

PRINCIPALES VÍAS DE TUTELA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

MAIN ROUTES OF PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT IN WORKPLACE AND THEIR LEGAL PROBLEMATIC

Rosa María Morato García

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ACOSO MORAL. 1. Marco normativo y caracterización tipológica del acoso laboral. 2. Rasgos constitutivos del acoso moral. 3. Distinción con otros posibles agravios cometidos mediante el empleo abusivo de los poderes empresariales. III. PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE AL ACOSO MORAL. 1. La necesaria pero insuficiente acción preventiva. 2. Mecanismos de tutela contractual: garantías procesales y acción resolutoria. IV. CONCLUSIONES

RESUMEN: Este trabajo aborda los problemas jurídicos que plantea la ausencia de una definición legal específica y de un tratamiento normativo unitario del acoso moral. Para ello será necesario analizar sus rasgos caracterizadores y distintivos, a fin de valorar posteriormente la protección que el ordenamiento jurídico le dispensa. Pese a la importante labor constructiva llevada a cabo por la jurisprudencia de suplicación, la víctima de estas conductas se encuentra habitualmente en una difícil posición jurídica, agravada si cabe por la dificultad probatoria que caracteriza el acoso. Así pues, se aboga por los sistemas de protección efectiva frente a estas situaciones, que neutralicen y reparen el daño ocasionado, sin desatender una actuación preventiva que evite, en gran medida, acudir a las restantes vías de tutela.

PALABRAS CLAVE: Acoso moral; violencia en el trabajo; prevención; protección

ABSTRACT: This work aims to explore the legal problems related with the absence of a specific legal definition and a regulated process of moral harassment. For this purpose, it will be necessary to determine and characterize the specific features associated to moral assessment in order to subsequently evaluate the protection provided by the legal system. Despite the significant efforts of jurisprudence, the victim of harassment is usually in a difficult legal position to afford significant evidences of moral harassment. Therefore, effective protection systems are considered as the suitable solution to neutralize and repair the damage, emphasizing the importance of developing prevention strategies to avoid the use of alternative legal routes.

KEYWORDS: Moral Harassment; violence in workplace; prevention; protection

I. INTRODUCCIÓN

Las situaciones de acoso en el trabajo, en sus distintas manifestaciones, han estado siempre presentes en el ejercicio de la actividad productiva por cuenta ajena. Estos comportamientos violentos no constituyen precisamente un fenómeno reciente. Su proyección es generalizada aunque no siempre se afronta este problema de forma adecuada, mediante la adopción de medidas integrales que contribuyan de manera eficiente a atajarlo. De hecho, como veremos, en un contexto jurídico carente de un tratamiento legal estructurado y unificado, la negociación colectiva ha de asumir mayor protagonismo de manera que, a través de cláusulas antiacoso adaptadas a la realidad de cada empresa, se implementen las medidas necesarias que permitan, tanto detectar y evitar las situaciones de riesgo, como hacer frente a las situaciones ya manifestadas.

Este estudio se circunscribe a un tipo específico de acoso en el trabajo, el acoso moral o *mobbing* (adoptando la terminología anglosajona), que hace referencia al tipo genérico de conducta ofensiva para la persona, sistemática y malintencionada, que persigue minar la dignidad, autoestima y reputación personal y profesional del trabajador. Una labor de análisis en este terreno requiere delimitar con precisión las distintas conductas que comportan una manifestación del mismo, no sin antes reseñar que estos comportamientos hostiles están estrechamente ligados a los riesgos psicosociales y a las formas erróneas de organización de la actividad productiva en las empresas. De hecho, para la propia OIT el acoso en el trabajo obedece a la concurrencia de un elenco de factores, no simplemente subjetivos (ligados al carácter de las personas involucradas y a la autogestión de los conflictos que les afectan), sino también a causas de tipo objetivo (como el entorno laboral y la política de organización del trabajo).

No son precisamente escasos los supuestos de acoso moral en el trabajo, ni irrelevantes sus consecuencias. Provoca enormes sufrimientos en las personas que lo padecen y altera las formas de interacción entre los trabajadores, empresario y clientes. En consecuencia, la productividad, eficiencia y competitividad de la empresa se ven igualmente resentidas. Frente a estas conductas, de todo punto censurables y jurídicamente reprobables, se han de poner en marcha los cauces normativos previstos para prevenir la persecución laboral, reparar los bienes constitucionalmente infringidos y sancionar administrativa o penalmente la conducta hostigadora. Al estudio de dichos mecanismos de tutela se dedicará el presente estudio, no sin antes tratar de avanzar en la definición de acoso moral a través de la caracterización de los elementos que son propiamente distintivos de este fenómeno, para lo cual será necesario diferenciarlo de otros comportamientos, igualmente reprochables, pero no configuradores del mismo. Realizada dicha labor conceptual, podremos centrarnos en las respuestas jurídicas a la violencia, abarcando desde las actuaciones de prevención, hasta las de reparación del daño.

II. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

1. Marco normativo y caracterización tipológica del acoso laboral

Como puede preverse, la definición del acoso moral no es unívoca, pues algunas concepciones provienen de disciplinas no jurídicas, como la psicología, psiquiatría,

antropología o la sociología¹. El acercamiento desde el mundo del Derecho ha sido relativamente tardío e incompleto, fruto de la alarma generada por estudiosos de otras disciplinas ante las abultadas cifras que han venido dando cuenta de este tipo de conductas violentas en el trabajo².

En nuestro ordenamiento jurídico las referencias normativas al acoso en el trabajo se circunscriben, mayoritariamente, a algunas de las modalidades que integran este amplio fenómeno. Así, se tipifica el acoso discriminatorio motivado en la discapacidad de una persona (art. 35. 6 RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre); y por razón racial o étnica, religiosa o de convicción, de discapacidad, edad u orientación sexual (art. 28, *d* de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), en transposición de las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio y 2000/78/CE, de 27 de noviembre³.

Como no podría ser de otra forma, el art. 7 de la LOI 3/2007, de 22 de marzo, se ocupa del acoso sexual y acoso por razón de sexo, dejándose sentir en la renovada redacción los arts. 4.2 y 54.2 ET. En esta ocasión el legislador pretendió incorporar al ordenamiento, de forma específica, la protección frente al acoso discriminatorio como uno más de los derechos laborales a pesar de que, en realidad, éste tenga cabida dentro de la tutela de las categorías jurídicas básicas de la igualdad y la dignidad. De hecho, ya la propia descripción legal del acoso sexual y acoso por razón de sexo alude al propósito atentatorio contra la dignidad de la persona o a la efectiva lesión de la misma como la característica que permite definir tales actos, concebidos en todo caso como discriminatorios (art. 7 LOI).

Pues bien, sentada esta premisa inexcusable, la LOI pone el peso de ambos conceptos en su carácter ofensivo, intimidatorio o degradante, sin requerir una manifestación de rechazo explícita y previa por parte de la víctima como elemento constitutivo del referido acoso. La supresión de dicho condicionante, presente en las Directivas 2002/73/CE, de 23 de septiembre y 2006/54/CE, de 5 de julio («comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona»), ha contribuido de manera muy favorable a la protección frente a este tipo de situaciones violentas donde el género como factor diferencial es un elemento determinante. Se ha abierto camino, de este modo, aun de manera indirecta, a una tutela más adecuada frente al acoso aunque no presente un matiz discriminatorio.

Por su parte, el art. 14, *h* del RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre (EBEP) prohíbe cualquier tipo de acoso, con expresa mención al acoso moral y laboral, se halle fundado o no en un motivo discriminatorio, en el ámbito de la prestación de servicios para las Administraciones Públicas. De igual modo, la norma procesal articula el procedimiento de tutela de derechos fundamentales como vía adecuada para la tramitación de todas las situaciones de acoso laboral. Dicha previsión legal en la LJS no viene condicionada por la posible constatación de un tratamiento peyorativo derivado de la presencia de ciertos

¹ Clásica es ya la definición de acoso moral dada por LEYMANN y los cinco tipos básicos de actuaciones acosadoras, que comprenden hasta 45 comportamientos distintos, que el psicólogo alemán identifica en *Mobbing: La persécution au travail*, Seuil, D.L. Paris, 1996, pp. 42 a 43. Muy conocida resulta también la noción de acoso y clasificación de conductas que indican la presencia de *mobbing* realizada por ZAPF, KNORZ y KULLA, recogida en la NTP 476 del INSHT, «El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*», de 1998.

² Un análisis de los resultados de la Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo y de las Encuestas nacionales en «Violence and harassment in European workplaces: Extent, impacts and policies», Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, febrero de 2015 (<http://eurofound.europa.eu/es/observatories/eurwork/comparativeinformation/violence-and-harassment-in-european-workplaces-extentimpacts-and-policies>).

³ En referencia también al acoso discriminatorio, los arts. 8.13 y 13 bis LISOS.

factores en la víctima, o de una conexión directa e inequívoca entre la conducta violenta y las circunstancias discriminatorias. Resulta además indiferente quién sea el sujeto activo y, en consecuencia, si estamos ante un acoso vertical, descendente (conocido como *bossing*) o ascendente, o bien ante el acoso horizontal. La vía judicial queda así expedita para cualquier situación de acoso moral y, por supuesto, también para los casos de acoso sexual (art. 177 LJS).

Son varios los elementos que constatan la cercanía de las actuaciones constitutivas de acoso (moral) por razón de sexo y de acoso sexual. Pese a que la gravedad de estas últimas motivó que el legislador le otorgara una especificidad propia, reconociéndolas como tipología diferenciada (particularmente entrelazada con la punición penal en el art. 184 CP), ambas conductas son fruto de los tradicionales roles que asumen los dos sexos socialmente, así como de las desiguales relaciones de poder que pueblan el ámbito laboral. Resulta factible que el sujeto pasivo recabe la protección que procesalmente le puede ser dispensada por la modalidad antes señalada, pero también conviene destacar que ambos comportamientos encuentran notables diferencias si atendemos al objetivo perseguido por el sujeto agresor.

Mientras que en todo acoso moral, sea o no por razón de sexo, se pretende minar la progresión profesional del trabajador afectado, afectar a su autoestima o dinamitar su reputación personal y profesional, muy frecuentemente aislando a la víctima del entorno en el que desarrolla su labor productiva; en el acoso sexual el agresor tiene el propósito de asediar e intimidar a la víctima para obtener una satisfacción sexual. Ese ataque a la libertad e intimidad sexual es el instrumento mediante el cual se humilla y degrada a la víctima. Tanto en el chantaje sexual –en el que el trabajador afectado se encuentra ante el dilema de acceder a unas demandas de tipo sexual para conservar o conseguir ciertos derechos o condiciones de trabajo–, como en el conocido como acoso ambiental –donde el asedio ofensivo crea un entorno laboral desagradable, hostil e intimidatorio hacia una o varias personas pertenecientes a un mismo sexo a través de las más variadas actuaciones, incluidas las gestuales–, estamos siempre ante conductas de cierta gravedad⁴ y de índole sexual⁵. Así pues, el acosador moral no tiene como objetivo violentar la libertad sexual del trabajador, aunque puede emplear la sexualidad para la consecución de sus fines. Mientras que, en el acoso sexual, la imposición de una relación de tipo sexual es en todo caso el propósito perseguido.

