

El tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales



Un estudio de la
experiencia jurídica

(Respuesta judicial, valoración y
propuestas de mejora de la experiencia práctica)



Observatorio Permanente
de Riesgos Psicosociales UGT-CEC

Con la Financiación de: DI-0012/2009



FUNDACIÓN
PARA LA
PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES



Este trabajo ha sido realizado para UGT-CEC por la Universidad de Zaragoza

EDITA
Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC

IMPRIME
Blanca Impresores S.L.
95 319 11 02

Depósito Legal: J-1547-2010

ISBN: 978-84-693-9025-2

El tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales:

Un estudio de la experiencia jurídica

(Respuesta judicial, valoración y propuestas de mejora de la experiencia práctica)*

**Estudio al amparo del contrato : “El Tratamiento Institucional y Jurídico de los Riesgos Psicosociales en España: Balance de situación en la experiencia y propuestas prácticas de mejora” (OTRI-UZ 2010 / 0395) realizado en desarrollo de la acción DI-0012/2009 de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales y en el marco del Convenio de Colaboración UGT- Vicerrectorado de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Zaragoza de fecha 24 de junio de 2008.*

Los riesgos psicosociales en las CCAA: Tratamiento judicial, valoración y propuestas prácticas de mejora

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Dirección del estudio

Sonia Isabel Pedrosa Alquézar

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza

Dirección del estudio

Ruth Vallejo Da Costa

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Estudio, Valoración y Propuestas en Aragón

Antonio Luis Alcalá Rodríguez

Becario del Observatorio Andaluz de Riesgos Psicosociales.

Estudio Valoración y Propuestas en la Comunidad Autónoma de Madrid

Angel Luis De Val Tena

Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Estudio, Valoración y Propuestas en Castilla-León

Pilar Rivas Vallejo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Estudio Valoración y Propuestas en Cataluña

Miquel Falguera Baró

Magistrado de la Sala Social del TSJ de Cataluña. Prof. Asociado en la Univ Pompeu Fabra

Estudio, Valoración y Propuestas en Cataluña

Yolanda Maneiro Vázquez

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

Universidad de Santiago Compostela

Estudio, Valoración y Propuestas en Galicia

Elisa Sierra Hernáiz

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Pública de Navarra

Estudio, Valoración y Propuestas en Navarra

Juan Ignacio Marcos González

Abogado y Coordinador del Observatorio Vasco sobre Acoso Moral

Estudio, Valoración y Propuestas en el País Vasco

Begoña González Pérez

Abogada y Miembro del Observatorio Vasco sobre Acoso Moral

Estudio, Valoración y Propuestas en el País Vasco

Jose María Miranda Boto

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Santiago de Compostela

Estudio, Valoración y Propuestas en la Comunidad Valenciana

Juan Pablo Pérez-Bustamante Mourier

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Valoración y Propuesta Inspector

Manuel Velázquez Fernández

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Valoración y Propuesta Inspector

Manuel Correa Carrasco

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Carlos III de Madrid

Valoración y Propuesta tras estudio comparado

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	13
ARAGÓN.....	17
I. BALANCE GENERAL INTRODUCTORIO (1999-2005).....	17
II.LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICO-SOCIALES EN EL CONTEXTO DE LA LPRL.....	19
III.LA REPARACIÓN DE LOS RIESGOS PSICO-SOCIALES	22
1. Consideración de los daños psico-físicos como derivados de contingencias profesionales	
2.Sobre la indemnización por daños y perjuicios	
3. Sobre el recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de seguridad en el supuesto de acoso laboral	
IV. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS	28
1. Sobre el concepto de acoso y su diferencia con las potestades organizativas empresariales	
2. Diferencia entre acoso laboral, otros riesgos psicosociales y conflictividad laboral	
V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	32
CASTILLA Y LEÓN.....	35
I. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN.....	35
1. Premisa	
2. Los riesgos analizados	
II. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES.....	38
III. LA REPARACIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES	39
1. Sobre la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 de la LET	
2. Sobre la determinación de la contingencia	
3. Sobre el recargo de prestaciones	
4. Sobre la posibilidad de indemnización por el daño moral causado	
5. Otras cuestiones de interés	

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL	58
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	59
CATALUÑA	65
I. ACLARACIONES PREVIAS.....	65
II. LAS TENDENCIAS OBSERVADAS	65
III. ACCIONES JUDICIALES PREDOMINANTES SEGÚN JURISDICCIONES	69
IV. DATOS ESTADÍSTICOS CORRESPONDIENTES A LA SALA SOCIAL DEL TSJ DE CATALUÑA	73
V. DATOS ESTADÍSTICOS CORRESPONDIENTES A LA SALA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA DEL TSJ DE CATALUÑA	77
VI. DATOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE BARCELONA, GIRONA, LLEIDA Y TARRAGONA.....	81
1. Acoso sexual	
2. Estrés laboral	
3. Burn out.	
4. Acoso moral	
4.1. Tendencias generales	
4.2. El órgano judicial ante la evaluación del acoso.	
4.3. El acoso discriminatorio y la perspectiva de género.	
VIII. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS RIESGOS ESTUDIADOS EN LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TSJ DE CATALUÑA.....	98
IX. ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS RIESGOS ESTUDIADOS EN LAS SALAS PENALES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES	101
X. CONCLUSIONES.....	105
GALICIA	109
I. INTRODUCCIÓN.....	109
II.EL ACOSO MORAL.....	110
1. Concepto de acoso moral en la doctrina del TSJ de Galicia	

2. Responsabilidad del empresario en las conductas de acoso moral sucedidas en la empresa	
3. Cómputo del plazo de prescripción de las acciones. Especial referencia a las acciones continuadas en el tiempo	
4. La garantía de indemnidad como derecho especialmente vulnerado en las situaciones de acoso moral	
5. La inversión de la carga de la prueba en los procesos en los cuales se alega lesión de derechos fundamentales	
5.1. Indicios Suficientes	
6. La indemnización por daños morales	
6.1. Cálculo de la indemnización	
6.2. Bases y elementos clave de la indemnización	
6.3. Recargo de prestaciones	
III. ACOSO SEXUAL	126
1. Indicios suficientes	
2. Necesidad de acreditar nexo causal	
3. Conducta de la empresa ante el acoso sexual	
4. Prescripción de la conducta infractora	
IV. BURN OUT	129
1. Diferencias con el acoso moral	
V. ESTRÉS LABORAL	130
1. Relación de causalidad	
VI. VÍA SANCIONADORA	133
VII. UN BALANCE DE LAS SENTENCIAS ANALIZADAS	133
VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	134
NAVARRA	137
I. EL ACOSO SEXUAL COMO INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL EMPRESARIO. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO VÍA ART. 50.1.C) ET	137
II. EL ACOSO MORAL	138
1. Supuestos en los que no procede su admisión	
1.1. Sobre la extinción del contrato vía artículo 50	
1.2.- Sobre su no reconocimiento como accidente de trabajo	

2.- Supuestos en los que procede la admisión	
2.1.- Sobre el concepto de riesgo psicosocial	
2.2.- El acoso moral como enfermedad laboral	
2.4.- El acoso moral como incumplimiento contractual vía art. 50 ET.	
III. REFLEXIÓN SOBRE JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	146
IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	147
PAÍS VASCO	149
I. ACOSO SEXUAL.....	149
II. ACOSO LABORAL.....	153
1. Vía Reparadora	
1.1. Procesos de incapacidad temporal. Determinación de contingencia	
1.2. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.	
1.3.Despido.	
1.4. Tutela de derechos fundamentales. Procedimiento ordinario de reclamación de daños y perjuicios	
2. Vía sancionadora	
2.1. Procedimiento de oficio	
2.2. Recargo de prestaciones5	
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	171
COMUNIDAD VALENCIANA.....	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. LA VÍA PREVENTIVA.....	176
II. LA VÍA REPARADORA.....	176
1. Acoso sexual	
1.1 Caracterización	
1.2. Procedimiento	
1.3. Consecuencias de la estimación del acoso sexual	
2. Acoso moral	
2.1 Caracterización	
2.2. Procedimientos empleados	
2.3. Efectos de la declaración de la existencia de acoso moral	
3. Burnout	

3.1. Caracterización	
3.2. Procedimientos empleados	
3.3. Efectos de la declaración de la existencia de burnout	
4. Estrés	
4.1. Caracterización	
4.2. Procedimientos empleados	
4.3. Consecuencias de la estimación de la existencia de estrés	
IV. VÍA SANCIONADORA	190
1. Acoso sexual	
2. Acoso moral	
V. UN BALANCE DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL	193
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	195
VISIÓN INSPECTORA	197
I. EL CRITERIO TÉCNICO 69/2009 DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO A LA LUZ DE ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DE ACTUAL DE LA CONCEPTUALIZACIÓN, PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES	197
1. La prevención de los riesgos psicosociales y en especial del acoso y la violencia en el trabajo	
1.1. La obligación legal de prevenir el acoso y la violencia en el trabajo	
1.2. La prevención del acoso en la legislación vigente	
1.3. La prevención de los riesgos psicosociales	
1.4. La intervención de la inspección de trabajo	
2. El derecho a la dignidad en el trabajo	
2.1. La exigencia de intencionalidad en el acoso	
2.2. La ampliación de la doctrina del acoso a todos los actos que atentan contra la dignidad	
3. Las enfermedades mentales derivadas del trabajo y el retorno al trabajo	
3.1. La incapacidad temporal y la determinación de contingencia	
3.2. La vuelta al trabajo	
4. El tratamiento del acoso en las Administraciones Públicas	
5. Conclusiones y propuestas	
5.1. Reformar la legislación	
5.2. Reformar la legislación	
5.3. Medidas de Negociación Colectiva	

II. ESTUDIO DE CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS EN TORNO A LA DIGNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INSPECCIÓN	231
1. Introducción	
2. Analisis de actuaciones inspectoras frente a los atentados contra la dignidad	
3. Conclusiones	
1. Tipos de conflictos	
2. Seguimiento administrativo de las actas de infracción:	
4. Reflexión final y propuestas de mejora	
5. Bibliografía	
COMUNIDAD DE MADRID	262
ESTUDIO INTERNACIONAL COMPARADO	281
I. INTRODUCCIÓN.....	281
II. EL TRATAMIENTO DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMUNITARIO Y COMPARADO	282
1. Panorama general	
2. Los instrumentos de regulación frente a la violencia en el trabajo	
III. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES PROTEGIDOS DE MODO ESPECÍFICO	289
1. El acoso moral en el trabajo	
1.1.- El concepto de acoso moral en el trabajo	
1.2. La prevención del acoso moral en el trabajo	
1.3. Las responsabilidades derivadas del acoso moral en el trabajo	
1.4. La reparación de los daños derivados del acoso moral en el trabajo	
2. El acoso sexual en el trabajo	
2.1. Concepto y bienes jurídicos protegidos	
2.2. La protección frente al acoso sexual	
3. El acoso discriminatorio	
4. El estrés profesional	
IV. CONCLUSIONES	304
V. BIBLIOGRAFÍA	306
CONCLUSIONES GENERALES	309

Introducción

La propia forma de entender la salud en el trabajo, instaurada por la OMS y la OIT, que parte de la consideración dinámica e integral de ésta como promoción y mantenimiento de un estado de bienestar físico, psíquico y social demanda, con la proyección de esta idea en las diversas legislaciones nacionales - a través de un derecho específico de salud en el trabajo o reconduciéndolo a la propia idea de dignidad o integridad moral-, y por exigencia de los propios instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia como el Acuerdo Marco Europeo sobre Violencia y Acoso o el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Laboral, una preocupación por la prevención de los riesgos psicosociales y por la reparación de los daños que estos puedan ocasionar.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) recoge las medidas encaminadas a conseguir que el trabajador efectivamente disfrute de una adecuada salud integral. Así, además de establecer la obligación para el empresario de proteger a sus trabajadores contra las condiciones de trabajo que puedan producirle daños físicos, como las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en un determinado centro de trabajo o las relacionadas con la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos (art. 4.7 a), b) y c) de la LPRL), también establece la obligación de protegerlos contra otras condiciones de trabajo que pueden afectar a su salud psíquica y social, aunque no lo especifique con estos últimos términos, como aquellas relacionadas con la organización y ordenación del trabajo (estilo de mando, distribución de la jornada, ritmo o la monotonía de trabajo...-art. 4.7 d) de la LPRL-), que son las causa principal de materialización de los riesgos psicosociales y los efectos de los mismos.

Por su parte, el artículo 14.2 de la LPRL exige al empresario garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo y el artículo 15.1.g). incorpora entre los principios de la acción preventiva el de planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y

la influencia de los factores ambientales de trabajo. Se exige, por tanto, una protección de la salud en sus tres dimensiones. Una protección que también se deriva de algunos artículos del ET como el 4.2.e) –dignidad, incluidos el acoso discriminatorio, sexual, y por razón de sexo–, la propia normativa de Seguridad Social con la idea de accidente de trabajo o las sanciones recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Si bien, la todavía inexistente regulación específica en nuestro país que recoja con claridad y de manera unificada la distintas formas de protección de este tipo de riesgos, hace que debamos acudir a las resoluciones judiciales de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, así como a la experiencia inspectora, para conocer cuál está siendo la atención preventiva, reparadora y sancionadora en relación con los mismos.

Se identifican, así, en este estudio, los campos de actuación judiciales e inspectores con el objetivo de evidenciar los avances en la protección frente a los riesgos psicosociales más relevantes (acosos, estrés, bournout), así como sus limitaciones y carencias. Con base en esta identificación, se proponen unas recomendaciones con el objetivo de que puedan servir para conformar unas líneas de actuación futuras más eficaces, de éstos y otros operadores jurídicos, en la defensa de la protección de la salud de los trabajadores afectada por la materialización de los riesgos psicosociales.

El estudio se divide en tres bloques. El primero recoge un análisis valorativo de la Jurisprudencia de las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla-León, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco y Valencia, para el período 2006-2010 y de la Comunidad de Madrid en 2009-2010, en relación con los riesgos psicosociales y en las dimensiones preventiva, reparadora y sancionadora con recomendaciones y propuestas de mejora al respecto. A su vez, se incorpora para cada una de las Comunidades Autónomas un anexo estadístico de sentencias en el que se reseña el tipo de riesgo analizado, el procedimiento que se ha accionado, el resultado estimatorio o desestimatorio en relación con la demanda y la causa o asunto tratado.

El segundo lo conforman dos valoraciones desde la experiencia inspectora, centradas, por un lado, en lo que supone y cómo se está aplicando

el Criterio Técnico 69/2009 y, por otro, como han sido tratados por la Inspección determinados conflictos relacionados con los riesgos psicosociales desde la perspectiva de lo que implica la dignidad. Constituyen, así, un complemento imprescindible al estudio jurisprudencial de las CCAA en aras de ofrecer recomendaciones eficaces que avancen en la gestión de la prevención y reparación de los efectos de estos riesgos.

El tercero, por último, lo constituye un estudio internacional sobre la protección jurídica frente a este tipo de riesgos. Aunque ya hay trabajos en esta línea, el interés creciente en distintas instancias supranacionales por los riesgos psicosociales que ha fructificado en regulaciones legales específicas en determinados ordenamientos nacionales, especialmente, en el ámbito europeo y en el latinoamericano, hacía necesario para el objetivo de avanzar ese papel futuro que deberían tener los operadores jurídicos en la defensa de la protección de la salud de los trabajadores afectada por la materialización de los riesgos psicosociales, actualizar como se han llevado a cabo esas experiencias que, en última instancia podrían ser los referentes a tener en cuenta para acometer adecuadamente una futura regulación de la materia en nuestro país.

Como colofón al estudio se recogen, a modo de conclusión, y sobre la base de lo analizado en los bloques señalados supra, unas recomendaciones prácticas que pretenden orientar a distintos operadores jurídicos en líneas de actuación más eficaces para la defensa de la salud de los trabajadores.

Aragón

I. Balance general Introdutorio (1999-2005)

En este período nos encontramos, de un lado, con alguna cuestión que se plantea en sede de suplicación que con posterioridad será corregida por la jurisprudencia del TS, como es el caso del planteamiento en juicio de litisconsorcio pasivo necesario que será denegado por STSJA 752/2003 de 30 de junio, haciendo responsable únicamente al empresario y no a la trabajadora dependiente del mismo, que fue la autora directa del acoso (doctrina corregida por STS de 30 de enero de 2008); En otro supuesto, el TSJA deniega una indemnización complementaria por daños y perjuicios cuando la trabajadora víctima del acoso laboral decide resolver el contrato de trabajo ex artículo 50 ET; supuesto analizado la STSJA 169/2005 de 2 de marzo y actualmente superado por la STS de 17 de mayo de 2006. No obstante, alguna sentencia anterior de este TSJ, había reconocido la posibilidad de solicitar la indemnización complementaria (STSJA 752/2003 de 30 de junio).

17

Por otro lado, surgirán cuestiones que sentarán la base de pronunciamos posteriores del TSJA, tales como el concepto de acoso que se define, en varias sentencias, (SSTSJA 1005/2003 de 6 de octubre; 752/2003 de 30 de junio) como: “Una agresión del empresario, o de algunos de sus empleados con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetidas y duraderas en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un autoabandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad. La resistencia del trabajador ante este ataque depende de su fortaleza psicológica y de su capacidad de sobreponerse a la adversidad”.

En relación al concepto de acoso y su reconocimiento o no, según concurren los elementos definitorios señalados con anterioridad, cabe destacar la STSJA 808/2005 de 29 de septiembre, en la que el tribunal no aprecia la existencia de acoso, pero mantiene las sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo a la empresa, por falta de consideración debida a la dignidad de la trabajadora, aunque no aprecia voluntad denigratoria o vejatoria para la trabajadora.

En otras sentencias se indicarán los procedimientos judiciales para reclamar frente al acoso laboral, como en la STSJA 752/2003 de 30 de junio que al respecto establece que “con el actual régimen normativo se puede dar respuesta a las situaciones de acoso laboral, no sólo a través de la posibilidad extintiva, sino también mediante derecho a otras indemnizaciones adicionales que pueden ser compatibles con las estrictamente tasadas por la ley, o la calificación como contingencia de origen laboral”. O en la STSJA 1194/2004 de 13 de octubre donde se afirma que: “son diversas las vías que el Ordenamiento Jurídico abre, en sede jurisdiccional social: una que nace del artículo 50 y concordantes de la LET (con indemnización tasada si prospera la acción); otras, una pretensión declarativa de adopción de medidas para el cese de lo que de modo empírico se califica de hostigamiento (junto con una condena de resarcimiento de daños). Una tercera la que es propia – procedimiento especialísimo- de la previsión del artículo 181 LPL en relación con los 175, 177 y 179 y concordantes de la misma (trámite urgente y especial, con intervención del Ministerio Fiscal y necesidad de precisión en la demanda inicial de los derechos fundamentales infringidos)”.

En otros pronunciamientos el acento se pondrá en las pruebas prácticas por el juez de instancia, las testificales y los informes médicos, así como la revisión de las mismas en sede de suplicación. Doctrina uniforme que se reiterará en las sentencias posteriormente objeto de análisis.

Así la STSJA 552/2005 de 22 de junio, sobre revisión de los hechos probados en suplicación en relación con las pruebas médicas aportadas por los demandantes. Al respecto establece que “en base al art. 97.2 LPL, el juez de lo social apreciará el conjunto de las pruebas médicas practicadas, sean documentales o periciales, y de esa valoración global extraerá sus conclusiones. Esa función de libre valoración no la puede sustituir sin más la Sala de lo Social en recurso de suplicación. El art. 191 LPL enumera taxativamente el objeto de este recurso, que no es sustancialmente un nuevo enjuiciamiento de la cuestión, sino un examen del ajuste de la Sentencia de instancia al ordenamiento jurídico. En este caso el juez ha acogido el parecer médico que le ofrece mayores garantías de credibilidad”. En esta línea destaca también la STSJA 1005/2003 de 6 de octubre, sobre reconocimiento de la depresión como accidente de trabajo, en la que el tribunal refiere a la prueba testifical realizada en instancia como de especial relevancia en los casos de acoso laboral.

En relación al reconocimiento o no de las secuelas psíquicas provocadas por acoso laboral como derivadas de contingencias profesionales, existen varios pronunciamientos, todos ellos desestimatorias (SSTSJA 1005/2003 de 6 de octubre; 333/2004 de 24 de marzo; 331/2005 de 3 de mayo y 552/2005 de 22 de junio).

Y, por último, en relación a la determinación de la indemnización por daños y perjuicios que puede derivar de acoso laboral, destaca la STSJA 752/2003 de 30 de junio que al respecto establecerá la siguiente doctrina: “la indemnización por daños y perjuicios enjuiciada por la jurisdicción social es la responsabilidad subjetiva y culpabilista. La STS 10-12-98 admitió asimismo la posibilidad de ejercer distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento del daño. En cuanto al importe de la compensación económica, el trabajador tiene derecho a la reparación íntegra. Las consecuencias dañosas no afectan sólo al ámbito laboral, sino que pueden repercutir en múltiples aspectos o facetas de la vida personal, familiar o social y de las personas que del mismo dependan. Los arts. 1101 y 1902 CC, obligan a todo aquel que cause daño a repararlo. En el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que cuantifique las indemnizaciones, la procedente debe ser adecuada, proporcional y suficiente para alcanzar a reparar o compensar todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales), que como derivados, en este caso del acoso se acrediten es las esferas personal, familiar, laboral y social. La reparación no debe exceder del daño o perjuicio. Lo determina el juez “a quo” y sólo impugnabile por vía de recursos extraordinario cuando existe error en la base de determinación (citando jurisprudencia del TS)”.

II. La prevención de riesgos Psico-sociales en el contexto de la LPRL

Con carácter general las sentencias analizadas en relación a los riesgos psicosociales basan su resultado de estimación o desestimación de la demanda en la intervención del empresario en prevención de riesgos laborales. Aunque sólo en una hay una referencia explícita a esta obligación.

La sentencia más completa en este sentido es la STSJA 881/ 2009 de 25 de noviembre, sobre el reconocimiento del recargo de prestaciones a

un trabajador que previamente había obtenido dos sentencias estimatorias de acoso laboral: así se le había reconocido la nulidad de un despido y el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en proceso de tutela de derechos fundamentales y de otro lado, se le reconoció la baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

En la sentencia referida el juzgador insiste en que el deber general del empresario de proteger de forma efectiva a sus trabajadores es incondicionado y prácticamente ilimitado, debiendo adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualquiera que ellas fuera, siguiendo al respecto la doctrina científica. Y en relación a la aplicación del recargo de prestaciones igualmente realiza una interpretación novedosa, partiendo de la obligación del empresario de prevenir este tipo de riesgos, en el siguiente sentido: “La imposición del recargo exige la infracción de una norma de seguridad concreta, pero ello no equivale a que ésta tenga que haber sido señalada de forma específica, pues el art., 123.1 LGSS vincula el recargo a la falta de observación de las medidas «generales o particulares» de seguridad y higiene en el trabajo; esta literalidad es acorde con la propia finalidad del precepto, pues se configura como medida destinada a prevenir accidentes laborales, y para ello tan relevante es que no se cumplan las medidas específicamente dispuestas, como aquellas otras que la prudencia y razonabilidad aconsejan, en cuanto dimanantes de alguno de los deberes generales empresariales de seguridad en el trabajo”.

En otras sentencias la obligación del empresario de intervenir en los supuestos de acoso desde la vertiente preventiva, se revela de manera indirecta cuando refieren a la obligación del empresario de investigar las situaciones de acoso, cuando este tenga conocimiento de tal situación, lo que, por otra parte, pone de manifiesto la dificultad de prevenir los riesgos psicosociales antes de que estos aparezcan.

En esta línea cabe destacar las siguientes sentencias:

STSJA 44/2006 de 24 de enero, en la que la empresa recurre la sentencia de instancia por entender que actuó en cuanto tuvo conocimiento de las demandas de acoso del demandante. No obstante, el tribunal criticará la encuesta que se efectuó a los trabajadores porque contenía preguntas determinadas en las que aparecía el nombre del trabajador y, por tanto, no se consideran anónimas.

STSJA 641/2006 de 20 de junio: sobre un supuesto acoso laboral provocado por los compañeros y consentido por la empresa. En el supuesto analizado el juzgador dictamina que en ningún momento el actor expresó existencia de trato vejatorio alguno, sino su disgusto por como trabajaban sus compañeros y la empresa abrió una investigación cuando las quejas le llegaron.

STSJA 213/2006 de 1 de marzo: la actora carece en la empresa de quejas, expedientes, sanciones, conflictos claros y directos en su puesto de trabajo, sin duda sometidos a presiones, tensiones por la confluencia natural de intereses contrapuestos de los trabajadores y empresas, que pueden justificar, como indica la sentencia, el llamado síndrome del quemado, pero no se ha acreditado actuaciones concretas de acoso laboral.

STSJA 456/2008 de 28 de mayo: pronunciamiento en el que se insiste en que la conducta agresiva o vejatoria contraria a la dignidad de la persona del trabajador, y el fin dolosamente perseguido de su baja médica, cambio de destino o abandono de la empresa, son elementos que necesariamente se han de demostrar existentes, ya que sin este fin intencionado de autolimitación del acosado o sin mediar esa conducta denigratoria o vejatoria de la persona, ni puede hablarse de acosador, ni de acoso, ni de conducta tolerante de la empresa o infractora de su deber de prevención de riesgos laborales (art. 20 ET; 12 LIOS y 14 y 15 LPRL).

TSJA-Contencioso-Administrativo, 305/2009 de 8 de mayo: un supuesto en que el que la Inspección de Trabajo había sancionado al empresario por no llevar a cabo evaluaciones de riesgos, actualizaciones y revisiones. Las sanciones provenían de un supuesto posible de acoso. No obstante el tribunal no aprecia la existencia de acoso porque el trabajador no comunicó ni directamente ni de forma indirecta la situación de acoso a la empresa, aunque sí lo hizo, una vez que estuvo de baja, a través del tablón de anuncios. Y como quedó demostrado en juicio, a raíz de esta denuncia, la empresa inició una investigación y el trabajador se negó a cumplimentar cuestionarios de tipo psico-sociales.

III. La reparación de los riesgos psico-sociales

1. Consideración de los daños psico-físicos como derivados de contingencias profesionales

En relación al reconocimiento de los efectos que sobre la salud de los trabajadores provocan las situaciones de riesgos psicosociales, en cuanto que se solicita que las bajas por depresión sean consideradas enfermedad profesional o accidente de trabajo, cabe destacar tres cuestiones que se reflejan en las sentencias analizadas, y que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí y, una clara conclusión.

