse la indemnización adicional prevista en el artículo 279.2.b) de la LPL.

Siquiera sea, en fin, como mero apunte y con reiteración de lo que ya tengo expresado en los anteriores trabajos en la materia, cabe hacer una referencia explícita a los más particulares perfiles que presenta el acoso cuando la empresa es la Administración Pública⁶, porque en ese caso se puede difuminar o resultar menos clara la responsabilidad inmediata de la conducta, dado que el empresario es la propia Administración y la estabilidad en el empleo y la cultura burocrática en sí misma, por otra parte, facilitan tal conducta, hasta el punto de que en la Tercera Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo de la Fundación para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo mencionaba a la Administración Pública como el sector productivo de mayor incidencia del fenómeno. Y no sólo es la abundancia, sino también la variedad al darse en sentido vertical (en ambas direcciones) y en el horizontal.

Por otro lado y como ya tuve ocasión de exponer⁷, en el caso de funcionarios de carrera víctimas del acoso, la situación puede tener perfiles propios, en cuanto que no se buscaría tanto su dimisión profesional, dado el carácter vitalicio de la relación establecida, cuanto perjudicar moralmente a la víctima indefinidamente, bien por el solo placer de hacerlo, bien para obligarle a cursar baja médica o a solicitar un traslado, dosificando y prolongando para ello las sevicias y las insidias, casi siempre sutiles y difícilmente acreditables, sabiendo el acosador que el tiempo corre a su favor y que cuando del superior jerárquico de la víctima se trata que no sea dependiente de nombramiento político, el inamovible escalafón también lo está.

Por todo ello, se impone que la Administración Pública predique con el ejemplo preventivo y adopte cuantas medidas de todo tipo que la normativa pone a su disposición (buena parte de las veces propuesta por ella misma) y actuando los mecanismos y organismos de inspección pertinentes, sin olvidar la consulta previa y la negociación colectiva en su ámbito y en esta materia,

⁶ Puede verse sobre el particular LORENZO DE MEMBIELA, J.B. «El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la Administración Pública», en *Consorti d'estudis, mediació i conciliació a la Administració Local*, noviembre 2003, cemical@diba.es

⁷ LUELMO MILLÁN, M.A. «Un nuevo caso de acoso moral (*mobbing*) en la Administración», artículo ya citado en nota 3.

sin perjuicio todo ello de actuar los mecanismos sancionatorios que en su caso procedan ⁸, respondiendo, en fin, con carácter solidario o subsidiario, según las situaciones creadas en este sentido por sus funcionarios.

A partir de una sentencia del TS ⁹ condenatoria del comportamiento de un Ayuntamiento y su regidor con un funcionario, puede considerarse que se produce el acta oficial de nacimiento del fenómeno en este ámbito y para la jurisprudencia, que ha emitido desde entonces otras resoluciones condenando o absolviendo a la Administración Pública por tal motivo.

En el primer sentido, puede reseñarse el caso de privación de fundamentales funciones de responsabilidad que tenía asignadas un trabajador de la Administración Local y para las que fue contratado, alejándolo por completo de sus cometidos más importantes y de su labor activa en el área que le correspondía, reduciéndolo a una situación de marginación entre sus compañeros y subordinados ¹⁰.

Del mismo modo, el caso del funcionario al que se priva de su despacho y se le traslada a una zona común impidiéndosele, además, el acceso a los expedientes que antes manejaba, que quedan en manos de un hasta entonces inferior suyo, instruyéndosele, además, diferentes expedientes sancionatorios ¹¹.

En sentido inverso, no se aprecia acoso moral administrativo cuando lo que aparecen son roces y conflictividad derivados de una reorganización administrativa motivada por la reclamación de superior categoría profesional ¹².

Igualmente, en fin, en el caso de la trabajadora que demanda a la Universidad en la que presta servicios y de la que dice que le ha exigido conductas indeseadas por su parte respecto de otros empleados y que es la causante de la depresión que padece, nada de lo cual considera acreditado el órgano jurisdiccional ¹³.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón 7-3-05, que contempla un caso en que el Comité de empresa formuló denuncia ante la Consejería de Trabajo por apreciar acoso moral sobre un trabajador que había tenido, por tal motivo, que causar baja laboral por ansiedad y depresión, y tras las correspondientes actuaciones, se extendió acta de infracción por falta muy grave con propuesta de sanción económica. Al cuestionarse la realidad de la situación laboral apreciada por la infracción, la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo presentó demanda de oficio contra la empresa y varios directivos de la misma a los que se consideraba implicados en el acoso, siendo estimada en la instancia, cuya sentencia es confirmada en suplicación.

⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23-7-01. Véase sobre ella el interesante estudio de MOLINA NAVARRETE, C. «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*). Reflexiones a propósito de la STS Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001», *Rev. La Ley*, Diario 5436, de 10 de diciembre de 2001.

¹⁰ Sentencia Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Sección 2.ª), 16-7-02.

¹¹ Sentencia Sala de lo Social del TSJ de La Rioja, 16-11-04.

¹² Sentencia Sala de lo Social TSJ Cataluña (Sección 1.ª), 12-12-04.

¹³ Sentencia Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Sección 1.ª), 10-11-04.

II. LA NECESARIA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA CONDUCTA ACOSADORA Y SU PREVENCIÓN

Partiendo de la absoluta convicción de que resulta de todo punto necesario que se dote a la sociedad de un nivel cuantitativa y cualitativamente suficiente de información constante acerca del acoso moral, a partir del cual aquélla se puede considerar concienciada y sensibilizada para que preste atención a cuantos casos surjan en su seno y los denuncie y persiga decidida y adecuadamente, convendría resaltar que ello implica la previa exigencia de aquilatar y situar en sus debidas proporciones el tema y el de sus responsabilidades, para que no se caiga en una actitud de psicosis colectiva al respecto ni se permita que se haga uso y abuso de la cuestión, tal y como ya adelantaba el Parlamento Europeo cuando advertía de que «las falsas acusaciones de acoso moral pueden transformarse en un temible instrumento de acoso»¹⁴.

Se trata, en efecto, de algo que utilizado intencionada, temeraria o incluso erróneamente (caso, este último, del llamado «*mobbing* subjetivo», en que el trabajador/a «se siente» acosado, aunque no lo esté) puede contribuir, de un modo decisivo, a agudizar ficticiamente problemas ya de por sí graves –como el del absentismo laboral– o al descrédito de la empresa o de los compañeros de trabajo, aunque finalmente resplandezca la verdad –siquiera sea por aquello de que de lo imputado algo queda siempre– o, por reacción contraria, pueda ayudar a cuestionar a futuras y auténticas víctimas de acoso.