Dicho esto, se hace necesario tener en cuenta que **el acoso moral y el acoso sexual no son, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, comportamientos totalmente aislados y diferenciados**. El rechazo implícito o explícito a los requerimientos e invitaciones impúdicas, a las amenazas o promesas de trato preferencial, la denuncia de contactos físicos de carácter sexual o de los comentarios comprometedores, etc., pueden desembocar en una situación de acoso moral como venganza ante la conducta

⁴ Sobre la exigencia de que el acoso sexual de carácter ambiental sea «lo suficientemente grave como para crear un entorno negativo y lo sea, no sólo según la apreciación subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerado», se pronuncia la STC 136/2001, de 18 de junio. Anteriormente la STC 224/1999, de 13 de diciembre, había manifestado que dicha gravedad «se erige en elemento importante del concepto». Para la distinción entre el acoso sexual en el trabajo y el simple cortejo o flirteo, consúltase la NTP 507 del INSHT, disponible en la dirección: www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp_507.pdf.

⁵ Sobre esta índole sexual como requisito insoslayable se pronuncia la STSJ Madrid, 28 de diciembre de 2004 (rec. 4391/2004), al considerar que no constituye acoso sexual invitar, de forma insistente, a una compañera de trabajo a salir o a cenar, sin que haya proposiciones de tipo sexual.

contestataria de la víctima⁶. Clara muestra de la necesidad de abordar la violencia relacional en el centro de trabajo de manera integral y omnicomprensiva.

2. Rasgos constitutivos del acoso moral

La ausencia de un concepto jurídico que pueda clarificar los elementos estructurales que singularizan esta patología laboral nos remite indefectiblemente a los variados y abundantes pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales. Ha sido precisamente la dispar jurisprudencia de suplicación la que ha tenido que acometer un dilatado esfuerzo para identificar los rasgos distintivos de esta figura. Y es que la Sala de lo Social del TS no ha delimitado todavía con precisión este tipo específico de acoso, debido fundamentalmente a la falta de contradicción de los pronunciamientos judiciales en estos supuestos.

Acotar el acoso moral no resulta una tarea precisamente sencilla. Las agresiones en el contexto laboral se presentan en ocasiones de manera sutil y soterrada, amparadas incluso por condicionantes de tipo cultural que nos hacen dudar de su alcance. Como ejemplo, la utilización de un lenguaje inadecuado y grosero, con frecuencia tolerado socialmente⁷. **La evanescencia y subjetividad en este terreno emborronan la labor de detección y actuación frente a los actos violentos**. Por todo ello, es evidente que el órgano judicial se verá obligado en cada caso a ponderar objetivamente los hechos a partir de la evaluación conjunta del contexto. No obstante, como elementos identificadores del acoso moral en el trabajo podemos destacar los siguientes:

a) **Hostigamiento como consecuencia de la existencia de una relación laboral**: las conductas a través de las cuales se expresa la violencia psicológica en el trabajo se desenvuelven entre personas que mantienen un vínculo jurídico de carácter laboral o, al menos, se relacionan con motivo de una prestación de servicios en un entorno laboral⁸.

b) **Existencia de una agresión o ataque**: el acoso es producto de un conflicto de carácter asimétrico, en el que una de las partes goza de mayores recursos o de una posición de ventaja respecto de la otra. No necesariamente estamos remitiéndonos a una posición jerárquica superior, pues la situación de desequilibrio intrínseco al acoso puede derivar de una mera situación de hecho, en la que el acosador disfruta de mayores apoyos o fortalezas que le permiten imponerse al trabajador hostigado.

En todo caso, este fenómeno requiere la presencia de actos violentos, de cierta entidad denigrante, percibidos por la víctima como una agresión⁹. La creación de un

⁶ Así, como ejemplo, el conocido como «caso Nevenca», resuelto por la STSJ Castilla y León, 1/2002, de 29 mayo (Sala civil y penal, núm. 1/2002).

⁷ STSJ Murcia, 17 de mayo de 2017 (rec. 1028/2016).

⁸ Precisa la STSJ Canarias, 22 de febrero de 2006 (rec. 819/2005) que «la presión se realice en el lugar de trabajo supone un límite geográfico a su comisión. La razón de ser de ello radica en que fuera de la empresa, la persona tiene una mayor libertad, tanto de reacción, como para su elusión; pero también, en que fuera del lugar de trabajo –fuera del ámbito de organización y dirección– la capacidad de supervisión empresarial y reacción, disminuye drásticamente». A su vez, si el acoso se produce fuera del lugar de trabajo, «debe estar relacionado con el mismo y ha de existir conocimiento o consentimiento de la empresa, ya que (...) fuera del ámbito de organización y dirección la capacidad de supervisión y reacción, disminuye drásticamente». Así lo ponen de relieve las STSJ Canarias, 22 febrero 2006 (rec. 819/2005) y STSJ Extremadura, 24 de marzo de 2011 (rec. 43/2011).

⁹ El JS Girona núm. 2, en su sentencia 374/2002, de 17 de septiembre, define el acoso moral como «presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral», acogida posteriormente en innumerables pronunciamientos judiciales. La detección de estas conductas

clima de acoso se refleja a través de una muy variada tipología de conductas, activas u omisivas, que pueden ser verbales o escritas (amenazas, coacciones, insultos, etc.), gestuales (miradas despectivas, burlas, imitaciones, risas, etc.) y, aunque es menos frecuente, actos de violencia física. Tal y como ya se ha señalado, estas acciones pueden apuntar contra la reputación del trabajador, creando falsos rumores relativos a su vida personal o a su desempeño profesional, y dirigirse a humillar en público a la víctima. Provocar el aislamiento del trabajador afectado suele ser el medio más efectivo para aumentar la presión sobre esta persona. Para ello el acosador pretenderá restringir las posibilidades de comunicación e impedir las relaciones con los compañeros de trabajo y los superiores jerárquicos, dejando de este modo más indefensa a la víctima frente al ambiente abusivo, degradante u ofensivo que se ha generado en su contra¹⁰.

Lo expuesto permite poner de relieve que **el acoso se configura como un conjunto heterogéneo de conductas que dificultan enormemente la labor conceptual**¹¹. Lógicamente, también hay que diferenciar las conductas constitutivas de acoso moral de otras formas de violencia de menor intensidad, como pudieran ser los simples roces laborales o las bromas desafortunadas¹². El acoso exige un comportamiento de cierta severidad¹³, percibido como tal por su receptor, sin que quepan además las actuaciones frustradas o en grado de tentativa, pues no dejarían de ser actos malintencionados que carecen de la intensidad suficiente para la caracterización de esta figura¹⁴. Ahora bien, cierto es que puede sustanciarse una sucesión incesante de agresiones y prácticas de carácter despótico, carentes de lesividad cualificada si son consideradas aisladamente, que no vulneran, por sí solas, ningún derecho de la personalidad del trabajador. Pues bien, en estos casos, las mencionadas acciones deben ser contextualizadas y consideradas en su conjunto para que quede puesta de manifiesto su entidad jurídica y el grado de sufrimiento que son capaces de provocar en la víctima¹⁵.

A su vez, cuando el agente activo es el propio empresario o superior jerárquico, las fórmulas de expresión del acoso moral pueden abarcar: la falta de ocupación efectiva carente de toda justificación productiva u organizativa; el aislamiento del trabajador en zonas apartadas del resto de la plantilla; la privación de los medios de comunicación necesarios para la realización de la actividad productiva sin ninguna razón lógica; la

descarta la existencia del llamado acoso moral «putativo» o imaginario. Al respecto, *vid.* STSJ Madrid, 12 de junio de 2007 (rec. 568/2007) y SSTSJ Canarias, 23 de julio de 2014 (rec. 638/2014) y 16 de marzo de 2015 (rec. 986/2014).

¹⁰ Con mayor detenimiento, sobre este asunto, FERNÁNDEZ GARRIDO, J., «Perspectivas psicosociales en torno al acoso y violencia psicológica en el trabajo», en AA.VV. (Correa Carrasco, M., Coord.), *Acoso moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 18 a 19. Consúltase, igualmente, la STSJ Cataluña, 20 de octubre de 2004 (rec. 4643/2004) y STSJ Andalucía, 6 de julio 2017 (rec. 2692/2016).

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., «El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2, 2003, pp. 3 y 6 a 10.

¹² En doctrina, en torno a la distinción entre las tensiones o fricciones laborales y las prácticas hostigadoras, CORDERO SAAVEDRA, L., «La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2003, pp. 41 a 44 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, pp. 72 a 74. En la jurisprudencia, *vid.* STSJ Madrid, 26 de junio de 2007 (rec. 1658/2007).

¹³ La especial gravedad de estas conductas es también indicativa del tipo delictivo del art. 173 CP (al respecto, *vid.* SAP Madrid, 30 de diciembre de 2010, rec. 395/2010).

¹⁴ STSJ País Vasco, 28 de noviembre de 2003 (rec. 2147/2003), SSTSJ Canarias, 22 de febrero de 2006 (rec. 819/2005) y 24 de mayo de 2012 (rec. 380/2011).

¹⁵ CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico del acoso moral en el trabajo», en AA.VV. (Correa Carrasco, M., Coord.), *Acoso moral...*, cit., p. 57.

asignación de tareas vejatorias, innecesarias, repetitivas, imposibles de cumplir o alejadas de la cualificación del trabajador; las amonestaciones sistemáticas e injustificadas; la incoación constante de expedientes disciplinarios basados en motivos insignificantes o inciertos, etc.

Lo cierto es que, individualmente examinadas, determinadas decisiones y actos empresariales pueden ser lícitos e irrelevantes desde el punto de vista jurídico o, incluso, desde el punto de vista formal, respetuosos con las reglas legales, convencionales o con los derechos que se derivan del contrato del trabajo. Pero si valoradas en su conjunto, tales medidas empresariales resultaran materialmente vejatorias y lesivas de la dignidad del trabajador y, en consecuencia, se tradujeran en violencia psicológica provocada de forma intencional y reiterada, puede llegarse a concluir que la conducta del empresario a la hora de desempeñar sus facultades de mando es constitutiva de acoso moral.

c) Permanencia en el tiempo: Aunque en alguna ocasión se ha considerado que un único acto aislado puede considerarse acoso¹⁶, tomando como referencia la legislación canadiense¹⁷, existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en que el maltrato esporádico o puntual, por grave que sea, no merece dicha calificación¹⁸. En esta línea, la NTP núm. 476 del INSHT, acogiendo la noción propuesta por Leymann, definió el acoso moral como «el ejercicio de violencia psicológica extrema que se realiza por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral (...) de forma sistemática (al menos, una vez por semana) y prolongada en el tiempo (más de 6 meses)»¹⁹.