La primera cuestión tiene que ver con el cauce jurídico adecuado para reclamar que la depresión pueda ser considerada como enfermedad derivada del trabajo; la segunda refiere a la existencia o no de patologías psiquiátricas previas del trabajador demandante, lo que en más de una ocasión ha condicionado el reconocimiento de la enfermedad como derivada exclusivamente del trabajo y, una tercera cuestión, que tiene que ver con las pruebas de informes médicos aportadas por los demandantes que no son valorados por el juzgador de instancia y que no se revisan en fase de suplicación.

Y una conclusión clara: en la actualidad puede determinarse la contingencia profesional de una situación de incapacidad temporal por depresión como consecuencia del estrés derivado de conflictividad laboral, acoso laboral o mobbing (STSJA 1000/2007 de 6 de noviembre y STSJA 573/2009 de 15 de julio).

En cuanto a la cuestión relativa al cauce jurídico adecuado para reclamar por contingencias profesionales, cabe destacar las siguientes sentencias:

STSJA 1000/2007 de 6 de noviembre, que al respecto establece: una situación de IT por depresión lo será por el cauce del artículo 115.1 en relación con el 115.2.e) LGSS, es decir, por enfermedad contraída por el trabajador con motivo de la realización del trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

STSJA 365/2008 de 30 de abril: ni la enfermedad está en la lista de las calificadas como profesionales (116 LGSS y RD 1299/2006), ni se ha probado que tenga origen exclusivo en la ejecución del trabajo, con lo que se excluye la posibilidad de considerarla accidente laboral.

STSJA 941/2009, de 9 de diciembre: ni la enfermedad está en la lista de las calificadas como profesionales (116 LGSS y RD 1299/2006), ni se ha probado que tenga origen exclusivo en la ejecución del trabajo, con lo que se excluye la posibilidad de considerarla accidente laboral.

En relación con la existencia o no de patologías psiquiátricas previas del trabajador demandante, que en algunos casos puede condicionar el reconocimiento de la enfermedad como derivada de una situación de acoso o conflicto laboral, cabe destacar las siguientes sentencias:

STSJA 739/2007 de 29 de junio: trabajadora médico de empresa que causa baja por depresión. El juzgador de instancia rechaza que sea una situación de acoso y el INSS y la Mutua consideran la baja como enfermedad común, basándose en la sentencia previa. Se concluye que la depresión es por la patología psiquiátrica de la actora que se vincula a su personalidad y no al trabajo.

STSJA 1122/2007 de 12 de diciembre: la trabajadora presuntamente acosada es delegada de personal y responsable de prevención de riesgos. Tiene supuestos de IT por depresión y antecedentes psiquiátricos de baja por depresión de un año. El juzgador no lo considera acoso sino un conflicto laboral en el que la trabajadora es reticente a aceptar nuevas directrices de trabajo que provienen de una nueva superior jerárquica.

STSJA 456/2008 de 28 de mayo: el actor presenta rasgos disfuncionales de la personalidad. Un hermano suyo es el capataz y trata por igual a todos los trabajadores, persona de carácter fuerte. La personalidad del actor le ha hecho más vulnerable a la disciplina del trabajo, lo que afectó a su salud psíquica.

STSJA 365/2008 de 30 de abril: el estrés sufrido por la trabajadora en su relación conflictiva con un compañero de trabajo, finalmente despedido por la empresa, puede estar en el origen. Pero la actora

tiene antecedentes de depresión hace 6 años y de otro, la causa de la enfermedad se califica médicamente como variada, es decir, no puede atribuirse a una sola causa.

STSJA 573/2009 de 15 de julio: un supuesto en el que el juzgador entiende que aunque no se ha acreditado la existencia de acoso moral, sí se ha probado la existencia de conflictividad laboral en el seno de la empresa que causó a este trabajador un estrés agudo laboral, debiéndose hacer hincapié en que el trabajador carece de antecedentes médicos de esta patología, sin que concurren factores de carácter persona.

STSJA 941/2009 de 9 de diciembre: el actor presenta clínica de tipo ansioso-depresivo sin que se pueda establecer diagnóstico de una entidad concreta. Tiene acentuación de rasgos de personalidad sensitiva, condicionada por su estado anterior y problemas relacionados con el manejo de dificultades de la vida (es discapacitado). El menoscabo de su salud es una reacción de una personalidad especialmente vulnerable, frente a un entorno laboral mal provisto de medios y necesitado de una más adecuada organización del trabajo.

Por último, sobre la posibilidad o no de revisar en suplicación las pruebas de informes médicos aportadas por los demandantes que no son valorados por el juzgador de instancia, destacan las siguientes sentencias:

STSJA 213/2006 de 1 de marzo: un supuesto en que la actora pretende en el recurso añadir nuevos hechos, en concreto informe médico sobre la situación patológica de la actora. Se rechaza: es el juzgador de instancia al que corresponde valorar los elementos de convicción derivados de la prueba practicada, sin que los matices existentes en los informes aportados evidencien error de apreciación judicial, sino diferente criterio médico emitido por los facultativos.

STSJA 213/2006 de 1 de marzo: las pruebas practicadas en juicio fueron prolijas, especialmente la testifical, de especial relevancia en estos conflictos. No se ha probado que la empresa demandada, a través de sus empleados superiores de la trabajadora, haya venido realizando durante cierto tiempo o con reiteración, conductas agresoras a la dignidad de la trabajadora en el ámbito de su trabajo, sobrepasando los

límites de un conflicto laboral, alcanzando una situación permanente de descrédito, acoso personal u hostigamiento, con menoscabo de su dignidad y finalmente daño para su salud psíquica.

STSJA 641/2006 de 20 de junio: en cuanto a la actividad probatoria: la discordancia entre lo pretendido y lo obtenido en ningún caso podrá fundamentar una solicitud de indefensión. Si el juzgador no ha incluido algunos hechos alegados será porque no los ha estimado probados y ello no produce indefensión. En el proceso laboral no existe segunda instancia, sino un recurso extraordinario de suplicación que solo puede fundamentarse en los motivos de recursos establecidos con carácter tasado en la ley. En el mismo sentido, STSJA 928/2006 de 11 de noviembre.

STSJA (contencioso-administrativo), 290/2007 de 21 de mayo: los informes periciales, no tienen respaldo de un informe pericial procesal practicado con las debidas garantías de objetividad e imparcialidad, es un simple informe de parte solicitado por el propio interesado y tiene su base en la información recibida y documentada por el mismo. Ninguno de los informes resulta determinante en orden a establecer que el origen del estado de ansiedad se encuentra en de forma exclusiva y excluyente en la situación laboral.

STSJA 941/2009 de 9 de diciembre: se reproduce en relación con informes médicos la doctrina sentada en anteriores sentencias: plasmar en el relato un contenido de algunos informes médicos, aunque sean de facultativos del Sistema Público y no de otros, implica no la demostración de un error del juzgador, sino la sustitución de la conclusión del juzgador. Es a este a quien corresponde valorar los elementos de convicción derivados de la prueba practicada, sin que los matices existentes en los informes señalados evidencien error en la apreciación judicial.

2. Sobre la indemnización por daños y perjuicios

En relación al reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios, destacan dos sentencias en las que se revisa el monto indemnizatorio que se había fijado en la sentencia de instancia, y exclusivamente para

supuestos de acoso laboral en el trabajo, dado que de todos los riesgos psicosociales, solo en este se produce violación de derechos fundamentales que dan lugar a la indemnización por daños y perjuicios.

En la STSJA 205/2006 de 28 de febrero se reduce el quantum indemnizatorio por daños morales, si bien, nada se argumenta ni justifica por parte del tribunal, tan sólo establece que la indemnización establecida en instancia es excesiva al daño sufrido por el demandante y desprovisto de referencia objetivo-fáctica alguna. Y añade en un obiter dicta, citando la STS de 9 de junio de 2003, que “para que exista indemnización no hace falta demostrar el daño, sino que se presume su existencia dada la violación del derecho fundamental. Doctrina de completa aplicación según redacción dada en Ley 62/2003, 30 de diciembre”.

Más completa resulta la STSJA núm 838/2008 de 3 de noviembre, en el que se reduce el monto indemnizatorio reconocido en primera instancia. El juzgador acude al auxilio del TS y del TC para justificar en qué supuestos la valoración del daño realizada por el juzgador de instancia puede corregirse en trámite de recurso extraordinario, reproduciendo los fundamentos jurídicos de la STS de 17 de julio de 2007 sobre la posibilidad excepcional de corregir en trámite de recurso extraordinario la valoración del juez de instancia, cuando sea notoriamente errónea, arbitraria, incoherente o adolezca de la concreción necesaria.

En el presente caso el juzgador de instancia había reconocido una indemnización en concepto de daño moral que incluída los días de baja médica por depresión y que los calificaba como días impeditivos sin estancia hospitalaria (a efectos de aplicación del Baremo recogido en el anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor), además de otros días desde que se produjo el alta del trabajador hasta la sentencia que calificó como días no impeditivos en los que existió afectación psicológica.

Y tras ello concluye que: “La exigible especificación de los daños y perjuicios sólo puede llevarse a cabo distinguiendo las siguientes categorías básicas: -Daño corporal (lesiones físicas y psíquicas); Daño moral (sufrimiento psíquico o espiritual); Daño emergente (pérdida de patrimonio directamente vinculado con el hecho dañoso) y lucro cesante (pérdida

de ingresos y expectativas laborales). Precisiones con las que se da satisfacción al principio 1.3 de la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (14-marzo-75), expresivo de que «en la medida de lo posible, en la sentencia deben mencionarse de forma detalladas indemnizaciones concedidas por los distintos perjuicios sufridos por la víctima». Y la citada resolución, a la hora de cuantificar los daños morales en relación con la situación de Incapacidad temporal (IT), determina que se han de indemnizar según lo previsto en el ANEXO como si de una situación NO IMPEDITIVA para el trabajo se tratase, a excepción de los días de hospitalización que se considera situación impeditiva.

La doctrina señalada en esta sentencia parece acorde con la confirmada en unificación de doctrina por las STS de 14 de diciembre de 2009 y 15 de diciembre de 2009.

3. Sobre el recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de seguridad en el supuesto de acoso laboral

27

En este ámbito destaca la STSJA 881/2009 de 25 de noviembre, que analiza un supuesto en el que el trabajador previamente había obtenido dos sentencias estimatorias de sus pretensiones: la primera, donde se condena a la empresa por violación de derechos fundamentales (a la dignidad e integridad física y moral) y le condena a cesar el comportamiento, previamente declarado nulo, y a una indemnización por daños y perjuicios. Sentencia que fue confirmada por el TSJA en fecha 22-12-05. En la segunda sentencia se reconoce al trabajador la baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Alcanzadas ambas pretensiones el siguiente paso fue solicitar el recargo de prestaciones a la Seguridad Social que fue reconocido por la Dirección Provincial del INSS, declarando la responsabilidad exclusiva por parte de la empresa por falta de medidas de seguridad e higiene, aplicándose un 30% de recargo en las prestaciones. Ante este reconocimiento la empresa recurre el recargo de prestaciones aduciendo que no se ha producido ninguna infracción concreta de normas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa que tuviera nexo de causalidad con el accidente de trabajo.

Sin embargo, el tribunal, en este caso, acoge la interpretación más favorable para el trabajador al entender que en los supuestos de acoso

moral, aun cuando no existe norma específica preventiva, bastaría para la imposición del susodicho recargo con que el empresario incumpliese el deber general de seguridad, que también obliga a proteger a los trabajadores frente a aquél. Doctrina que cuenta con el beneplácito de algunas sentencias del Tribunal Supremo (26 marzo de 1999 y 8 de octubre de 2001). En esta sentencia se establece lo siguiente: “La imposición del recargo exige la infracción de una norma de seguridad concreta, pero ello no equivale a que ésta tenga que haber sido señalada de forma específica, pues el art., 123.1 LGSS vincula el recargo a la falta de observación de las medidas «generales o particulares» de seguridad y higiene en el trabajo; esta literalidad es acorde con la propia finalidad del precepto, pues se configura como medida destinada a prevenir accidentes laborales, y para ello tan relevante es que no se cumplan las medidas específicamente dispuestas, como aquellas otras que la prudencia y razonabilidad aconsejan, en cuanto dimanantes de alguno de los deberes generales empresariales de seguridad en el trabajo”.

IV. Otras cuestiones de interés

1. Sobre el concepto de acoso y su diferencia con las potestades organizativas empresariales

En relación con esta cuestión resulta de especial trascendencia la STSJA 838/2008 de 3 de noviembre, en cuanto que contiene los elementos definitorios del acoso laboral de forma clara y precisa haciendo resumen de las tendencias doctrinales y pronunciamientos judiciales del momento. Definición que se repite insistentemente en otras sentencias: STSJA 44/2006 de 24 de enero; STSJA 928/2006 de 11 de octubre; STSJA 456/2008 de 28 de mayo; STSJA 1094/2006 de 22 de noviembre y STSJA 941/2009 de 9 de diciembre.

En la misma, el tribunal, tras repasar los preceptos constitucionales y legales que hacen referencia al respeto a la dignidad de las personas y de los trabajadores (artículo 10 CE; artículos 4.2.e); 20.3 y 50.1 a TRLET), así como ha sentencias del TC en relación al respecto a la dignidad de las personas (núms. 53/1985 y 120/1990), repara en el concepto de acoso laboral o “mobbing”, tomado desde el ámbito de la psicología. Para ello parte de la STSJ País Vasco de 23-12-03, que establece lo siguiente: la

psicología ha definido el acoso laboral como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conduce a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido. Tras la definición, se identifican, las conductas a través de las cuales se manifiesta el acoso. Así se establece que: El acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de implantación de medidas organizativas – no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes, repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.-, medidas de aislamiento social – impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior con los clientes, no dirigir la palabra, etc., mediante ataques a la persona de la víctima – críticas hirientes, burlas, subestimaciones, etc.-, medidas de violencia física, agresiones verbales- insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.-.

Dicho esto el siguiente paso consistirá en deslindar 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 estas actuaciones antijurídicas.

“A través del ejercicio arbitrario el empresario busca por medios inadecuadas un mayor aprovechamiento de la mano de obra; con el acoso lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. Los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima”.

“El acoso moral (mobbing) consiste en una agresión del empresario, o de algunos de sus empleados con el conocimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes o palabras, repetidas y duraderas en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, que puede llegar incluso a deteriorar su salud, con objeto de conseguir un autoabandono del trabajo, produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad. La resistencia del trabajador ante este ataque depende de su fortaleza psicológica y de su capacidad de sobreponerse a la adversidad”.

“Se caracteriza por la transferencia de proyecciones o energías negativas de empresario a trabajador con ánimo de victimizar a este, etc. Es más, aunque fuese posible, a la luz de un conjunto de criterios (lingüísticos, psicológicos, sociológicos, jurídicos, etc.,) configurar una diversidad de graduaciones formas de mobbing, desde el genuino, probablemente radicado en o surgido de un sujeto colectivo o plural (refiere a la mob en inglés es traducido, en determinados contextos como banda y mobbing como ataque ejecutado por un grupo desordenado y/o descontrolado); hasta otras manifestaciones posiblemente menos características, entre las que estarían bullying o intimidación y el bossing o dominación por el jefe (hasta anular la personalidad), lo trascendente es la finalidad perseguida, de victimación”:

Y tras todo el alegato anterior concluye señalando como elementos fundamentales del fenómeno estudiado los siguientes:

- 1) El bien jurídico protegido, no es otro sino el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el artículo 15 CE
- 2) La forma en que se produce la lesión de este derecho, lo que implica por parte del sujeto activo (empresario u otros trabajadores compañeros del ofendido) una conducta caracterizada por:
 - a. Un acoso u hostigamiento a un trabajador mediante conducta vejatoria o intimidatoria de carácter injusto;
 - b. Reiteración en el tiempo de dicha conducta, siguiendo una unidad de propósito;
 - c. Perseguir una finalidad consistente de modo específico de minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador;
 - d. La intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo;
 - e. La producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales.

2. Diferencia entre acoso laboral, otros riesgos psicosociales y conflictividad laboral.

Partiendo del concepto de acoso laboral descrito en el apartado anterior, otra de las cuestiones que han resultado reiterativas en más de una sentencia es que el término *mobbing* no puede utilizarse de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo (STJA 456/2008 de 28 de mayo).

Esta misma cuestión se plantea en varias sentencias: así en la STSJA 213/2006 de 1 de marzo, donde se analiza como acoso laboral un supuesto en el que la actora había sido diagnosticada de síndrome del quedado; o en la STSJA 1094/2006 de 22 de noviembre, donde se concluye que “no hay acoso sino un conflicto o enfrentamiento laboral entre la demandante y los codemandados, con recíprocas acusaciones de acoso laboral. Un conflicto largamente mantenido entre dos grupos de trabajadores claramente enfrentados...situación enquistada...indeseable”; también en la STSJA 1122/2007 de 12 de diciembre, donde se establece que “la posible dureza de un conflicto laboral, no tiene la tendenciosidad o finalidad que constituye la esencia de acoso, presión laboral o *mobbing*: la autolimitación del trabajador, mediante su denigración”.

En esta línea destaca, por último, la STJA 573/2009 de 15 de julio, en la que no solo se establece la diferencia entre el acoso laboral y otros conflictos laborales, si no en el que además se señala como la propia conflictividad laboral puede ser la desencadenante de patologías psiquiátricas, cuestión esta última que tiene hacer reflexionar sobre la necesidad de abordar la conflictividad laboral desde la vertiente preventiva, como si de un riesgos psicosocial más se tratase. En este sentido se establece lo siguiente: “Aun cuando no se ha acreditado la existencia de acoso moral, sí se ha probado la existencia de conflictividad laboral en el seno de la empresa que causó a este trabajador un estrés agudo laboral, debiéndose hacer hincapié en que el trabajador carece de antecedentes médicos de esta patología, sin que concurren factores de carácter personal”.

V. Conclusiones y propuestas

Del análisis realizado de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación a los riesgos psicosociales cabe aportar las siguientes conclusiones:

Primera: en el ámbito del TSJA se ha avanzado en un concepto de acoso laboral clarificador y preciso que insiste sobre todo en diferenciar el acoso laboral de lo que puede constituir un ejercicio arbitrario del empresario de sus poderes de dirección. Sin embargo, esta identificación tan precisa de los elementos definitorios de lo que constituyen acoso laboral, encorseta tanto el fenómeno, que determinados atentados a la dignidad de los trabajadores no alcanzan a obtener la protección adecuada que se debe dispensar a los derechos fundamentales. Quiere insistirse aquí, que al igual que ocurre en el acoso sexual, un acto de especial intensidad o gravedad debería valorarse aunque sólo sea a efectos de reconocer al trabajador una indemnización por daños y perjuicios cuando decisiones arbitrarias del empresario, atentatorias de la dignidad, provocan en el trabajador un daño en su salud.

Segunda: el acoso laboral no puede utilizarse de manera indiscriminada ante cualquier tipo de insatisfacción en el trabajo. En las sentencias analizadas no hemos encontrado ninguna que haga referencia a otros tipos de riesgos psicosociales que no sea el acoso laboral. Es más, un supuesto síndrome del quemado se ha reclamado como acoso laboral en el trabajo.

Tercera: en más de un supuesto el propio tribunal ha llamado la atención sobre la existencia de una fuerte conflictividad laboral que no puede calificarse de acoso laboral, pero que sí puede demostrarse que puede provocar alteraciones psíquicas en el trabajo, por lo que puede reclamarse la baja por IT como derivada de contingencia profesional. Tal planteamiento lleva a avanzar una propuesta de futuro relativa a la necesidad de prevenir en el seno de las empresas los daños en la salud del trabajador que puedan derivar de la conflictividad laboral, al fin y al cabo, el artículo 15 LPRL refiere a las “relaciones sociales” que deben ser tenidas en cuenta en las evaluaciones de riesgos laborales.

Cuarta: no obstante, aunque se reconozca la conflictividad laboral como causante de patologías psiquiátricas del trabajador, éstas sólo se reconocerán si el mismo no tiene antecedentes o patologías previas. Esto pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la profesionalización de los informes periciales. Una cuestión a la que los jueces dan mucha importancia y que son objeto de planteamientos de recursos de suplicación que, por regla general, el tribunal rechaza, ya que la práctica de las pruebas corresponde a los jueces de instancia, siendo muy difícil la revisión de los mismos en sede de suplicación.

Quinta: la prevención de los riesgos psicosociales es obligación del empresario directamente vinculada con la obligación general de proteger de manera eficaz a los trabajadores, tal como establece el artículo 14 LPRL, lo que en caso de acoso laboral puede incluir como responsabilidad empresarial no sólo una indemnización por daños y perjuicios que incluya además los daños morales, sino además el recargo de prestaciones a la seguridad social.

Sexta: no obstante, de las sentencias analizadas se concluye la dificultad de prevenir los riesgos psicosociales antes de que estos aparezcan. Lo que no quita para que en el seno de las empresas se desarrollen códigos de buenas prácticas o protocolos de actuación, tal como exige expresamente el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Castilla y León

I. Los riesgos psicosociales en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

1. Premisa

Debemos delimitar, de entrada, el objeto y la finalidad que tiene el presente análisis de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sobre los riesgos psicosociales. El objeto viene determinado por los riesgos a considerar y, también, por las resoluciones judiciales dictadas en el marco temporal que se acota previamente, las datadas a partir del año 2006. La finalidad no es otra que conocer, analizar y sistematizar la doctrina que construye dicho órgano judicial en relación con los riesgos predeterminados, tanto desde la perspectiva de la prevención como desde el punto de vista de la tutela reparadora, en su caso, del daño causado sobre el conjunto de bienes y derechos cuyo titular es el trabajador.

35

2. Los riesgos analizados

Dando respuesta a la solicitud de realizar un análisis jurisprudencial en los términos señalados, a continuación se expone la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sobre los siguientes riesgos: acoso sexual, acoso moral, burn-out y estrés laboral. Los tres últimos son, propiamente, riesgos psicosociales o relacionales. El primero aporta unas características singulares, aunque también tiene la consideración de riesgo de naturaleza relacional.

Del conjunto de sentencias seleccionadas, la mayor parte contiene la definición del riesgo que da lugar al conflicto jurídico entre las partes presentes en la litis. No pretendemos reflejar todas las definiciones que se incluyen en las resoluciones estudiadas; basta con reseñar las que consideramos más clarificadoras:

- Acoso sexual. La LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, introduce en nuestro Derecho una definición de acoso sexual: “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.1). En el ámbito laboral, esta figura incluiría cualquier “comportamiento del empresario o de un superior jerárquico, de naturaleza sexual y con el efecto de atentar contra la dignidad del trabajador afectado” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 5 de diciembre de 2008 (JUR/2009/103005). Rec. suplicación: 1484/2008].

- Burn-out. Estamos ante “un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que, según tanto la Psicología del Trabajo como la Medicina Forense, se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional)” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 11 de junio de 2008 (JUR/2008/346862). Rec. Suplicación: 232/2008].

- Acoso moral o mobbing. Constituyen acoso “el conjunto de actos o actitudes hostiles dirigidas a un trabajador, producidos durante un periodo de tiempo, que persiguen el efecto de lograr que el mismo abandone su puesto de trabajo o hacerle sumamente incómoda su permanencia” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 2006 (JUR/2006/256892). Rec. Apelación: 272/2004]; el acoso, con otras palabras, lo conforman “situaciones de hostigamiento al trabajador, frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento en el marco laboral”; acoso que debe ser “sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral”, siendo apreciable “cuando existen ataques, reproches y humillaciones repetidas, deliberados que aparentemente para el trabajador no resulten explicables” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 5 de julio de 2007 (JUR/2007/308367). Rec. Suplicación: 392/2007].

En resumen, la doctrina judicial identifica los elementos que se requieren para calificar una situación laboral como mobbing [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Contencioso-Administrativo) de 6 de febrero de 2009 (JUR/2009/198428). Rec. apelación: 272/2004]:

- a) Un elemento material, consistente en “la conducta de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado, injustificados de un sujeto activo –compañero de trabajo, superior o subordinado– a un sujeto pasivo en el marco de una relación de trabajo o funcional”.
- b) Un elemento temporal o de habitualidad, de modo que “la conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo”. Así, “aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad con la reiteración”.
- c) Un elemento intencional, puesto que la conducta hostil “debe ser intencionada o maliciosa”, excluyéndose “los hechos imprudentes o causales”.

El acoso u hostigamiento laboral “no puede ser confundido no con el uso autoritario del poder directivo por parte del empresario, ni tampoco con el conflicto de intereses que desemboca en un proceso amplio de confrontación ante la jurisdicción”. Hay que tener en cuenta, asimismo, que “la percepción patológica de un conflicto o la entidad de la somatización individual de una situación de tensión o confrontación, no necesariamente supone la existencia de un proceder empresarial gravemente lesivo de las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo”; de otra manera dicho, “puede existir una conducta empresarial de grave hostigamiento mas sin repercusión patológica en la víctima, como puede darse esa repercusión dañina sin la presencia de aquella conducta o sin la constancia de su entidad” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de abril de 2006 (JUR/2006/131666). Rec. suplicación: 335/2006].

En fin, conviene distinguir lo que propiamente es hostigamiento psicológico del defectuoso ejercicio –abusivo o arbitrario– de las facultades empresariales. En el primero “son agredidos derechos fundamentales de la persona –básicamente su dignidad e integridad moral–, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio

indebido de la actividad directiva prima el interés –mal entendido– empresarial” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 1 de octubre de 2008 (AS/2008/2536). Rec. Suplicación: 1024/2008].

- Estrés laboral. Se identifica con el estado personal ocasionado por la actividad laboral –relación con sus superiores o con los compañeros, carga de trabajo, ...– que se manifiesta en un cuadro de nerviosismo, excitación o ansiedad [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 26 de septiembre de 2007 (JUR/2007/353714). Rec. suplicación: 1319/2007; STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de mayo de 2008 (JUR/2008/295223). Rec. suplicación: 242/2008; STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de octubre de 2009 (JUR/2009/469353). Rec. suplicación: 426/2010].

A continuación, el estudio de la doctrina judicial se realiza de modo armonizado, sin establecer apartados diferentes según los riesgos que dan origen a las resoluciones judiciales. Así, en cada uno de los epígrafes que siguen se analizan las cuestiones resueltas en las sentencias, agrupándolas según la materia de fondo que tratan, en relación con el riesgo concreto que está presente.

II. La prevención de los riesgos psicosociales

Una sola sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León hace referencia expresa al deber empresarial de prevención tanto en los supuestos de “acoso jerárquico” como ante las –así denominadas– situaciones de “acoso ambiental” que amenazan con causar daños a la salud psíquica del trabajador.