Y el mejor modo de evitar todas o buena parte de esas hipotéticas contingencias es con una política efectiva de responsabilidad social empresarial, que lleve a cabo, en primer lugar, una actividad preventiva clara y pública al respecto, vía preferentemente convenios colectivos, con la puntual intervención *ante facto* no sólo de los interlocutores sociales sino incluso de la Inspección de Trabajo (vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales o convencionales)¹⁵ en evitación de que el riesgo en abstracto se convierta en siniestro concreto, y, en fin, con la aplicación igualmente preventiva y, en su caso, represiva, del contenido de la doctrina emanada de una sostenida labor jurisprudencial de definición en términos generales (elementos configuradores del acoso desde la perspectiva jurídica)¹⁶ además de los particulares de cada caso, de lo que constituye y no constituye acoso y del concreto alcance de los derechos que pueden verse afectados por el mismo en la realidad del trabajo cotidiano, como es el caso de la dignidad o la intimidad del trabajador y cuanto con ellos se relaciona en el ámbito laboral, como el uso y la intervención de los medios puestos a disposición del trabajador para el ejercicio de su actividad profesional.

¹⁴ Vid. su Resolución 2339/2001 (INI), publicada en el DOCE de 28 de marzo de 2002.

¹⁵ Sobre el papel de la Inspección de Trabajo en la materia, ABAT DINARÉS, J., «La tutela administrativa del trabajador ante los riesgos psicosociales», en «Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social», VV.AA., *Rev. Cuadernos de Derecho Judicial*, del CGPJ, 2005.

¹⁶ Al respecto véase la nota 6.

En el marco de la tan actual temática acerca de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y cuanto sobre ella han establecido en sus respectivos programas la ONU (Pacto Global), OIT (Declaración Tripartita) y OCDE (Directrices para empresas multinacionales), cabe encuadrar la lucha contra el acoso como una de las buenas prácticas empresariales tendente precisamente a la salud y seguridad en el trabajo.

Al respecto merece la pena destacar –independientemente de las ya mencionadas directrices sobre igualdad de trato y no discriminación– la importancia que tiene el Libro Verde que la Comisión de la Unión Europea presentó el 18 de julio de 2001 en Bruselas para fomentar un marco de Responsabilidad Social de las empresas, en cuyo punto o apartado 2 define este concepto como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores», refiriéndose específicamente en el 2.2.3 a los derechos humanos, respecto de los cuales, tras aludir expresamente a la Declaración Tripartita de la OIT y a las Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, sostiene que la Unión Europea, en el marco de su política de cooperación, tiene la obligación de garantizar el respeto de las normas laborales y la protección del medio ambiente y de los derechos humanos.

La precitada Resolución de Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, por su parte, resaltando la gravedad del problema del acoso moral y la necesidad de prestarle mayor atención y de reforzar las acciones para combatirlo, solicitaba de la Comisión Europea que se insistiese en el trabajo a largo plazo, sistemático y preventivo para crear un buen entorno laboral como un modo eficaz de hacerle frente, y sin percatarse, al parecer, de que el Libro Verde sobre RSC ya se había presentado, instaba también de la Comisión que en él se tuviesen en cuenta los factores psíquicos, psicosociales o sociales del entorno laboral, incluida la organización del trabajo, reclamando después otro Libro Verde específico en la materia donde se efectúe «un análisis detallado del estado actual del problema del acoso moral en el lugar de trabajo en cada Estado miembro, a presentar, a más tardar, en octubre de 2002 y basándose en este análisis, un plan de acción sobre las medidas comunitarias contra el acoso moral en el lugar de trabajo» que incluya un calendario específico.

De especial significación son sus recomendaciones a los Estados miembros de que obliguen a las empresas y los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces, a prever un sistema de intercambio de experiencias y a definir procedimientos adecuados para solucionar el problema de las víctimas, haciendo hincapié en el desarrollo de la información y la formación de los trabajadores, del personal que ocupa cargos directivos, de los interlocutores sociales y de los médicos laborales.

Otros aspectos relevantes de dicha Resolución son la solicitud a la Comisión de que clarifique o amplíe el ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la salud y seguridad en el trabajo o incluso de elaborar una nueva directiva marco como instrumento jurídico para combatir el acoso

moral y la sugerencia de que se estudie en qué medida las consultas entre los interlocutores sociales a nivel comunitario pueden contribuir a combatir el acoso moral en el lugar de trabajo y a involucrar a las organizaciones sindicales, orientando tácitamente sobre otras medidas a adoptar en la empresa cuando felicita a la Administración de las Instituciones europeas por haber creado, ya hace tiempo, un curso especialmente destinado a las administradoras y haber establecido un Comité consultivo sobre el acoso moral y cuando pide que se debata cómo se podría respaldar a las redes y organizaciones de voluntarios contra el mismo.

La Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003, en fin, relativa igualmente a la RSC, insiste en que las empresas tendrían que abordar no sólo los aspectos externos de la RSC sino también los aspectos internos, como la salud y seguridad en el trabajo y la gestión de recursos humanos.

Siguiendo tales directrices, los convenios colectivos pueden, como se apuntaba, habilitar un camino eficaz de prevención en la materia, yendo incluso más allá en el tratamiento del acoso laboral desde una perspectiva más amplia e integradora que cubra todos o la mayor parte de sus aspectos y consecuencias.

De hecho, algunas empresas, sobre todo las de mayores dimensiones, han iniciado ese camino y también la propia Administración Pública en determinados ámbitos, como el de algunos organismos territoriales¹⁷, pero la información oficial al respecto¹⁸ no permite ser demasiado optimista todavía pues el tema del acoso moral no se contempla aún con personalidad propia dentro de la prevención de los riesgos laborales en la mayor parte de los casos, aunque respecto de ésta cabe admitir que va *in crescendo* una sensibilización empresarial que permite que sean cada vez más numerosos los casos convencionales de regulación de los organismos adecuados al efecto, como el Comité de Seguridad y Salud y los Delegados de Prevención o la constitución incluso de un Servicio de Prevención y Salud Laboral en la empresa, lo cual cabe considerar, al menos, como un primer paso en la prevención y persecución del acoso moral.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el Convenio Colectivo de Trabajo de los empleados públicos sujetos a régimen jurídico laboral de la Diputación Provincial de Valencia para los años 2002-2005, cuyos artículos 53 (en el Capítulo X relativo al Régimen Disciplinario) y 67 (Capítulo XI, sobre Protección a la Salud), se refieren al «acoso moral o psicológico en el trabajo».