Sin embargo pronto se entendió que el referido criterio temporal debía tenerse en consideración de forma meramente orientativa, sin que necesariamente el transcurso del referido lapso temporal fuera en sí mismo indicativo de la existencia de acoso²⁰. La

¹⁶ Admiten como acoso el hostigamiento breve en el tiempo, si es suficientemente intenso, la STSJ Sevilla, 19 de diciembre de 2002 (rec. 3700/2002) y STSJ Canarias, 19 de mayo de 2004 (rec. 2070/2003). En la doctrina, VALLEJO DACOSTA, R., *Riesgos psico-sociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 34 a 35.

¹⁷ En referencia a la legislación de Quebec (mediante la Ley de Garantías de las Normas Laborales), las STSJ Madrid, 3 de diciembre de 2007 (rec. 4201/2007) y 21 de enero de 2008 (rec. 4779/2007), si bien para oponerse a dicho criterio. Sobre el particular, *vid.* TRUJILLO PONS, F., «El tratamiento de la provincia canadiense de Quebec respecto al acoso psicológico en el lugar de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 399, 2016, pp. 105 a 107.

¹⁸ A modo de ejemplo, subraya la STSJ Madrid, 3 de diciembre de 2007 (rec. 4201/2007) que «la reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso», criterio reiterado en las posteriores SSTSJ Madrid, 30 de octubre de 2009 (rec. 4050/2009), 18 de octubre de 2013 (rec. 1616/2013) y 4 de abril de 2014 (rec. 27/2014). De hecho, la doctrina jurisprudencial suele citar la definición de *mobbing* dada por el grupo de estudio de Violencia en el Trabajo, de la Comisión Europea, de 14 de mayo de 2001, al que se alude como aquel «comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío». Así también las SSTSJ Cantabria, 27 de febrero de 2007 (rec. 119/2007) y 22 de julio de 2014 (rec. 255/2015); SSTSJ Castilla y León, 22 de diciembre de 2009 (rec. 2006/2009) y 14 de noviembre de 2014 (rec. 1684/2011).

¹⁹ En esta línea, la STSJ Galicia, 26 de septiembre de 2008 (rec. 3379/2008) descarta la existencia de acoso al haber transcurrido solo cinco meses desde el inicio de las conductas enjuiciadas y la STSJ Canarias, 15 de octubre de 2007 (rec. 1566/2006) por no haber superado los dos meses.

²⁰ « (...) dicha exigencia temporal es arbitraria e injustificada. Arbitraria porque es un plazo de tiempo que no responde a razonamiento alguno, o acaso dicha conducta de acoso psíquico deja de ser *mobbing* por el hecho de que durante una semana la víctima haya dejado de ser el punto de atención de los hostigadores, o porque dicho comportamiento sólo haya perdurado cinco meses –seguramente por no

posterior NTP 854, en el año 2009, abandonó definitivamente este criterio para pasar a remarcar que el *mobbing* tiene lugar por un tiempo «prolongado», sin mayores precisiones, añadiendo además que hay «determinadas acciones aisladas» que, pese a no ser propiamente sistemáticas, «tendrán una continuidad temporal que prolongará su efecto» y, por lo tanto, también podrían ser configuradoras de un acoso moral en el trabajo.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de chantaje sexual (también llamado acoso sexual de intercambio), el problema estriba, no tanto en cuestionar la imprescindibilidad del elemento temporal, sino nuevamente en aclarar qué se entiende por un hostigamiento reiterado. Parece oportuno entender que **un incidente aislado, por muy ofensivo y repudiable que resulte, no puede equipararse a los supuestos de acoso moral**. La duración y frecuencia exigible para determinar que un comportamiento es constitutivo de esta figura ha de quedar sujeto a lo que estime el intérprete en cada supuesto concreto, partiendo no obstante de la actitud persistente del agresor o agresores, la cual deberá valorarse a partir de analizar «el devenir de los acontecimientos en un amplio periodo de tiempo, pues en no pocas ocasiones ese acoso no se expresa de un modo burdo o descarado, sino de una forma sutil o enmascarado con acciones que en una primera apariencia pudieran parecer neutras, pero que si se examinan más detalladamente y de forma interrelacionada, revelan ese hostigamiento sistemático que es propio del acoso laboral»²¹.

d) **Intencionalidad lesiva:** desde un punto de vista clínico, tradicionalmente se ha considerado que el acoso moral posee un carácter tendencioso y malintencionado. Esto vendría a significar que dichas conductas se realizan de modo consciente y voluntario para la consecución de un fin, cual es el de amedrentar e intimidar a la víctima para, en muchas ocasiones, alcanzar el propósito de que el trabajador renuncie a su puesto de trabajo o simplemente a los derechos laborales que le asisten²².

Repárese, sin embargo, en que los distintos enunciados positivos que recogen en nuestro ordenamiento una noción de acoso (si bien referida únicamente al maltrato laboral por motivos discriminatorios), han moderado ostensiblemente el requisito de la intencionalidad del agresor, en tanto se admite la calificación como acoso de una conducta carente de propósito hostigador siendo suficiente, en su defecto, con que la acción provoque un ataque contra la dignidad e integridad de la persona. De modo que el legislador español, siguiendo el proceder del comunitario, no acogió el carácter doloso como requisito ineludible siendo consciente, como no podría ser de otra forma, de la enorme dificultad de constatar la motivación vejatoria o humillante de las actuaciones del agresor.

haber aguantado más la víctima—. La respuesta, a mi modo de ver, es única. Pero además de arbitraria, es injustificada respecto a la víctima; ¿por qué debemos obligar al sujeto pasivo que aguante tanto tiempo para poder decir que hay *mobbing* y consecuentemente sancionarlo? ¿hasta qué punto esta concepción no llega a ser finalmente cómplice de la situación que se genera por haber impedido la labor preventiva? (...) La presión laboral tendenciosa se produce tras un cierto tiempo que requiere todo plan, pero sin necesidad de un tiempo concreto», así en la SJS núm. 2 de Girona, 23 de septiembre de 2003 (núm. 582/2003). Subrayaba en este sentido la STSJ Castilla y León, 28 de febrero de 2005 (rec. 226/2005) que «este plazo ha de ser interpretado de forma flexible, ya que lo importante es la continuidad de la violencia, ordenada a un fin determinado, a la destrucción psicológica o moral del trabajador», criterio reiterado en la STSJ Navarra, 31 de marzo de 2015 (rec. 463/2014).

²¹ STSJ Comunidad Valenciana, 8 de enero de 2008 (rec. 3737/2007).

²² *Vid.*, por todas, STSJ Andalucía, 16 de febrero de 2011 (rec. 2724/2010) y STSJ Madrid, 10 de febrero de 2014 (rec. 1365/2013).

Aun así, entiendo que este elemento finalista o subjetivo es consustancial en todo caso al comportamiento del agente activo²³. Parece claro que la fórmula jurídica empleada («que tenga como objetivo o consecuencia» atacar la dignidad e integridad de la persona), favorece la protección del trabajador afectado, pues no haría preciso probar el propósito hostigador para verificar una situación de acoso y activar los resortes tutelares frente a la misma. Y es que son evidentes las dificultades probatorias que acarrea la constatación del referido carácter tendencioso. Así pues, **con la aplicación analógica al acoso moral de la noción legal prevista para el acoso discriminatorio, se incrementan las posibilidades de defensa del trabajador** al poderse arbitrar los mecanismos de protección que salvaguarden la dignidad e integridad de quien la vea amenazada. Bastaría, entonces, con demostrar en juicio, a través de la ponderación conjunta de los hechos concurrentes en cada caso concreto, que el comportamiento cuestionado ha ocasionado un atentado contra los derechos fundamentales del trabajador, al margen de la intencionalidad del agente²⁴.

Cabe por tanto articular la debida protección cuando se pueda probar el ánimo de causar daño de la acción enjuiciada, pero la objetivización de la noción de acoso posibilita también dicha calificación ante conductas negligentes que tienen como resultado la producción de un trato vejatorio o humillante. Será suficiente, entonces, la existencia de un adecuado nexo de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido legalmente. No obstante, comparto la idea de quienes han considerado que la imposición deliberada de un clima hostil constituye en realidad un requisito inherente a la conducta reproachable aquí estudiada (ello aunque la comprobación de la presencia de este ánimo de persecución no sea imprescindible para que sean desplegadas las oportunas vías jurídicas de protección). Y desde esta perspectiva, como se verá a continuación, es dicho rasgo teleológico uno de los elementos esenciales que posibilitan la distinción de tales prácticas de aquellas otras que simplemente demuestran una administración irregular de los poderes empresariales; las cuales, precisamente, no ambicionan el enrarecimiento o perturbación de la vida laboral²⁵.

²³ Prescinden del elemento finalista las STSJ Murcia, 12 de enero de 2004 (rec. 1453/2003); STSJ Cataluña, 24 de octubre de 2005 (rec. 4028/2005) y la STSJ Galicia, 20 de octubre de 2010 (rec. 2240/2010).

²⁴ Con todo, no han faltado los pronunciamientos judiciales que rechazan la calificación de acoso moral cuando no haya podido acreditarse que el posible agresor buscaba «expresamente causar un daño al trabajador socavando su personalidad, es decir, falta el elemento intencional de dañar al trabajador». Así en STSJ Cataluña, 2 de noviembre de 2005 (rec. 1189/2005) o, recientemente, la STSJ Murcia, 17 de mayo de 2017 (rec. 1028/2016).

²⁵ Así lo han defendido, entre otros, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial», *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, pp. 383 a 384; CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico...», cit., pp. 62, 68-69, 75 y 90; GIMENO LAHOZ, R., *La presión laboral tendenciosa: El mobbing desde la óptica de un juez*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 87, 96 y 168; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., «El acoso moral...», cit., pp. 11 y 13 a 15; HERNÁNDEZ VELASCO, E., «Acoso moral en el trabajo o mobbing. Las acciones judiciales de su víctima», *Justicia Laboral*, núm. 10, 2002, p. 58; NAVARRO NIETO, F., «Aspectos críticos en el tratamiento jurídico del acoso moral laboral», *Tribuna Social*, núm. 202, 2007, pp. 27 a 28 y ROMERO RODENAS, M^aJ., *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 30 a 31. En cambio, no comparten que la intencionalidad destructiva sea un elemento definidor del acoso moral: COLLADO, L., «Concepto, clasificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencia con otras figuras», en AA.VV. (Dir. Agustí Juliá, J.), en *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 69 a 71 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., pp. 36 a 42 y 56.

Pese a no ser necesaria la labor judicial de indagación en las motivaciones que mueven ciertas actuaciones, la constatación de la intencionalidad tendenciosa no es precisamente un elemento irrelevante. No se exige como requisito calificador, pero sí incide en la graduación de la responsabilidad del sujeto a los efectos de cuantificar una posible indemnización por daños y perjuicios.