Sin aportar una nueva argumentación, traslada la doctrina que contiene la STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2010, donde se destaca que aquella obligación “se asienta sobre las facultades de dirección que tiene la empresa sobre el conjunto de su organización productiva, de forma que está obligada a impedir, mediante el ejercicio de las mismas, que en el seno de esa organización se dañen los bienes jurídicos fundamentales de los que es titular el trabajador”. Estos bienes, ciertamente, pueden estar ligados a la salud y a la integridad física, pero también a otros derechos de las personas como puede ser el de la integridad moral. Para la protección

de la vida, la salud y la integridad física existe una normativa compleja y detallada de prevención de los riesgos laborales que es aplicable cuando la situación de acoso ambiental amenaza con causar daños a la salud psíquica del trabajador. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con el deber empresarial de tutela del trabajador en otros ámbitos, como es el de la integridad moral, aspecto sin desarrollo normativo específico, aunque ello no impide apreciar la responsabilidad empresarial por aquellos daños para cualquier tipo de bien o derecho producidos por su organización productiva [STS] de Castilla y León/Burgos (Social) de 28 de enero de 2010 (JUR/2010/101360). Rec. suplicación: 772/2009].

Ningún otro pronunciamiento hace mención a la prevención de los riesgos psicosociales, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones (evaluación, medidas preventivas, vigilancia de la salud, ...).

III. La reparación de los riesgos psicosociales

1. Sobre la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 de la LET

39

El trabajador afectado por comportamientos de acoso moral –acoso laboral o mobbing en la terminología anglosajona– o de acoso sexual puede solicitar la extinción de su contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1 de la LET, sobre la base de un incumplimiento contractual grave del empresario, aunque, por supuesto, los efectos de aquél acoso no se agotan en la acción extintiva del contrato a iniciativa del trabajador.

Como requisito previo al ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador y a la posterior declaración judicial extintiva, en su caso, se exige la vigencia del contrato y el mantenimiento del trabajador en su puesto y actividad, y ello porque el efecto extintivo sólo se produce con el pronunciamiento judicial que declara tal efecto y que tiene carácter constitutivo del mismo; así pues, salvo casos excepcionales, no cabe que el trabajador resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que solicite al órgano judicial la rescisión del contrato, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse tal

pronunciamiento [SSTS de 22 de octubre y 26 de noviembre de 1986 (Ar. 5878 y 6516), de 18 de julio de 1990 (Ar. 6425) y de 23 de abril de 1996 (Ar. 3403)]. El éxito de la acción basada en el artículo 50.1 de la LET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia; ha de tenerse en cuenta el carácter constitutivo que la sentencia tiene en estos supuestos en los que, de prosperar la acción, se declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta aquélla.

No obstante, la exigencia de que se mantengan vivas las prestaciones del contrato de trabajo “se mitiga allí donde el estado de cosas concurrente genere una situación tan lesiva para el trabajador, que hace desaparecer todo deber jurídico de soportarla; pero tales estados de cosas (singularmente, las conductas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales) sólo justificarían la inasistencia al lugar de trabajo y el abandono transitorio de la prestación laboral, que no la extinción del contrato por propia iniciativa del trabajador, situación ésta que, de producirse efectivamente cual aquí sucede, convierte en imposible la actuación de un pronunciamiento de resolución contractual de una relación que ya se encuentra resuelta y que no existe en el mundo del derecho” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de abril de 2006 (JUR/2006/131666). Rec. suplicación: 335/2006]; excepcionalmente, no se requiere la vigencia del vínculo contractual cuando “la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 18 de septiembre de 2006 (JUR/2006/269174). Rec. Suplicación: 1484/2006].

En dos supuestos enjuiciados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se desestima la demanda extintiva promovida por los trabajadores, al estar concluida la relación laboral antes del ejercicio de la acción resolutoria por las trabajadoras y también porque no queda probada la situación de acoso sexual, en un caso, y de acoso moral, en otro.

Son hechos probados en el primero de ellos que la trabajadora “dejó de trabajar para los codemandados el 18 de enero de 2006, pero no figura ninguna circunstancia extraordinaria que le permitiera eximirse de trabajar con anterioridad a la presentación de la papeleta de conciliación; por tanto, al estar concluida la relación laboral previamente al ejercicio

de la acción resolutoria por el trabajador, es evidente que la sentencia de instancia sólo podía ser desestimatoria de sus pretensiones y la de este recurso de suplicación confirmatoria de la impugnada”, sin que conste “alguna circunstancia extraordinaria que le permitiera eximirse de trabajar con anterioridad a la presentación de la papeleta de conciliación” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 18 de septiembre de 2006 (JUR/2006/269174). Rec. Suplicación: 1484/2006]. Y en el segundo que el contrato ya se había extinguido “por determinación dimisionaria de la trabajadora incardinable en el artículo 49.2.d) de la LET”, sin que se albergue la menor duda “sobre la validez del consentimiento otorgado por la trabajadora al comunicar a su empleador su determinación de causar baja voluntaria en la empresa”, además de que no se probó el acoso u hostigamiento laboral, que “no puede ser confundido ni con el uso autoritario del poder directivo por parte del empresario, ni tampoco con el conflicto de intereses que desemboca en un proceso amplio de confrontación ante la jurisdicción” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de abril de 2006 (JUR/2006/131666). Rec. suplicación: 335/2006].

Al analizar las demandas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León valora los hechos denunciados por el trabajador para determinar si son constitutivos o no de una situación de acoso sexual o moral, según los casos. De ese juicio dependerá que la demanda sea estimada o no en los términos solicitados:

- Se aduce, así, que se ha producido un incumplimiento grave empresarial, consistente en el acoso sexual sufrido por parte de su superior. La Sala concluye que las características de esta figura jurídica –comportamiento del empresario o del superior jerárquico de naturaleza sexual y con el efecto de atentar contra la dignidad del afectado– no concurren puesto que de los hechos probados “no resulta posible deducir la presencia del acoso sexual en la relación laboral que han mantenido la recurrente y su superior jerárquico; ni siquiera existen más indicios que la denuncia formulada por la primera ante la Policía, cuyo resultado final se desconoce; no pudiendo considerarse como indicio relevante el mencionado masaje en el centro de trabajo, sin más especificaciones, no rechazado por doña L., ni tampoco el comentario sobre el buen tipo de ésta hecho a otra trabajadora” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 5 de diciembre de 2008 (JUR/2009/103005). Rec. suplicación: 1484/2008].

-Se solicita la extinción del contrato por entender que se ha producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador, alegando una situación de mobbing o burn-out. Aunque se advierte que ha habido una excesiva carga de trabajo, “no consta que haya sido de tal trascendencia como para calificarlo como conducta de mobbing ni burn-out”, ya que “no puede considerarse suficiente prueba que después la empresa haya contratado a otras personas para ayudarla en el trabajo” y “el hecho de que la empresa le encargara algunas gestiones durante un período de baja médica por lumbalgia, que la trabajadora realizó desde su casa con ordenador de la empresa, es una conducta infractora por parte de la empresa de los derechos de la trabajadora y de todo punto reprochable, pero ocurrió en un caso aislado y no continuado como se requeriría para poder calificar de mobbing la actitud de la empresa, y tampoco burn-out, pues desde que se produce ese hecho en la baja por lumbalgia y la baja por trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) trascurren siete meses, por lo que no parece existir relación directa entre un hecho y otro” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 10 de febrero de 2010 (JUR/2010/124345). Rec. Suplicación: 2229/2009].

- Se denuncia que trabajador viene recibiendo un trato degradante, con continuos insultos y menosprecios del empresario, con órdenes que eran contradictorias, lo que hace la situación insostenible, afirmando el propio trabajador que –en su opinión– concurre la causa de extinción del contrato de trabajo derivada del incumplimiento contractual grave del empresario. Sin embargo, la Sala afirma que “no se deriva en modo alguno situación de acoso al trabajador”, siendo la única realidad acreditada que “existió un altercado entre el hijo del empresario y un compañero de trabajo del actor”, no entre el empresario, su hijo y el trabajador demandante, por lo que difícilmente puede estimarse la pretensión deducida en demanda; además, a lo largo de toda la relación laboral entre la empresa y el trabajador no se constata la existencia de acoso, insulto o humillación alguna hacia el trabajador; es más, ni tan siquiera se prueba la presencia de altercado alguno entre el empresario y el actor [STSJ de Castilla y León/Burgos de 5 de julio de 2007 (JUR/2007/308367). Rec. Suplicación: 392/2007].

- Ante la solicitud de extinción contractual por haberse atentado contra la dignidad, el honor y la imagen del trabajador, la Sala constata que

“se le encomendaron funciones de mercadotecnia y conformar las bases de datos de las empresas para las nuevas necesidades”, sin que por ello “fuera preterido o maltratado con esa conducta”; por el contrario, afirma que “no hay constancia alguna de que el lugar a que fue destinado el actor pudiese ser sustituido por otro sitio físico, y los hechos acreditan que allí habían laborado al parecer tres personas”. En definitiva, “difícilmente puede considerarse que ha habido una conducta continuada de acoso y que con permanencia en el tiempo busque provocar el abandono del trabajador o su apartamiento del mercado laboral, pues el poco tiempo transcurrido prácticamente lo imposibilita” y no resulta acreditado “un comportamiento empresarial o una conducta consentidora del empresario vulneradora de los principios y derechos constitucionales del actor por lo que procede desestimar el recurso” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 18 de febrero de 2009 (JUR/2009/189330). Rec. Suplicación: 59/2009].

- En otro supuesto se concluye que “no queda acreditada situación de acoso al trabajador, pues, como acertadamente se razona en la Sentencia de instancia, los hechos o circunstancias que son destacables a los efectos pretendidos, consistentes en diferencias entre el trabajador y la empresa en relación a las funciones del trabajador y su categoría profesional, dolencias cervicales que dieron lugar a baja médica y tratamiento correspondiente, y su participación en el proceso electoral como candidato en el que no fue elegido, (...) no evidencian en modo alguno situación de acoso al trabajador, pues las discrepancias sobre las funciones realizadas en relación a su categoría, no demuestran existencia de humillación, así como tampoco las restantes circunstancias denotan actitud por parte de la empresa en el sentido que alega el recurrente, pues la circunstancia de la existencia de un despido que en vía judicial fue declarado nulo, sin que conste en la declaración de hechos probados y en la fundamentación de derecho con valor de hecho probado, dato del que pudiera desprenderse motivo alguno para dar lugar a la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, así como tampoco queda probado incumplimiento grave de la empresa ni actitud concreta por parte de ésta que hubiere ocasionado los síntomas ansioso-depresivos” [STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de julio de 2007 (JUR/2007/307085). Rec. Suplicación: 393/2007].

- Se considera que no existe acoso moral cuando simplemente se prueban “meras discrepancias con la dirección de la empresa en la toma

de decisiones”, tratándose además de “hechos asilados ocurridos en un corto lapso temporal”, y aun cuando el trabajador fue sancionado ya que “no consta que en la imposición de tales sanciones la empresa haya actuado de manera arbitraria o carente de la más mínima base o justificación” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 15 de julio de 2009 (JUR/2009/351213). Rec. suplicación: 984/2009].

- Por el contrario, la acción resolutoria se encuentra justificada cuando se comprueba que existe una conducta empresarial de menosprecio del trabajador, separándolo de sus compañeros y retirándole las rutas más cómodas o con clientes más beneficiosos, con exigencias o resultados casi imposibles. En concreto, “existe incumplimiento empresarial muy grave cuando se busca separar a un trabajador de sus compañeros, recomendándole no tomar café con ellos o excluyéndole sin causa de la cena de navidad. Existe incumplimiento muy grave cuando se dan unos niveles de exigencia claramente desproporcionados y ello acompañado de insultos, amenazas y coacciones, y concurre grave incumplimiento empresarial cuando delante de los compañeros se pone al trabajador como causa de que las cosas vayan mal”. No es que la particular psique del trabajador le haga vivir la realidad de una determinada manera sino que la realidad actuó sobre él llegando a originarle una enfermedad con manifestaciones físicas y psíquicas; y ello porque al trabajador se le sometió “a una presión tal que surgen consecuencias físicas y psíquicas (que) justifican la acción ejercitada y la estimación de la misma” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 24 de enero de 2007 (AS/2007/1539). Rec. suplicación: 2286/2006].

- También se considera que la reiteración de conductas hostiles de la empresa respecto del trabajador, que conducen a una continuada animadversión entre las partes, revisten la gravedad suficiente para declarar justificada la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50.1 de la LET. Así, se infiere esa hostilidad de los siguientes hechos probados: “No se explica de otra manera que después de un mes de vacaciones no hubieran previsto para el trabajador en los cuadrantes de la empresa un centro de trabajo para él, que después se le adjudicara otro diferente al que tenía antes de la baja médica (...) y que se le enviara a un tercero, en localidad distinta y con un cambio de horario que no es muy importante

pero que en el contexto en que se produce adquiere mayor relevancia” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 22 de octubre de 2008 (JUR/2008/387925). Rec. suplicación: 1067/2008].

- Y, finalmente, se habilita la resolución indemnizada del contrato de trabajo cuando se produce “una auténtica degradación profesional con nítidos perfiles correccionales o sancionadores, que sitúa al trabajador en su cuadro social general como sujeto sospechoso en cuanto a su capacitación, dedicación o buen hacer laboral”, y es que se había producido una “alteración categorial y de funciones –Delegado de ventas de una provincia a quien venía siendo Director Nacional del área de alimentación y delegado de dos provincias– (que) ni siquiera respeta el anterior estatus del trabajador” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 25 de abril de 2006 (AS/2006/994). Rec. suplicación: 523/2006]. En realidad, se produjo una atribución de funciones de categoría inferior, con claro perjuicio profesional y menoscabo de la dignidad del trabajador.

En conclusión, y tras el análisis de las sentencias reseñadas ut supra, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León entiende que existe motivo de extinción de la relación laboral, de demandarlo así el trabajador, cuando nos encontramos ante situaciones de hostigamiento al trabajador, frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento en el marco laboral, debiendo reservarse esta vía para los casos en que hay “un acoso sistemático, repetición de determinadas conductas con una cierta duración en el tiempo y puesta en práctica con intención de minar la autoestima del trabajador, asociado normalmente a la finalidad de hacerle romper la relación laboral” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 18 de julio de 2007 (JUR/2007/307085). Rec. suplicación: 393/2007].

Si la sentencia judicial considera justificada la demanda del trabajador y declara extinguido el contrato de trabajo por concurrir alguna de las justas causas previstas en el artículo 50.1 de la LET, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 50.2 LET). En una de las sentencias analizadas, se plantea la posibilidad de interesar, además de la indemnización tasada legalmente por

la extinción del contrato, otra indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, caso de que se admita una situación de acoso laboral denunciada y ésta suponga una vulneración del derecho a la dignidad e integridad moral u otro derecho fundamental del trabajador. Como se sabe, la jurisprudencia unificada había admitido que la indemnización prevista en el artículo 50.2 de la LET era compatible con otra suplementaria o adicional cuando la causa extintiva supusiera la lesión de un derecho fundamental [SSTS de 17 de mayo de 2006 (JUR/2006/177791) y de 7 de febrero de 2007 (JUR/2007/87910)]; doctrina confirmada expresamente por el legislador en la nueva redacción dada al artículo 181 de la LPL, por la LÓ 3/2007, de 22 de marzo. Al admitirse el ejercicio conjunto en un solo procedimiento de ambas acciones, la extintiva y la de tutela de un derecho fundamental, es lógico reconocer dos indemnizaciones, debiendo valorarse separadamente los daños y perjuicios derivados de una y otra, incluso los daños morales causados por la violación del derecho fundamental. Sin embargo, en el supuesto enjuiciado “no (se) reconoce la situación de acoso laboral u otra con entidad suficiente como para justificar la extinción solicitada ni actuación empresarial que suponga una vulneración del derecho a la dignidad e integridad moral u otro derecho fundamental” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 15 de julio de 2009 (JUR/2009/351213). Rec. suplicación: 984/2009].

2. Sobre la determinación de la contingencia

Los comportamientos empresariales de acoso o las situaciones de estrés laboral pueden ocasionar al trabajador algunas patologías de naturaleza psicológica y, particularmente, cuadros personales o síndromes ansioso-depresivos. Ante los tribunales se discute si la enfermedad padecida por el trabajador en aquellos supuestos debe ser calificada como enfermedad, común o profesional, o como accidente, laboral o no, en orden al reconocimiento de las correspondientes prestaciones. En suma, determinar el origen profesional o no de la contingencia es la cuestión conflictiva que se aborda y resuelve en numerosas sentencias. Para ello, se analizan en primer término los conceptos legales de enfermedad profesional y de accidente de trabajo [por todas, STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 11 de junio de 2008 (JUR/2008/346862). Rec. Suplicación: 232/2008].

Según la definición legal, se entiende por accidente de trabajo “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (art. 115.1 LGSS); así pues, para que la lesión corporal –daño o alteración morbosa, orgánica o funcional, de los tejidos del cuerpo humano– revista la naturaleza de accidente laboral tiene necesariamente que estar en relación con el trabajo, de manera que cuando se produce un dato o circunstancia que rompa el nexo causal, el evento perderá la calificación de accidente de trabajo. Además, el propio legislador establece que “tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo” [art. 115.2.e) LGSS]; de manera que el accidente de trabajo abarca también aquellas enfermedades, aunque sean de etiología desconocida, que no figuran reguladas en el artículo 116 de la LGSS, tipificadas en el cuadro exclusivo y excluyente de enfermedades profesionales, pero a condición de que se acredite fehacientemente que se ha adquirido únicamente en el desempeño de las funciones laborales. Por consiguiente, el concepto legal de accidente de trabajo comprende no sólo la lesión corporal o hecho traumático en sentido estricto del golpe, la herida o la quemadura, sino que también incluye la enfermedad en su acepción amplia –alteración o desviación del estado fisiológico de un organismo por acción de una causa morbosa–, tanto física como psíquica, común o profesional, siempre y cuando concurren los requisitos previstos en las normas legales para alcanzar el carácter de accidente de trabajo.

Tanto el artículo 115.2.e) como el artículo 116, ambos de la LGSS, consideran la enfermedad como riesgo profesional, dándole un tratamiento jurídico homogéneo, pero con una clara diferencia: de una parte, a la consideración de enfermedad profesional se llega en el artículo 116 de la LGSS a través de una presunción legal nacida de la doble lista de actividades y enfermedades, fijando determinadas enfermedades que vienen atribuidas a concretas actividades laborales conforme a un listado previo, listado que puede ser ampliado y que actualmente figura en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social; de otra, en el artículo 115.2.e) de la LGSS no existe presunción legal, sino que se debe acreditar la relación causal entre las secuelas clínicas y su origen,

es decir, resulta necesaria por parte del actor la prueba del nexo causal enfermedad-trabajo.

Desde la perspectiva legal, en definitiva, las enfermedades de origen laboral pueden ser de dos tipos: enfermedades profesionales y enfermedades de trabajo, que se califican *ex lege* como accidente de trabajo. Estas últimas se definen por su relación directa y exclusiva con el trabajo y también por su exclusión del cuadro oficial de enfermedades profesionales, de modo que tienen tal consideración aquellas enfermedades relacionadas con el trabajo pero no incluidas en el listado de enfermedades profesionales. Además hay que diferenciarlas de la enfermedad común, pues ésta es una enfermedad ajena al trabajo y a la condición de trabajador de la persona que la padece. Es determinante, por consiguiente, probar que la enfermedad tuvo como causa la ejecución del trabajo; así, existirá accidente de trabajo cuando la enfermedad se origine exclusivamente por el trabajo, por lo que el nexo de causalidad debe ser directo, descartándose a estos efectos cualquier otra conexión indirecta, ocasional o concausal.

Las enfermedades del trabajo, entre ellas las patologías psíquicas, pueden ser causadas por el *mobbing* o acoso moral, integrado éste por un elemento intencional lesivo, ya proceda del empleador o superiores jerárquicos –*bossing*– o de compañeros –*mobbing horizontal*–, o por las situaciones de *burn-out*, donde aquel elemento intencional está, en principio, ausente.

El *burn-out* se presenta como un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que según tanto la Psicología del Trabajo como la Medicina Forense se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El trabajador “quemado” por la actividad laboral, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no tiene ganas, y presenta características como la despersonalización –manifestada en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo con rutinización de tareas–, aislamiento del entorno laboral y social y, frecuentemente, un trastorno psíquico adaptativo crónico que se manifiesta en cuadros de ansiedad y/o depresivos. Respecto de sus causas, se apuntan como estresores laborales desencadenantes los vinculados al puesto de trabajo.

Si este conjunto de circunstancias se sucede, la enfermedad sufrida por el trabajador podrá calificarse como accidente de trabajo.

En un supuesto concreto se diagnosticó a un trabajador el síndrome de burn-out o desgaste profesional, sufriendo un estrés laboral que le produjo una depresión, por lo que recibía asistencia médico-psiquiátrica. Este diagnóstico es confirmado por la Sala puesto que “existe una relación de causalidad entre el trabajo que es el causante y tal enfermedad”, quedando probado que “el estrés crónico de origen laboral ha sido un factor esencial en la aparición de su problema psiquiátrico”, concurriendo la relación causal entre las secuelas clínicas y su origen, es decir, se ha probado el nexo causal enfermedad-trabajo, y “no existiendo circunstancias concurrente ajenas al trabajo que hubieran desencadenado o al menos coadyuvado a desencadenar la patología sufrida, que esta toda ella relacionada con el trabajo” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 11 de junio de 2008 (JUR/2008/346862). Rec. Suplicación: 232/2008].

Como en el caso referido, en las situaciones de estrés laboral y de acoso al trabajador la calificación como accidente de trabajo de un proceso de enfermedad requiere la acreditación, con carácter fehaciente, de la relación causa-efecto entre la realización de un trabajo y la aparición posterior de esa enfermedad. Que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de un trabajo no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, pues para ello es necesario que “se demuestre la efectiva influencia de aquel trabajo en la aparición de la enfermedad” [STS de 24 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4498)], exigiéndose además que se demuestre que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. En consecuencia, del cumplimiento de estos requisitos y de su prueba dependerá la calificación de la contingencia como accidente de trabajo.

En una de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se relata que a una trabajadora se le diagnosticó un “trastorno adaptativo con sintomatología mixta depresivo-ansiosa, reactivo a situación laboral estresante/conflictividad laboral”, ya que días antes a la situación de incapacidad temporal sufrió un episodio donde el encargado de la empresa “se había resistido a que la actora disfrutara del permiso para asistir a una boda, pese a tenerlo concedido”, siendo que ese encargado “controlaba el cumplimiento de las funciones de los

trabajadores –incluyendo la demandante–, (y) recriminaba con malos modales a éstos las deficiencias que advertía”. Se infiere, por tanto, “la presencia de motivos laborales razonables que justifican la aparición de la situación de estrés laboral”, sucediéndose causas más que suficientes para entender que el episodio de baja laboral por estrés tiene su origen precisamente en la actividad laboral desarrollada por la demandante. En definitiva, quedando probado que se trataba de una situación de trastorno de ansiedad y depresivo atribuible al estrés laboral, se considera ajustada a Derecho la calificación como accidente de trabajo, lo que es posible también “cuando se trata de supuestos donde no concurre responsabilidad o cierta culpa por parte del empresario, extendiéndose su consideración incluso a otros supuestos donde la enfermedad se manifiesta como reacción de la persona trabajadora a determinadas decisiones del empleador o situaciones laborales, aún cuando no sean ilegales o no lleguen a constituir acoso moral” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 10 de mayo de 2007 (JUR/2007/241741). Rec. suplicación: 291/2007].

Otro pronunciamiento, tras afirmar que no se trata de un supuesto que pueda incardinarse dentro de las enfermedades profesionales, confirma que la situación de incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo, en tanto la enfermedad “se la produce el trabajo que desarrolla, dado que es el temor insuperable que padece a tener contacto con los productos que le causan la urticaria lo que le desencadena la ansiedad-neurosis”, siendo esta última la enfermedad que se diagnostica al trabajador [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 26 de septiembre de 2007 (JUR/2007/353714). Rec. suplicación: 1319/2007].

En cambio, otra sentencia concluye que “en modo alguno se observa que el comportamiento de la empresa fuera arbitrario, o que sus decisiones tuvieran su origen en una voluntad de perjudicar, o intimidar, al demandante”. Y es que los hechos probados “no reflejan bajo ningún concepto actitud alguna de menosprecio o de hostigamiento hacia él”, de forma tal que el supuesto mobbing ejercitado contra el trabajador “sólo tiene su origen en las propias manifestaciones del actor, sin que exista bajo ningún concepto prueba alguna que determine su existencia”, ni prueba de que las dolencias “tengan su origen en la realización de su actividad laboral o que hayan surgido con ocasión del ejercicio de la misma” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 19 de septiembre de 2006 (AS/2006/2998). Rec. suplicación: 605/2006].

La misma línea argumental sigue otro pronunciamiento de la citada Sala, negando la existencia de acoso laboral o mobbing y, consecuentemente, la calificación de accidente de trabajo cuando “no hay elemento de juicio objetivo que revele una relación siquiera incidental entre la actividad laboral y las dolencias del trabajador” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 5 de diciembre de 2008 (JUR/2008/72693). Rec. suplicación: 741/2007].

Finalmente, encontramos dos supuestos de enfermedad que se manifiesta en forma de dolencia cardiaca o infarto de miocardio, denunciando los trabajadores afectados que el origen de la citada patología es el estrés laboral y demandando que se califique la contingencia como accidente de trabajo. En uno la dolencia empezó a manifestarse cuando el trabajador se encontraba en el autobús de la empresa realizando el trayecto de vuelta a casa y una vez finalizada la actividad laboral propiamente dicha, sin que en los hechos probados exista constancia “de un especial estrés en el desempeño de la actividad laboral del trabajador, ni con carácter habitual, ni en el mismo día donde se produjo (la dolencia); ni tampoco que las exigencias de su actividad laboral requieran un especial esfuerzo físico que pudiera haber contribuido a originar la lesión cardíaca o a agravar la preexistente” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 20 de julio de 2010 (JUR/2010/302719). Rec. suplicación: 426/2010]. En otro, dado que el trabajador sufre el infarto en su domicilio mientras dormía, se debe acreditar “la relación de causalidad entre infarto y trabajo, extremo que no ha conseguido pues, aún admitiendo –como hace el Juez de instancia– que el actor pudiera estar estresado por el trabajo, existían otros factores de riesgo que, aunque no fueran alarmantes, sí pudieron ser determinantes en la producción del infarto, como la dislipemia o el tabaquismo”; como no se puede concluir “con absoluta certeza que el infarto tuviera como única causa el trabajo” se confirma el carácter común de la enfermedad [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 7 de octubre de 2009 (JUR/2009/469353). Rec. suplicación: 426/2010].

3. Sobre el recargo de prestaciones

Como se sabe, todas las prestaciones económicas de Seguridad Social que tienen su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se

deben aumentar de un 30 a un 50 por 100, según la gravedad de la falta, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador (art. 123.1 LGSS).

Únicamente en un recurso de suplicación resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se resuelve el conflicto que enfrenta a la empresa con la trabajadora implicada, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, discutiéndose sobre la aplicación o no del recargo de prestaciones.