¹⁸ Puede consultarse el informe «Incidencia de la Prevención de Riesgos Laborales en la negociación colectiva» de Enero-Diciembre de 2004 de la Comisión de Seguridad y Salud en el Trabajo, que recoge una selección de convenios publicados en el BOE y donde tan sólo se cita el de la empresa Telefónica Data España, S.A. que contemple la prevención del acoso moral y sexual.

Por otro lado, en la «Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva» de la Dirección General de la Mujer de la Consejería de Trabajo de la CAM, año 2003, se destaca el claro desequilibrio entre la presencia del acoso sexual y el acoso moral en los textos convencionales a favor del primero, siendo la referencia al segundo «prácticamente nula», lo que justifica el propio informe porque el proceso de debate, estudio y regulación de este último acababa de comenzar, destacando igualmente que el tratamiento de la materia quedaba relegado al capítulo del régimen disciplinario, «echándose en falta la creación de procedimientos formales e informales de control», no habiéndose encontrado, salvo en casos muy puntuales y poco significativos, «que el tema se recoja dentro del capítulo de prevención de riesgos y formación».

Al respecto cabe recordar que aunque no sea una norma específica *ad hoc* ni se trate de la mejor de las posibles, en nuestra Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) ¹⁹, los Servicios de Prevención ²⁰ son objeto de regulación específica (Capítulo IV, arts. 30-32 bis), haciéndose una referencia concreta a la actuación preventiva de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 32). Por otra parte, el Capítulo V dedicado a la consulta y participación de los trabajadores, regula la figura de los Delegados de Prevención (arts. 35-37) y la del Comité de Seguridad y Salud (arts. 38-39) previéndose también (art. 40) la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la que es posible acudir si los trabajadores y sus representantes consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo, toda vez que según el artículo 9 de dicha norma, es la ITSS quien tiene encomendada, entre otras, la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo que supone constatar su cumplimiento y asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones al respecto, pudiendo, por otra parte, ir más allá de la fase preventiva cuando considere que el empresario, con su conducta acosadora, incurrir en una infracción de la normativa, levantando al efecto el acta pertinente proponiendo la sanción oportuna ²¹, siendo de resaltar, en fin, la actividad analítica y de estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo que lleva a cabo, por mandato legal (art. 8), el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) ²², que, en su condición de organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, es el órgano científico-técnico especializado de la Administración General del Estado en cooperación con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia.

Sobre la base de estos elementos, la prevención empresarial supone, ante todo, y al menos en las empresas grandes y medianas, la definición de una previa política clara por parte de la alta dirección de las mismas, dando a conocer a la organización lo que se considera como acoso moral y el daño que acarrea a la víctima y a la empresa, argumentando la relación causal entre el mismo y las enfermedades emergentes y creando una cultura mediante la elaboración y difusión de información que analice su impacto sobre absentismo, rotación, baja productividad, costes procesales, etc., en la empresa ²³.

¹⁹ El Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales; el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, adapta la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado y el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995 en materia de coordinación de actividades empresariales.

²⁰ Acerca de los que se denominan Servicios de Prevención ajenos (los que la empresa realiza acudiendo al asesoramiento y apoyo de una empresa privada especializada) y su problemática, puede verse VIDA SORIA, J. «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», en *Rev. Actualidad Laboral* n.º 15 septiembre 2004.

²¹ *Vid.* nota 8 relativa a la precitada sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón 7-3-05.

²² *Vid.* al respecto su NTP 476-1998 sobre acoso moral, cuyo título completo es «El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*», de MARTÍN DAZA, F.; PÉREZ BILBAO, J. y LÓPEZ GARCÍA SILVA, J.A.

²³ II Informe Ransdtad, ya citado.

Se trata, en definitiva, de efectuar una previa evaluación, con el método adecuado²⁴, del acoso como riesgo, y, acto seguido, desarrollar las medidas necesarias para su eliminación, incluso introduciendo, en su caso, cambios en la organización del trabajo (prevención primaria). Una segunda fase (prevención secundaria) consiste en el establecimiento de normas y pautas para afrontar la cuestión de cómo actuar para reconducir el acoso moral, paliando los efectos nocivos en los trabajadores una vez que se ha producido.

Es evidente que no se puedan prever y solucionar de antemano todas las posibles fuentes de conflictos de diversa índole que se pueden dar, pero con la planificación y el diseño de las relaciones sociales en la empresa, se evitarán en su mayor parte, aun teniendo en cuenta que es un ámbito con un gran margen de indeterminación.

Para ello, según algún estudio de la cuestión²⁵, no solamente se han de tener en cuenta las relaciones dependientes del trabajo sino las interpersonales independientes del trabajo. Preguntas como²⁶ por qué conviene definir una política en la materia y qué debe incluir la misma, o cuál es el papel de la persona responsable y/o los equipos de trabajo, si conviene o no realizar gestiones informales o formales, qué debe decir un procedimiento, qué tipo de seguimiento es necesario y si procede, o no, algún tipo de acción o sensibilización, y, en fin, qué apoyo específico puede ofrecerse al trabajador expuesto, son algunas de las que se plantean y a las que hay que dar solución en un plan de prevención.

Son varios los informes²⁷ que apuntan que se dan mayores situaciones de acoso donde existe falta de armonía entre los grupos de trabajo y donde hay poco apoyo de los compañeros, y que, a la inversa, el acoso es inexistente o tiene un bajo nivel en entornos donde los problemas se solucionan por la negociación, considerándose como factores organizativos que parecen favorecer la aparición del fenómeno las empresas con políticas de seguridad e higiene poco desarrolladas, las que están sujetas a grandes incertidumbres que se reflejan en cambios organizativos constantes o cambios tecnológicos profundos, reestructuraciones internas o políticas severas de reducción de costes, cambios en los equipos directivos, situaciones de falta de armonía entre grupos de trabajo o en entornos poco solidarios en empresas con estilos de dirección autoritarios (más abundantes en las pequeñas que, por el contrario, no suelen tener, o los padecen en menor grado, los problemas enumerados anteriormente) en entornos de trabajo estresantes y en organizaciones donde los roles son ambiguos y están mal definidos (igualmente más propios de las pequeñas o medianas empresas).

²⁴ Respecto de los requisitos o condiciones mínimas que debe reunir el método de evaluación, puede verse MONCADA I LLUÍS S. y LORENS SERRANO, C. «Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva» en «Riesgos psicosociales y su incidencia en la relaciones laborales y seguridad social», VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. CGPJ, 2005

²⁵ Vid. «Acoso moral en el Trabajo: *Mobbing*. Relaciones laborales. Origen. Definición. Características. Formas de expresión. Consecuencias. Evaluación. Intervención» –que reproduce prácticamente en su totalidad la NTP 476 del INSHT precitada– de autor/a desconocido, en <http://html.rincondelvago.com/acoso-moral-en-el-trabajo-mobbing.html>.