Siguiendo esta línea argumental, en lo que atañe a la identificación del acoso, resulta inevitable aseverar que esta forma de violencia laboral afecta de manera particularmente intensa a la salud de la víctima. Tanto es así que una amplísima jurisprudencia reconoce las enfermedades derivadas de supuestos de acoso moral como accidente de trabajo²⁶. Y es que las condiciones de trabajo vejatorias acostumbran a ocasionar, a medio o largo plazo, síntomas psicosomáticos, reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral, así como negativas secuelas en la integridad orgánica del trabajador a raíz de la somatización de la tensión nerviosa provocada.

Hay que precisar, no obstante, que las conductas de agresión u hostigamiento podrán ser calificadas como acoso moral con independencia de que terminen por manifestarse en una patología física o psíquica evaluable médicamente (hecho que dependerá, no sólo de la severidad con la que se manifieste el acoso, sino muy especialmente de la subjetividad y vulnerabilidad de la víctima). Aunque en numerosas ocasiones se ha encumbrado la constatación de lesiones psíquicas o físicas como uno de los elementos constitutivos del acoso laboral²⁷, entiendo que es el atentado a la dignidad del trabajador la circunstancia que define este fenómeno; pues no se puede supeditar la real y efectiva protección de la que debe ser merecedor el trabajador a la capacidad que éste manifiesta para tolerar o resistir la situación en la que se encuentra, ni relegar la adopción de medidas garantes de su seguridad al momento en que se revela una determinada dolencia descrita clínicamente²⁸. Así, en definitiva, es oportuno poner de relieve que, tanto el agravio producido en los derechos del trabajador, como el propósito lesivo que lo mueve, son trascendentes, no tanto en la calificación, sino en la fijación de las consecuencias jurídicas del acoso²⁹.

²⁶ Para ello la jurisprudencia mayoritaria se ha servido de una interpretación extensiva del propio concepto de accidente de trabajo (art. 156.1 LGSS) y de la presunción contenida en su tercer apartado. Pioneras fueron las sentencias del TSJ, País Vasco, 7 de octubre de 1997 y 2 de noviembre de 1999 (rec. 3626/1996 y 1320/1999, respectivamente), en relación al estrés laboral y el síndrome de *burn-out* como accidente de trabajo.

²⁷ Claro exponente de esta posición es ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral:...», cit., p. 384.

²⁸ Así lo ha defendido CAVAS MARTÍNEZ, F., «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», *Aranzadi Social*, vol. V, 2005, pp. 554 a 555 o SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., pp. 42 a 44. También RUIZ CASTILLO, M^a M., «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2004, p. 35, quien sostiene que no es elemento esencial del tipo jurídico del acoso moral la presencia de un deterioro o daño a la salud, sino su puesta en peligro, admitiendo el grado de tentativa. Una posición intermedia adopta MARTÍNEZ BARROSO, M^aR., *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, 2007, p. 144, donde afirma que lo decisivo para la calificación del acoso moral es la efectiva repercusión en el estado de salud del trabajador «aunque únicamente curse con ansiedad o somatizaciones, sin necesidad de que se haya manifestado un auténtico estado depresivo y, por tanto, sin que exista una patología acreditada por sometimiento a tratamiento médico».

²⁹ En suplicación, como ejemplo, la STSJ Aragón, 30 de junio de 2003 (rec. 107/2003) y STSJ Andalucía, 31 de marzo de 2009 (rec. 2465/2008) donde se precisa que «no es en la intención ni en el resultado donde se debe poner el acento para fijar el ilícito acoso moral laboral, sino en la singularidad y gravedad de la conducta, plus de ofensividad, único modo de ser más respetuoso con las exigencias de técnica jurídica, por introducir mayor seguridad al apostar por su dimensión objetiva».

3. Distinción con otros posibles agravios cometidos mediante el empleo abusivo de los poderes empresariales

Llegados a este punto, es necesario deslindar las conductas calificables como acoso moral de aquellas otras que se circunscriben propiamente al ejercicio inadecuado de las facultades empresariales. Ciertamente es que en el ámbito de las relaciones de trabajo no son idénticas las situaciones de maltrato psicológico vertical-descendente y las formas abusivas del poder patronal, pero en todo caso se trata de comportamientos ilícitos no amparados por el ordenamiento.

Para proceder a la delimitación de tales acciones censurables, desencadenantes ambas de un conflicto profesional, habrá que pasar revista a las motivaciones, al modo de obrar y al resultado de la actuación patronal. Y así, siguiendo este orden, puede decirse que el denominado acoso institucional o *bossing*, a través de la degradación paulatina de las condiciones de trabajo, persigue crear un entorno intimidatorio u ofensivo (muchas veces con el objeto de reforzar la propia posición de dominio). Estas conductas, a fin de cuentas, pueden proponerse acabar con la reputación del trabajador y aniquilarle profesionalmente, entorpecer el desarrollo de sus funciones laborales con el objeto de provocar la quiebra psíquica de la víctima, o incluso obstruir el ejercicio de sus derechos hasta, en bastantes ocasiones, conseguir su autoexclusión a través de una baja médica o de la renuncia a su puesto de trabajo.

Por el contrario, la arbitraria administración de facultades empresariales carece de dicha intencionalidad lesiva³⁰. El conflicto laboral a que dan lugar tales actos, no son el resultado del soterrado objetivo de socavar la personalidad del trabajador y ocasionar un menoscabo a su dignidad e integridad psico-física³¹, pues en su lugar buscan un resultado empresarial positivo, tratando de conseguir por medios ilícitos un mejor aprovechamiento de la mano de obra. En cualquier caso, conviene advertir que muchas de las variadas fórmulas de expresión del acoso moral en el que el agente hostigador es el propio empresario (o el personal con potestad de mando) convergen con la práctica arbitraria de las facultades empresariales, si bien ésta persigue, se insiste, dar vida a una determinada estrategia tocante a la actividad y organización de la plantilla que permita obtener el máximo beneficio.

De otro lado, ya se ha visto que el acoso moral se manifiesta a través de una violencia recurrente, dirigida de forma individualizada y no indiscriminada hacia una o varias personas. Mientras que cabe apreciar un ejercicio abusivo de las facultades de dirección, pese a que no se dé la referida reiteración y se trate de una actuación puntual de duración limitada, toda vez que la eficacia y competitividad empresarial se pretendan lograr empleando para ello métodos indebidos no ajustados a derecho.

³⁰ Para un estudio con mayor detenimiento permítase la remisión a MORATO GARCÍA, R. M., *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*, Comares, Granada, 2011, pp. 274 a 276.

³¹ Razona la SJS, Madrid, núm. 33, 18 de junio de 2001 (rec. 298/2001) que el hostigamiento moral «constituye un atentado a la integridad moral de las personas a quienes se somete a tratos degradantes que impiden el libre desarrollo de su personalidad y que desde esta perspectiva este acoso constituye un atentado al derecho a la integridad moral que protege el art. 15.1 Constitución Española. Ahora bien, resulta preciso deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización de la empresa, pues no resulta factible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de estas potestades puede calificarse de acoso y ello obviamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtenerse en contra de esas actuaciones antijurídicas».

También el perjuicio causado permite trazar la línea que separa el acoso moral del ejercicio arbitrario del poder empresarial. Por cuanto respecta a la afectación de los derechos resultante de las referidas conductas, es sabido que el hostigamiento moral presenta efectos pluriagresivos, existiendo cierto consenso en que en toda situación de acoso subyace un atentado directo, ya sea inmediato o progresivo, a la dignidad del trabajador³². Esta circunstancia viene indisolublemente ligada a los procesos de acoso y en la mayoría de los supuestos, ya sea por su repetición o por la especial ofensividad de tales prácticas, trae también consigo una lesión de los valores jurídicos amparados por el derecho fundamental del art. 15 CE.

En cambio, en el abuso de la autoridad empresarial, la vulneración de tales bienes jurídicos no sólo no se busca, sino que rara vez serán puestos en peligro ni terminarán lastimados. Más bien, los que se verán afectados serán los derechos laborales relativos al lugar, tiempo, modo o retribución de los trabajadores, sin que el sometimiento a inadecuadas condiciones de trabajo revele un ánimo sistemático de descalificación y destrucción psicológica del trabajador. Así, sin perjuicio de que puedan ser constitutivas de otras infracciones, podemos citar como ejemplo: las presiones para realizar horas extraordinarias más allá de las comprometidas negocial o contractualmente; la modificación de las condiciones de trabajo sin respetar las causas y procedimiento legamente establecido; ofensas puntuales y decisiones despóticas que no vayan particularmente dirigidas a un trabajador o colectivo de trabajadores; críticas o reproches por la incorrecta realización de las funciones asignadas; etc.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que el *bossing* siempre comporta un desempeño arbitrario de las prerrogativas de organización y mando, mientras que no todo ejercicio ilícito o arbitrario del poder empresarial es susceptible de desencadenar un supuesto de acoso. Pero el hecho de que no lleguen a cumplirse los requisitos individualizados doctrinal y jurisprudencialmente de la noción de *mobbing*, no impide adoptar las medidas que resulten pertinentes para tutelar jurídicamente los derechos que resulten afectados a raíz del quehacer irregular y abusivo de la empresa. En definitiva, **no todo conflicto laboral puede calificarse como acoso y, viceversa, la inexistencia de un conflicto que se manifiesta de manera explícita no permite descartar el acoso.**

III. PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE AL ACOSO MORAL

1. La necesaria pero insuficiente acción preventiva

Primeramente conviene destacar que el acoso moral es un tema íntimamente ligado a la salud en el trabajo, hecho que faculta la utilización de los específicos mecanismos de tutela que la normativa preventiva proporciona³³. Pese a haber sido olvidados durante mucho tiempo, permaneciendo ocultos tras los problemas de integridad física, los riesgos de origen psicosocial han sido objeto de una creciente atención, hecho sin duda motivado por el innegable despunte de las distintas variantes

³² Sobre el particular, MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Dignidad del trabajador y acoso moral», en AA.VV., *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 101; ROJAS RIVERO, G., «Algunos aspectos procesales de la protección legal contra el acoso», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 8, 2005, p. 7 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., p. 91.

³³ En defensa de la importancia del enfoque preventivo, por todos, ALFONSO MELLADO, C.L., FABREGAT MONFORT, G. y SALCEDO BELTRÁN, C., «A modo de introducción. El tratamiento tradicional del acoso», AA.VV. (Fabregat Monfort, G., dir.), *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 14 a 17.

de acoso, los problemas de inadaptación en el trabajo, el estrés laboral o del resto de riesgos psicosociales como fuente de la siniestralidad en el trabajo. Ahora bien, ello no obsta para poner de relieve que, a diferencia de sus antecesoras, tanto la Estrategia europea 2014-2020, como la Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020, omiten toda referencia al acoso laboral, devolviendo el interés por este fenómeno a un segundo plano³⁴.