La trabajadora, primero, causó baja médica por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y, meses después, fue dada de alta, por propuesta de incapacidad permanente para su profesión habitual; los médicos psiquiatras le diagnosticaron “un trastorno adaptativo con sintomatología mixta ansioso-depresivo en contexto de estrés previo por mobbing o acoso, con evolución tórpida”. Resulta, según el relato de hechos probados, que el acta de infracción impulsada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social describió una serie de hechos contrarios a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, los calificó como constitutivos de una infracción por falta muy grave –según los artículos 8.11 y 12.1, 8 y 16.f) LISOS– y propuso la imposición de una sanción económica a la empresa; a continuación, la Delegación Territorial de Trabajo impuso la sanción propuesta. Asimismo, en el expediente administrativo de recargo de prestaciones, el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades propuso que se declarara la responsabilidad empresarial y que se estableciera un recargo del 50 por 100 sobre todas las prestaciones a cargo de la empresa y, finalmente, la resolución administrativa declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo en el accidente sufrido por la trabajadora, entendiendo procedente que las prestaciones de la Seguridad Social se incrementaran en el porcentaje señalado.

De modo paralelo, en las diligencias previas tramitadas ante el Juzgado de Instrucción competente, tras la práctica de las actuaciones tendentes a la investigación y esclarecimiento de los hechos denunciados, mediante auto se acordó el sobreseimiento provisional y el archivo, por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito.

Ahora bien, la Sala no considera aplicable el recargo de prestaciones porque “la situación de acoso como causa de sus dolencias psíquicas no se desveló en las diligencias penales y, en su consecuencia, no acreditada la relación causa-efecto para que proceda la imposición del recargo de prestaciones, pues (...) las diferencias constatadas por el Magistrado de instancia, entre el acta de la Inspección y las declaraciones de los testigos en las diligencias penales, hacen que quede sin acreditarse dicha relación causa-efecto” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 30 de octubre de 2007 (JUR/2008/46156). Rec. suplicación: 519/2007].

En suma, siendo posible la imposición del recargo de prestaciones cuando suceden comportamientos empresariales contrarios a la dignidad de los trabajadores, como puede ser una situación de acoso laboral o mobbing, en el caso enjuiciado no se prueba tal situación acoso que atente contra la dignidad de la trabajadora, por lo que, no quedando probado la inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, se decide no aplicar el recargo de prestaciones.

4. Sobre la posibilidad de indemnización por el daño moral causado

La empresa está obligada a preservar a los trabajadores frente a las situaciones de acoso: no sólo en los supuestos de “acoso jerárquico”, que le es directamente imputable al provenir de la cadena de mando bajo la cual está el trabajador, sino también en relación con el denominado “acoso ambiental”. La obligación en este último caso se asienta sobre las facultades de dirección que tiene la empresa sobre el conjunto de su organización productiva, de forma que está obligada a impedir, mediante el ejercicio de las mismas, que en el seno de esa organización se dañen los bienes jurídicos fundamentales de los que es titular el trabajador. Estos bienes pueden estar ligados a la salud y a la integridad física, pero también a otros derechos de las personas como puede ser el de la integridad

moral. Para el caso de la protección de la vida, la salud y la integridad física existe una normativa compleja y detallada de prevención de riesgos laborales que es de aplicación cuando la situación de acoso ambiental amenaza con causar daños a la salud psíquica del trabajador. No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con el deber empresarial de tutela del trabajador en otros ámbitos, como es el de la integridad moral, aspecto sin desarrollo normativo específico, lo que no impide apreciar la responsabilidad empresarial por aquellos daños, para cualquier tipo de bien o derecho, producidos por su organización productiva.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, ante las amenazas, coacciones e insultos recibidas por un trabajador de parte de otro, que era su superior jerárquico, confirma que “la empresa, conforme a la función sancionadora de la que es titular, (...) debería haber actuado, en consecuencia, con el fin de resarcir el daño moral sufrido por el trabajador afectado, dentro de su ámbito laboral de competencia, siendo aquél atendible, legítimo y defendible” [STSJ de Castilla y León/Burgos (Social) de 28 de enero de 2010 (JUR/2010/101360). Rec. suplicación: 772/2009]. Como el empresario tiene la obligación de impedir, mediante el ejercicio del poder de dirección y disciplinario, que en el seno de la empresa se dañen los bienes y derechos fundamentales de los trabajadores, si pese a ello se prueba el daño moral deberá reconocerse una indemnización a favor del trabajador, compensatoria del mismo.

Generalmente, cuando no resulte probado el acoso laboral se denegará, por inexistencia de daño moral, la indemnización que se hubiera solicitado, junto con el cese del comportamiento hostil hacia el trabajador. En efecto, “no pudiendo identificarse sin más el estrés o precariedad (interinidad) laboral con una situación de mobbing, esta Sala confirma la apreciación del juzgador sobre la no concurrencia de la situación de acoso en el trabajo que se denuncia en la demanda y, consecuentemente, sobre la desconexión de sus padecimientos psíquicos a una situación de aquélla naturaleza” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Contencioso-Administrativo) de 6 de febrero de 2009 (JUR/2009/198428). Rec. apelación: 272/2004]. Con otras palabras, cuando los hechos que se declaran probados –mero ejercicio arbitrario del poder de dirección que no perjudica la dignidad de la trabajadora ni tiene como objeto conseguir que ésta abandone su puesto de trabajo– no permiten afirmar la existencia de acoso moral el trabajador, “no tiene derecho a percibir la cantidad que solicita en

concepto de indemnización de daños y perjuicios” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 1 de octubre de 2008 (AS/2008/2536). Rec. Suplicación: 1024/2008].

De igual manera, se deniega la indemnización por eventuales daños para la salud del trabajador cuando “la situación de ansiedad y depresión es muy anterior a los hechos, por lo que no puede vincularse causalmente a los mismos” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 19 de diciembre de 2007 (AS/2008/784). Rec. suplicación: 1991/2007].

La indemnización por el daño moral sufrido se considera procedente, excepcionalmente, cuando el acoso moral denunciado por el trabajador no queda suficientemente probado. Así, por ejemplo, se concluye “que pese a que tales extremos acreditados –traslado injustificado de despacho en dos ocasiones, ocupando el empleado un lugar inadecuado y desvío de llamadas– no sean bastantes para integrar una situación de acoso, sin embargo, considerados aisladamente sí que han afectado a la dignidad del funcionario, lo que necesariamente se traduce en la consideración de que se ha producido un daño moral que merece ser reparado” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 2006 (JUR/2006/256892). Rec. Apelación: 272/2004].

55

Ante la dificultad que –de facto– conlleva probar una situación de acoso laboral, si resulta afectado un derecho fundamental, como en estos supuestos la dignidad e integridad moral, es posible aplicar el principio de inversión de la carga de la prueba, de manera que, cuando aparezca un panorama indiciario de que la decisión adoptada o la conducta empresarial va destinada a limitar aquel derecho o pueda constituir una represalia, se impone la inversión de la carga de la prueba prescrita en los artículos 96 y 179.2 de la LPL, “lo que exige del empresario una conducta activa destinada a acreditar que la medida adoptada es totalmente ajena a tal finalidad de restricción o represalia” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 19 de diciembre de 2007 (AS/2008/784). Rec. suplicación: 1991/2007].

En cualquier caso, probado el daño moral, el órgano judicial tiene plenas facultades para valorarlo y fijar el quantum que compense el menoscabo profesional sufrido.

5. Otras cuestiones de interés

La situación de acoso, cuando no logra el objetivo oculto de extinguir la relación contractual por dimisión del trabajador o por abandono del puesto de trabajo, puede concluir con la decisión empresarial de despido, articulado formalmente como una reacción disciplinaria ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador; así, el cese del trabajador acosado resulta ser el acto último del comportamiento hostigador. En tales circunstancias, el despido del trabajador puede calificarse como nulo cuando se acredite la falta de causa del despido y se compruebe que se trata de un acto que vulnera un derecho fundamental del trabajador, como la dignidad e integridad moral. En este contexto, resulta esencial valorar de manera global la conducta de la empresa, de manera que “el conjunto de actos que ha venido a realizar –el traslado, aislamiento y falta de ocupación efectiva de la trabajadora– forman una unidad de intención y conducta, en la cual se incluye como elemento final el despido practicado, con el que se obtiene el resultado pretendido, aún cuando se venga finalmente a asumir el coste económico propio del despido improcedente”. El reproche de inconstitucionalidad que debe hacerse a la conducta de la empresa, “en cuanto vulneradora de la dignidad e integridad moral de la trabajadora, se extiende así también al acto del despido, que por tanto es vulnerador de derechos fundamentales de la trabajadora”. En estos casos, no puede sostenerse una autonomía del acto del despido que permita separar el mismo del resto de la conducta de acoso, precisamente por cuanto, como se ha dicho, “el mismo ha sido totalmente acausal, no porque no se haya probado la causa alegada del mismo, sino porque ésta resulta falsa” [STS] de Castilla y León/Valladolid (Social) de 12 de febrero de 2008 (AS/2008/1302). Rec. suplicación: 105/2008].

En la mayoría de los supuestos, por el contrario, impugnado un despido disciplinario por considerar el trabajador que ha existido acoso moral o mobbing, se ha declara el despido improcedente. La razón de esta decisión no es otra que la inexistencia de acoso, por falta de prueba:

- El despido decidido por la empresa “en modo alguno puede ser considerado como constitutivo de mobbing, pues partiendo de los inalterados hechos probados ninguna circunstancia se extrae de los mismos que evidencia tal realidad; es más, tal y como consta en los documentos médicos aportados, el quejoso inició su seguimiento

médico-psicológico en fechas próximas a aquélla en que la empresa adoptó la decisión de despedirle” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 22 de diciembre de 2009 (AS/2010/209). Rec. suplicación: 2006/2009].

- Las relaciones tensas y las discusiones con un superior jerárquico, así como los celos profesionales que ocasionan un mal ambiente en el trabajo, “no constituyen ni el acoso moral o psicológico ni tampoco la deslealtad y el abuso de confianza que se imputan a la trabajadora en la carta de despido” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 24 de septiembre de 2008 (AS/2008/2921). Rec. suplicación: 946/2008].

En otro supuesto, se declara que la empresa no ha ejercido una conducta de acoso moral, sin que pueda calificarse como tal la decisión de despedirle, aunque el despido fuera calificado como nulo; así, “puede reconocerse que el actor durante la tramitación de su despido ha estado sometido a una tensión o estrés, pero no puede considerarse que la actuación de la empresa al despedir al actor sea la causa directa y exclusiva de la enfermedad que ha determinado le sea reconocida la Incapacidad Permanente Absoluta, por padecer la enfermedad mental de esquizofrenia paranoide, enfermedad que se caracteriza por la pérdida de contacto con la realidad y cuya etiología es variada (hereditaria, viral, malformaciones del cerebro), pudiendo favorecer su aparición las situaciones estresantes si bien no se consideran causa directa de dicha enfermedad” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 24 de septiembre de 2008 (AS/2008/2921). Rec. suplicación: 946/2008].

Causa cierta sorpresa otro pronunciamiento judicial en el que se constata una situación de mobbing o acoso laboral y, a consecuencia del mismo, la empresa decide despedir a la trabajadora causante del mismo. La Sala afirma que “nos encontramos en el presente caso con la figura conocida como mobbing o acoso moral en el ámbito laboral ya que tal calificación es la que merece el contenido del mensaje remitido por la actora a otra compañera de trabajo diciéndole «te voy a amargar la existencia. Hasta cuando no estés en D.», (...); el acoso laboral está recogido como justa causa de despido en el artículo 54.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, si bien sólo cuando el mismo obedece a razones discriminatorias, es decir, por razón del origen étnico o racial, religioso, convicciones, discapacidad,

edad o relación sexual del acosado; el acoso aquí enjuiciado no puede pues considerarse como tipificado en citada norma porque no consta tenga algún contenido discriminatorio, ni tampoco puede reconducirse tal conducta, como pretende la empresa, al apartado a) –ofensas verbales o físicas– o al apartado d) –trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza– del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que las conductas descritas en los citados apartados nada tienen que ver con lo aquí enjuiciado” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 14 de julio de 2006 (AS/2006/2326). Rec. Suplicación: 1247/2006].

Entendemos que el comportamiento del trabajador calificado como acoso o mobbing hacia otro trabajador de la empresa debe ser sancionado con el despido, considerándolo un incumplimiento contractual grave y culpable que transgrede la buena fe contractual o, si aquel fuera un superior jerárquico, que supone un abuso de confianza [art. 54.2.d) LET], al margen de que pueda ser o no discriminatorio. De la misma manera que se declara procedente el despido de un trabajador por acoso sexual a una trabajadora de la empresa que, además, no obedece la orden de no quedarse a solas con las trabajadoras, produciéndose además un perjuicio para la empresa “no solamente en lo relativo al deseable ambiente laboral que debe regir en la misma, sino también en cuanto a las posibles responsabilidades que de esta conducta del trabajador se hubieran podido derivar para la misma si la hubiese amparado o consentido, no sancionándola adecuadamente” [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social) de 24 de marzo de 2010 (JUR/2010/163586). Rec. suplicación: 329/2010].

IV. La responsabilidad penal

Entre los años 2006 y 2010, no se han encontrado pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León donde se valoren situaciones de hecho relacionadas con el acoso moral o mobbing a los efectos de determinar, en su caso, la responsabilidad penal de los autores. Como se sabe, los supuestos de acoso moral o psicológico pueden dar lugar a un delito contra la integridad moral de las personas (art. 173.1 CP). Ante la generalidad de este tipo delictivo, la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 173.1 del CP, castigando con la misma pena de prisión de 6 meses a 2 años “los que, en el ámbito de cualquier relación laboral

o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”. Se facilita así el enjuiciamiento penal de las conductas de acoso laboral y se amplía el ámbito de la responsabilidad penal del empresario o de los superiores jerárquicos en las relaciones laborales.

Tampoco se han localizado sentencias que apliquen el tipo delictivo recogido en el artículo 184 del CP: “El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses”; dicha pena es mayor, de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses, “si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación”.

V. Conclusiones y recomendaciones

La primera dificultad que encuentran los órganos judiciales es delimitar las diferentes situaciones de riesgo para determinar, en cada caso juzgado, si los hechos que se declaran probados encajan o no en alguna de la figuras. De entre todas ellas, tan sólo el acoso sexual se define *ex lege*, por lo que en los restantes el juzgador, primero, debe afirmar un concepto para concluir, después, si el tipo previamente descrito se corresponde con la situación fáctica que se le presenta. Sin duda alguna, aun reconociendo la labor creadora de la jurisprudencia y en aras a preservar la seguridad jurídica, sería conveniente que el legislador aportara las definiciones precisas de cada uno de los riesgos psicosociales, ajustándose la actuación juzgadora a su función natural de interpretación de las normas.

Por lo general, se observa –fundamentalmente en los supuestos de acoso moral o *mobbing*– una notable dificultad para reconocer las situaciones así calificables, por exigirse la presencia conjunta de una serie

de elementos caracterizadores, a modo de requisitos, lo que restringe la posibilidad de reconocer aquellas conductas contrarias a la dignidad e integridad de los trabajadores, que pueden llegar a perjudicar su salud. No resulta extraño, en consecuencia, que se haya reconocido el derecho a percibir una indemnización por el daño moral sufrido, incluso cuando el acoso moral denunciado por el trabajador no queda suficientemente probado.

En cuanto a su prevención, nuestro ordenamiento no establece una obligación específica de prevención y protección, resultando aplicable el deber general del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). Por supuesto, en el cumplimiento de este deber general de prevención son aplicables los principios de la acción protectora, debiendo el empresario elaborar el plan de prevención, realizar la evaluación de los riesgos y planificar la actividad preventiva teniendo en cuenta las nuevas situaciones de riesgo psicosocial. Entre las resoluciones analizadas, solamente una situación laboral de acoso denunciada, cuyo efecto directo fueron unas dolencias psíquicas para el trabajador, concluyó en la vía administrativa con la imposición del recargo de prestaciones; y es que se entendió que el empresario no había observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, en sede judicial no quedó acreditada la situación de acoso laboral, anulándose la imposición del recargo de prestaciones. En este pronunciamiento se pone de manifiesto, no sólo que las situaciones de acoso que ocasionen mermas en la salud del trabajador puedan dar lugar a prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas de un riesgo profesional, sino también que las resultas pueden presuponer una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, lo que justifica, en último término, la imposición del recargo de prestaciones. En definitiva, el deber empresarial de tutela se extiende también al ámbito de la integridad moral, sin que la ausencia de un marco normativo específico de protección impida trasladar la responsabilidad al empresario por los daños producidos en el seno de su organización productiva.

La reparación del daño causado –lo más común son patologías psíquicas– no resulta plenamente ventajosa para el trabajador. A través del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, el trabajador puede solicitar el cese del comportamiento hostil y, de acreditar un daño moral, pedir una indemnización compensatoria. También puede demandar la

extinción de la relación contractual por el incumplimiento empresarial grave de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, si bien –salvo situaciones excepcionales– está obligado, mientras se resuelve el conflicto, a continuar la prestación de servicios. En este último supuesto, además de la indemnización tasada legalmente por la extinción del contrato, el trabajador tendrá derecho a una indemnización adicional por la lesión de derechos fundamentales, caso de que la situación de acoso suponga una vulneración del derecho a la dignidad e integridad moral u otro derecho fundamental del trabajador. Con todo, no resulta satisfactoria la posición del trabajador ya que a la dificultad probatoria de los hechos se suma el periodo de espera, puesto que ha de continuar la prestación de servicios, hasta la resolución judicial del vínculo jurídico, salvo situaciones lesivas para el trabajador contrarias a su dignidad, integridad personal o, en general, a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona.

Ciertamente, de otra parte, favorece los intereses del trabajador que patologías originadas por estos riesgos psicosociales tengan la consideración jurídica de accidente de trabajo. Confirmar el origen profesional de la contingencia suele ser una cuestión conflictiva que los tribunales resuelven positivamente cuando se demuestra que –pese a no estar ante una de las incluidas en el listado de enfermedades profesionales– la enfermedad ha sido contraída por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, teniendo por causa exclusiva en la ejecución del mismo [art. 115.2.e) LGSS]. De ser así, ello dará lugar a una protección más amplia, con prestaciones económicas de cuantía superior a las que le corresponderían si se determinara el origen común de la contingencia.

A la vista de cuanto se ha expuesto, tras el análisis de la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, cabe proponer algunas recomendaciones, dirigidas especialmente a los poderes públicos:

- Se impone una intervención legislativa para definir de los riesgos psicosociales e instrumentar una tutela preventiva específica.
- Cuando los actos del empresario sean contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, o supongan acoso sexual o por razón de sexo, deben denunciarse ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para, en su caso, determinar

la responsabilidad administrativa del infractor, pudiéndose proponer la imposición del recargo de prestaciones.

- El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales se presenta como el cauce procesal más adecuado para lograr de manera urgente el cese de la conducta empresarial, estando obligado el Juez, de declarar la existencia de vulneración del derecho, a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido. Esta indemnización resulta compatible con la que, en su caso, pudiera corresponder al trabajador por la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 de la LET. No hay que olvidar que, ante la dificultad de probar las situaciones de acoso, si se pueden constatar indicios de que se ha producido la lesión de un derecho fundamental corresponde al empresario aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas; es decir, se aplica el principio de inversión de la carga de la prueba.

- Otra alternativa procesal es demandar la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empresario, al objeto de conseguir una declaración judicial resolutoria del contrato de trabajo, con una indemnización igual a la del despido disciplinario improcedente (art. 50 LET). Cuando ese incumplimiento grave denunciado por el trabajador suponga también la lesión de un derecho fundamental, por esta vía procesal se conseguiría igualmente aquella indemnización adicional por el daño ocasionado. Se debe tener en cuenta, asimismo, que no se requiere la continuidad de la prestación de servicios mientras se resuelve aquella demanda si está en riesgo o se atenta contra la dignidad, la integridad personal o, en general, cualquier otro de los derechos fundamentales que corresponden al trabajador.

- Se impone una mayor colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Fiscal. Este último debe notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre los hechos que puedan resultar constitutivos de infracción; notificación que produce la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Público notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o del auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial. Y, por el contrario, si la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social aprecia la posible comisión de un delito debe remitir al Ministerio Fiscal una relación circunstanciada de los hechos que haya conocido y de los sujetos que pudieren resultar afectados. Al respecto, se deben tener presentes los tipos delictivos previstos en los artículos 173.1 y 184 del CP.

- Se debe fomentar la colaboración del trabajador acosado y de los restantes trabajadores con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con el Ministerio Fiscal.

CATALUÑA

I. Aclaraciones previas

A continuación se muestran las conclusiones extraídas del análisis de las sentencias dictadas en el periodo comprendido entre 1998 y primer semestre de 2010, en las Salas penales de las Audiencias provinciales catalanas, así como en las Salas de lo Social y de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en las cuestiones relacionadas con los diversos riesgos psicosociales estudiados: acoso sexual, acoso moral, y estrés, incluida su modalidad específica de burn out. El total de 618 corresponden a todos los asuntos enjuiciados en dicha salas, según consta en la base de datos interna del Consejo General del Poder Judicial, con exclusión de los que versaron única y exclusivamente sobre el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente a los efectos protectores derivados de la Ley General de la Seguridad Social (arts. 136 y ss).

65

Se indican los resultados estimatorios o desestimatorios de las sentencias analizadas en función del riesgo considerado, y no tanto según la suerte estimatoria del recurso, por lo que la indicación “estimatorio”/”desestimatorio” que se incluye en un documento anexo en el que se listan todas y cada una de ellas corresponde en realidad a la apreciación o no de la concurrencia del riesgo analizado.

Cada sentencia se cita con la fecha e indicación entre paréntesis del número del recurso.

II. Las tendencias observadas

En el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 15 de mayo de 2010 se han procesado un total de 538 sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña y las 42 de la Sala de lo Contencioso-administrativo que abordan la problemática relativa a los conflictos derivados de acoso moral y sexual, estrés y burn out, así como las 38 que abordan tipos sancionadores en relación con acosos de tipo sexual o moral de las Audiencias Provinciales de Barcelona (en su mayor parte), Girona, Lleida

y Tarragona. En total, pues, el número de pronunciamientos dictados en dichos ámbitos alcanza en el mentado período un total de 618.

El examen de las sentencias dictadas por las diferentes salas de los tribunales del ámbito geográfico de Cataluña (Sala social, contencioso-administrativa, penal y civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y salas penal y civil de las Audiencias Provinciales de las cuatro provincias catalanas) muestra una clara preferencia hacia el orden social de la jurisdicción como órgano judicial preferido para la resolución de los conflictos planteados como consecuencia de una situación de acoso en el trabajo (moral, sexual o de género), o bien para la obtención de la reparación derivada de los daños causados por la influencia del estrés laboral (y entre sus distintas manifestaciones, del síndrome del quemado o burn out), por ser éste el orden jurisdiccional natural para este tipo de cuestiones, siendo la mayoría referidas a la solicitud de prestaciones de la Seguridad social en sus distintos regímenes (salvo el especial de funcionarios públicos).

La primera de las razones que justifican esta preferencia es el propio contexto en el que se produce el conflicto, el trabajo, que justifica que, cuando la relación de servicios de la que trae causa es por cuenta ajena, la persona afectada busque una solución que proporcione el ordenamiento jurídico laboral en el marco del contrato de trabajo. Pero ésta no es la única, naturalmente, pues la facilidad, gratuidad, cercanía y rapidez del orden social permiten dar una explicación sencilla a esta inclinación, amén de la escasa probabilidad de una multa por temeridad, resultado habitualmente descartado en esta jurisdicción cuando llega a plantearse (cfr. sentencia de 7 de noviembre de 2005, 8278/2004, en la que se plantea la demanda para obtener una indemnización adicional por daños y perjuicios a la ya conciliada con la empresa).

Sin embargo, existe un porcentaje menor de casos en los que tan obvia respuesta no es de aplicación, pues las características del caso y los objetivos buscados se apartan de la regla general anterior. En este menor número de casos, la víctima se inclina por el orden penal, con bastantes prevenciones considerando los antecedentes judiciales sobre el particular tanto como la naturaleza –especial gravedad– de los hechos que permitirían canalizar la respuesta jurídica preferentemente hacia el plano laboral (a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de

18 de noviembre de 2003 [rec. de apelación núm. 6435/2003] afirma que existe “consenso unánime en que su prevención y remedio debe abordarse preferentemente desde el plano del derecho laboral, reservando la intervención penal para los casos de especial gravedad”), en el que un riesgo adicional se suma a la dificultad de obtención de una solución satisfactoria para quien la activa: la posibilidad de incurrir en nuevo delito contra el presunto autor del delito si se tratara de una acusación infundada (injurias¹ o calumnias², procedimiento en el que aparece con cierta frecuencia confundida la denuncia de una situación de acoso), junto con la escasa posibilidad de éxito de la acción. En alguna ocasión, se intentan ambas vías, no obstante. Es el caso del supuesto resuelto por el Auto de la AP de Barcelona de 15 de septiembre de 2003 (Repertorio Aranzadi 257588), que toma la definición del acoso del ámbito social³.

El orden civil es el pertinente para obtener una reparación económica del daño moral derivado de los supuestos de acoso (que la STS de la sala primera, de 30 de julio de 2001 ([RJ 2001\5183] define como «los infringidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales»), si bien, como podrá comprobarse a continuación, ésta constituye una jurisdicción residual en la práctica forense, atendida su escasa utilización por las víctimas de acoso laboral.