²⁶ Vid. II Informe Ransdat ya citado.

²⁷ *Ídem*, pág. 30, con cita de los estudios de COLE, L.L. y GRUBB, P.L. «Psychological correlates of harassment, treats and fears of violence in the workplace» y de VARTIA, M., *et al.* «Workplace bullying: the role of occupational health services».

En evitación del riesgo o para conseguir, al menos, su minoración, se efectúan múltiples sugerencias, entre otras ²⁸, la de contar dentro de la empresa –como ya suele acontecer en las mayores, al menos– con un servicio permanente de asistencia a los trabajadores desempeñado por profesionales de la psicología, con el que se podrían desarrollar tareas tales como el tratamiento de problemas de carácter personal y apoyo psicológico a los trabajadores, así como el desarrollo de acciones preventivas para evitar la aparición de problemática psicosocial, y todo parece indicar que, en efecto, el carácter interno y permanente de estos servicios permite un mayor conocimiento y especificación del origen de las problemáticas, la realización de intervenciones continuadas y personalizadas sobre los trabajadores y el seguimiento de las evoluciones de los mismos.

Se propone también ²⁹ que la prevención atienda a las deficiencias del diseño del trabajo (proporcionar un trabajo con bajo nivel de estrés, alto control del trabajo, alta capacidad de decisión, suficiente autonomía temporal...), y que igualmente preste atención al comportamiento de los líderes (deberían desarrollar habilidades para reconocer conflictos y manejarlos adecuadamente, conocer los síntomas del *mobbing* para su reconocimiento temprano), y a la protección de la posición social de la persona (desarrollando reglas claras, explícitas, escritas y públicas sobre resolución de conflictos personales, que garantice derecho a la queja y el anonimato y que prevea sistemas de mediación y/o arbitraje), señalando que esta conceptualización de todas las situaciones de hostigamiento psicológico en el trabajo constituye un acierto, pues permite un ordenamiento útil de una serie de hechos o situaciones, al facilitar la investigación sobre el tema y al agrupar distintas disfunciones que a nivel social se dan en la empresa y que, aunque en su origen no están relacionadas con el desempeño del trabajo, pueden afectar de una manera importante al desarrollo del mismo, concluyendo que puesto que con la mejora de las condiciones de trabajo, sobre todo en el sector terciario, los problemas más importantes que afecten a la salud laboral serán, con toda probabilidad, los debidos a la organización del trabajo y, más concretamente, a motivos psicosociales, la implicación de todos los estamentos de la empresa en el estudio y la prevención de este tipo de fenómenos será fundamental. Lo que resulta incuestionable es que la inoperancia o la deficiente actuación al respecto comporta que el riesgo se materialice comportando un daño que no sólo lo sufre la víctima acosada, sino que, como si de un efecto boomerang se tratase, también lo llega a padecer, siquiera sea de otro modo, el propio acosador y la empresa y su organización por ende.

III. LOS MECANISMOS LEGALES POSTPREVENTIVOS EN LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE EL ACOSO MORAL

En fase postpreventiva, la solución al acoso implicará, en la mayor parte de las ocasiones, la acción judicial correspondiente de naturaleza penal ³⁰ o social fundamentalmente –y hasta conten-

²⁸ Vid. notas 22 y 25.

²⁹ Véase nota anterior.

³⁰ Tal y como se recoge en la revista *Actualidad Laboral* n.º 5 de 2005 (primera quincena de marzo) el Juzgado de Instrucción n.º 17 de Barcelona, tras archivar un caso y ser revocada tal decisión por la Audiencia Provincial en octubre de 2004, ha abierto juicio oral a un directivo de Telefónica y a la compañía en el primer caso de acoso moral o *mobbing* que se juzga

cioso-administrativa, si la Administración Pública se ve concernida–, siendo de destacar ahora, por lo que a la jurisdicción social se refiere, y tras haber apuntado ya lo relativo a los procedimientos por despido o extinción de contrato a instancias del trabajador –a los que cabe añadir las demandas de tutela de derechos fundamentales e incluso, en su caso, las simples reclamaciones de daños y perjuicios, que, de todos modos y siquiera sea como apéndice, van englobadas en el proceso tutelar– que la cuestión tiene una vertiente de Seguridad Social en cuanto que el riesgo devenido en siniestro supondría la posible consideración del mismo como accidente de trabajo o enfermedad profesional, y, con esta naturaleza o sin ella, una situación de incapacidad temporal, o no, e incluso una incapacidad permanente y hasta la situación prestacional derivada el mayor de los desenlaces negativos posibles.

Aunque se trate del precitado «*mobbing* subjetivo» –que es una de las figuras que contribuye a amplificar indebidamente la dimensión del problema, ya de por sí grave– no cabe duda de que se está en presencia de una enfermedad psíquica, ajena, evidentemente, al acoso mismo, que resulta inexistente en estos casos tanto como existente o real es la dolencia, que puede agravarse por el mero hecho de continuar la prestación de servicios sin una asistencia adecuada cuanto menos, puesto que la persona afectada ve el contexto laboral como el escenario en que tiene lugar su imaginario acoso ³¹.

Pero tanto si se trata de éste como del acoso auténtico, lo que se exige para considerarlo contingencia profesional ³², y siempre sobre la base de no confundirlo con otros padecimientos que igualmente pueden tener origen o causa en el trabajo, como el simple estrés o el *burn out* (hallarse «quemado» por/en la actividad desempeñada), es la acreditación del nexo causal entre el acoso y la dolencia de que se trate (generalmente depresión, ansiedad), que en la mayor parte de las ocasiones no se constata ³³, del mismo

por la vía penal en España. Se trata de un empleado al que dejaron sin trabajo y que fue continuamente humillado frente a sus compañeros después de solicitar incorporarse al convenio colectivo y aunque la Fiscalía no considera que los hechos sean constitutivos de delito, la acusación particular solicita inicialmente una pena de un año de prisión y una multa superior a los 6.000 euros para el acusado.

³¹ Al respecto, las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 5 de febrero de 2004 y la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de junio del mismo año.