Al no existir una regulación propia, ya sea en la vertiente preventiva como en la reparadora, la doctrina prevencionista ha procedido a realizar una interpretación integradora del concepto de riesgo. Y en este contexto merece singular mención el acoso moral, considerado en sí mismo un riesgo profesional que anida en la empresa, de origen psicosocial, tributario del entorno o ambiente que rodea la actividad productiva, y con una preocupante incidencia sobre la salud laboral. Al respecto hay que tener presente que estas situaciones entroncan perfectamente con la definición legal del art. 4.2 LPRL y con las obligaciones preventivas del empresario³⁵. Al tiempo, los factores organizativos quedan perfectamente incluidos en los principios de la acción preventiva (art. 15.1. *d* y *g* LPRL). Hay que entender, por tanto, que el deber general de protección que atañe al empresario (arts. 14 y 15 LPRL), así como los deberes específicos (arts 16, 18, 19 y 22 LPRL) abarcan también la prevención del acoso en el trabajo³⁶.

No siempre el trabajador que está siendo objeto de acoso reacciona frente al contexto violento que le envuelve, o no en todos los casos lo hace con la suficiente antelación como para impedir la generación de graves consecuencias sobre su persona y su entorno. De ahí que esta vía preventiva adquiriera una especial significación. Pues bien, el empresario está obligado a emprender actuaciones de tipo positivo, a través de todas aquellas medidas que sean necesarias para impedir que tales conductas se desencadenen en la empresa y para corregirlas cuando ya hayan aflorado. Así, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente al acoso moral en el trabajo exige:

a) Como premisa principal, integrar la actividad preventiva frente a este tipo de violencia en el trabajo, pretensión que requiere de la sensibilización de todos los trabajadores de la empresa, así como de la dotación de las acciones formativas (teórico-prácticas) apropiadas y periódicas para que sean capaces de detectar y rechazar dichas conductas.

b) Identificar y evaluar el riesgo de acoso en el trabajo, pudiendo emplearse cuestionarios y encuestas dirigidas a todo el personal, incluidos quienes tienen responsabilidades directivas. La ausencia de denuncias en la empresa no comporta necesariamente la inexistencia de supuestos de acoso, pues pueden verse velados bajo amenazas o el miedo a las posibles reacciones del agresor.

³⁴ La Estrategia comunitaria 2007-2012 sobre seguridad y salud laboral, entre los objetivos a desarrollar, proponía tener en gran consideración a los riesgos psicosociales a los que se ven expuestos los trabajadores como consecuencia del ejercicio de una actividad productiva e instaba a los interlocutores sociales a arbitrar mecanismos de prevención de la violencia y acoso en el lugar de trabajo. Por su parte la Estrategia española 2007-2012 hacía hincapié en que el diseño de las políticas públicas en seguridad y salud «debe integrar todo el conjunto de riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores y trabajadoras como consecuencia del ejercicio de su actividad dentro y fuera de los centros de trabajo», prestando especial atención a los riesgos psicosociales.

³⁵ STC 160/2007, de 2 de julio, Fj. 5º.

³⁶ Consúltase el conocido Criterio Técnico 69/2009, de la Dirección General de la ITSS, el cual incorpora una *Guía explicativa y buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo*, donde se desarrollan con detalle las posibles medidas preventivas y de intervención empresarial frente al acoso laboral.

c) Incorporar la política de la empresa frente al acoso laboral al plan de prevención de riesgos laborales, especificando los recursos con los que se cuenta para combatirlo (procedimiento, personas responsables de la gestión, pautas de actuación, etc.). En los convenios colectivos (art. 2.2 LPRL) o a través de otros instrumentos no normativos, como los códigos de conducta unilaterales³⁷, se pueden establecer protocolos internos de prevención y actuación frente al acoso moral, siendo habituales en ellos las referencias a la confidencialidad e inmunidad de la que serán merecedores los denunciantes, si bien son todavía escasos los que abordan esta cuestión desde la perspectiva de la salud en el trabajo³⁸.

d) Realizar una labor de seguimiento permanente de la actividad preventiva para mejorar la eficacia del sistema interpuesto para la identificación y control del acoso y del nivel de protección existente. Será indispensable también la vigilancia periódica sobre la salud de los trabajadores a la que se refiere el art. 22 LPRL.

e) Igualmente, resulta fundamental que se proporcione la debida información a todos los trabajadores sobre la asistencia a las víctimas de acoso en la empresa, pudiendo además presentar todas aquellas consultas y propuestas que se consideren pertinentes. Como no podría ser de otra manera, es especialmente relevante en este ámbito la actuación de los representantes de los trabajadores y de los servicios de prevención para contribuir a valorar factores difícilmente objetivables y elevar los niveles de protección³⁹.

No son precisamente recientes las voces que se alzan para reclamar una mejora de la normativa que determine explícitamente el alcance del deber de protección empresarial ante los riesgos psicosociales, y por lo que aquí respecta, ante los supuestos de acoso, circunstancia que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica y haría más eficaz y factible la actuación preventiva en este ámbito⁴⁰. La ya reiterada anomia impide contar con soluciones definitivas, ya que carecemos de pautas legales que de manera homogénea describan la fórmula preventiva y protectora que ha de desplegarse para hacer frente a estas situaciones. Pero como ya se ha indicado, **junto con las prescripciones que pudieran contener los convenios colectivos aplicables, las empresas pueden elaborar protocolos y códigos internos que especifiquen los cauces de actuación** a emprender en tales casos, los cuales, llegado el momento, podrán servir para paliar la responsabilidad de la empresa ante posibles incumplimientos.

³⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 70 a 74. Rechazando su empleo, al ser fruto de la desregulación, URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 346 a 347.

³⁸ Como muestra, los convenios sectoriales de ámbito estatal que incorporan dicho protocolo son el CC. cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6 julio 2017), CC. entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE 1 junio 2017), CC. comercio de papel y artes gráficas (BOE 6 marzo 2017), CC. empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 2 enero de 2017), CC. empresas de mediación de seguros privados (BOE 28 octubre de 2016), C.C. acción e intervención social (BOE 3 julio 2015) y CC. derivados del cemento (28 marzo 2014).

³⁹ Sobre la acción sindical frente al acoso moral, *vid.* la STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 2010 (rec. 124/2007), en relación a la actuación de los delegados de prevención de UGT, quienes remitieron un escrito al Comité de Salud de la empresa y a la Dirección de Recursos Humanos para hacer constar la denuncia recibida de un trabajador por acoso.

⁴⁰ Sobre este asunto, MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., *Riesgo psicosocial...*, cit., pp. 93, 167 a 168, 181, 190 y 199 y OLARTE ENCABO S., «La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de la Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades profesionales», en AA.VV. (Coord. Correa Carrasco, M), *Acoso moral...*, cit., pp. 179 a 180.

Y es que otro de los aspectos a destacar es la consolidada línea argumental de la doctrina de suplicación de nuestros TSJ en torno a la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la labor de prevención y reacción frente al acoso laboral e, incluso, por falta de diligencia en su planificación. Muchos de los pronunciamientos judiciales han atribuido responsabilidad al empresario cuando, pese a desconocer el acoso que se venía sucediendo en la empresa y, en consecuencia, no participar en las actuaciones hostigadoras, pudo llegar a tener conocimiento de las mismas empleando la diligencia debida. En este sentido, la conocida STSJ Cataluña, de 15 de octubre de 2008 (rec. 3063/2007), subraya que los arts. 14, 15 y 16 LPRL «son más claramente infringidos cuando la empresa conoce, consiente, impulsa y ampara el acoso moral», pues actuaría aquí como una especie de cómplice o cooperador necesario. Pero también «cuando el empresario no ha detectado y solucionado la situación de *mobbing*» existe una contravención de dichos preceptos.

Así pues, en esta línea, el empresario tendrá que asumir una responsabilidad empresarial de naturaleza contractual frente al acoso cuando mantiene una actitud pasiva y no provee a la empresa de los medios de prevención necesarios para detectar y reaccionar frente al acoso. La STSJ Madrid, 26 de junio de 2007 (rec. 914/2003) subraya que la responsabilidad derivada de las conductas de hostigamiento moral «es una consecuencia directa de la obligación derivada del contrato de trabajo, que le impone la vigilancia del desarrollo de las relaciones laborales que se prestan por su cuenta y del deber de seguridad» contemplado en la LPRL y «todo ello con independencia de la reacción que pueda adoptar frente al autor de los hechos».

Pero esta responsabilidad por omisión es objeto de una intensa discusión en suplicación en torno a si debe actuar o no de manera automática. En el caso del recargo de prestaciones de la Seguridad Social es siempre imprescindible la relación de causalidad entre el incumplimiento negligente o doloso de las obligaciones en materia de prevención de riesgos y la dolencia sufrida por el trabajador, situación existente cuando el empresario tolera y no evita estas conductas en la empresa. Más dudas surgen, en cambio, cuando el empresario logra acreditar que no conoció la situación de acoso. El TS en una discutida sentencia de 15 de diciembre de 2008 (rec. 178/2008) limita la responsabilidad contractual «sólo para el caso de que el empresario tenga conocimiento cabal, o al menos indicios serios que denoten su conocimiento de la situación de acoso». Esto es, las exigencias legales en materia de prevención están referidas al entorno laboral, y «en modo alguno puede abarcar la prevención en un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral»⁴¹. De manera que el desconocimiento de las conductas generadoras de un acoso en el trabajo no entrañaría, por sí mismo, un incumplimiento de las obligaciones de prevención.

Posteriormente algunas sentencias en suplicación, en materia de recargo de prestaciones, han aludido a la STS 8 de octubre de 2001 (rec. 4403/2000) para subrayar que «el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera

⁴¹ En este supuesto de acoso sexual, señala el Ministerio Fiscal que «el hecho de que dos personas de distinto sexo u orientación sexual trabajen en un mismo recinto en solitario, no puede llevar a pensar en todos y cada uno de los riesgos potenciales que pudieran ocurrir, ya que entonces el empleador necesitaría sistemas de vigilancia permanentes que podrían atentar contra el derecho de intimidad de los trabajadores». Reproduciendo esta argumentación la STSJ Madrid, 21 de febrero de 2011 (rec. 4951/2010), STSJ Andalucía, 8 de marzo de 2017 (rec. 149/2017) y STJS C. Valenciana, 15 de marzo de 2017 (rec. 340/2011).

que ellas fueran». El empresario no incurriría en responsabilidad cuando el daño se hubiera producido por fuerza mayor, caso fortuito, negligencia única no previsible del propio trabajador afectado o culpa exclusiva de terceros que no fuera evitable por el empresario. Y, a mi juicio, arguye acertadamente la STJS Cataluña, 18 de abril de 2017 (rec. 7781/2016) que «en cuanto garante de la seguridad integral del trabajador», el empleador debe velar en todo momento por la actualización de cualquier riesgo, incluidos los psicosociales. Como es sobradamente conocido, el art. 15.1, *g* LPRL exige planificar la prevención teniendo presente «la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo» y el art. 16. 1 LPRL, entre el contenido del plan de prevención, alude a la «estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa». Así pues, estamos ante un fracaso de la acción preventiva cuando no se evalúan correctamente los riesgos⁴².