En todo caso, la jurisdicción “natural”, si se advierte la estadística obtenida de la observación de los asuntos que han sido resueltos por la Sala de lo social del TSJ de Cataluña en el periodo de referencia (enero

1 *Es el caso de la situación enjuiciada en la sentencia de 22 de marzo de 2010 (Sala Social), (7503/2009), en la que se confirma la multa por temeridad impuesta en la instancia a la trabajadora que había alegado ofensas e insultos, con citación de varios testigos, sin que acreditara tales hechos.*

2 *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala Penal) de 2 de mayo de 2005 (117/2005), en la que se condena por calumnias a trabajadora que previamente había denunciado por acoso sexual. Asimismo, sentencia de la misma audiencia y sala de 6 de septiembre de 2006 (161/2006), sobre un caso idéntico. Así como la de 12 de diciembre de 2005 (305/2005), idéntico supuesto, de la Audiencia Provincial de Lleida.*

3 *Precisamente en este caso se resolvía la querrela de un trabajador contra sus superiores jerárquicos, tras haberse sustanciado procedimiento social por despido, afirmando el primero que la conducta de los querrelados se dirigía precisamente a compelir a éste a autodespedirse, lo que no habrían obtenido por esa vía indirecta, por lo cual habían recurrido a la vía directa del despido efectivamente producido. No obstante, la sentencia de 15 de mayo de 2002 del juzgado de lo social número 15 de Barcelona (dictada en el procedimiento núm. 016/2002) desestimó la acción interpuesta por el trabajador para que se declarase el despido improcedente.*

de 1998 a mayo de 2010), parece ser la social, pues en el citado periodo un total de 538 sentencias resolvieron conflictos derivados de acoso moral y sexual, estrés (y en particular burn out), correspondiente a un 0,49% de la actividad jurisdiccional total de dicha Sala, frente a 80 provenientes del resto de salas, tanto del Tribunal Superior como de las Audiencias Provinciales del ámbito territorial de Cataluña (el total fue de 618). Según se muestra en el siguiente gráfico, la incidencia de este tipo de asuntos en el conjunto de actuaciones de la Sala social (0,49%) es notablemente superior al de otras salas (un 0,06 % en la de lo Contencioso-administrativo y un 0,02 % en las Audiencias Provinciales⁴):

ÓRGANO JUDICIAL	NÚMERO DE SENTENCIAS	PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL
Sala de lo Social TSJ Cataluña	538	87 %
Sala de lo Contencioso-administrativo TSJ Cataluña	42	6,8 %
Audiencias Provinciales catalanas	38	6,2 %
TOTAL	618	100 %

Del análisis de dichos datos estadísticos se derivan los datos que se ofrecen a continuación, en relación, por una parte al riesgo psicosocial analizado y, por otra, a los porcentajes de estimación/desestimación globales.

RIESGO PSICOSOCIAL	NÚMERO TOTAL DE SENTENCIAS	PORCENTAJE
Acoso moral	454	73,5 %
Acoso sexual	105	17 %
Estrés	50	8 %
Burn out	9	1,5 %

⁴ El mayor número de sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto del resto de las provinciales catalanas conduce a pensar que las denuncias son más frecuentes en dicha provincia, según el tipo de empresa y sector en los que se producen tales conductas, y el contexto social diferenciado entre la misma y otras provincias catalanas.

NÚMERO TOTAL DE SENTENCIAS ESTIMATORIAS	PORCENTAJE	NÚMERO TOTAL DE SENTENCIAS DESESTIMATORIAS	PORCENTAJE
186	30,1 %	432	69,9 %

III. Acciones judiciales predominantes según jurisdicciones

Cualitativamente, en el ámbito social se advierte desde hace una década una preferencia clara por tres acciones: la de extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 50 ET, con motivo del grave incumplimiento de los deberes del empresario que significa la tolerancia o bien la conducta activa de acoso, así como de despido en la que se alega como causa de fondo la situación de acoso; la de tutela de derechos fundamentales, y la de calificación de contingencia, a efectos de obtener la calificación de las secuelas derivadas de acoso, y estrés en sus diversas manifestaciones como derivada de accidente de trabajo. En efecto, según se examinará en el apartado dedicado al análisis estadístico de la Sala social catalana, la primera de las acciones alcanza un 36.1 % de los casos, y un 25,6 % en el caso de despidos, la segunda un 12% y un en el último de los casos, un 13.2 %.

Lo que sí resulta claro, tanto en ésta como en el resto de las jurisdicciones, es que el protagonismo absoluto es para el acoso laboral (en la Sala social, alcanzó un total del 78,6% de los recursos sobre riesgos psicosociales), desde el año 2001 especialmente, ya que con anterioridad la gran mayoría de los pleitos que llegaron a la Sala por causa “psicosocial” se basaron en supuestos de acoso sexual, que mantienen una cadencia similar a partir de dicha fecha, y siguen alcanzando una media de unos seis o siete al año, mientras que los basados en acoso moral o estrés se disparan desde entonces (un total de 70 de los 538 totales).

En el ámbito contencioso-administrativo, las reclamaciones patrimoniales (siete casos en total) y la acción de tutela de derechos fundamentales (siete casos en total) son las preeminentes en la judicialización de las situaciones de acoso y estrés laboral, junto con las dirigidas a obtener un resultado prestacional en el ámbito de la Seguridad social (dieciocho

casos, todos ellos de miembros del Cuerpo Nacional de Policía, en los que se plantea la relación de causalidad entre afección cardiaca por estrés laboral o bien patología psiquiátrica y el puesto de trabajo de tan singulares características⁵)⁶. Sin embargo, la judicialización sigue siendo muy baja, pues en el periodo comprendido entre 1998 y 2010 tan sólo en 42 ocasiones la situación llegó a la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ catalán⁷. Seguramente las escasas expectativas que el empleo público encuentra en la respuesta de los tribunales, las características del conflicto en el caso de caso –frecuentemente asociadas a la dificultad probatoria inherente a buena parte de los casos–, y entre ellas las relaciones de poder y jerarquía difusa, junto con el elemento de presión del “grupo” (de compañeros) son elementos disuasorios, junto con la eternización de la resolución del pleito cuando depende de la jurisdicción contencioso-administrativa, pese a que estadísticamente se haya constatado una especial proliferación de supuestos entre los servidores públicos⁸. De ahí que en el periodo considerado sólo 23 sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo analizan supuestos de acoso en la función pública (del total de 42 que abordaron cuestiones relacionadas con riesgos psicosociales, de las que corresponden 2 a supuestos de acoso sexual y 17 a casos de estrés laboral).

5 *Los resultados estimatorios/desestimatorios están igualados a prácticamente el 50%.*

6 *El resto de supuestos corresponden a sanciones (tres), y derechos en la relación de servicio (dos) o acceso a la función pública (una, sobre falta de inclusión de la demandante en la bolsa de interinos, en las que no se estima que concorra acoso), junto al único supuesto en el que se plantea la impugnación de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en un supuesto de acoso en Administración pública, que se estima correcta por la citada resolución (sentencia de 2 de abril de 2009, rec. 921/2004).*

7 *Los casos son los siguientes: sentencias de 02/06/2000; 05/12/2000; 27/02/2001; 25/09/2001; 10/09/2002; 05/03/2004; 06/04/2004; 16/06/2004; 12/07/2004; 09/09/2005; 04/10/2005; 28/10/2005; 10/11/2005; 18/11/2005; 18/11/2005; 19/12/2005; 25/01/2006; 27/07/2006; 26/03/2007; 03/07/2007; 08/10/2007; 10/10/2007; 26/10/2007; 29/10/2007; 30/11/2007; 11/01/2008; 05/02/2008; 07/04/2008; 29/05/2008; 04/06/2008; 20/06/2008; 03/07/2008; 30/10/2008; 02/04/2009; 24/04/2009; 15/05/2009; 11/12/2009; 11/12/2009; 21/01/2010; 11/02/2010; 08/03/2010 y 16/04/2010 (números de recurso: 70/2000; 83/2000; 3469/1996; 65/2001; 1168/1997; 141/2003; 1266/1999; 18/2004; 704/1999; 1555/2000; 560/2001; 52/2002; 734/2001; 1559/2003; 972/2001; 46/2002; 205/2003; 72/2006; 688/2002; 1595/2003; 259/2004; 321/2004; 76/2006; 82/2007; 444/2004; 8/2004; 128/2007; 793/2004; 22/2008; 930/2004; 1198/2004; 237/2006; 33/2005; 921/2004; 406/2005; 65/2007; 467/2006; 467/2006; 481/2006; 305/2007; 350/2007 y 25/2008).*

8 *Como bien afirma la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 julio 2001 (RJ 2001\8027), el acoso u hostigamiento institucional constituye «verdadero paradigma de cómo no debe actuar un poder público en un Estado de Derecho».*

La observación de los distintos supuestos permite apuntar una primera conclusión: en los supuestos de estrés, la ratio de estimaciones/desestimaciones se iguala, pero en los casos de desestimación ésta se debe a la falta de acreditación de la relación de causalidad, mientras que en los de estimación algunos de ellos derivan del juego del tiempo y lugar de trabajo (presunción contenida en el art. 115.3 LGSS).

La segunda conclusión, de fondo, ha sido ya adelantada anteriormente: en la función pública, el recurso a los tribunales para la restauración de la integridad personal en la relación de servicio es cuantitativamente menor con gran diferencia de cuanto acontece en las relaciones de trabajo privadas. El análisis de las sentencias dictadas en la Sala contencioso-administrativa permiten aventurar dos hipótesis para responder a tan notable diferencia: en primer lugar el tiempo de respuesta, que provoca la eternización del problema para la víctima en caso de acoso y por tanto la percepción de que, si existe alguna solución, ésta siempre llegará tarde; y, en segundo lugar, la suerte desestimatoria de dicho intento, aun cuando la pretensión pudiera ser estimada en el fondo, por razones formales (extemporaneidad), de suerte que, salvo cuatro sentencias, las de 27 de junio de 2006 (72/2006, plantea tutela de derechos fundamentales), de 3 de julio de 2007 (1593/2003, sobre acceso a la función pública en escuela de Policía), de 15 de mayo de 2009 (65/2007, sobre sanción a cabo de mossos d'esquadra por trato despectivo a funcionaria en prácticas), y de 11 de febrero de 2010 (305/2007, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración en supuesto de acoso entre compañeros de trabajo, con cumplimiento de la normativa preventiva), ninguna de las restantes dan satisfacción a las aspiraciones de la víctima al entablar el pleito. Lo anterior genera una indudable percepción de jurisdicción disuasoria de todo intento de resarcimiento, salvo supuestos de especial convicción y/o evidencias probatorias muy sólidas.

En el orden penal de la jurisdicción, la denuncia predominante es la centrada en el tipo penal del acoso sexual (23 sentencias), junto a otros quince casos en los que el tipo valorado es el de vejaciones injustas, abusos deshonestos, abuso sexual, coacciones, agresión sexual e integridad moral en el trabajo (el de calumnias aparece asociado a la falsa denuncia de acoso).

Según puede observarse, los casos que alcanzan el enjuiciamiento penal vienen revestidos de especial gravedad, generalmente asociados a conductas de índole sexual, ya sea física o coactiva, y con víctimas feme-

nina⁹. Obsérvese el núcleo de la cuestión analizada en todas las sentencias dictadas por las distintas Salas penales de las Audiencias Provinciales catalanas: conducta del empresario consistente en insinuaciones y en tocar las piernas de la trabajadora; tocamientos a una compañera en el lugar de trabajo; el empresario besa a la trabajadora mientras ésta hablaba por teléfono; encargada que acosa sexualmente a la trabajadora; proposiciones obscenas, acceso al vestuario, tocamientos; reiteración de tocamientos y proposiciones; continuas reclamaciones de sexo del empresario a las trabajadoras; propuestas, comentarios y tocamientos a una empleada; trabajador que insulta a una compañera con la expresión “puta, vete a la mierda”; acoso continuado a una compañera de trabajo en reclamación del inicio de una relación entre ambos; concurrencia de insultos y vejaciones que provocan un proceso psiquiátrico de la afectada (concesión de indemnización en cuantía de 8.800 euros); persona que persigue a la actora, le hace insinuaciones y ofertas de dinero a cambio de sexo en el puesto de trabajo, obligándola a cambiar el lugar de la prestación de servicios; el acusado se desnudaba ante la trabajadora de limpieza, masturbándose y haciendo proposiciones. La ausencia de víctimas masculinas no permite ser valorada como huida de la exteriorización de dicha situación y del trance personal que supone acudir a la jurisdicción penal o ante la menor predisposición de los hombres a sufrir este tipo de atropellos en su lugar de trabajo, lo que deberá constatarse mediante su cotejo con las estadísticas de prevalencia del acoso sexual entre unos y otros, que apuntan a una incidencia muy reducida entre los trabajadores de sexo masculino.

Por otra parte, si se observa el sesgo de género en dichas resoluciones, no pueden tampoco extraerse conclusiones que evidencien una distinta respuesta frente a víctimas de uno u otro sexo, como tampoco por parte del órgano judicial según su composición femenina o masculina, al ser la ratio estimaciones/desestimaciones, así como entre las que corresponden a sentencias dictadas por ponente masculino/femenino muy similares o equilibradas.

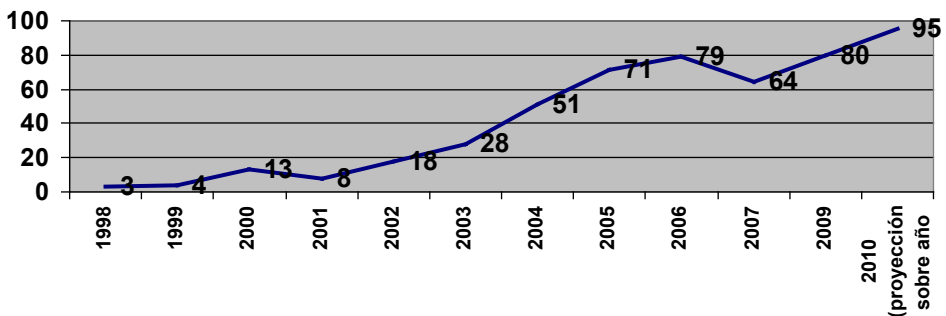
⁹ Por ello resulta extraordinario hallar resoluciones en las que acontezca lo contrario. Cfr. sentencia de 31 de diciembre de 2001 (471/2001), de la AP de Barcelona, en la que se estima la existencia de acoso sexual de encargada frente a trabajadora de la misma empresa.

IV. Datos estadísticos correspondientes a la Sala Social del TSJ de Cataluña

Como se ha indicado ya, en el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y el 15 de mayo de 2010 se han procesado un total de 538 sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña que abordan la problemática relativa a los conflictos derivados de acoso moral y sexual, estrés y particularmente burn out. Ello significa, en definitiva, que esas materias han tenido en el total de actuaciones de dicha Sala una incidencia del 0,49 % en la actividad jurisdiccional de la misma.

Cabe observar, en todo caso, que los litigios derivados de esa problemática se han ido incrementado prácticamente año tras año, como puede comprobarse en el siguiente gráfico:

RIESGOS PSICOSOCIALES: EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SENTENCIAS
POR AÑO



En cuanto a la modalidad procesal utilizada por los justiciables sobre las que han versado dichos pronunciamientos, es destacable, como se desprende de la tabla y gráfico siguientes¹⁰, que en un 36,1 % de los casos el proceso ha versado sobre la extinción del contrato por incumplimiento contractual grave del empleador, de conformidad con el art. 50 ET; en un 25,6 % se trataba de despidos, mientras que los pleitos afectantes a la

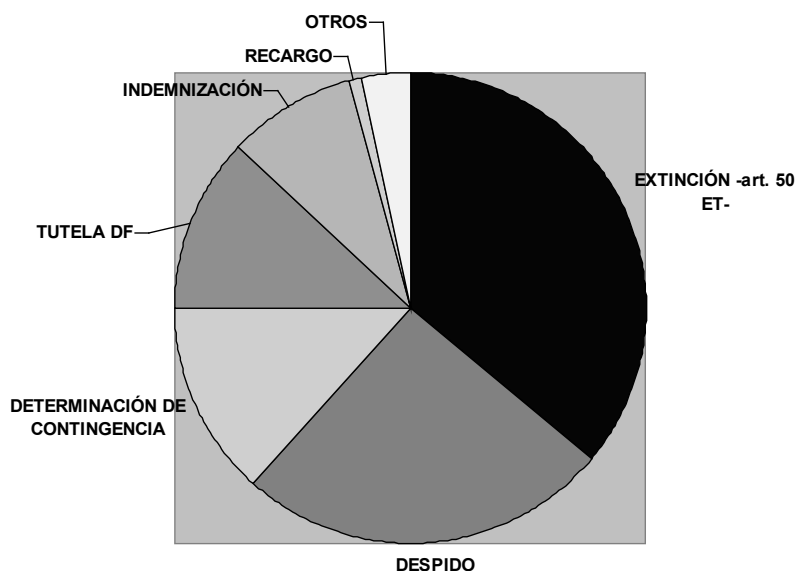
¹⁰ Téngase en cuenta que en algunos supuestos se ha producido una acumulación de acciones –especialmente, entre despido y extinción del contrato por la vía del art. 50 ET-. A dichos efectos estadísticos se ha optado por diferenciar entre ambas acciones. De ahí que la suma total no se corresponda con el total de sentencias analizadas.

determinación de contingencia alcanzaban un 13.2 % y los de tutela de derechos fundamentales, un 12 %. En materia de indemnizaciones (bien sea directa por daños y perjuicios, bien sea adicional civil por accidente de trabajo o enfermedad profesional) el porcentaje se limitaba al 8,9 %.

Por otra parte, llama la atención (en relación a la tensión de la doctrina científica en esta materia) que sólo un 0,9 % del total de las sentencias analizaban el recargo de prestaciones. Y, finalmente, habrá que indicar que la materia ha sido estudiada también en otras modalidades procesales más dispersas –sanciones, reconocimientos de derechos, incapacidad permanente, invalidez grado, etc. – en un porcentaje del 3,3 %.

MODALIDAD PROCESAL	NÚMERO DE SENTENCIAS
Extinción del contrato por la vía del art. 50 ET	199
Despido	141
Determinación de contingencia	73
Tutela de derechos fundamentales	66
Indemnización por daños y perjuicios	49
Recargo de prestaciones	5
Otras modalidades procesales	13

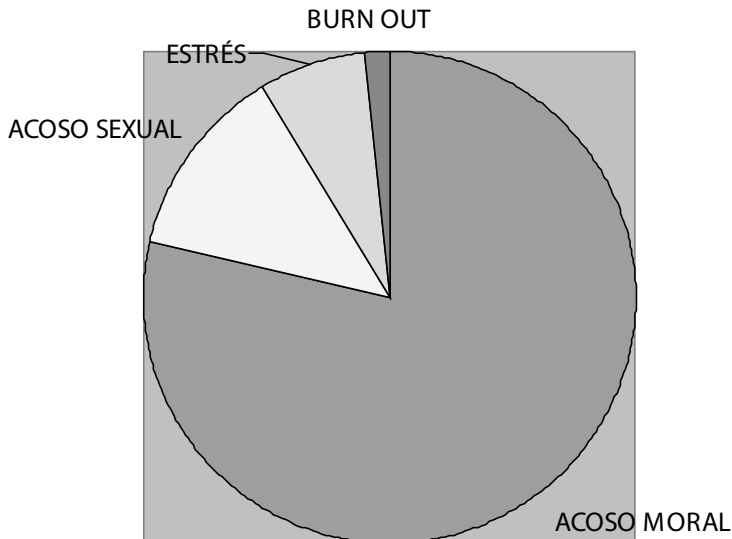
DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIAS POR MODALIDADES PROCESALES



Por lo que se refiere al tipo de riesgo psicosocial analizado deberemos también referirnos al cuadro y gráfico siguiente¹¹. En todo caso, habrá que destacar que, con mucho, la inmensa mayoría de las sentencias –un 78,6 %– estudian supuestos de acoso moral. El resto de riesgos tienen porcentajes muy inferiores: un 12,9 % para el acoso sexual, un 6,8 % para las situaciones de estrés y un 1,7 % para el burn out.

TIPO DE RIESGO ANALIZADO	NÚMERO DE SENTENCIAS
Acoso moral	426
Acoso sexual	70
Estrés	37
Burn out	9

DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIAS POR RIESGO ANALIZADO



Finalmente, en cuanto al porcentaje de estimaciones y desestimaciones

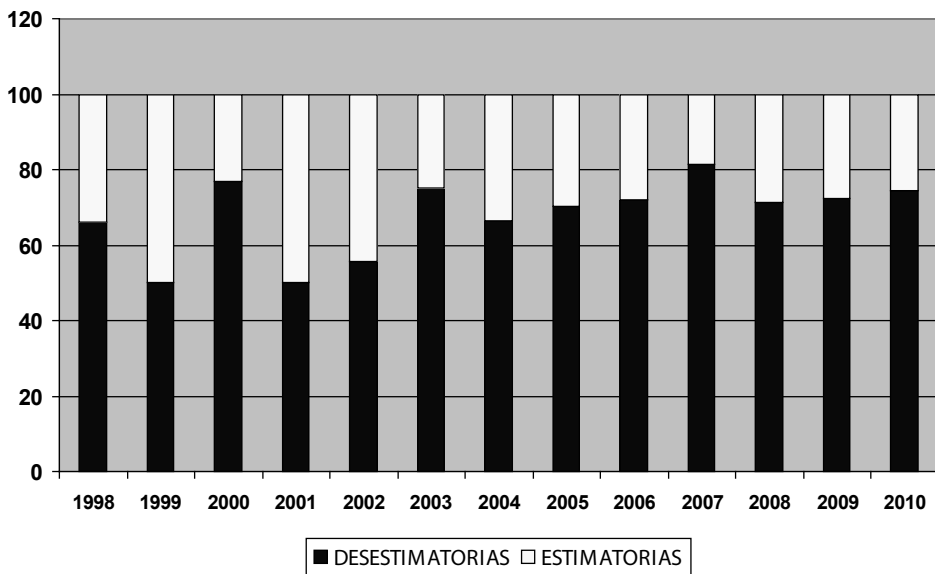
¹¹ También aquí concurre la nota de coincidencia entre diversos riesgos, en tanto que en algunos casos se analiza en las sentencias la conjunción de más de uno de ellos.

de la concurrencia de los referidos riesgos, debemos referir que, como se ve en la siguiente tabla, el número de asuntos que ha merecido pronunciamiento desfavorable es significativamente más elevado que aquellos que han obtenido sentencia estimatoria.

TOTAL SENTENCIAS ESTI-MATORIAS	%	TOTAL SENTENCIAS DESESTIMATORIAS	%
388	72,1	150	27,9

La evolución por años queda –en relación a la ratio estimación/des-estimación- queda reflejada en el siguiente grafico:

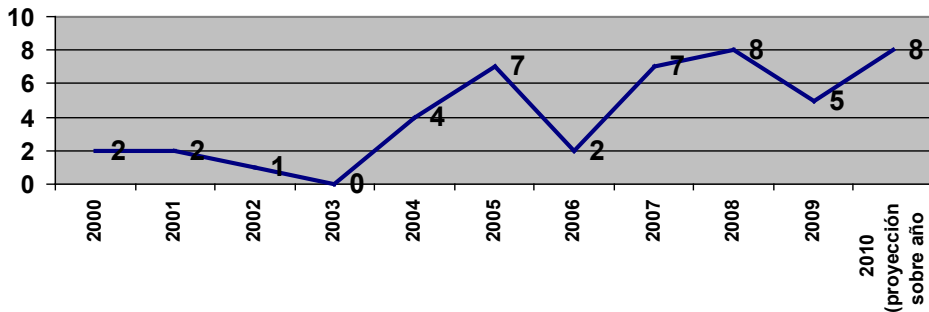
RATIO DE ESTIMACIÓN/DESESTIMACIÓN DE LAS SENTENCIAS
(evolución anual)



V. Datos estadísticos correspondientes a la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Cataluña

Aunque los datos cuantitativos obtenidos de las muestras no son, ciertamente, elocuentes –en relación al escaso número de asuntos abordan la problemática analizada en dicha sede jurisdiccional–, la evolución anual de asuntos puede comprobarse en el siguiente gráfico:

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RIESGOS PSICOSOCIALES: EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SENTENCIAS POR AÑO



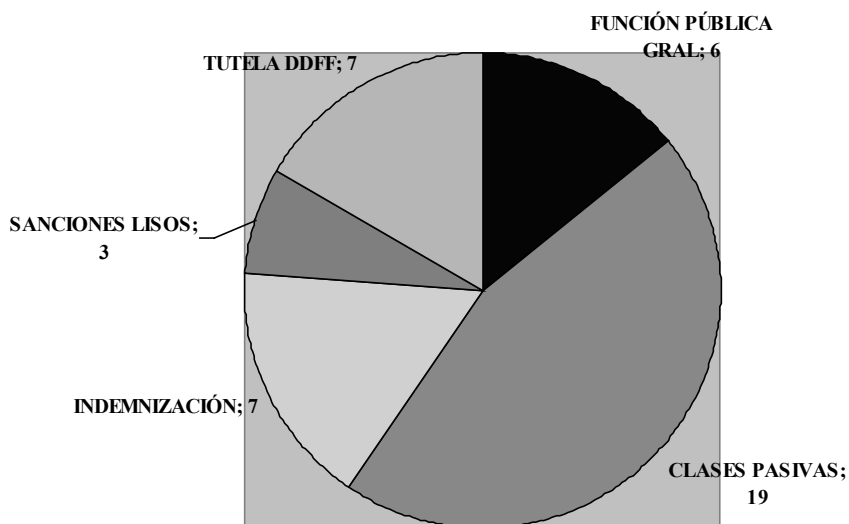
Por otra parte, no dejan de ser significativos dos elementos concurrentes: a) por un lado, el escaso número de pleitos en los que aparecen los riesgos psicosociales –especialmente por las propias características del empleo público–; sin embargo, cabrá recordar en cuanto a la anterior afirmación que la conflictividad judicial en materia de función pública está muy alejada de la que aparece en el ámbito jurisdiccional social –ergo: contrato de trabajo en el sector privado o en el sector público–; b) a ello cabe añadir que –a diferencia de lo que ocurre en el orden social– la tendencia parece haberse estancado en los últimos cuatro o cinco años; c) y, por último, debe denotarse cómo el impacto del debate social sobre los riesgos psicosociales se ha demorado –respecto al orden laboral– en este ámbito (lo que, en parte, es explicable por la mayor pendencia de asuntos judiciales en el contencioso), aunque ciertamente –y con evidentes oscilaciones– no es apreciable desde entonces una tendencia al alza.

Debe denotarse, en todo caso, que estos datos vienen fuertemente condicionados por la inclusión en el estudio de un concreto tipo de plei-

tos: la determinación de si los procesos de jubilación por invalidez de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía por causas de afectaciones psíquicas o cardiopatías han de ser imputados a actos de servicio. El número de este tipo de asuntos es significativo en la muestra (un total de 15 asuntos) y se ha optado por su inclusión porque, en definitiva, es éste un aspecto relacionado con el conocido estrés de dicha profesión¹².