³² Acerca de las nuevas enfermedades ocupacionales, *vid.* reiterado II Informe Ransdtad, págs. 57-59

³³ *Vid.*, por ejemplo, sentencias de las Salas de lo Social del TSJ de Galicia, 16-12-03, Madrid, 5-2-04, Andalucía (Granada), 13-4-04, Cantabria, 23-6-04, Cataluña, 20-10-04, Comunidad Valenciana, 2-11-04 (Secc. 1.ª), La Rioja, 16-11-04 (en la que se aprecia el acoso laboral pero igualmente se considera no demostrado que ello «sea la causa única, directa e inmediata del infarto de miocardio sufrido por el hoy recurrente») y Galicia, 27-1-05 (Secc. 1.ª).

Resulta especialmente explicativa en este punto la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 21-10-03, que con cita de otra de la misma Sala de 11-2-02, señala: «no todas las circunstancias anímicas que tengan como consecuencia la relación laboral se pueden considerar accidente de trabajo (...) si trasladásemos al mundo de las relaciones laborales o las derivadas del contrato empresario-trabajador, cualquier incumplimiento empresarial devendría en una reclamación de daño moral, porque, por ejemplo, en una sanción siempre se invocaría algún tipo de daño moral, pues produciría en el trabajador emoción, ira, venganza, etc.; en un despido se produciría un trastorno psicológico, miedo al futuro, conflicto familiar, etc.; en una movilidad geográfica se desestabilizaría la vida familiar y social con temor emocional al cambio (...) es decir, que en todas las relaciones trabajador-empresa se producen, en mayor o menor medida, afectación concerniente a la conciencia personal, en definitiva, a la moral individual. Traslada esta doctrina a la situación de depresión por conflictos laborales, se abriría una puerta amplísima en el campo del accidente de trabajo (...) en las situaciones laborales debe de tenerse en cuenta la personalidad del individuo, a unos les afecta la relación, a otros no (...). La actora padece una personalidad neurótica que le provoca gran ansiedad y la baja laboral por depresión no está probado que lo sea por una lesión producida en el trabajo» (se refiere a «problemática laboral» y a «dificultades de orden laboral», según se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia).

modo que es más abundante la jurisprudencia (menor) negatoria ³⁴ de la existencia misma de acoso que la que lo aprecia ³⁵, o que estimándolo, sin embargo, no considera suficientemente justificada la indemnización (cantidad solicitada) por tal motivo ³⁶.

En particular, dicha jurisprudencia menor (habida cuenta el muy reducido número de pronunciamientos del TS al respecto hasta el momento que ni siquiera abordan el problema bajo esta denominación) considera que no se da el acoso que se dice cuando se trata de una situación de conflictividad y roces laborales ³⁷, o cuando lo que acontece es el constante o habitual uso de palabras malsonantes por parte del empresario ³⁸, o si no existen más que llamadas de atención y disputas puntuales y aisladas entre la trabajadora y su jefe ³⁹, o cuando son fricciones surgidas como consecuencia del cambio de dirección y estructuración del centro de trabajo ⁴⁰, o si la supresión del puesto de trabajo es consecuencia de la reorganización del centro aprobada en resolución administrativa ⁴¹, o cuando trata de excesos verbales producidos como consecuencia de situaciones de conflicto ⁴², declarándose igualmente que tampoco hay acoso ni se atenta contra la integridad física del trabajador por seguir la empresa una inadecuada política de seguridad e higiene ⁴³ y que igualmente no existe tal comportamiento por el cambio de horario establecido ⁴⁴, ni en el caso de una reorganización administrativa a consecuencia de una reclamación de superior categoría profesional ⁴⁵, ni en el de discrepancias de carácter personal ⁴⁶, ni siquiera, en fin, cuando se atenta contra la intimidad del trabajador/a, pero no contra su dignidad ⁴⁷.

Es asimismo llamativa la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Secc. 3.ª) de 12-7-04 que entiende que existe accidente de trabajo en el caso de una depresión mayor y trastorno de ansiedad, aun cuando no concurre acoso moral, porque constata que se ha originado en el desarrollo del cometido profesional del trabajador, al existir un grave conflicto laboral entre el trabajador y una superior con proceso penal incluido por denuncia de aquél a ésta y apertura de expediente de ésta a aquél, que llevó al trabajador a ese estado de alteración psíquica.

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, sentencias de las Salas de lo Social del TSJ Cantabria, 23-6-04, Extremadura, 29-6-04, Castilla-La Mancha, 6-9-04, Comunidad Valenciana, 29-9 y 2-11-04, Aragón, 13-10-04, Cataluña, 20-10 y 22-12-04, Murcia, 22-12-04, Madrid, 25-1-05 (Secc. 1.ª) o Castilla y León (Valladolid) 28-2-05.

³⁵ Por ejemplo, sentencias de las Salas de lo Social del TSJ del País Vasco, (Secc. 5.ª), 6-7-04, del TSJ de Madrid (Secc. 2.ª), de 1-6 (asignación a la trabajadora de funciones impropias de su categoría profesional) 22-6, 14-9 (otorgando al informe de la Inspección de Trabajo la condición o el carácter de prueba privilegiada al respecto), 27-9 y 10-11-04; Madrid (Secc. 1.ª) 27-9-04 (asignación al trabajador de varios puestos de trabajo), La Rioja, 16-11-04 ya citada (desplazamiento del despacho a zona común, denegación de acceso a expedientes e incoación de varios expedientes sancionatorios al trabajador), Cataluña, (Secc. 1.ª), 14-12-04, Comunidad Valenciana (Secc. 1.ª) 20-12-04 y Castilla y León (Burgos), 29-12-04.

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Secc. 2.ª), 1-6-04.

³⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña 22-12-04, ya citada.

³⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León (Valladolid), 28-2-05.

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña (Secc. 1.ª), 9-6-04.

⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Aragón, 13-10-04.

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid (Secc. 1.ª), 22-3-04.

⁴² Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid (Secc. 2.ª), 25-1-05.

⁴³ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Murcia, 22-12-04.

⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Burgos, 6-7-04.

⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña (Secc. 1.ª), 22-12-04.

⁴⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña (Secc. 1.ª), 1-10-04.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León (Burgos), 29-12-04.

Ello parece revelar que, en frecuentes ocasiones, se está haciendo un uso abusivo, y en otras, erróneo e igualmente inadecuado, del recurso a los órganos jurisdiccionales alegando un acoso inexistente, independientemente de que haya causa, o no, para sostener una demanda con otro motivo. Y aunque no cabe olvidar la dificultad probatoria que la situación de acoso entraña –lo que también se advierte en alguna sentencia⁴⁸ cuando señala que «uno de los graves obstáculos para atajar el *mobbing* es que puede resultar de muy difícil objetivación porque aparecen implicadas, por un lado, las intenciones de los presuntos agresores con sus conductas y, por otro, la atribución que, de esas intenciones realiza el trabajador afectado»–, parece igualmente claro que no se trata muchas veces tanto de la imposibilidad o grave dificultad de demostrar que el acoso se ha producido cuanto de que se considera –equivocada o intencionadamente– que se puede invocar acoso moral en cuanto pueda apreciarse un conflicto, roce o enfrentamiento o cuando se adopta una decisión directiva que no agrada al trabajador⁴⁹ o se produzca una medida disciplinaria o incluso un trato desigual debidamente justificado⁵⁰.