De lo cual la referida sentencia colige que si existe una situación de «tensión o conflicto en el trabajo (factores de riesgo psicosocial que suponían un riesgo para la salud)» y la empresa no adopta ninguna medida para eliminar o reducir el riesgo, es clara su responsabilidad para la admisión de la procedencia del recargo de prestaciones. Igualmente, también atribuye dicha consecuencia jurídica cuando, antes de manifestarse el resultado lesivo, la empresa carece de evaluación de riesgos psicosociales. De modo que «la exoneración de responsabilidad respecto del recargo sólo se producirá en los escasos supuestos en los que se acredita que la empresa ha hecho todo lo razonablemente posible para evitar el accidente, a través de la adopción de las oportunas medidas de seguridad en el trabajo», lo cual no podrá suceder cuando se ha omitido la adopción de medidas preventivas en este terreno⁴³.

A. Actividad sancionadora administrativa en materia de prevención de riesgos laborales

La desatención empresarial de su deber de preservar la seguridad y salud en el trabajo ante los supuestos de acoso también puede entrañar la imposición de una sanción administrativa por aplicación de los arts. 11.4, 12.1, 2, 6, 7, 8 y 16 y 13.10 LISOS. Existe tipificación expresa en los supuestos de acoso sexual y acoso moral discriminatorio «cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo» (arts. 8.13 y 13 bis LISOS). No así en el supuesto del acoso moral como tipo genérico, un ejemplo más de la falta de regulación que en gran medida le afecta.

Ahora bien, el art. 8.11 del referido texto legal posibilita considerar como infracción muy grave las conductas hostigadoras del empresario, por ser contrarias «al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores». Al margen de dicha previsión legal parece quedar el acoso moral cuando el sujeto activo de los actos de violencia no sea el propio empresario. No cabe, sin embargo, realizar una interpretación tan restrictiva que obvie que cuando el acoso no tiene su origen en el

⁴² Por todas, STS 30 de junio de 2010 (rec. 4123/2008) y STSJ Cataluña, 22 de octubre de 2013 (rec. 7237/2012).

⁴³ Sobre la concurrencia de una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva para imputar el recargo de prestaciones (SSTS 2 de octubre de 2000, rec. 2393/1999 y 21 de febrero de 2002, rec. 2239/2001). En cambio, en atención a la naturaleza predominantemente sancionadora del recargo de prestaciones, defienden la necesidad de que exista culpa o negligencia para su imputación, sin que sea suficiente la mera responsabilidad objetiva, las STSJ Galicia, 18 de diciembre de 2002, rec. 780/2000 y STSJ C. Valenciana, 23 de mayo de 2006, rec. 227/2006.

empresario, pero es consentido por éste, la mera tolerancia ya constituye en sí misma una lesión a los derechos fundamentales que asisten a la víctima⁴⁴.

Además, nada impide aplicar las sanciones previstas para los ilícitos en materia de prevención de riesgos laborales cuando el incumplimiento empresarial es generador de un riesgo y desemboca en una situación de acoso psicológico. Esto es, cuando el empresario tuvo conocimiento de dicha situación, «o debiera haberlo tenido»⁴⁵. La persecución administrativa de la omisión de las obligaciones en este terreno contribuiría muy favorablemente a la erradicación del acoso laboral, siendo fundamental la actuación proactiva de la Inspección de Trabajo más allá de sus labores de información y asesoramiento técnico.

Téngase en cuenta que, al mismo tiempo, la consideración de tales infracciones sirve de base jurídica para la imposición del recargo de prestaciones de la Seguridad Social ante una situación de incapacidad generada por el acoso (art. 164.1 LGSS), tal y como ya preveía el CT 69/2009 de la Dirección General de la ITSS, mientras que el art. 42.3 LPRL reconoce la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con dicho recargo sancionatorio⁴⁶. Remitiéndonos a lo señalado anteriormente, la interpretación holística del riesgo en la normativa preventiva permite eludir una posible vulneración del principio de tipicidad. No es ésta, sin embargo, una opinión unánime. Parte de la doctrina judicial ha estimado que el carácter sancionador del recargo exige ser interpretado de forma restrictiva, no bastando por ello con una contravención genérica de la normativa, pues sería necesaria la existencia de una regulación expresa que contemplase la obligación empresarial de prevención y tutela de los distintos riesgos psicosociales⁴⁷. Se afirma, con contundencia, que «el riesgo de acoso no puede preverse y en consecuencia no le es exigible al empresario medidas preventivas al respecto»⁴⁸.

En contra, una posición más flexible y oportuna defiende que el riesgo de acoso es potencialmente prevenible y jurídicamente exigible a través del deber genérico de seguridad. Procede de este modo el recargo aunque no exista tipificación expresa de la infracción laboral consistente en la ausencia de reacción preventiva frente al acoso

⁴⁴ Vid. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral...*, cit., p. 393.

⁴⁵ Así en el CT 69/2009

⁴⁶ Al respecto, por todas, la STSJ Cataluña, 15 de octubre de 2008 (rec. 3063/2007).

⁴⁷ Como muestra cabe citarse la STSJ País Vasco, 8 de mayo de 2007 (rec. 511/2007), donde se niega el recargo de prestaciones pese a constatar que la empresa no contaba con plan de prevención de riesgos laborales. Se estima que dicho incumplimiento preventivo no es suficiente para reconocer el recargo dado que, de haber existido, no habría evitado el daño a la salud del trabajador acosado, y ello por las siguientes razones: la ausencia de norma legal o convencional que obligara a incluir las enfermedades psíquicas vinculadas a conductas de hostigamiento en la evaluación de riesgos; el reducido tamaño de la empresa y las condiciones en que se desarrollaba el trabajo; la inexistencia de antecedentes en esa empresa; junto con la carencia de «conciencia social en nuestro país» de que el acoso moral puede darse en cualquier tipo de organización empresarial. No obstante, el voto particular sostiene que «el riesgo de acoso existía, como existe siempre en cualquier medio de trabajo, sin perjuicio de que nunca se concrete por las medidas que se hubieran adoptado, incluso aunque ello no se hubiera hecho de manera consciente. Cuestión distinta es que el empleador no hubiera llegado a calibrar la existencia del propio riesgo, pero ello es, precisamente, objeto de la normativa sobre prevención de los riesgos laborales, pues no puede dejarse en manos del empleador la determinación o apreciación de la existencia de los propios riesgos». Rechaza igualmente la imposición del recargo la STSJ País Vasco, 8 de mayo de 2007 (rec. 511/2007), STSJ C. Valenciana, 8 de noviembre de 2011 (rec. 1085/2011), así como las SSTSJ Cataluña, de 15 de febrero de 2011 (rec. 2516/2010) y 2 de diciembre de 2013 (rec. 2417/2013).

⁴⁸ STSJ Cataluña, de 2 marzo 2011 (rec. 5976/2009).

moral⁴⁹. Sería preciso para ello que, junto con el inicio del procedimiento sancionador en el orden social por la concurrencia de una infracción en materia preventiva, se constatará la relación de causalidad entre el ilícito empresarial y el resultado lesivo sufrido por el trabajador⁵⁰. Así, la admisión del recargo en estos supuestos permitirá satisfacer, no únicamente su finalidad sancionadora hacia el empresario incumplidor, sino también posibilitar la compensación al trabajador agraviado, propósito también previsto en el citado precepto de la LGSS.

B. Imposición de sanciones disciplinarias

Resulta una obviedad recalcar que el empresario ha de adoptar ante este tipo de situaciones una actuación de índole positiva, y ello a fin de impedir y corregir tales conductas, de tal suerte que un ambiente de trabajo libre de acoso quede efectivamente garantizado. Y por lo que aquí interesa, para salvaguardar la integridad psicofísica y moral de los trabajadores, el empleador se verá obligado a ejercer su poder directivo (y, en su caso, el disciplinario), impidiendo así que una situación de conflicto degeneren en acoso moral, o para poner freno al desarrollo y continuidad de una situación de hostigamiento. En este último caso, en función de la gravedad de la infracción, podrán imponerse sanciones tales como la amonestación verbal o por escrito, suspensión de empleo y sueldo, el traslado, o incluso el despido disciplinario. De hecho, socialmente se ha demandado mayor protección ante las situaciones de acoso en el trabajo y el régimen sancionador se ha adaptado a estos cambios.

Precisamente, conductas que en un principio pasaban desapercibidas, o eran admitidas, se han tipificado en los convenios colectivos y en el art. 54.2 *g* ET (modificado para incluir el acoso discriminatorio y sexual). Las acciones vejatorias y humillantes, constitutivas de un acoso moral genérico, podrán ser reprimidas arguyendo los apartados *c* (ofensas verbales o físicas) y *d* (transgresión de la buena fe y abuso de confianza) del art. 54.2 ET. Y, llegado este momento, poniéndolo en relación con lo señalado anteriormente, es importante reparar en que la inhibición empresarial ante situaciones de acoso podrá ser interpretada como un incumplimiento del deber de garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.1 LPRL)⁵¹. No obstante, sirva sólo dejar apuntado que una referencia legal genérica al acoso laboral sería más que conveniente, pues permitiría sortear más eficazmente las dudas en torno a su tipificación.

2. Mecanismos de tutela contractual: garantías procesales y acción resolutoria

A. Proceso de tutela de derechos fundamentales y dificultades probatorias del acoso moral

⁴⁹ Tal y como señaló la STS 26 de marzo de 1999 (rec. 1727/1998), «no es posible al legislador la concreción de la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastando con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad». En este sentido, *vid.* la STS 4 de marzo de 2014 (rec. 788/2013) y en suplicación la STSJ C. Valenciana, 17 de enero de 2012 (rec. 1794/2011); STSJ Galicia, de 25 enero de 2012 (rec. 2040/2008); SSTSJ Cataluña, 15 de octubre de 2008 (rec. 3063/2007), 22 de febrero de 2012 (rec. 6645/2010) y 18 de abril de 2017 (rec. 7781/2016).

⁵⁰ Desestimando el recargo, al faltar dicho nexo de causalidad, las STSJ Castilla La Mancha, 30 de enero de 2009 (rec. 334/2008) y STSJ Madrid, 8 de octubre de 2014 (rec. 328/2014).

⁵¹ A modo de ejemplo, la STSJ Galicia, 3 de julio de 2009 (rec. 1737/2009).