En cuanto al objeto material de la reclamación judicial, es destacable que la mayor parte de asuntos se han planteado en materia de clases pasivas –en relación a la singularidad de los funcionarios policiales, antes referida–, distribuyéndose el resto de tipos de forma más o menos similar:

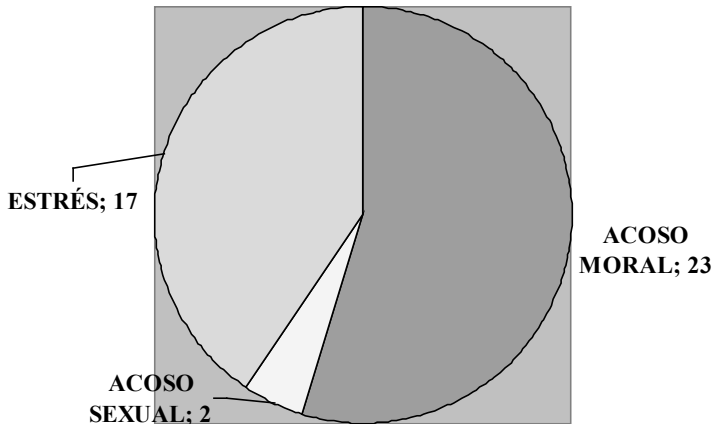
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:
DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIAS POR OBJETO DE LA RECLAMACIÓN



Respecto al riesgo psicosocial concurrente, los datos son los que aparecen en el siguiente gráfico:

¹² Téngase en cuenta, sin embargo, que en materia de cardiopatías no se han incluido las determinaciones de contingencias en los datos del orden social, salvo cuando éstas estaban directamente vinculadas con situaciones acreditadas de estrés, acoso moral o sexual o burn out.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:
DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIA POR RIESGO
ANALIZADO



79

Debe observarse, en este sentido, que no se ha hallado ningún pronunciamiento en dicha jurisdicción que verse sobre la concurrencia de burn out –aunque, como es notorio, tanto la actividad sanitaria como la docente se ejercen en una parte significativa en la función pública–.

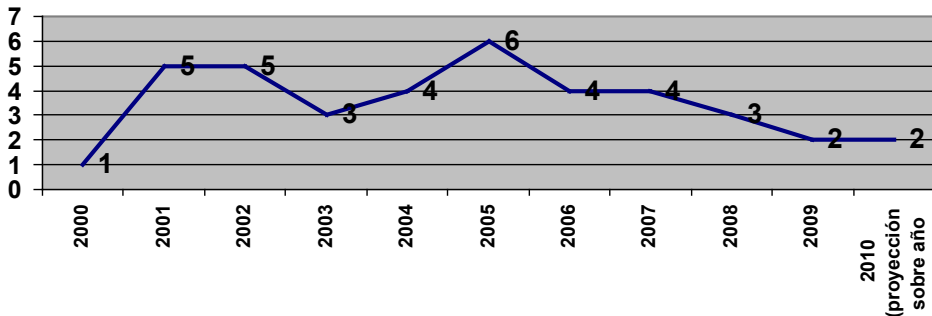
Y, finalmente, en este ámbito el porcentaje de asuntos estimados/desestimados es el siguiente:

TOTAL SENTENCIAS DES-ESTIMATORIAS	%	TOTAL SENTENCIAS ESTIMATORIAS	%
25	59,5	17	40,5

VI. Datos de las Audiencias Provinciales de Barcelona,
Girona, Lleida y Tarragona

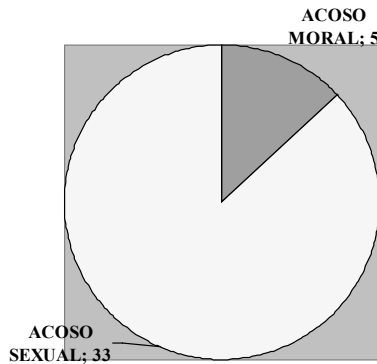
Por último, en cuanto a este epígrafe estadístico y en forma sucinta, cabe reseñar que en materia penal la evolución anual es prácticamente uniforme –y con tendencia decreciente–, como se desprende del siguiente gráfico:

**AUDIENCIAS PROVINCIALES: RIESGOS PSICOSOCIALES:
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE SENTENCIAS POR AÑO**



En cuanto al riesgo concurrente, los datos que se derivan de la muestra –únicamente centrados en el acoso moral y el sexual, por obvios motivos de la materia- son los que se derivan del siguiente gráfico: Y el porcentaje

AUDIENCIAS PROVINCIALES: DISTRIBUCIÓN DE SENTENCIA POR RIESGO ANALIZADO



de ratio de sentencias estimatorias/desestimatorias es exactamente de mitad y mitad, como se desprende de la siguiente tabla:

TOTAL SENTENCIAS DESESTIMATORIAS	%	TOTAL SENTENCIAS ESTIMATORIAS	%
19	50	19	50

VII. Análisis particular de los riesgos estudiados en el ámbito de la Sala Social del TSJ de Cataluña¹³

El examen de las tendencias de la doctrina de la Sala social catalana está marcada, como en el resto de salas, por un condicionante previo: la recurribilidad delimitada por el art. 189 LPL. Debe partirse en este estudio, por tanto, de que no estamos analizando la totalidad de asuntos que entran en nuestros juzgados de lo social (del ámbito de Cataluña) que plantean cuestiones relacionadas con los riesgos psicosociales, sino sólo de aquellas que, siendo recurribles, llegan hasta la Sala social. Por tanto, los asuntos a analizar se cierran en torno a las acciones más habitualmente entabladas: tutela de derechos fundamentales, extinción del contrato a instancia del trabajador al amparo del art. 50 ET por grave incumplimiento empresarial, determinación de contingencia, reclamación de indemnización por daño derivado de cualquiera de tales riesgos, recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, u otra que quepa en el marco del proceso ordinario, por tanto con exclusión de las relativas a sanciones que no sean muy graves, clasificación profesional... y el resto de las establecidas en el citado art. 189 LPL, con exclusión expresa de los pleitos sobre determinación de grado de incapacidad permanente (es decir, aquellos en los que se determina si constituye incapacidad permanente para el trabajo en alguno de sus grados las secuelas derivadas de cualquiera de los riesgos psicosociales analizados).

81

En cuanto al análisis particular de cada uno de los riesgos estudiados, las tendencias son las siguientes:

1. Acoso sexual

La mayor parte de pleitos corresponden a demandas por despido, en las que el accionante es el acosador¹⁴, a fin de que se declare improcedente el despido, lo que significa que las víctimas, también en su gran mayoría

¹³ En este apartado se cita entre paréntesis el número del recurso.

¹⁴ En el caso de la sentencia de 8 de mayo de 2001 (8422/2000) la despedida alega como motivo del despido precisamente el acoso sexual por parte del empresario, con el que había mantenido con anterioridad relaciones sexuales. En de la sentencia de 11 de abril de 2005 (8106/2004) las accionantes son las trabajadoras que demandaron anteriormente por acoso sexual contra un compañero y han sido despedidas por causa distinta.

mujeres¹⁵, no recurren a la vía judicial (sólo el 31% de los casos corresponden a otros procesos, concretamente el de extinción del contrato a instancia del trabajador, tutela de derechos fundamentales o sanciones, que también derivan de sanciones impuestas a los acosadores, lo que en suma implica que las víctimas no reclaman más allá del 30% de los casos hasta sus últimas consecuencias –vía judicial y recurso–).

Se constata la dificultad probatoria, que determina la desestimación de la existencia de acoso sexual en un buen número de casos. Por otra parte, en la mayoría de los casos se confirma la sanción o despido, motivado por conductas tanto físicas como verbales constitutivas de acoso sexual.

2. Estrés laboral

En el conjunto de acciones entabladas con motivo de situaciones de estrés laboral (46 en total) a fin de que éste dé lugar a la calificación de la contingencia de la que derivan procesos de incapacidad o el suicidio¹⁶/muerte por infarto de miocardio¹⁷ (29 casos de los 46 totales), o bien, en aislados supuestos, a efectos preventivos como es el caso de la aplicación de medidas adecuadas para evitar el riesgo psicológico asociado a puestos de trabajo con estrés, u otras consecuencias (v.g. como causa eximente de incumplimiento por parte del trabajador, motivador del despido disciplinario¹⁸, a efectos de invalidar la dimisión del trabajador¹⁹ o para justificar la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador por grave

15 En el caso enjuiciado en la sentencia de 20 de julio de 2000 (3016/2000) la víctima era masculina, si bien también demandante en calidad de despedido, por haber reaccionado agresivamente contra el presunto acosador masculino.

16 Cfr. sentencia de 25 de marzo de 2008 (9228/2006). Sentencia de 1 de septiembre de 2009 (426/2007). Sentencia de 19 de febrero de 2003 (6711/2008).

17 Cfr. sentencia de 30 de septiembre de 2008 (5496/2007), que estima la relación de causalidad por tratarse de camarero de club de alterne y por tanto puesto sujeto a elevado estrés, dado el aforo del local atendido, pese a la existencia de antecedentes patológicos. La sentencia de 24 de febrero de 2009 (4740/2008) desestima el nexo causal por falta de acreditación de tal exclusividad. La sentencia de 14 de mayo de 2009 (4270/2009) baraja el binomio antecedentes por cardiopatía-elementos laborales estresantes para negar tal causalidad.

18 Es el caso de la sentencia de 16 de octubre de 2008 (4952/2008), en el que el trabajador es despedido por causar daños materiales a la empresa, y se alega por parte de éste el estrés padecido, circunstancia no acreditada.

19 La sentencia de 19 de enero de 2009 (30/2008) admite la validez de la dimisión por no constar situación invencible de estrés.

incumplimiento empresarial²⁰), los casos atribuibles a burn out son sólo cinco (tres desestimatorios²¹ y dos estimatorios²²).

Un lugar común en las distintas sentencias en las que se resuelve acerca de la calificación de la contingencia como accidente de trabajo es la exigencia de que la afectación psiquiátrica en la que se traduce el estrés sea atribuible en exclusiva al trabajo, de suerte que en la mayoría de los casos, de no concurrir esa causalidad predominante o exclusiva²³, no se aprecia el origen laboral de la dolencia, desvirtuado en algunos casos por la existencia de antecedentes psicológicos o bien, en caso de infarto, de cardiopatía²⁴.

Además de la consabida fórmula de la patología de base, que impide apreciar contingencia profesional si la propia personalidad del sujeto afectado hace pensar en una propensión especial al estrés o a desarrollar patologías asociadas a éste por falta de capacidad de adaptación suficiente²⁵, y si objetiva y aisladamente no se aprecia por el juzgador (o la juzgadora) que el elemento estresante tiene suficiente fuerza para provocar por sí mismo en cualquier individuo o bajo condiciones de “normalidad”

20 *El supuesto aparece en la sentencia de 20 de julio de 2009 (2936/2009), en la que se aprecia motivo suficiente, amparado en la modificación de las condiciones de trabajo en comerciales acompañada de pérdida significativa de ingresos, que provoca baja médica por estrés ante el nuevo marco contractual, tanto en el caso juzgado como en otros dos asimismo procedentes de la misma empresa y contexto.*

21 1) 4856/2007, 06/11/2007, DESPIDO. Aunque se aceptara la tesis del demandante de que la afectación psíquica del demandante derivaba de una afectación a su dignidad por exceso de trabajo, en relación a un burn-out (oficial administrativo en una gestoría), el hecho cierto es que no existe relación de causalidad con el despido, lo que impide la calificación de nulidad pretendida. 2) 8265/2007, 06/02/2008. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Trabajadora de un Ayuntamiento de baja por un cuadro de ansiedad. No es AT, pues en ningún momento se ha acreditado vinculación con el trabajo. 3) 1700/2000, 30/03/2010. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Policía local con síndrome depresivo, del que no se ha acreditado una exclusiva problemática laboral, por concurrir también problemas personales.

22 1) 671/2005, 29/07/2009. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. La situación de IP de la actora por afectación psicológica deriva del trabajo (educadora infantil). 2) 833/2000, 03/03/2010. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Jefe administrativo en una importante empresa. Existencia de burn-out. Diferencia con el acoso moral en relación a los elementos fácticos que deben probarse.

23 Cf. Sentencia de 8 de febrero de 2008 (7449/2006). Sentencia de 16 de enero de 2009 (7202/2007). Sentencia de 15 de enero de 2009 (7599/2007). Sentencia de 9 de febrero de 2009 (5702/2008).

24 Cfr. sentencia de 30 de septiembre de 2008 (5496/2007), que estima la relación de causalidad pese a la existencia de tales antecedentes. Sentencia de 20 de abril de 2010 (62/2009), desestimatoria.

25 Cfr. sentencia de 10 de octubre de 2008 (5194/2007).

un resultado idéntico²⁶. Por ello resulta hasta llamativa la sentencia de 26 de marzo de 2009 (9342/2007), por apreciar que no obsta tal personalidad de base para atribuir naturaleza laboral a la depresión sufrida por la trabajadora, así como la de 12 de julio de 2006 (827/2004), en la que se afirma que la personalidad “débil de base” no excluye la existencia de contingencia profesional en un supuesto de acoso.

Lo que sí se aprecia es que la desestimación de la pretensión se basa en mayor número de ocasiones en la falta de acreditación de la relación de conexión con el trabajo que en la falta de gravedad de los hechos de índole laboral como detonantes de la patología de la que trae causa el pleito.

Por otra parte, la focalización del conflicto en el área de la prevención de riesgos laborales no es ni mucho menos habitual en el ámbito forense, donde se opta habitualmente por el ámbito individual²⁷. En todo caso, supuestos como el de la sentencia de 8 de junio de 2007 (2613/2007), en el que se plantea la exigencia a la empresa de la adopción de medidas de adaptación del puesto de trabajo al estado clínico del trabajador, en el caso de reincorporación de éste tras incapacidad temporal por depresión²⁸, o el de la sentencia de 7 de mayo de 2010 (684/2009), en el que se alega como causa de justificación de las continuas bajas médicas, a efectos de la sanción impugnada, la depresión del trabajador, no considerada a efectos preventivos por la empresa (pese a la desestimación basada en la inexistencia de antecedentes de solicitud de cambio de puesto de trabajo por tales motivos), son extraordinarios a día de hoy, pese a que la vía preventiva pudiera ofrecer posibilidades tanto a la acción individual como a la colectiva. Como tampoco incide este riesgo en otras esferas laborales, salvo alguna ocasión, como la juzgada en la sentencia de 21 de enero de 2010 (6672/2009), en la que se evalúa la validez de la cláusula

26 *Es el caso de la sentencia de 21 de diciembre de 2007 (860/2005), que atribuye la patología en cuestión a la personalidad base y no a las condiciones laborales alegadas.*

27 *La acción colectiva se instrumenta procesalmente como acción de tutela de derechos fundamentales en la sentencia de 28 de junio de 2007 (2724/2007) y en la de 19 de diciembre de 2007 (514/2006). Ambas basan su desestimación en la falta de legitimación activa de los delegados sindicales de la empresa, que accionan por tutela de derechos fundamentales ante la insuficiente valoración de riesgos psicosociales. En el segundo caso, además, se argumenta la inadecuación de procedimiento, pero se desestima en el fondo por haberse procedido a dicha evaluación tras actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.*

28 *La pretensión de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador se desestima por no juzgarse estresante en sí el puesto de trabajo ocupado por el demandante.*

convencional de jubilación forzosa de controladores aéreos por tratarse de trabajo con estrés elevado.

No existen, finalmente, asuntos relacionados con el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en supuestos relativos a patologías derivadas de estrés laboral en el periodo estudiado. Pero sí se observa un tímido incremento de asuntos relacionados con materias distintas a la determinación de contingencia, que se abre hacia nuevas situaciones aún por explotar, cfr. la que juzga la sentencia de 22 de marzo de 2010 (238/2010), sobre extinción contractual al amparo del art. 50 ET en virtud, entre otros motivos, de la situación de tensión que tuvieron que padecer las trabajadoras por causa de la falta de certeza de quién ejercía como empresario (la demanda se desestima por hallarse en disputa el control societario).

Para finalizar, puede concluirse, en el análisis de las tendencias globales de las sentencias estudiadas, que cabe apreciar dos corrientes, una más minoritaria que la otra, respecto de cómo se aborda el tratamiento jurídico del estrés laboral. La primera, más mayoritaria, entiende que cualquier consecuencia que se pretenda ligar al mismo debe venir acreditada suficientemente como causa exclusiva del resultado evaluado, de suerte que ha de excluirse la relación de conexión cuando falle la exclusividad o no estemos ante la causa fehaciente, sino detonante y/o coadyuvante del daño producido por el estrés laboral, esto es, cuando éste únicamente haya actuado como un factor más en la cadena que ha llevado al resultado desencadenado. La corriente minoritaria apuesta por entender concurrente dicha relación de conexión si se acredita que el estrés laboral o el trabajo en condiciones de exigencia mental elevada han sido el detonante del resultado producido, aunque éste haya venido propiciado por la conjuración de un conjunto de factores inescindibles e “inmedibles” en su fuerza desencadenante. La primera tesis descarta la relación de conexión ante la imposibilidad de medición de la fuerza de cada factor en juego, mientras que la segunda parte de que, si la porción correspondiente al estrés laboral ha podido detonar el inicio de la patología o resultado dañoso estudiado, bastará para entablar tal relación de conexión, pues sin su aparición el resultado no existiría, del mismo modo que las enfermedades (físicas) latentes reciben la calificación de accidente de trabajo cuando las saca de la latencia o las agrava el propio trabajo.

3. Burn out.

Los pronunciamientos sobre burn out en el orden social son escasísimos. En todo el periodo analizado, más de una década, sólo alcanzan a un total de cinco asuntos, es decir, una incidencia, entre los riesgos psicosociales, de un 1,7%. En casi todos ellos el procedimiento está destinado a lograr la calificación de la contingencia como accidente de trabajo, de forma que sólo uno se instrumenta a través de la acción de despido para justificar la improcedencia del despido como consecuencia de los incumplimientos atribuibles al trabajador causados por exceso de trabajo.

Se observa que de los cinco casos analizados, los accionantes prestaban servicios públicos o en los que existía relación con el público o clientes (policía local, educadora infantil, trabajadora de Ayuntamiento, además de un jefe administrativo de importante empresa y oficial administrativo de gestoría).

Las sentencias fueron estimatorias en tres casos²⁹ y estimatorias en dos (educadora infantil y jefe administrativo)³⁰. Pero la escasez de pronunciamientos judiciales en vía de recurso de suplicación no permite llegar a mayores conclusiones que a la delimitación y reserva de esta causa para supuestos en los que realmente el carácter principal de los trabajos causantes del estrés u otras patologías es la causa determinante de su aparición, y que no existe un uso abusivo de este tipo de acción.

29 1) 4856/2007, 06/11/2007, DESPIDO. Aunque se aceptara la tesis del demandante de que la afectación psíquica del demandante derivaba de una afectación a su dignidad por exceso de trabajo, en relación a un burn-out (oficial administrativo en una gestoría), el hecho cierto es que no existe relación de causalidad con el despido, lo que impide la calificación de nulidad pretendida. 2) 8265/2007, 06/02/2008. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Trabajadora de un Ayuntamiento de baja por un cuadro de ansiedad. No es AT, pues en ningún momento se ha acreditado vinculación con el trabajo. 3) 1700/2000, 30/03/2010. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Policía local con síndrome depresivo, del que no se ha acreditado una exclusiva problemática laboral, por concurrir también problemas personales.

30 1) 671/2005, 29/07/2009. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. La situación de IP de la actora por afectación psicológica deriva del trabajo (educadora infantil). 2) 833/2000, 03/03/2010. DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA. Jefe administrativo en una importante empresa. Existencia de burn-out. Diferencia con el acoso moral en relación a los elementos fácticos que deben probarse.

4. Acoso moral

4.1. Tendencias generales

El tema “estrella”, sin duda, en la jurisdicción social en los últimos casos, de entre los estudiados, es el acoso laboral o acoso moral en el trabajo, como forma de violencia psicológica manifestada en un conjunto de acciones cuya concatenación y resultado humillante u hostil es sometido a la consideración de la Sala social por la vía del recurso de suplicación, y al amparo de la diversa tipología de acciones ya indicada con anterioridad.

De entre las numerosas sentencias dedicadas a su estudio puede realizarse una primera aproximación a modo de balance no estadístico: se observan diversas tendencias en la aproximación al tema, por lo que no puede definirse a la sala, desde el punto de vista de los administrados, por una tendencia concreta inclinada a la apreciación de la concurrencia del acoso bajo determinadas circunstancias o a la desestimación del mismo por criterios concretos y reiterados o constantes en una sala compuesta por más de veinticinco magistrados/as.

Dicho lo anterior, sí pueden citarse dos tendencias: la que se detiene en el estudio pormenorizado del acoso y sus caracteres, citas doctrinales incluidas, y la que soslaya el análisis de tales elementos, en cuanto no conforman una realidad jurídica diferenciada de los derechos –fundamentales o no– que se encuentran en juego cuando se produce la aparición de la figura (del acoso), por lo que esta segunda tendencia, más habitual, evita centrar el análisis en la discusión conceptual sobre el “acoso” para fijarlo en los derechos conculcados y en los incumplimientos alegados.

El estudio de los casos enjuiciados por la Sala social permite sentar una tendencia entre los demandantes hacia la inclusión de las alegaciones de hipotéticos acosos dentro del capítulo de las irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones empresariales o en el deber de trato correcto o digno hacia los trabajadores, de forma que en numerosos casos la tarea de aquélla es la de trazar la frontera entre irregularidades en el trato, incumplimientos esporádicos, incumplimientos leves o de mediana gravedad... que no afectan al núcleo protegido, esto es, al derecho a la integridad moral (dignidad, igualdad y no discriminación...). Es el caso de las sentencias de 19 de mayo de 2003 [AS 2559], y de 11 junio de 2003 [AS 2516], en las que se llama la atención sobre la necesidad de distinguir entre ataques concretos a la dignidad de la trabajadora y el ataque sistemático con resultado hostil e intimidatorio que configura el acoso.

4.2. El órgano judicial ante la evaluación del acoso.

En este orden de la jurisdicción, la tarea se concentra en la valoración de las diversas conductas alegadas, una vez acreditada su veracidad, para determinar si los derechos en juego o los incumplimientos alegados han sido conculcados o concurren en cada supuesto. Ahora bien, lo anterior se enmarca en un contexto más amplio, en el que puede graduarse la gravedad de cuanto se alega:

Supuestos muy graves, identificados con las acciones de tutela de derechos fundamentales y de extinción del contrato de trabajo por grave incumplimiento empresarial, en los que es manifiesta la existencia de un supuesto de acoso, que pudiera haberse impugnado en vía penal. Es el caso de los que vienen acompañados de insultos o vejaciones claras. Cfr.:

Sentencia de 10 de febrero de 2003 (8321/2002), sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, que relata los insultos a la trabajadora en presencia del comité de empresa, prohibición a los compañeros de comunicarse con ella a la hora de la pausa e hipercontrol en sus visitas al baño; sentencia de 25 de febrero de 2003 (7696/2002), sobre despido, en la que se da cuenta de la actitud vejatoria hacia el demandante después de finalizar periodo de excedencia, con negación del derecho a reducción de jornada por guarda de menor, exigencia de entrega de informes diarios de trabajo realizado y realización de trabajos de categoría inferior a la suya; sentencia de 10 de mayo de 2004 (1242/2004), sobre despido, que excluye la existencia de acoso pero estima concurrente la vulneración de derechos fundamentales ante el uso –en público– de apodosos despectivos para referirse a sus subordinados por parte de un cargo de la empresa; sentencia de 5 de octubre de 2004 (3327/2004), sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial, en la que se cita que la trabajadora no recibía protección de riesgos laborales, el director técnico de producción se dirigía asiduamente a ella de forma despectiva, llamándola inútil, no dejando que se expresara y amenazándola con la carta de despido en mano, con cambio de línea más frecuente que al resto de trabajadoras, y con el doble de dificultad, control exhaustivo presencial –colocándose a su espalda– y encargo de tareas más duras; sentencia de 5 de octubre de 2004 (4519/2004), sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, en la que se describe la actitud general desagradable del encargado con los trabajadores, pero especialmente con el actor, a quien insulta con

asiduidad; sentencia de 16 de noviembre de 2004 (5089/2004), sobre tutela de derechos fundamentales, en la que se valora la situación de una trabajadora de una Administración local, gerente que, tras ser readmitida como consecuencia de un despido, es destinada al despacho del secretario municipal con la encomienda laboral de leer BOEs, debiendo abandonar el despacho cuando el secretario atendía a alguien, o cuando éste no estaba, debía tener la puerta abierta, privada de ordenador y herramientas de trabajo y, posteriormente, se la trasladó a las dependencias de la fotocopiadora; sentencia de 14 de diciembre de 2004, sobre extinción del contrato al amparo del art. 50 ET, que trata sobre degradación de las actividades, alejamiento de la oficina donde prestaba sus servicios a un local en que está aislado, sin contacto con el resto de compañeros a los que se prohíbe el contacto con el demandante; sentencia de 28 de diciembre de 2004, sobre despido y extinción del contrato por incumplimiento empresarial, que enjuicia el caso de una directora de proyectos sociales de una ONG que es cesada en el cargo, se le borra de la web, deja de tener personal a su cargo, no se le convoca a las reuniones de proyectos sociales, se le quita el despacho y se le adjudica un espacio en un lugar común, sin mesa, se le da cada vez menos importancia y se le elimina la investigación y la docencia (fallo: indemnización adicional de 50.000 euros y nulidad del despido); sentencia de 30 de marzo de 2005, sobre extinción del contrato por causas objetivas, acerca de mujer cargo directivo de una empresa que, tras una baja por maternidad, es sustituida en su trabajo por una tercera persona y se le impide el acceso a la empresa; sentencia de 6 de abril de 2005, sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, acerca de trabajadora que ocupaba un puesto directivo y que, tras reducir la jornada, es destinada a realizar funciones de telefonista; sentencia de 20 de junio de 2005, sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, que relata cómo las relaciones entre la trabajadora y los directivos de la empresa han ido deteriorándose a raíz de que la demandante se negase a suscribir una carta de apoyo a la dirección en el despido de otra compañera, momento a partir del cual se pone en marcha una reiterada y continuada actuación de hostigamiento a la trabajadora, que pasa por vaciar de funciones su puesto de trabajo como jefe de negociado derivando sus tareas a otro trabajador, así como en enviarle numerosos comunicados por escrito reprochando su actitud y comportamiento cuando se encuentra de baja médica por un síndrome de ansiedad consecuen- te con la situación laboral, imputándole una actitud desleal hacia la