Por otra parte y como asimismo se apunta en sede judicial⁵¹, coinciden los expertos en salud mental en afirmar que «en la problemática en que se puede ver envuelta la víctima, el objeto de análisis lo constituye la realidad psicológica del trabajador afectado, siendo evidente que no todas las personas reaccionan igual ante las conductas de los demás, ni todas se ven afectadas en la misma medida, por lo que es innegable un componente subjetivo, de manera que ante un maltrato unas personas pueden permanecer inalterables, mientras que otras devienen enfermas; componente que, desde luego, no desgrava los actos emitidos por compañeros o superiores, que, en todo caso, han de tener en cuenta la mayor sensibilidad o especiales circunstancias de aquellos a quienes van dirigidos o, simplemente, han de evitar que lesionen cualquier tipo de susceptibilidad, bien entendido que una actuación correcta por parte de la patronal o los iguales en ningún caso podrá ser considerada como afflictiva para el trabajador».

Tan es así que por causa de ese «componente subjetivo», y no sólo si el acoso es real sino incluso si únicamente constituye una apreciación personal sin auténtica base externa, el daño objetivable puede alcanzar las cotas más altas, habiéndose incluso establecido una relación de causa a efecto entre el acoso infligido o sentido y su desenlace en algún caso de suicidio⁵².

⁴⁸ TSJ Madrid (Secc. 2.ª), 14-9-04.

⁴⁹ Vid., por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Galicia de 16-12-03 en que se relata que la trabajadora padece síndrome ansioso-depresivo que ésta atribuye a excesos de autoridad por parte de la dirección del establecimiento hospitalario donde prestaba sus servicios, lo que el órgano jurisdiccional no constata, negando que se haya producido *mobbing* en el ejercicio de las funciones empresariales.

⁵⁰ Vid. sentencia Sala de lo Social del TSJ (Secc. 1.ª) de 27-12-04, en que se deniega al trabajador la tutela solicitada y el abono de daños y perjuicios que insta por entender el Tribunal que no ha habido acoso ni discriminación en el hecho de negarle la empresa los incentivos correspondientes pues dicha decisión estaba fundada en que aquél no alcanzaba su evaluación el mínimo exigido, como tampoco otros compañeros de su categoría y actividad administrativa y representantes sindicales de la empresa habían conseguido.

⁵¹ Referida sentencia de 14-9-04 de la Sala de lo Social (Secc. 2.ª) del TSJ de Madrid.

⁵² Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, 3-11-00 y 30-5-01.

Un interesante estudio del suicidio como contingencia profesional lo efectúa RIVAS VALLEJO, P. en «Seguridad Social y Riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional», en la obra de VV.AA. ya citada «Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social», *Cuadernos de Derecho Judicial*, del CGPJ, año 2005, págs. 297-310.

Se impone, por tanto, en estos casos, que el Juzgador realice un esfuerzo de atención y potencie su actividad inquisitiva y deductiva para llegar a una conclusión. No se trata de estar, como en el proceso civil, del que el laboral difiere en esto, entre otros extremos, al *da mihi factum dabo tibi ius*, esto es, estar exclusivamente a la prueba practicada a instancia de las partes, que puede no existir o ser objetivamente insuficiente, ni tampoco –en el extremo opuesto– de la búsqueda de una verdad cuasi absoluta o incontestable, con el riesgo de confundir la propia apreciación subjetiva con la realidad, sino de adoptar una postura dinámica que, sin posicionamientos preconcebidos, vaya, simplemente, a la completa integración de los hechos acaecidos y a su esclarecimiento, valorando, a tal fin, manifestaciones e indicios y cuantos datos o circunstancias, por nimios que en principio puedan parecer, concurran en el caso, efectuando después con ellos la correspondiente construcción silogística, para la que incluso se puede llevar a cabo, si acaso, una labor probatoria complementaria y de oficio que el proceso laboral permite. En este sentido, bastará, a veces, con el interrogatorio de las propias partes implicadas, y, si fuere necesario u oportuno, con la confrontación entre las mismas (siempre teniendo en cuenta la personalidad del presunto acosador y de la presunta víctima y el estado que pueda percibirse en ésta para evitar, en su caso, daños colaterales añadidos) porque las contradicciones, aunque sea por exclusión, pueden arrojar mucha luz sobre la realidad subyacente.

En todo ello, en fin, la posible y deseable presencia del Ministerio Fiscal –en cuanto en todo litigio donde se dilucide sobre si se ha producido, o no, acoso moral se está igualmente decidiendo acerca de la vulneración, o no, de derechos fundamentales, aunque no se siga esta específica modalidad procesal– puede estimular y excitar el celo judicial, por lo que parece aconsejable que ya en la demanda, incluso si se plantea como mero despido improcedente o simple reclamación de cantidad por daños y perjuicios, se solicite su llamada a juicio como una «parte imparcial», en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, tal y como constitucionalmente se halla establecido, al objeto, al menos, de que, más que el órgano jurisdiccional –que, en principio, al menos, parece que deberá limitarse a cursar la citación– sea el propio Ministerio Fiscal quien determine si procede, o no, su comparecencia.

Pero también es cierto que la incompetencia laboral voluntariamente asumida, la inactividad como estado natural de algunos o la indebida utilización de los instrumentos del trabajo con fines particulares durante la propia jornada laboral, se convierten en caldo de cultivo de su propio victimismo cuando son objeto de corrección o sanción en uso del correspondiente poder de dirección empresarial.

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado teniendo en cuenta en cada caso si se vulneran, o no, con determinadas prácticas empresariales los derechos del trabajador. Y así, partiendo de la jurisprudencia constitucional⁵³, el TS tiene declarado⁵⁴ que cuando hay dos derechos en juego como son el del empresario a controlar la actividad de sus trabajadores y el de éstos a no ser controlados en aspectos relacionados con el derecho a su intimidad, no se conculca este último cuando la actividad llevada a cabo por aquél en tal sentido es: a) proporcionada a la finalidad que con la

⁵³ SSTC 98 y 186/2000, de 10 de abril y 10 de julio, respectivamente.