Cuando la tutela preventiva ha fallado, el trabajador acosado podrá recurrir a mecanismos de tutela contractual que le permitan, desde el cese inmediato de la conducta maliciosa, hasta obtener la oportuna compensación de los perjuicios que dichas acciones abusivas le hayan producido. Y siguiendo la línea argumental iniciada en líneas precedentes, es clara la relevancia constitucional de tales conductas, tanto activas como omisivas. El acoso moral puede afectar de manera particularmente intensa a la salud de la víctima (art. 43 CE), causando importantes efectos negativos en su estabilidad emocional y psíquica, y conculcar en la mayoría de los supuestos el art. 15 CE⁵². A lo dicho hay que sumar la instrumental vulneración de otros derechos y bienes jurídicos fundamentales, como el derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen (art. 18.1 CE), a la libertad de expresión y comunicación (art. 20.1 CE), a la igualdad y a no sufrir discriminaciones (art. 14 CE). Sin olvidar que tras una situación de acoso moral subyace en todo caso una vulneración intolerable de la dignidad del trabajador (art. 10 CE)⁵³.

La jurisdicción social es la competente para conocer de estos asuntos aun en los casos de acoso moral horizontal, perpetrado por otros compañeros o por los mandos jerárquicos, tal y como ya avanzó la STS 30 de enero de 2008 (rec. 2543/2006) al considerar que los derechos afectados y las obligaciones desatendidas «son de clara naturaleza laboral, estando comprendidos en el ámbito propio del Derecho del Trabajo» (criterio consolidado en el art. 2, f LJS).

Tras una doctrina científica y de suplicación contradictoria sobre la posible existencia de un litisconsorcio necesario, hay que entender que la legitimación activa le corresponde en exclusiva a la víctima y la pasiva al empresario, sin que sea imprescindible que la pretensión también se dirija frente al agente acosador, «salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare» (art. 177.4 LJS)⁵⁴. Cabe, por tanto, que figuren como demandados los clientes y usuarios cuando la actuación destructiva y ofensiva sea perpetrada por estos; así como los trabajadores de ETT o de contratas y subcontratas⁵⁵ si, aunque orgánicamente estén vinculados a otra entidad, en el desempeño de su trabajo dependen funcionalmente de la empresa donde se ha producido el acoso⁵⁶. En cualquier caso, estamos ante un litisconsorcio pasivo voluntario, el cual dependerá de la clase de tutela pretendida por la víctima.

Sin duda una de las cuestiones que entraña mayor complejidad en este proceso, cuya tramitación es sumaria y preferente a cualquier otro asunto que pudiera estar pendiente en el órgano jurisdiccional, es el de la prueba. Elementos como el carácter velado del acoso moral, el «polimorfismo»⁵⁷ bajo el que se manifiesta y la habitual falta de rastro probatorio, la ausencia de evidencias físicas que refuercen el relato, el propio temor de la víctima a las represalias o incluso el de terceros que hubieran podido

⁵² AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 112 y 113; ROMERO RODENAS, M^aJ., *Protección...*, cit., p. 38; y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., pp. 96 a 99.

⁵³ Con ánimo didáctico, la STSJ Madrid, 10 de septiembre de 2007 (rec. 2729/2007).

⁵⁴ Consúltense al respecto las SSTC 74/2007, 16 de abril y 250/2007, 17 de diciembre.

⁵⁵ STSJ Madrid, 31 de marzo de 2008 (rec. 387/2008).

⁵⁶ STSJ Canarias, 22 de febrero de 2006 (rec. 819/2005).

⁵⁷ POQUET CATALÁ, R., «Las dificultades probatorias del acoso laboral», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2016, p. 9 de la versión digital.

presenciarlo, etc., dificultan enormemente la aportación de elementos probatorios⁵⁸. Además, en el acoso de tipo horizontal el acosador suele emplear a su favor la relación de proximidad con la víctima; mientras que en los casos de *bossing* el ejercicio de las facultades empresariales es precisamente el instrumento que se emplea para hostigar a la víctima, actuando en estos casos el entorno productivo y organizativo como auténtico encubridor de los verdaderos motivos del agresor⁵⁹.

La procedencia de la pretensión ejercida por el actor se sostiene sobre la presentación suficiente de indicios, concretos y precisos, que deberán ser considerados en su conjunto por el juzgador⁶⁰. En tales casos, recaerá sobre el demandado el *onus probandi* de destruir la apariencia lesiva de su actuación a través del cumplimiento de las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad⁶¹. Y en el acoso horizontal, la empresa deberá acreditar que obró con diligencia y que se adoptaron las medidas necesarias para prevenir las actuaciones maliciosas y proteger a la víctima⁶².

Pero es que no es extraño que la única evidencia del acoso moral que se presente en muchas ocasiones sea la mera declaración del trabajador agredido. En dichos supuestos puede servir de ayuda el criterio empleado en la STSJ Andalucía, 20 de octubre de 2009, rec. 955/2009, si bien en un asunto de agresión sexual en el trabajo⁶³. Recalca el Tribunal que la «ausencia de motivos de incredibilidad subjetiva» (cuando no costa motivo alguno de animadversión o enemistad entre las partes del que pueda deducirse la presencia de móviles espurios), «la existencia, de ser posible, de corroboraciones periféricas de carácter objetivo»⁶⁴ que doten de verisimilitud al testimonio, junto con «la persistencia en la incriminación» (de tal modo que el trabajador agredido mantenga firmemente, de forma coherente y sin contradicciones, la integridad de su relato), serán los elementos que permitan al juzgador, conforme a las reglas de la sana crítica, no dudar de la víctima.

⁵⁸ Por todos, *vid.* CORREA CARRASCO, M., «La juridificación del acoso moral en el trabajo: bases metodológicas», *Temas Laborales*, núm. 77, 2004, p. 70 y SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral...*, cit., p. 209.

⁵⁹ Destaca además GÓMEZ RUFIAN, L., «Las grabaciones magnetofónicas ante la dificultad probatoria del mobbing», *Información Laboral*, núm. 9, 2015, p. 3 (versión digital), que «las mismas potestades que le permiten al empresario realizar la conducta típica y configurar el contexto organizacional a su favor, le hacen detentador, además, de unas capacidades probatorias muy superiores por su acceso a datos de tipo técnico, económico y organizativo con los que construir sus herramientas de justificación y descargo».

⁶⁰ Un análisis de los indicios que podrían presentarse en los supuestos de acoso en JURADO SEGOVIA, A., «Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales», *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, pp. 200 a 201. Asimismo, consúltese a POQUET CATALÁ, R., «Las dificultades...», cit., p. 7 de la versión digital.

⁶¹ Con anterioridad a la inclusión del acoso en el art. 96 LJS, negando la aplicación de la prueba indiciaria, *vid.* ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral...», p. 27 en formato digital, («en este marco poco sirven entonces los mecanismos de inversión de la carga probatoria: no bastará aportar indicios de los que razonablemente sospechar que se ha acosado, sino que habrá que demostrarlo como hecho cierto»).

⁶² LOUSADA AROCHENA, J.F., «La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 400, 2016, p. 44.

⁶³ En remisión a la STS (Sala de lo Penal) 2 de junio de 1992 (rec. 1275/1992).

⁶⁴ Indicaba la STJS Cataluña, 11 de junio de 2003 (rec. 8186/2002), que la calificación como acoso moral «ha de obtenerse de elementos que puedan objetivarse, no basta la alegación y la constatación de algunas conductas. Han de ubicarse en el contexto, en el tiempo y analizar la sistematicidad de las mismas, su repetición, y su contenido, el dato de “victimización” no puede tomarse de forma aislada para establecer la existencia de la conducta».

Como prueba documental, se ha dotado de cierta relevancia a las denuncias ante la ITSS⁶⁵, principalmente cuando terminan con el levantamiento de actas de infracción. Más dudas ofrecen los informes periciales médicos o psicológicos y las bajas por incapacidad que pudiera presentar la víctima del acoso, pues no han sido pocos los pronunciamientos judiciales que subrayan que los facultativos pueden determinar la existencia de patologías en el trabajador afectado, pero no concluir si derivan o no de un acoso⁶⁶. Serán, por tanto, una herramienta más a valorar en el proceso, junto con el elenco de circunstancias concurrentes que lo envuelven⁶⁷.

Pero si hay unos medios probatorios que han ido ganando importancia en los últimos años, han sido los de carácter audiovisual e informático, tales como grabaciones, videos, fotografías, correos electrónicos, mensajes de whatsapp, etc. Es abundante la jurisprudencia que aborda el posible encaje constitucional de estos instrumentos⁶⁸. Sin poder detenernos en estas cuestiones, pues desbordarían las pretensiones del presente estudio, cabe no obstante señalar que, para que sean aceptados en el proceso, habrán de cumplir los siguientes requisitos: haber sido legítimamente obtenidos sin vulnerar derechos fundamentales o libertades públicas (art. 90.2 LJS); deben resultar pertinentes a los efectos de la resolución del procedimiento y ser capaces de proporcionar coherencia interna y temporal a los actos constitutivos de acoso; no haber sido manipulados; y, finalmente, deberán ser aportados en un soporte adecuado, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.

Con todo, no puede desconocerse que tradicionalmente los órganos judiciales han sido muy rigurosos en materia de prueba ante los posibles casos de acoso moral, temiendo posiblemente supuestos simulados y las falsas acusaciones. Y ello principalmente en los órdenes penal y administrativo, debido a la aplicabilidad de la presunción de inocencia. Si bien la atribución de competencia al orden social, cuando el acoso se desenvuelve en el marco de una organización empresarial, ha contribuido a flexibilizar la valoración de la prueba hacia una postura más aperturista y proporcionar tutela ante situaciones de acoso que no se manifiestan con tan alta intensidad como para ser merecedoras de punición penal. Y es que lo importante aquí es el examen certero de posibles indicios de trato degradante en el trabajo, siendo especialmente sensibles a las dificultades a las que se enfrenta la víctima para acreditar los hechos que denuncia.

⁶⁵ STSJ Extremadura, 8 de noviembre de 2007 (rec. 550/2007). *Vid.* también el CT 69/2009.

⁶⁶ Entiende la STSJ Castilla la Mancha, 6 de septiembre de 2004 (rec. 623/2004) que los informes médicos «no constituyen prueba adecuada para acreditar la existencia del mobbing (...). Lo dicho deriva de la propia naturaleza del mobbing que no es una enfermedad, sino un conjunto de conductas de hostigamiento y acoso, sistemáticas y extendidas en el tiempo dentro del ámbito laboral». En la misma línea, por todas, las STSJ Cataluña, 16 de noviembre de 2007 (rec. 5470/2007), STSJ Baleares, 24 de noviembre de 2009 (rec. 449/2009) y STSJ C. Valenciana, 22 de noviembre de 2011 (rec. 2569/2011).

⁶⁷ Sobre la exigencia de una valoración global por parte del órgano judicial, la STSJ Castilla y León, 2 de octubre de 2006 (rec. 736/2006) y STSJ Madrid, 12 de diciembre de 2012 (rec. 4848/2006).

⁶⁸ Tal y como advirtió la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado». Asimismo, negando una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones ante un supuesto de acoso en el que la víctima graba una conversación telefónica en la que interviene a su vez como interlocutor, la STS (Sala de lo Civil) 20 de noviembre de 2014 (rec. 3402/2012). Sobre el correo electrónico en supuestos de *mobbing*, STSJ Andalucía, 27 de mayo de 2015 (rec. 438/2015).