empresa e incluso inmiscuyéndose en su vida privada al reprocharle que su esposo trabaje para una sociedad de la competencia, promoviendo un comunicado de los representantes de personal, uno de ellos la hija del director general, en el que igualmente se critica veladamente a la actora a favor de las tesis de la empresa, a la vez que se produce un cruce continuado de escritos en los que la empresa requiere airadamente una y otra vez por variadas circunstancias a la trabajadora sobre diferentes cuestiones; sentencia de 28 de marzo de 2006, sobre indemnización por daños y perjuicios, que describe una conducta continuada por el empresario de insultos, vejaciones y menosprecio; sentencia de 19 de abril de 2006, sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, acerca de incumplimiento reiterado de la empresa a readmitir a la trabajadora tras despido, y, cuando lo hace, se producen insultos y se cuelgan en el tablón de anuncios comunicaciones vejatorias para ella; sentencia de 25 de mayo de 2006, sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, que relata insultos y trato vejatorio al actor; sentencia de 14 de junio de 2006, sobre despido del acosador, quien continuó manteniendo una conducta vejatoria hacia sus subordinadas y profiriendo insultos contra las mismas, tras ser conminado por la empresa; sentencia de 25 de julio de 2006, sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial, acerca de encargado que mantiene una conducta hostil y agresiva hacia la trabajadora, llegándose ésta a orinar encima y cayendo de baja por motivos psicológicos (la condena a la indemnización por daños y perjuicios incluye también al encargado); sentencia de 10 de octubre de 2006, sobre indemnización de daños y perjuicios por trato vejatorio constante por parte del encargado (consta informe de la Inspección de Trabajo, además de los médicos); sentencia de 4 de diciembre de 2006, sobre despido de directivo israelí, objeto de conductas antisemitas y xenófobas; sentencia de 11 de enero de 2007, sobre despido, que relata la conducta de socio de cooperativa que mantiene conductas peyorativas y de mofa con sus subordinados, que posteriormente extiende también a los cargos directivos; sentencia de 16 de enero de 2008, sobre despido de trabajador que mantenía actitudes vejatorias y constantes insultos y bromas pesadas a compañeros de trabajos; sentencia de 6 de marzo de 2008, sobre extinción del contrato al amparo del art. 50 ET, que describe el uso de expresiones como “tú a mí no me sirves”, “tú no tienes que pensar”, “si no te interesa ya sabes dónde está la puerta”, “la puerta es grande”, se le hacían repetir trabajos por tener un puntito en el papel de la impresión, y, los documentos, en lugar

de dejarlos en la mesa, o de dárselos en ella, se lanzaban despectivamente en la mesa de la actora (únicamente), con reprimendas ante cualquier equivocación, falta de valoración de su trabajo bien hecho, e incluso la contable recibió presiones para que dijese que los servicios de la actora no le servían, a lo que la contable no accedió... cuando la actora no estaba presente, el empresario intentó convencer a la contable para que manifestase que “Melisa no sirve”, no permitía a la actora acompañar a su hijo al médico, alegando que era mayor (dieciocho años), aunque fuera solicitado como tiempo recuperable... se le exigían, estando en contabilidad, tareas no solicitadas a su sustituto (contar los días desde la factura hasta pago; puntear las relaciones de los representantes antes de efectuar el cobro; hacer el arqueo de caja de las 14 a las 16 horas; no recibir llamadas personales desde el exterior...)... y un familiar del acosador también se refería a la trabajadora como “ésta”; sentencia de 26 de junio de 2008, sobre despido, que describe: el director de la empresa manifestó en una ocasión a la actora en estado de ebriedad que estaba enamorado de ella, pidiendo disculpas al día siguiente, y, sin embargo, a partir de ese momento dicho cargo pasó de tener una amable con la actora a otra vejatoria; sentencia de 7 de julio de 2008, sobre despido, acerca de malos tratos continuados de un compañero de trabajo a otro, que finalizan en una agresión; sentencia de 14 de octubre de 2008, sobre extinción del contrato ex art. 50 ET, acerca de cooperativista que en una asamblea es agredido e insultado, siguiéndose diligencias penales; sentencia de 21 de octubre de 2008, sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial, que describe la continua humillación de la demandante, con retirada de instrumentos de trabajo, privación de comunicación, necesidad de tener que pedir permiso para usar el teléfono, etc.; sentencia de 12 de febrero de 2009 sobre tutela de derechos fundamentales, acerca de responsable de centro de trabajo que efectúa manifestaciones vejatorias para los trabajadores del mismo; sentencia de 12 de febrero de 2009, sobre despido declarado nulo por trato humillante y de aislamiento profesional dispensado al demandante, que ha causado varias bajas por tal circunstancia, si bien se desestima la pretensión de indemnización complementaria, por falta de fundamento jurídico claro (se basa, sin mayores consideraciones, en la conducta antisocial de la empresa); sentencia de 23 de abril de 2009 sobre extinción al amparo del art. 50 ET, acerca de agresión física del empresario al trabajador en una situación de conflictividad entre las partes en relación a la aptitud labo-

ral del demandante; sentencia de 23 de noviembre de 2009 sobre despido, que describe la actitud vejatoria del encargado con sus subordinadas; sentencia de 22 de marzo de 2010, sobre despido, acerca de responsable de facto del registro de la propiedad, que trata vejativamente al resto de empleados, lo que ocasiona reiteradas quejas de éstos.

Como puede observarse, en esta serie de supuestos el trato vejatorio es evidencia y se ha acreditado, mediante prueba testifical principalmente, al tratarse de insultos, gritos, trato denigratorio...

Por otra parte, en la mayor parte de los casos analizados, pese a su gravedad, no se insta la indemnización del daño moral en los procesos de extinción del contrato al amparo del art. 50 ET. En algunos casos, la deficiente concreción del monto indemnizatorio respecto a la valoración del daño moral conduce a la desestimación de dicha pretensión.

Tampoco es habitual la inclusión de codemandados, salvo un supuesto concreto, en el que asimismo se insta la indemnización del daño, con condena al encargado junto con la empresa (sentencia de 25 de julio de 2006 sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial).

Supuestos graves en los que es evidente el incumplimiento grave empresarial y se denuncian por la vía de la extinción del contrato de trabajo a instancia del propio trabajador o trabajadora (cfr., sentencia de 8 de mayo de 2002, rec. 828/2001, sobre extinción del contrato por incumplimiento en la que el demandante, único oficial de un registro de la propiedad, es rebajado en sus funciones para realizar funciones de auxiliar administrativo, con privación de las competencias de dirección de personal y del contacto con el público; sentencia de 28 de noviembre de 2001, rec. 1578/2001, sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial, en la que al accionante se le priva del mando sobre cinco personas, se le suprimen las horas extras, se pone en entredicho su credibilidad personal, y se recomienda a sus compañeros no dirigirse a él; sentencia de 21 de noviembre de 2002, rec. 4396/2002, también sobre extinción ex art. 50 ET, en la que al actor, jefe de área de publicación periódica con responsabilidad sobre veinte trabajadores, se le hacía el vacío por los directivos –conducta consentida por la empresa–, así como en sus funciones, sustituidas las responsabilidades anteriores sobre varios periódicos editados por la empresa por copias artículos a las órdenes de sus

anteriores subordinados, con cambio de turno –pues llevaba veinte años en el nocturno–; sentencia de 10 de diciembre de 2002 (rec. 3217/2002), asimismo amparada en el art. 50 ET, en la que se analiza una modificación sustancial de condiciones y privación de elementos esenciales para el correcto de las funciones –teléfono y ordenador–, con reducción de la cartera de clientes y el número de colaboradores adscritos, con concesión además de un permiso extraordinario no solicitado por el afectado con la intención de impedirle su prestación efectiva de servicios.

Asimismo, es el caso de las siguientes:

1. Extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET:

19/12/2003 Vacío del resto de compañeros, órdenes al personal de limpieza de no vaciar la papelera de la actora, trabajos accesorios, no invitación a celebraciones de empresa, etc., que determina una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales.

20/10/2004 “El empresario gritaba al dar las órdenes”, que “normalmente reprendía a gritos a la gente con público incluso” y “la actora recibía más gritos que nadie”, y “la relación o situación era más tensa con la actora”. Se desestima el recurso de la actora en relación a la indemnización por daños y perjuicios morales por falta de acreditación del daño.

30/11/2004 Situación de roce con un cargo de la empresa, que se comunica con ella a través de terceros y presentando la demandante una afectación psíquica de clara etiología laboral. Indemnización adicional de 10.000 euros.

27/05/2005 Modificación de puesto de trabajo y creación de un ambiente laboral adverso entre el resto de los compañeros de trabajo y los representantes.

03/02/2006 Trabajadora que, tras reincorporarse a su jornada completa tras reducción por cuidado de hijo, es ignorada por sus superiores cuando formulaba alguna consulta, dirigiéndose críticas contra su trabajo en tono absolutamente inapropiado y sin justificación objetiva,

02/06/2006 Informático de la empresa que, a raíz del cambio de titularidad, es relegado, dotándosele de un único ordenador sin los programas básicos.

25/07/2006 La actora sufrió en forma prolongada un trato humillante de su superior y, ante sus quejas, se le modificó el lugar de prestación de servicios, pero con mantenimiento de cierta política de agravio. Acumulación de la indemnización adicional con la extinción del contrato de trabajo (31.500 euros). Y condena solidaria a la empresa y al acosador. (Plazo de prescripción para la reclamación de la indemnización de tres años).

13/07/2007 Jefe de sección, con diversos trabajadores a su cargo, que es amonestado por no alcanzar los mínimos exigidos. A partir de ese momento se notifica a los asalariados a su cargo que no siga sus instrucciones, sino las del superior inmediato y, posteriormente, se le obliga a hacer trabajos de menor cualificación.

10/12/2007 Tras varios procesos de IT, la empresa encomienda a la trabajadora la realización de una serie de tablas y gráficos en forma manual, sin proporcionarle un ordenador en red y sin los programas necesarios para dichos menesteres.

18/12/2008 Prolongada actitud de desprecio y hostilidad por parte de su superior, con fiscalización extraordinaria del cometido profesional de la actora. Ante las quejas ante la empresa, la única oferta fue el cambio de puesto de trabajo.

10/02/2009 Actuación de la empresa que, tras una queja del trabajador, en materia de horas extras, procede a la movilidad funcional, nombrando como supervisor a un subordinado suyo, no cubre su puesto de trabajo y le quita el teléfono móvil y el coche de empresa.

2. Despido:

09/11/2005 Discrepancias entre cargo municipal y arquitecto, que finalizan con su sustitución en la obra correspondiente y su relegación en relación con otros arquitectos. Nulidad del despido.

02/11/2007 La instancia extinguió el contrato de trabajo y declaró la improcedencia del despido en función de una actitud prepotente y agresiva del gerente de la empresa. La Sala desestima el recurso de la empresa por motivos formales-procesales.

10/10/2006 Se declara la nulidad del despido, por existir indicios más que suficientes de una situación de acoso, entre ellos la falta de ocupación efectiva o la encomienda de trabajos superfluos.

21/12/2004 Imposición de un clima hostil, que provocó en una trabajadora una sensación de temor.

15/10/2009 Despido procedente del encargado de un horno que se dirige a las dependientas en forma continuada con expresiones como “niñata” o “tonta”, o diciéndoles “no tienes nada en la cabeza”, impidiéndoles salir a desayunar. Ante la dimisión de una de las afectadas por maltrato, se le despide.

22/09/2009 Trabajadora de una empresa que hostiga y maltrata a las empleadas de la ETT.

06/04/2010 Trabajadora que, a raíz de una movilidad funcional, es insultada y amenazada por sus compañeros de trabajo. Tras efectuar las correspondientes quejas internas, es despedida, declarándose nulo el despido.

13/01/2010 Despido por acoso a una subordinada, al quedar probado que la conducta del actor a la trabajadora implicaba un continuo desprecio dirigiéndose a ella con palabras soeces y amenazantes habiendo quedado probado que la baja iniciada por aquella traía su causa en el trato que venía recibiendo del trabajador despedido, y que con tal comportamiento lo que pretendía era desacreditar a la trabajadora y que esta abandonara su trabajo.

3. Tutela de derechos fundamentales:

14/05/2009 Trabajadora con una larga conflictividad con la empresa, que gana una demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por rebaje en sus funciones. Sin embargo, la demandada no cumple sin alegar ningún motivo con dicha sentencia. Se estima la demanda sin fijar indemnización. Inexistencia de cosa juzgada por el hecho de que la sentencia previa sobre modificación sustancial declarada que no se habían afectado derechos fundamentales.

4. Indemnización por daños y perjuicios:

14/12/2004 Apoderada de oficina bancaria que es destinada a hacer funciones de simple administrativo, con posterior modificación geográfica y no pago de bonus, que da lugar a reclamaciones judiciales.

Resto de supuestos de menor entidad. En ellos no se aprecia la existencia de acoso determinante del resultado solicitado, por tratarse de situaciones no reiteradas o no revestidas de la suficiente gravedad, identificadas, por el contrario, con meras irregularidades en el ejercicio del poder de dirección, o con incumplimientos no constitutivos de grave atentado a los derechos del trabajador o la trabajadora accionantes. Estos supuestos son los que obtienen en su mayor parte una respuesta desestimatoria.

4.3. El acoso discriminatorio y la perspectiva de género.

Los casos de acoso discriminatorio son muy extraordinarios, pudiendo observarse que no se les ha dado por los demandantes trato de tales, pese a que se cita la causa discriminatoria. Concretamente se trata de tres, de xenofobia, de homofobia y antisemitismo: sentencias de 23 de noviembre de 2009 (5150/2009), sobre despido, en la que el encargado se dirige a sus subordinadas con afirmaciones como “eres una mierda, que los jefes no quieren extranjeras de mierda”, o manifestaba “que era la peor dependienta de todas, que no sabía servir a los clientes, que no dijeran nada porque no la creerían a ellas sino a la encargada”, manteniendo una actitud autoritaria; sentencia de 10 de abril de 2008 (959/2008); sentencia de 10 de abril de 2008 (959/2008), sobre despido de trabajador homosexual que es acosado por sus compañeros de trabajo, y en tal contexto agrede a uno de ellos (no se justifica el despido, pues el acoso horizontal no justifica la agresión); y sentencia de 4 de diciembre de 2006 (4350/2006), también sobre despido de un directivo de empresa, con nacionalidad israelí, cuya nulidad se declara a partir de los siguientes indicios: 1º) el anterior consejero delegado se dirigía al actor como “espía hebreo”, 2º) era habitual que el director general hiciera mofa sobre la comida kosher, y 3º) también que se hicieran alusiones antisemitas sobre la segunda guerra mundial, 4º) así como que el director general dijera en una reunión –celebrada tres semanas antes del despido– que el actor tenía el inconveniente de

ser hebreo. Algunos supuestos encubren situaciones discriminatorias motivadas en el ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida privada y profesional, esto es, con el reingreso de trabajadoras que han hecho uso de tales derechos tras su disfrute. Cfr. sentencia de 09 de noviembre de 2005 sobre trabajadora –con reducción de jornada por cuidado de hijos– que es despedida por acosar a su secretaria, declarándose nulo el despido (se entiende que no existe tal acoso, aún aceptándose que existieron varias recriminaciones por correo verbal sobre el trabajo de ésta, y manifestaciones verbales, gritando, como “tú eres tonta”, pero sin llegar a más; se razona que incumbía a la empresa adoptar medidas preventivas no limitadas al despido de la supuesta acosadora).

Por otra parte, se detecta una mayoría aplastante de casos en los que el supuesto acosador es masculino, sea o no femenina la víctima. Sólo en dos casos la demanda se fundamentaba en acoso dirigido desde una trabajadora o cargo hacia otra trabajadora (sentencia de noviembre de 2005, 597/2005).

4.4. Los informes de la Inspección de Trabajo

Finalmente, se constata que los informes de la Inspección de Trabajo únicamente se citan como elemento determinante en un par de casos, a efectos de determinar posibles incumplimientos preventivos (así, la sentencia de 8 de abril de 2005, rec. 9551/2004, sobre ejecución de despido, relata en el caso de un director de administración de una sucursal que, tras ser candidato en unas elecciones es despedido, declarándose nulo el despido, con readmisión unida a modificación en sus funciones, de las que buena parte le son retiradas, sin permitirle acceder a su correo electrónico y al Intranet, y con revisión por un alto cargo de su correspondencia; en este caso, se considera la existencia de un informe del Centro de Salud Laboral que valora la alta concurrencia de riesgos psicosociales en la empresa por la conducta autoritaria de la misma), al no existir prácticamente asuntos en los que se valore la procedencia del recargo por omisión de medidas de seguridad. Son igualmente escasos los pleitos basados en exclusiva en reclamaciones relacionadas con la adaptación de condiciones de trabajo motivadas en la prevención de riesgos laborales, o reclamaciones únicamente referidas a la salud (cfr. sentencia de 6 de julio de 2009, rec.

3192/2009, sobre extinción del contrato por incumplimiento empresarial, precisamente por falta de prevención de riesgos laborales).

VIII. Análisis particular de los riesgos estudiados en la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Cataluña

La Sala contencioso-administrativa centra su actividad jurisdiccional en este tema exclusivamente en supuestos de acoso moral y de estrés, compartiendo con la Sala Social algunos criterios respecto de las obligaciones preventivas que a la empresa incumben en relación con la prevención del acoso en particular en su círculo organizativo, o en el marco conceptual (definición de acoso), con cierta tendencia a centrar el discurso en la valoración de las conductas alegadas como constitutivas o no de acoso y en el manejo de los distintos elementos conceptuales desde la perspectiva de la doctrina psicológica, ajenos a este marco regulador (distinto caso del penal), como el elemento “intencional”³¹. La conclusión en estos (escasos) supuestos es que las obligaciones preventivas al respecto no se entienden cumplidas según el criterio reglamentista, sino según la deuda de medios y de resultado que compete al empresario a fin de evitar situaciones o métodos que propicien el acoso, y pese a que el acoso sea imputable a un compañero de trabajo (se usa el masculino porque todos los casos corresponden a acosadores masculinos), como se afirma en la sentencia de 11 de febrero de 2010 (205/2007), así como en la de 5 de diciembre de 2000 (83/2000)³², lo que apunta a una evolución notable respecto del distinto criterio mantenido en la anterior sentencia de 26 de marzo de 2007 (rec. 688/2002), en la que se sostiene que la natura-

31 *Es el caso de la sentencia de 11 de diciembre de 2009 (467/2006), que desestima la existencia de acoso contra funcionario de Policía, razonando que “el acoso precisa el elemento intencional dirigido específicamente al trabajador. Asimismo cabe resaltar que no son constitutivos de acoso los hechos aislados o ataques puntuales a la dignidad del trabajador”. En la misma sentencia, y evaluando las conductas alegadas como determinantes de acoso, se razona que “más allá del dato objetivo de distribución del trabajo, esta organización tampoco muestra por sí la existencia de acoso. Máxime cuando el propio Jefe de Telecomunicaciones da razón en su informe acerca de las medidas organizativas adoptadas, discutibles o no en el ámbito organizativo, acertadas o no, pero que no muestran por sí sola la existencia de un ánimo dirigido al recurrente en los términos de acoso”.*

32 *En este caso se confirma la sanción al empleado público, pero se afirma asimismo que la empleadora ha incumplido su deber in vigilando.*

leza de empleado de la empresa/compañero de trabajo como acosador excluye la responsabilidad de la propia empresa. En la misma línea, la sentencia de 2 de abril de 2009 (921/2004) estima la concurrencia de acoso en Administración local y la correcta actuación de la Inspección de Trabajo con propuesta de sanción por incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas.

Sin embargo, respecto de las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo a las condiciones de salud de la persona demandante, los criterios son dispares, como es el caso de la sentencia de 25 de septiembre de 2001 (65/2001), que deniega la solicitud de cambio de puesto de trabajo al fallar la acreditación de la relación de causalidad de la enfermedad psíquica de la demandante y el estrés laboral al que ésta lo imputa, rechazando por tanto que la propia situación patológica de la solicitante constituya razón suficiente para efectuar el cambio instado de condiciones de trabajo sobre la base de las obligaciones preventivas.

Como en el orden social, la evaluación de la existencia de acoso pasa por el análisis objetivo de las conductas que pudieran ser constitutivas del mismo, sin concesión de importancia específica a los efectos psicológicos del mismo, cuando no se analiza su posible calificación en el ámbito de la Seguridad social. Es el caso de la sentencia de 18 de noviembre de 2005 (1559/2003), que valora como no constitutiva de acoso la modificación de funciones, acompañada de la del complemento específico, de un letrado municipal.

Del mismo modo, la posible persecución penal de los hechos no interrumpe la prescripción de la falta en la que pudiera incurrir el presunto acosador, que debe sancionarse dentro de los parámetros legales de la imposición de sanciones a funcionarios, como el de las propias de los trabajadores dentro de los criterios del art. 59 ET (sentencia de 26 de marzo de 2007, rec. 688/2002).

Respecto del estrés, resulta de especial dificultad establecer la relación de conexión entre la situación estresante y el resultado evaluado, lo que determina en buena parte de los casos la desestimación de la pretensión actora. Por otra parte, se razona en algunos casos la irrelevancia de la causa a la que sea atribuible la patología evaluada como incapacitante (sentencia de 20 de junio de 2008, rec. 1198/2004, que la desestima por hallarse ya el funcionario de Policía en situación de segunda actividad).

Resulta de especial interés la valoración de la prueba en estos casos, a efectos de efectuar una labor comparativa entre ésta y la Sala social del TSJ. En la recién citada sentencia de 20 de junio de 2008, se razona que en el proceso contencioso-administrativo, donde los intereses a ventilar son públicos, la valoración de la prueba no puede regirse literalmente por las normas procesales de la LEC, cuando el interés que se está evaluando es si el actor merece el reconocimiento de una prestación de clases pasivas de jubilación por incapacidad permanente³³. En la posterior de 3 de julio de 2008 (237/2006), se valoran asimismo los antecedentes de personalidad psicótica previa para desestimar la presencia de acoso). Otro tanto acontece en la sentencia de 16 de abril de 2010 (25/2008), en este caso enjuiciando la pretensión de indemnización económica ex responsabilidad patrimonial de la Administración, para excluir la relación de conexión sobre la base de una previa depresión endógena. No se baraja, por tanto, la posible manifestación o agravación de la misma como consecuencia del elemento estresante desencadenante.

Se observa, finalmente, así en la sentencia de 11 de diciembre de 2009 (467/2006), que se impone al accionante el deber de acreditar la relación de causalidad entre la patología sufrida y el trabajo (hasta aquí, principio inherente a cualquier proceso), afirmando que es necesario desvirtuar la decisión administrativa, por lo que ante una patología compleja como es un trastorno depresivo, no basta con la acreditación de la intervención de factores determinantes, sino la íntegra demostración de una estricta relación de conexión³⁴. En cuanto respecta a los funcionarios del cuerpo de Policía, se llega a conclusiones semejantes, por lo demás contrarias a

33 Con arreglo al Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, en virtud del cual se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en cualquier momento en que se prevea que la enfermedad o lesión por accidente impedirá definitivamente el desempeño de las funciones públicas se iniciará por el órgano de jubilación competente, de oficio o a instancia del interesado, el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (artículo 19). El artículo 28.2.c del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, determina que la jubilación o retiro como hecho causante de las pensiones que regula el capítulo II Subtítulo II del Título I puede ser por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico, que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera.

34 Se afirma literalmente que "En definitiva, es posible afirmar que si bien es deseable que la Administración, a través de los distintos mandos, deba ser atenta ante el activo que representan cada una de las personas que trabajan para la Administración, esta Sala no observa que el trastorno depresivo que se alude como causado en el ámbito laboral tenga causa en una situación de acoso laboral tal y como ha sido elaborado jurisprudencialmente, pues... se trata de una patología compleja en la que pueden haber intervenido multiplicidad de factores, y en estas condiciones no basta la mera afirmación o el señalamiento de indicios de desacierto en la jefatura, sino que es preciso una prueba adecuada que desvirtúe la decisión administrativa aquí impugnada."

la doctrina de la Sala cuarta del Tribunal Supremo (sobre ertzainas y las consecuencias derivadas de su sobreexposición al estrés e un territorio concreto tan singular para generar un contexto propicio al desencadenamiento de secuelas consecuencia de situaciones de amenaza concreta), para excluir la relación de conexión en patologías coronarias asociadas a intenso estrés, sobre la base de un presunto nivel semejante de tensión común a todos sus miembros³⁵.

IX. Análisis particular de los riesgos estudiados en las Salas Penales de las Audiencias Provinciales

Como ya se ha anticipado, son escasos los supuestos en los que la víctima se dirige a la jurisdicción penal para obtener plena satisfacción al daño sufrido, ya sea por acoso sexual o por acoso moral, al no existir en este orden de la jurisdicción espacio para el estrés laboral, según evidencia el examen de las sentencias dictadas por las salas penales de las diferentes audiencias provinciales.

Según se indicó, los tipos aplicados pasan por el acoso sexual en su mayor parte, a los que se unen los de vejaciones o coacciones. Por su parte, el acoso moral se reserva en este ámbito para las conductas más graves (o con “relevancia penal”, STS, sala de lo penal, de 7 de noviembre de 2003 [Ar. 7573]), por lo que no resulta extraño encontrar en las sentencias consultadas una suerte de remisión al orden social como lugar estimado más apropiado para la reparación del daño sufrido por la víctima y la restitución de su situación laboral en su lugar de trabajo (cfr. Auto Audiencia Provincial Barcelona (Sección 8ª), de 15 septiembre 2003³⁶).

35 En la sentencia de 21 de enero de 2010 (481/2006) se afirma que “en el presente caso, se trata de una enfermedad común que no necesariamente se ha originado con motivo del desempeño de las funciones profesionales de Policía. (...). Todos los Policias en pleno ejercicio de sus funciones se encuentran en la misma situación, sin que trascienda el efecto pretendido por la acción jurisdiccional ejercitada”.

36 En ella se afirma que “tampoco resulta relevante para el ulterior curso de este proceso penal la determinación del mayor o menor grado de incidencia que en aquel desenlace psicológico del trabajador hayan podido tener las condiciones laborales en que éste desarrollaba sus cometidos profesionales como empleado de la entidad bancaria Caixa del Penedès. Tales comprobaciones podrá tener traducción y relevancia, en su caso, en un orden jurisdiccional distinto, el laboral, en el que habrán de ser dilucidadas en su caso las responsabilidades contraídas por los directivos de la entidad empleadora en su relación laboral con el trabajador”. Se exige así “la aportación al proceso de una serie de elementos de acreditación a través de los cuales pueda llegar a establecerse no ya solo los presupuestos objetivos de los que se ha venido a definir como acoso moral o mobbing laboral, sino además de que tales conductas de persecución psicológica sean de tal magnitud e intensidad que sobrepasen cualquier previsión sociolaboral y vengán a instalarse en sede delictiva”, puesto que “el carácter fragmentario del derecho penal limita su intervención a

Dejando aparte los casos en los que la desestimación viene motivada por razones no ya de fondo, sino de índole formal, como es el caso de la extemporaneidad de la denuncia, situación más habitual en el ámbito contencioso-administrativo, las situaciones de acoso se identifican con desviación de poder por parte de superior, cuando se trata de acoso vertical (sentencia de 27 de febrero de 2010, rec. 3469/1996, que lo descarta). Y es que el argumento central en estos casos es, frente al incumplimiento en el orden social cuando de una relación privada se trata, determinar si la actuación administrativa constituye desviación de poder, que se separa del bien común que debe perseguir en uso de sus potestades públicas³⁷.

En este ámbito parece haberse llegado incluso a distinguir una especie de graduación en la gravedad del acoso, de forma que las formas menos graves del mismo deberían siempre resolverse en otro orden distinto al penal, fundamentalmente el social, cuando se trate de personal sujeto al Derecho del Trabajo, mientras que el grado más grave, que el Auto de la AP de Barcelona de 15 de septiembre de 2003, ya citado, denomina “mobbing o tendencioso acoso laboral en su fase última o más severa”, sí competiría al orden penal, por ser constitutivo del ilícito penal sancionado por el Código penal, ya que éste exige que tenga relevancia penal (así, en la STS, sala de lo penal, de 7 de noviembre de 2003 [Ar. 7573]³⁸).