⁵⁴ STS, Sala 4.ª, de lo Social, de 5 de diciembre de 2003.

misma se pretende; b) necesaria –porque no se conoce otro medio más moderado para obtener la finalidad pretendida–; c) idónea a tal objeto, y, d) ponderada o equilibrada, porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores.

Siguiendo esta orientación, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ⁵⁵ ha declarado, por ejemplo, que el control videográfico del lugar de trabajo es factible atendiendo al lugar del centro de trabajo en que se instaló el sistema visual, a la finalidad perseguida y al hecho de que la filmación no fue indiscriminada ni se grabaron conversaciones de tipo alguno o ajenas a la relación laboral inmersas en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo. Igualmente ha dicho ⁵⁶ que la utilización por la trabajadora de un programa de mensajería instantánea por Internet para asuntos personales no relacionados con su trabajo durante setenta y dos horas en doce días, tras haber firmado con la empresa unos meses antes un anexo al contrato de trabajo por el que se aceptaba que se revisasen las páginas web y los correos electrónicos, no vulnera los derechos fundamentales a la dignidad, al honor, a la intimidad personal y familiar y al secreto de las comunicaciones como sostenía aquélla. Tampoco se ha entendido vulnerador del derecho a la intimidad el hecho de que la empresa encargase a otra especializada que registrase, copiando el disco duro, las entradas efectuadas por el trabajador a Internet y las páginas visitadas ⁵⁷. Asimismo se considera correcta la instalación de cámaras de vídeo en el lugar de trabajo, por ser una medida idónea y proporcionada en ese caso y mediante la cual se descubrió la sustracción de un ordenador portátil de la empresa ⁵⁸. El registro de la bolsa del trabajador, en presencia de éste, efectuado por el jefe del servicio de prevención de la empresa, tampoco vulnera derecho alguno al efectuarse de acuerdo con el pacto laboral existente al efecto ⁵⁹. No se considera, en fin, que la adopción de medidas de vigilancia y control son abusivas cuando la empresa introdujo diversas monedas marcadas en las cabinas telefónicas de cuya recaudación se encargaba, dado que ya se habían detectado importantes diferencias entre la recaudación teórica y real, lo que había sido denunciado a la policía que intervino en esa investigación ⁶⁰.

Por el contrario, se ha entendido que no es admisible la utilización de medios desproporcionados, como la realización de un examen médico excesivo para comprobar la situación de baja por enfermedad de la trabajadora y con intención de preconstituir una prueba a utilizar en procedimiento judicial posterior ⁶¹ y asimismo se ha considerado que se conculcan los derechos fundamentales a la dignidad y la intimidad del trabajador cuando tras procurar éste buscar información relativa a un sistema de vigilancia en el sistema informático que se intentaba establecer, es la empresa la que inicia una vigilancia a través de un medio sobre el que, en primer lugar, no había realizado advertencia alguna, y, en segundo término, permitía la utilización con carácter particular ⁶². Resulta igual-

⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Secc. 2.ª), de 6-7-04.

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, 11-3-04.

⁵⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid), 8-11-04.

⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, de 27-11-04.

⁵⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid), 22-11-04.

⁶⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (Secc. 1.ª), de 24-11-04.

⁶¹ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco (Secc. 5.ª), 6-7-04.

⁶² Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, 21-12-04.

mente condenable el registro de una carpeta del trabajador, que llevaba su nombre, sin consentimiento de éste ni en su presencia o la de algún representante de los trabajadores ni autorización judicial, sin que se le pueda imputar el uso del teléfono para conferencias con el extranjero cuando comprobadas por el jefe de personal, no se había advertido de su improcedencia al propio trabajador, que ostentaba un cargo de confianza en la empresa y al que tampoco se le había prohibido el uso del correo electrónico instalado en el ordenador puesto a su disposición ⁶³.

IV. LA CUESTIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO O PERJUICIO CAUSADO CON EL ACOSO MORAL

Acreditado el acoso, su consecuencia más evidente y lógica es la de la responsabilidad de su autor, que, entre otras cosas, habrá de proceder a la necesaria reparación, y aunque ésta nunca conseguirá reponer la situación a su estado inicial o previo, es la única posible en beneficio directo de la víctima.

Con la misma filosofía que inspira a todos los procesos por contaminación –pues el del acoso moral supone una auténtica contaminación anímica a título individual y colectivo– ha de seguirse la regla de que «el que contamina, paga», o lo que es lo mismo: el que acosa, indemniza.

En esta materia, la jurisprudencia ha oscilado en el tratamiento y solución de su posible doble exigencia: la correspondiente a la ruptura de las relaciones laborales impuesta al trabajador como víctima del acoso y la exigible, además, en su caso, por el daño moral sufrido por tal conducta.

En principio, la tesis jurisprudencial fue la negativa ⁶⁴, por entenderse que no era posible que extinguido el contrato de trabajo a instancias del trabajador con fundamento en una de las causas tasadas en el artículo 50 del ET y percibida la correspondiente indemnización legal, aquél, con base en los mismos hechos determinantes de la extinción contractual, actuase una nueva pretensión indemnizatoria ante la propia jurisdicción social con base en el artículo 1.101 del Código Civil.

Ello suponía, en la práctica, que al no ser factible exigir esa doble compensación, por despido o extinción contractual y acumuladamente, o luego por daños y/o perjuicios derivados ambos del acoso, lo que se dejaba de compensar era siempre y en todo caso, esto último, es decir, el daño moral o perjuicio sufrido por la víctima trabajadora con esa conducta del empresario o de sus representantes, porque la indemnización por despido o extinción de contrato está legalmente establecida y no puede eludirse, mientras que si el trabajador acudía primero a solicitar la reparación económica del daño o perjuicio sufrido por el acoso y ello se le reconocía judicialmente constante la relación laboral, podría instar después, en su caso, la extinción del contrato con base en la misma conducta, sin que la nueva indemnización le pudiese ser negada, precisamente porque está legalmente establecida.

⁶³ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, 21-12-04.

⁶⁴ Vid. STS, Sala 4.ª, de lo Social, de 3 de abril de 1997.

Tampoco cabría negar la indemnización por acoso si finalizada la relación laboral por alguna de las causas legal o contractualmente previstas, el trabajador/a instase una indemnización por el daño o perjuicio moral sufrido mientras duró la misma⁶⁵, y, por tanto, no se justifica que no pueda reconocerse existiendo tal motivo por el mero hecho de que proceda satisfacer la indemnización por cese, ya que no hay duplicidad alguna en tal caso con una misma causa sino dos compensaciones económicas diferentes.