Como ineludible corolario de esta problemática, hay que destacar que el demandante en estos procesos –entre las distintas pretensiones declarativa, inhibitoria y repositoria o restitutiva que cabe emprender–, podrá solicitar la reparación íntegra de las consecuencias perjudiciales que el acoso moral le haya ocasionado (art. 182 LJS), incluidos las de tipo moral, inevitables en este tipo de casos. La estimación judicial de la indemnización solicitada no posee un único propósito resarcitorio, pues también tiene un ánimo preventivo y disuasorio, de gran relevancia en este ámbito (art. 183.2 LJS)⁶⁹. Sin embargo, la concreción de estos daños no está exenta de una singular complejidad, no ya solo por la dificultosa estimación objetiva que le es propia, sino también por el carácter continuado en el tiempo del acoso, lo que exigirá una ponderación de todas las circunstancias concurrentes por parte del juzgador⁷⁰.

Por último, el art. 180.4 LJS incorpora de manera expresa las medidas cautelares susceptibles de ser solicitadas, ya en el mismo escrito de interposición de la demanda: entre otras, la suspensión de los efectos del acto impugnado, la suspensión de la relación laboral o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o centro y la reordenación o reducción del tiempo de trabajo. Y el actual 286.2 LJS acoge una de las reivindicaciones más reiteradas en la doctrina laboral. Cuando el trabajador acosado es despedido, en caso de nulidad de dicho acto extintivo empresarial, podrá optar por la resolución de su contrato con derecho a la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, y ello sin perjuicio de la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados (ex art. 184 LJS).

B. Solicitud de extinción del contrato a través del art. 50 ET

Volviendo sobre una idea previamente enunciada, cuando la agresión psicológica se produce dentro del ámbito a que alcanza la potestad de mando patronal (y dejando a un lado el análisis de las formas de tutela colectiva en el marco de la oportuna intervención de los órganos de representación de los trabajadores), se ha coincidido en afirmar que cabe la interposición de la acción tendente a la extinción indemnizada del contrato de trabajo ex art. 50.1, a) y c) ET. Esto es, frente a condiciones de trabajo denigrantes u ofensivas que generan violencia en el entorno del trabajo, el trabajador lesionado podrá solicitar la resolución contractual por incumplimiento empresarial.

Y dicha desatención de las obligaciones que le asisten al empleador no sólo se produce cuando éste sea el autor material de la actividad recurrente de acoso, faltando así a su deber de mantener la integridad del trabajador, la consideración debida a su dignidad y el desarrollo de la relación laboral conforme a la buena fe. También estamos ante un incumplimiento cuando, pese a no ser el sujeto agresor: a) el empresario no actúa con la diligencia oportuna y permanece pasivo o aquiescente frente a la actitud

⁶⁹ Recientemente, la STS 13 de julio de 2015 (rec. 221/2014). Asimismo, un análisis de la jurisprudencia en torno a la apreciación judicial de los daños morales en BALLESTER PASTOR, M.A., «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pp. 45 a 49.

⁷⁰ En su determinación «deberá atenderse a todas la circunstancias concurrentes, de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como a criterios de proporcionalidad» (STSJ Galicia, 23 de septiembre de 2005, rec. 3824/2005). A mayor abundamiento, sobre su cuantificación, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés», *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. I, núm. 4, 2013, pp. 255 a 261.

hostigadora, teniendo conocimiento cabal de la misma⁷¹; y b) cuando el acoso posee cierta proyección pública y al empresario le era posible conocer de su existencia, si bien no emplea de la manera debida las prerrogativas que le asisten para proteger a la víctima y reprimir la agresión⁷². Esto es, **el desconocimiento empresarial no determinará la exención de responsabilidad cuando se estima que el acoso no se habría producido de haber cumplido con sus obligaciones** de planificación preventiva y vigilancia en la empresa. Y ello es así con independencia de que la víctima haya denunciado o no la situación que le afecta, elemento condicionado por la propia situación de miedo que le puede atenazar y que en modo alguno ha de mitigar la ignorancia inexcusable por parte del empleador obligado a garantizar la seguridad y salud en su empresa⁷³.

Por otra parte, los arts. 79.7 y 303.3 LJS resuelven la problemática obligación de permanencia en el puesto de trabajo mientras se sustancia el proceso judicial, posibilitando la solicitud de las medidas cautelares contempladas en el art. 180.4 LJS (entre otras, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios)⁷⁴. Y más allá de la autotutela reactiva que proporciona el art. 50 ET, es importante reseñar que cabe acumular a dicha acción, junto con la correspondiente indemnización por despido improcedente, la solicitud de una indemnización por daños y perjuicios debida a la lesión de derechos fundamentales, abarcando así el daño producido y el lucro cesante patrimonial o profesional⁷⁵.

IV. CONCLUSIONES

No se puede cerrar los ojos a la proyección que ha adquirido el renovado tratamiento de los supuestos de acoso, merecedores de mayor amparo en los últimos tiempos. Tradicionalmente el acoso laboral había sido tratado bajo una dimensión reparadora y punitiva que ha resultado del todo insatisfactoria, pues la protección se termina dispensado cuando la agresión ya se ha producido y la víctima ha reaccionado frente a la misma, la mayor parte de las veces, acudiendo al proceso especial de tutela de derechos fundamentales o bien a una extinción de la relación laboral ex art. 50 ET.

⁷¹ Sobre la responsabilidad solidaria de la empresa y del autor del acoso, STSJ Galicia, 3 de marzo de 2008 (rec. 200/2008) y STSJ Asturias, 6 de marzo de 2009 (rec. 2403/2008).

⁷² Admite la resolución indemnizada del contrato de trabajo ante el incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas, entre otras, la STSJ Madrid, 5 de octubre de 2005 (rec. 2236/2005).

⁷³ También en URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., *Acoso laboral...*, cit., pp. 379 a 380.

⁷⁴ Con anterioridad a la aprobación de la LJS, parte de la doctrina científica se había manifestado favorable a la interrupción o suspensión de la prestación en caso de que existieran indicios de padecimiento del derecho a la dignidad y a la integridad moral del acosado (mediante la aplicación de las medidas cautelares del proceso de tutela de derechos fundamentales ex art. 178 LPL y, en fase de recurso, por la ejecución provisional de la sentencia prevista en el art. 301 LPL). De esta opinión, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «Acoso moral...», cit., pp. 389 a 391; MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso psicológico en el derecho del trabajo», *Tribuna Social*, núm. 145, 2003, p. 27 o SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L., «El acoso psicológico en el trabajo», en AA.VV., (Coords. Casas Baamonde, M^a E; Durán López, F. y Cruz Villalón, J.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006, p. 830. Incluso, en casos agravados y notorios de hostigamiento moral en los que se coloque a la víctima en una situación de riesgo grave e inminente para su vida o salud, cabría la aplicación del tipo específico del art. 21 LPRL. Así lo defendía en MORATO GARCÍA, R. M., *Derecho de resistencia...*, cit., pp. 276 a 280. Vid. también AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución legal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 233-234, 2002, p. 33.

⁷⁵ Posibilidad amparada por la STS 17 de mayo de 2006 (rec. 1315/2006), incorporada posteriormente a la LPL tras la reforma del 2009.

Asimismo, esta tutela reactiva se ve minada por la dificultad probatoria que afecta a estos supuestos, dado que la mayoría de las conductas acosadoras se llevan a cabo sin presencia de testigos o con los llamados «testigos mudos» (quienes no llegan a ofrecer un testimonio en apoyo de la versión de la víctima), lo que actúa como elemento disuasorio para la presentación de las reclamaciones. Y, con frecuencia, ya en sede judicial, el proceso concluye con una extinción de la relación laboral, poniendo así fin al hostigamiento y cubriendo con un manto de silencio estas conductas en el centro de trabajo.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos razonables y coherentes para proteger a la víctima de estos desafueros, sin embargo, la eficacia real de los mismos depende de otros factores no ligados ya estrictamente a la vertebración y virtualidad de los recursos normativos aplicables, sino a su plasmación práctica en cada caso. Así pues, una tutela proactiva, basada en la prevención, sitúa el foco de atención en los factores que propician el acoso e interviene en las fases iniciales del mismo. Para ello es del todo necesaria la articulación del procedimiento a seguir, que integre tanto la acción preventiva (al posibilitar la detección temprana del riesgo de acoso), como la resolutoria (mediante la gestión y resolución interna de este tipo de violencia en el trabajo, a fin de minorar lo antes posible sus efectos y evitar la siniestralidad silenciosa que constituyen muchas veces los supuestos de acoso).

Sin embargo, en las empresas no se suele abordar la prevención de estas situaciones de manera adecuada, sobre todo en las de pequeñas dimensiones dotadas de menores recursos y donde la presión es más intensa. Desinterés especialmente agravado en los últimos años en los que la crisis económica no ha hecho sino incrementar los supuestos de acoso en el trabajo que no se denuncian, y ello para evitar ser estigmatizado en un contexto laboral con escasas posibilidades para el tránsito en el empleo y una alta temporalidad.

No se puede obviar que la prevención de este tipo de conductas violentas resulta compleja, por las mismas características del acoso, condicionado por el tipo de organización empresarial e, incluso, por la propia percepción de la víctima. La autoestima o la voluntad del trabajador pueden ser atacadas con idéntica intensidad a través de una única conducta dirigida a varios trabajadores y afectar de diferente manera e intensidad a cada uno de ellos. Por ello es conveniente conjugar una interpretación generosa de los elementos constitutivos del acoso laboral, la cual esté a la altura de la protección que merece la dignidad y la salud en el entorno de trabajo, con la implicación de los propios trabajadores y de sus representantes, a fin de que los protocolos de prevención y actuación que pudieran en cada caso articularse no queden reducidos a un mero trámite formal.

La sociedad ha demandado mayor protección ante las situaciones acoso laboral y la negociación colectiva se ha ido adaptando progresivamente a estos cambios. Hoy son muchos los convenios que prevén como hecho sancionable conductas que hasta hace algunos años venían siendo toleradas. Si bien, más allá de esta actuación disciplinaria, cabe reprochar que los interlocutores sociales no hayan asumido todavía un firme compromiso en este ámbito, que permita el diseño y puesta en marcha de manera consensuada de protocolos de prevención e intervención, adaptados a cada sector y a sus necesidades. Y es que **resulta aun insuficiente el número de convenios colectivos que incorporan un tratamiento global, no centrado en el meramente sancionador** y que abarque supuestos distintos del acoso discriminatorio y acoso sexual. La prevención en este ámbito, se insiste, es del todo necesaria para evitar que actuaciones vejatorias u

hostiles sean inicialmente amparadas o favorecidas, minimizando el riesgo de lesión sobre los derechos e intereses legítimos del trabajador.