Ya he sostenido mi desacuerdo con esa tesis jurisprudencial por entender que con ella sólo se compensaba la pérdida del puesto de trabajo pero que en el acoso del trabajador con despido del mismo como culminación de esa reprochable conducta o exclusiva expresión de ella, se da, además, y siempre, un daño moral, un atentado contra derechos fundamentales que constituye un plus negativo en el deber del empresario y que por ello merece una indemnización independiente, sin perjuicio de la ponderación judicial de su alcance o trascendencia económica en atención a las circunstancias subjetivas y objetivas del caso⁶⁶.

Por eso, el cambio posteriormente operado en la orientación jurisprudencial⁶⁷ entendiéndose que se puede solicitar en un procedimiento de despido nulo –o de extinción de contrato– que se abone la indemnización correspondiente por el daño causado por la vulneración de los derechos fundamentales correspondientes, debía de recibirse positivamente, aunque no haya servido finalmente de mucho, al haberse producido una nueva rectificación para volver a los orígenes, y esta vez, al parecer, con carácter definitivo, al tratarse de un posicionamiento en la materia del Alto Tribunal en Sala General⁶⁸, aunque con un importante voto particular de cuatro de sus miembros.

La cuestión, pues, parece que oficialmente queda zanjada pero entiendo que es ese voto particular, alineándose con una resolución anterior⁶⁹, el acertado, y que sólo podría resultar convincente la tesis finalmente victoriosa cuando la indemnización acordada por la autoridad judicial en estos casos fuera apreciablemente superior al mínimo legalmente establecido y permitiera entender que comprende tanto el perjuicio por la ruptura de la relación laboral impuesta al trabajador y la pérdida de su puesto de trabajo con lo que ello significa de privación de los correspondientes ingresos –puesto que aunque él mismo la solicite es porque sostiene que la situación está tan deteriorada, debido al empresario, que no le queda otro remedio– como el daño moral sufrido con la conducta acosadora, que es distinto e independiente de aquel perjuicio, pero ello, evidentemente, no lo dice ni lo admite esa última sentencia.

⁶⁵ *Vid.* la reciente sentencia de 24 de mayo de 2005, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (Secc. 1.ª).

⁶⁶ En este punto, resulta interesante el criterio adoptado por la sentencia reseñada en la nota precedente, que dice que «la relación laboral mantenida en el citado período en que hubo vulneración de derechos fundamentales resultó doblemente penosa que si se hubiera llevado a cabo en condiciones normales. De modo que por cada uno de los días transcurridos en dicha situación, la empresa debe abonar el doble del salario fijo que abonó a la trabajadora».

⁶⁷ SSTs, 4.ª, de 23 de marzo de 2000 y 12 y 29 de junio de 2001.

⁶⁸ STS, 4.ª, de 11 de marzo de 2004, que cita y se apoya en la de 3 de abril de 1997 que fue alegada de contraste por la empresa recurrente, mencionando asimismo la de 12 de junio de 2001 para considerarla una especie de excepción y no aplicable en este caso porque «se trataba de un despido llevado a cabo con violación de derechos fundamentales y, como tal, declarado nulo (...). Lógicamente su doctrina no puede ser aplicable al supuesto que nos ocupa, pues allí la relación laboral permanecía incólume como consecuencia de la nulidad del despido, mientras que en el presente se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización».

Esta sentencia ha sido seguida de la 25 de noviembre de ese mismo año.

⁶⁹ La precitada de 12 de junio de 2001.

Una doctrina autorizada ⁷⁰, en fin, apunta en el sentido que sostengo y contrario a la de esa tesis jurisprudencial, argumentando lo que puede servir como colofón de este trabajo y que, por su brevedad y lo certero de su reflexión, merece una transcripción textual completa cuando dice que «no parece fácil quebrar la doctrina unificada del Tribunal Supremo acerca de la inaplicabilidad del derecho civil supletorio en el caso de existir una norma especial laboral, utilizando el argumento, que peca ciertamente de «voluntarismo», de la compatibilidad entre dos indemnizaciones por cuanto reparan intereses o daños distintos del trabajador. ¿Por qué no entender, al contrario de como hace la Sentencia, que la norma indemnizatoria pretende reparar ambos daños, esto es, la pérdida del empleo y los concretos perjuicios causados?»

Ahora bien, mayor fuerza argumental tendría, acaso, defender idéntica solución final –la compatibilidad entre las dos indemnizaciones– utilizando una fundamentación distinta estrictamente laboral.

En este sentido, el punto de partida de esta otra argumentación sería la siguiente: ¿Qué sentido tendría que el trabajador obtenga igual indemnización en el caso de que el despido o la resolución contractual «*ex artículo 50 del ET*» se produzca por incumplimiento empresarial no atentatorio de derechos fundamentales del trabajador que cuando se produjera atentando a estos últimos?

Partiendo de esta «*idea-fuerza*», podría argumentarse, coherentemente con la jurisprudencia que trata de salvar la constitucionalidad de los artículos 182 y 177.4 de la LPL –que excluye las demandas por despido y por las demás causas de extinción contractual, entre otras más, del procedimiento especial preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales previsto en el art. 53.2 de la Constitución– aplicando a los respectivos procedimientos de despido y de resolución contractual «*ex artículo 50 del ET*» el régimen jurídico privilegiado –conjunto de procedimientos y garantías– del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales (cfr. STS de 12 de junio de 2001, Recurso núm. 3827/2000; en este mismo sentido, Auto del Tribunal Constitucional 897/1999, de 14 de diciembre, o SSTSJ de Madrid, de 31 de julio de 1992, Ar/3755 o de Castilla-La Mancha, de 25 de octubre de 1993, Ar/4469) y, dentro de él, el derecho a la indemnización prevista expresamente en el artículo 180.1 de la LPL.

De esta manera, siempre que en un despido o en una resolución contractual «*ex artículo 50 del ET*» la conducta empresarial incumplidora atentara contra el principio de no discriminación o contra los derechos fundamentales del trabajador, éste, junto a la indemnización por despido, prevista en la ley laboral de manera tasada, tendría derecho a otra indemnización reparadora del derecho fundamental dañado, prevista igualmente en la ley laboral, pero remitida al prudente arbitrio judicial.

Sólo de esta manera sería posible salvar la constitucionalidad del artículo 182 de la LPL y sólo de esta manera resultarían suficientemente protegidos los derechos fundamentales del trabajador, en cumplimiento de lo previsto constitucionalmente».

⁷⁰ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. «La incompatibilidad entre indemnización percibida por resolución del contrato *ex artículo 50 del ET* y otra pretendida al amparo del CC en reparación de daños. Comentario de urgencia a la STS de 11 de marzo de 2004». *Relaciones Laborales*, junio de 2004.