En consecuencia, en el orden penal y por lo que respecta al acoso moral, se baraja el criterio de la suficiencia de la solución jurídica o sanción para la conducta constitutiva del acoso laboral junto con el de la gravedad de dicha conducta para estimarla sancionable en el orden

aquellos comportamientos más graves, que no encuentren una respuesta proporcionada en otros ámbitos del derecho, incluso sancionador” (Auto de la AP de Barcelona de 15 de septiembre de 2003).

37 Concretamente, en la sentencia de 27 de febrero de 2001 (3469/1996), se razona que “definida la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico, es muy reiterada y constante la jurisprudencia que ha señalado que no puede fundarse en simples suspicacias, celos o mera disconformidad del administrado con el acto recurrido, sino que, constituyendo una presunción “*iuris tantum*” que la Administración actúa sus potestades con arreglo a Derecho, para destruir dicha presunción mediante la invocación de la desviación de poder no basta una mera alegación, ni simples conjeturas o sospechas, sino que se requiere una cumplida prueba de que la Administración se ha apartado de su finalidad primordial de atender el bien común o el interés general”.

38 Según dicha resolución, “la relevancia penal que allí se admite, y aquí no se descarta como posible, para comportamientos coincidentes con el denominado mobbing laboral está necesitada no ya sólo de la comprobación de haberse producido aquella variedad del acoso laboral, sino de que el mismo se hubiere llevado a cabo con una intensidad tal que se revelasen cortas e insuficientes las consecuencias previstas en sede laboral para aquel tipo de conductas.”

penal o bien remitir su castigo o reparación al orden social, en principio suficiente para ello. El acoso ha de resultar suficientemente acreditado, con acreditación asimismo, afirma el Auto de la AP de Barcelona de 15 de septiembre de 2003, “de que el hostigamiento haya sido particular y directísimamente proyectado sobre una única persona, o varias pero de manera individualizada”, por lo que parece rechazarse el acoso ambiental, reservado para el ámbito social (al margen de otras hipotéticas soluciones por lo demás no aplicadas en la práctica forense, como el delito contra los derechos de los trabajadores por incumplimiento de normas de seguridad e higiene en el trabajo, si por parte del empresario o quien en su nombre ejerce el poder disciplinario y de dirección se inflige una conducta que lesione gravemente el derecho a la salud en el trabajo de los trabajadores por él empleados).

La resolución que se cita trata de separar el tipo delictivo de otros afines, como el abuso de autoridad³⁹, situación común en otras resoluciones estudiadas, que distinguen que el abuso de autoridad es precisamente el tipo delictivo en el que la conducta encaja cuando constituye acoso vertical.

De crucial interés es la valoración de la prueba en estos procesos, que arroja interesantes reflexiones respecto de cuanto acontece en el orden social en particular. En particular, en el proceso penal el acoso sexual y

³⁹ Afirma que no lo son la aprobación o denegación de una petición de excedencia o del despido, decisiones todas ellas que en absoluto pueden venir a conformar el hostigamiento típico, aun cuando pudiera tratarse de decisiones atacables en el orden laboral; ni tampoco el “abuso de autoridad” o sobrepasar la auctoritas inherente al cargo ocupado, si no se acompaña de concretas conductas de aquel orden personalmente dirigidas al trabajador víctima del supuesto acoso, y, siempre y cuando, además, exista un específico móvil en todo ello (que es lo que caracteriza al acoso “tendencioso”): que se encuentren encaminadas a obtener del trabajador alguna quiebra en sus derechos laborales. Y sí lo son las directrices particularmente encaminadas a perjudicar la situación o derechos laborales que pudieran corresponder a la víctima como trabajador individual, así como los insultos, humillaciones, y presiones particularizadas. No pueden en ningún caso venir a llenar los presupuestos de un delito contra los derechos de los trabajadores de la variedad del perseguido como acoso psicológico el hecho de que las exigencias productivas diseñadas desde los órganos directivos entrañen una mayor o menor dificultad para los trabajadores, y tampoco desde la comprobación de que tales dirigentes en las formas de trasladar y exigir de los trabajadores su cumplimiento resulten más o menos pertinentes, a menos que tales comportamientos vengán específicamente dirigidos a un trabajador particular, y no al colectivo, pues en este caso dicho colectivo viene dotado de suficientes mecanismos de respuesta, vía sindical o de reclamación conjunta frente a sus superiores para contrarrestar tales conductas. Finalmente, constituyen indicios contrarios a la existencia de acoso el hecho de que el trabajador reciba felicitaciones de sus superiores por su trabajo. Aunque dicho indicio ha de tomarse con precaución, puesto que su existencia no impide que, en paralelo, y en privado, se ejerza otro tipo de presión u hostigamiento sobre el trabajador, que dicho comentario público en un foro oportuno puede intentar encubrir.

el acoso moral tienen su centro de gravedad en la declaración del o de la denunciante, lo cual no tiene parangón en el proceso social o contencioso, pese a que de igual modo la acreditación de los hechos pueda sostenerse sobre los mismos medios probatorios. Sin embargo, la declaración de la hipotética víctima tiene un peso fundamental en el proceso penal, mientras que en el social o en el contencioso no va más allá de tenerse como declaración de parte, en tanto que no se trata de destruir la presunción de inocencia sino de acreditar los hechos en los que se basa la pretensión, por más que, si bien en el supuesto de interponer acción de tutela de derechos fundamentales la aportación de indicios flexibilice dicha carga probatoria, ausente en el proceso penal.

La única y determinante prueba o prueba de cargo en la que sustentar la condena penal, la declaración de la persona denunciante, ha de reunir los requisitos necesarios para dotarla de suficiente valor probatorio, el imprescindible y requerido para desvirtuar la presunción de inocencia, que, a tenor de la doctrina de la Sala penal del Tribunal Supremo (cfr. sentencia de 29 de diciembre de 1997), ha de ajustarse a tres parámetros básicos: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. Estos parámetros podrían ser extrapolables a los procesos sociales cuando de acoso sexual se trata, y, sin embargo, en este ámbito se invierten las tornas y es la propia persona acosada sexualmente la que debe probar la veracidad de sus alegaciones para obtener un resultado condenatorio por medio de prueba distinta a la de su propia declaración, esto es, prueba documental, testigos... que raramente podrán (o querrán) estar presentes en un pleito en el que, a diferencia del penal, el testigo, en tanto que compañero o compañera de trabajo, va a tener un temor mucho más fundado en tomar parte en el mismo a recibir represalias empresariales. Sin embargo, no se aplican en ninguno de los casos analizados, donde la declaración de la víctima no deja de ser una declaración de parte, carente de verosimilitud, y donde no se practica el interrogatorio de parte con asiduidad, ya que no se le concede el mismo valor que en los procesos penales, seguramente porque en el proceso social no existen diversas fases del procedimiento en las que la víctima, el acusado o los testigos puedan incurrir en contradicciones y permitir al juzgador una convicción más aposentada, dado el principio de concentración del mismo.

Una diferencia notable que no puede olvidarse entre el orden penal y el social en el enjuiciamiento de estas conductas radica en el elemento

intencional, que, pese a invocarse erróneamente en algunos casos, es esencial en el ámbito penal y muy secundario en el social o en el contencioso, donde prima la objetividad de los hechos, cuya conformación cualitativo-temporal determinan que haya podido vulnerarse un derecho o haya podido incurrirse en un incumplimiento empresarial. Puesto que en el orden penal se enjuicia una conducta individual y a un sujeto en particular y el encaje en un tipo penal, mientras que en los otros considerados lo determinante es el incumplimiento en que consiste la conducta o conductas analizadas, y el resultado resarcitorio y/o sancionador que del mismo deba derivarse mediante la observación del individuo objeto del acoso y las situaciones a las que ha sido sometido, y su incardinación en incumplimientos o en vulneración de derechos fundamentales, con independencia de cuál sea la percepción del sujeto acosado frente a tales conductas.

Por lo demás, el acoso ambiental queda excluido del orden penal, para reservarlo al orden social, en tanto que no constituye una conducta particular dirigida desde un individuo frente a otro, sino una situación contextual que provoca en la víctima determinada percepción y sentimiento intimidatorio o humillante.

X. Conclusiones

La primera reflexión debe destinarse al concepto de acoso. Pese a tratarse de un tema “manido” y recurrente en la doctrina científica, en el ámbito judicial constituye un problema de primer orden ante el que se encuentra el juzgador o la juzgadora. Es ésta una cuestión transcendental en tanto que en la inmensa mayoría de casos la pretensión procesal de la parte actora se basa precisamente en la existencia de acoso. Situados en este ámbito, caben tres posibles escenarios (comunes en las sentencias que abordan el tema): a) el seguimiento de conceptos extrajurídicos –especialmente sociológicos–; b) la aplicación de las leyes y Directivas antidiscriminatorias en su concepto específico de acoso –que no siempre es coincidente con el estrictamente moral–; o c) la aplicación de la lógica iuslaboralista “ad casum”, en relación al derecho a la dignidad del trabajador/a y el derecho a la integridad física y moral ex art. 15 CE. La opción de estos autores se inclina por estas dos últimas, en función de las circunstancias concurrentes y el tipo de acción. La lógica de traslación

sociologista en las sentencias –muy común en la doctrina científica- debe descartarse radicalmente, porque la función jurisdiccional pasa por la aplicación de las leyes y no por teorías sociológicas. En todo caso, es importante destacar que en la inmensa mayoría de supuestos las demandas –y también buena parte de las sentencias- van dirigidas a la determinación de si existe acoso moral –en relación a la definición legal o sociológica-, omitiendo la problemática jurídica sustantiva de fondo. El “nomen iuris” deviene, de esta forma esencial, cuando –reitero que desde mi punto de vista- es lo menos importante. Parece que los árboles no nos dejan ver el bosque.

En segundo término, pues, corresponde valorar la forma de determinación de ese punto esencial de partida, esto es, si se ha producido o no la violación de derechos denunciada. Y en esa concreción “ad casum” es obvio que las reflexiones judiciales pueden variar en función del tipo de acción. Así, si nos hallamos ante una demanda de tutela de derechos fundamentales lo que cabrá valorar es la concreción del art. 15 CE. Por tanto, si la conducta del empresario ha ocasionado perjuicios al trabajador en relación a su dignidad. Y ello puede ser acoso moral –respecto las definiciones legales o sociológicas- o no, pero desde el punto del juez eso debería ser lo menos importante (¿qué más da si es acoso o no si se afecta a la integridad psíquica y a la incolumidad del trabajador y a su dignidad?) Lo mismo ocurre con la determinación de la contingencia (¿es que si no hay acoso moral, no concurre origen profesional?) o la extinción del contrato por la vía del art. 50 ET –aunque aquí opera el supuesto del apartado a) del art. 50.1, en la lectura amplia jurisprudencial en la materia-. Sin embargo, en la práctica estas reflexiones –que desde mi punto de vista son las más relevantes- vienen en la inmensa mayoría de supuestos coartadas por el debate procesal entre las partes y las pretensiones procesales de las mismas. Y no cabe obviar, en este sentido, que el actual redactado del art. 218.1 LEC 2000 ha limitado extraordinariamente la capacidad discrecional de la función judicial en relación a la causa petendi.

En el plano indemnizatorio, puede sentarse una clara conclusión. Respecto al acoso moral cabrá observar que en general las indemnizaciones fijadas se basan en daños morales. Y opera aquí la conocida divergencia entre TS y TC en cuanto a su cuantificación. Como elemento caracterizador deberá significarse que las indemnizaciones penales son muy bajas y que las que se fijan en el CA –aunque aquí lógicamente, teniendo en cuenta que se pagan por la AP- son superiores en general a las de lo social.

En relación al acoso sexual, la problemática aquí surge esencialmente en la valoración de la prueba, en tanto que en la mayor parte de supuestos no existe otro medio de acreditación que a través de la de interrogatorio de parte. En la doctrina penal se aplica la teoría del Tribunal Supremo 2^a, que reclama un exigente programa de valoración/validación del testimonio (STS 16 de mayo de 2003) que implica la necesidad de someterlo a un doble test de credibilidad objetiva y de verosimilitud subjetiva, cuyos concretos ítems pasan por la identificación de las circunstancias psicofísicas del testigo; del contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelve; de las relaciones que le vinculaban con el inculpado; del grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; de la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; de la persistencia en la voluntad inculpatoria; de la constancia en la narración de los hechos y de la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; de la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo atendiendo a las circunstancias concretas; de la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad “fenomenológica” con otros hechos o circunstancia espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

Y, finalmente, cabe indicar que en relación al estrés y al burn out, la inmensa mayoría de supuestos aparecen en los procedimientos de fijación de contingencias (accidente de trabajo). En todo caso, aquí opera la nota de exclusividad causante del art. 115.2 e) ET. Con todo, cabrá hacer una crítica a un criterio jurisprudencial bastante extendido en relación a la personalidad lábil o débil de la persona afectada –conforme a la cual, ya era proclive a padecer una incapacidad laboral por su previa situación psíquica-. Ésta es una tendencia –más o menos instaurada- que debería ser criticada desde el punto de vista reseñado de determinación de la contingencia, y que desde la perspectiva preventiva chirría claramente con la filosofía de la prevención, así como de la determinación de responsabilidades, en tanto la personalidad de base puede eximir a los responsables de la prevención de riesgos laborales, en este caso particularmente psicosociales, de desplegar las obligaciones preventivas pertinentes para que lo que sólo es una tendencia o un riesgo se convierta en una realidad y desencadene un daño efectivo.

Para concluir, pueden condensarse los principales problemas hallados en la doctrina judicial en varios elementos: a) la preeminencia de la personalidad de base o antecedentes previos para excluir obligaciones y responsabilidades; b) la exigencia de la causalidad única para entender el riesgo directamente conectado con el trabajo; c) la desviación del objetivo principal buscado, la vulneración de los derechos fundamentales en juego o los derechos relativos a la salud y a la prevención de riesgos laborales, y el régimen de obligaciones que debió aplicarse y en su caso sancionarse su incumplimiento por la vía que corresponda, por vericuetos socio-doctrinales; d) la dificultad probatoria que entrañan los procesos en materia de acoso para la víctima, al reducirse en muchos casos a las alegaciones de la propia persona interesada, no tomadas en cuenta como elemento de cargo; e) la escasez de supuestos judicializados en los que el elemento de riesgo es el estrés, a fin de mejorar su prevención en la empresa; f) la tendencia a la identificación de las situaciones de acoso con una determinada reiteración de actuaciones, que impide en ocasiones identificar la lesión al derecho vulnerado como suficientemente grave, o la curiosa tolerancia hallada en determinadas resoluciones hacia actitudes poco respetuosas en los lugares de trabajo, por considerarlas habituales, cotidianas, normalizadas o “inofensivas”.

GALICIA

I. Introducción

La doctrina de la sala de lo social del TSJ de Galicia manifiesta una clara predominancia de los litigios sobre acoso moral respecto de los demás riesgos psicosociales. De entre las sentencias analizadas, correspondientes al período 2006-2010, se aprecia que prácticamente la mitad se corresponden con sentencias sobre acoso moral.

No es especialmente generoso el TSJ de Galicia a la hora de reconocer la existencia de estos riesgos psicosociales. A tal fin, la interpretación enormemente restrictiva, en muchos casos excesivamente restrictiva, sobre la calidad de los indicios aportados por el trabajador demandante y posteriormente recurrente, evita que pueda apreciarse la existencia del riesgo psicosocial solicitado. Esta tendencia se acentúa en el período temporal analizado, donde son realmente escasas las sentencias que admiten la existencia de alguno de los riesgos referidos.

109

Otro elemento llamativo consiste en el uso principal de dos procesos especiales a la hora de tramitar estas demandas. Sin duda, el más empleado es el proceso especial de extinción del contrato de trabajo, donde el trabajador supuestamente acosado solicita que el órgano judicial declare extinguida su relación laboral como consecuencia de esta conducta empresarial. Es aquí donde el TSJ gallego suele ser más flexible en su interpretación de los “indicios suficientes” y concede, en muchas ocasiones, la extinción. No obstante, tampoco son escasas las sentencias en las que, si bien se reconoce que no existe acoso moral, sí se aprecia un incumplimiento del empresario suficiente como para justificar la extinción del contrato.

En cuanto a la indemnización por los daños materiales y morales solicitada por el recurrente, es frecuente que la Sala gallega rebaje la inicialmente concedida en instancia, si bien ha de precisarse que, cuando esto ocurre, es más que suficiente la motivación ofrecida para acordar tal decisión.

En el estudio de cada uno de estos riesgos en la doctrina del TSJ de Galicia debe indicarse que ninguna de las sentencias analizadas contempla estos riesgos psicosociales sean efectivamente riesgos valorables sobre la base de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

II. El acoso moral

1. Concepto de acoso moral en la doctrina del TSJ de Galicia

Prácticamente todas las sentencias sobre acoso moral analizadas y dictadas por la sala gallega en el período 2006-2010, ofrecen una definición extensa y completa de acoso moral antes de resolver la cuestión de fondo. Esta definición puede encontrarse en otras sentencias de la Sala, dictadas en período anterior a 2006⁴⁰, sin perjuicio de que se repita también en el período más reciente⁴¹.

Es ésta una definición amplia, que estudia el concepto de acoso moral desde sus inicios y que da cuenta de las sucesivas ampliaciones, modificaciones o concreciones que se han ido añadiendo a esta noción de acoso moral. Dado que éste carece de definición legal, esta doctrina lo define como conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndose ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de una forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen - más que en el trabajo - en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la empresa.

Los mecanismos del “mobbing” - en sus variedades vertical y horizontal - admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo

⁴⁰ Entre las que destacan las siguientes 12 de septiembre de 2002, 11 de abril de 2003, 29 de septiembre de 2005, 27 de septiembre de 2006 y 9 de julio de 2007.

⁴¹ Es el caso de las sentencias de 27 de septiembre de 2006, 9 de julio de 2007 o 25 de enero de 2010, entre otras muchas.

que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones), y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (“mobbing” horizontal) como al personal directivo (“bossing”), el que incluso puede ser sujeto pasivo (“mobbing” vertical); aunque, sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder. Pero en todo caso es claro que este fenómeno, muy antiguo aunque de reciente actualidad, es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los art. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207, vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art. 15 CE, y - en el ámbito normativo laboral - desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el art. 4.2 e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales, en términos que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, “ex” art. 50.1 a) y c) ET.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y el defectuoso ejercicio - abusivo o arbitrario - de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona - básicamente su dignidad e integridad moral -, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido - empresarial.

En definitiva, indica el TSJ de Galicia, si se define el acoso moral como un conjunto de conductas y prácticas que se caracterizan por la sistematización, la duración y la repetición de ataques a la persona o a su personalidad, utilizando todos los medios relativos al trabajo, sus relaciones, su organización, su contenido, sus condiciones, sus instrumentos, desviándolos de su legítima finalidad y utilizándolos con la aviesa intención de destruir, podemos apreciar que la distinción entre «conflicto laboral» y «acoso laboral» no se centra en lo que se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace.

La Ley 51/2003, de dos de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 62/2003, de treinta de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, han tipificado por primera vez en nuestro ordenamiento un concepto de acoso, que cabría calificar de «discriminatorio» porque el mismo atenta al derecho a la igualdad de trato y no discriminación y tiene, por tanto, un carácter comparativo o relacional que no tiene porqué existir necesariamente en el acoso moral. Con todo, si prescindimos de las referencias que hay en la definición legal a las razones concretas de discriminación que en cada caso quedan prohibidas, podemos llegar al núcleo duro del concepto de acoso y a la formulación de un concepto básico y general de acoso que sería el siguiente: «toda conducta no deseada (...) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

Así, no han faltado los intentos de acotar el concepto de «mobbing», pudiendo destacarse los tres que siguen:

- a) El de quienes entienden que se trata del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.
- b) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el «mobbing» el 14 de mayo de 2001 como un 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 o el efecto de hacerle el vacío.
- c) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral”

Finalmente, la sentencia del TSJ Galicia de 9 de diciembre de 2005, señala que: “en el ámbito especializado -médico y jurídico- se define el acoso laboral -mobbing- como conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. En definición oficial -Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo- se trata de «aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo».

Los mecanismos del mobbing -en su variedades vertical y horizontal- admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones- y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado -que no colectivo- del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos -objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que

caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los citados elementos del acoso nos permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial.

A la par, tampoco está de más recordar que “el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto. Por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa en un conflicto larvado, aunque, unido a otros indicios, la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio ciertamente no determinante a la vista de la posibilidad de conflicto sin acoso moral de la existencia de un acoso moral”⁴²

2. Responsabilidad del empresario en las conductas de acoso moral sucedidas en la empresa

En algunos supuestos, el acoso moral denunciado procede de un trabajador de la empresa, y no directamente del propio empleador. Resulta muy reveladora al respecto la STSJ Galicia de 30 de enero de 2009, dictada en proceso de despido, puesto que, si bien en el proceso el trabajador trataba de alcanzar la calificación como discriminatorio de éste, la Sala concluye que fue el propio trabajador quien ejercía un acoso moral contra sus compañeros y el jefe de sección de la empresa: “no puede entenderse que el despido del actor halla [sic.] sido caprichoso, sino que de los hechos que constan en el relato factico si consta que existió de forma continuada y reiterada una situación de acoso por parte del trabajador al resto de sus compañeros, incluido el jefe de sección, es el actor el que siempre esta descalificando el trabajo y la forma de trabajar de sus compañeros, llegando incluso a las descalificaciones personales, conducta

42 STSJ Galicia de 8 de abril de 2003.

que al ser detectada por la empresa provocó la sanción de despido, que ha sido impuesta correctamente por la empresa”.

Como es obvio, el empresario conocedor de una situación de acoso moral que pueda estar sucediendo en la empresa, tiene la obligación fundamental e inexcusable de proceder a su inmediata corrección y reparación. En este sentido, son unánimes todas las sentencias dictadas por la sala gallega en el período estudiado, condenando a la empresa tanto por responsabilidad in eligendo como in vigilando respecto de sus trabajadores⁴³.

Si bien es cierto que también son numerosas, entre ellas, las que reconocen la correcta actuación del empresario en la investigación y posterior reparación de la conducta de acoso realizado por parte de alguno o algunos de sus empleados hacia otros.

3. Cómputo del plazo de prescripción de las acciones. Especial referencia a las acciones continuadas en el tiempo

115

De acuerdo con el art. 177.2 LPL, y a partir de lo previsto en el art. 181 LPL, la interposición de la demanda en estos casos ha de plantearse dentro del plazo general de prescripción o caducidad previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental. Si la mención de la caducidad en realidad solo tiene aplicación para cuando se esté en presencia de alguno de los procesos a que alude el art. 182 LPL, la prescripción va dirigida a la acción de defensa del derecho fundamental que ha de plantearse en el plazo correspondiente a partir de la conducta que constituye la lesión y la situación que materialice⁴⁴.

Dado que el acto lesivo del derecho fundamental se desenvuelve en la relación laboral, al margen de que se haya extinguido la relación de trabajo, se ha de atender al art. 59 ET. En este contexto, cuando la lesión se hubiera

⁴³ En este sentido, sirva como ejemplo el razonamiento realizado por la STSJ de Galicia de 20 de octubre de 2006, se condena solidariamente al empresario, hermano del autor de la conducta de acoso, como responsable, ya que “no es solo que se propiciase esto por una esencial falta de organización empresarial generadora de conflictos, sino también vía incorrecta actuación in eligendo e in vigilando y como sujeto tolerante de la situación, subyaciendo en su conducta, aparte de sus deberes al efecto, conocimiento de anomalías en la situación laboral, la situación de IT y su causa eran ilustrativas. En suma, la responsabilidad ha de ser solidaria de ambos codemandados, del codemandado que realizó los actos de acoso y del empresario, con las conductas antes referidas.”

⁴⁴ STSJ Galicia de 20 de octubre de 2006.

producido y hubiera agotado sus efectos, el diez a quo el plazo de prescripción comenzará desde el momento en el que se hubiera producido el acto lesivo. Si, en cambio, los efectos de la lesión continuasen en el tiempo, el plazo de prescripción coincidirá con el de la efectividad la conducta lesiva.

El mayor problema, como puede adivinarse, viene determinado por el cómputo del plazo de prescripción en el supuesto de conductas continuadas en el tiempo⁴⁵. En otros casos, el carácter continuado y complejo del acoso no exige una fecha exacta de lo ocurrido pues, como se indica, en unas ocasiones estas conductas se reflejan exteriormente de forma indubitada y en otros casos no es así⁴⁶.

4. La garantía de indemnidad como derecho especialmente vulnerado en las situaciones de acoso moral

La lesión de la garantía de indemnidad es frecuentemente alegada por los demandantes para reforzar la existencia de una situación de acoso moral. Especialmente, la lesión de esta garantía se alega en los procesos en los cuales el trabajador solicita la extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, argumentando que la actitud empresarial denunciada constituye una represalia por la previa acción judicial anterior del trabajador⁴⁷.

45 *Ejemplo de esta situación se encuentra en la STSJ Galicia de 28 de noviembre de 2009, según la cual “en el supuesto de autos entendemos que la acción no está prescrita no porque el plazo se inicie cuando finaliza la situación de incapacidad temporal, sino porque estamos ante un supuesto de hecho continuado y el último denunciado es el ocurrido el 11-0- 07 cuando la empresa le retira el vehículo que le había facilitado para su trabajo y que le permitía utilizar durante las vacaciones, bajas o permisos, porque si bien como elemento aislado carecería de gravedad, supone una manifestación más de una conducta reiterada ya manifestada con anterioridad, de una sucesión continuada de actos que deben ser calificados en su conjunto y que por ello permiten el ejercicio de la acción de rescisión, no prescrita a la fecha de la presentación de la demanda y conciliación”.*

46 *Para la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2010, “ Y valorando esta conducta, que luego se calificará definitivamente en términos de vulneración de derecho fundamental, y que en esencia fue la denunciada en demanda la conclusión es (...) la del rechazo de la prescripción de 1 año atendiendo al art. 59 ET (sin haber lugar a caducidad, dada la acción y proceso de que se trata y lo anteriormente argumentado), puesto que la demanda fue presentada oportunamente considerando que se está en presencia de una conducta unitaria compleja y permanente”.*

47 *La STSJ Galicia de 21 de octubre de 2008 considera que los actos de la empresa lesionaron la garantía de indemnidad del trabajador y constituyen “un incumplimiento grave de sus obligaciones incardinable en el art. 50. 1 c) ET, toda vez que la readmisión del trabajador, tras su inicial despido, no se produjo en las mismas condiciones que regían con anterioridad, sino que el trato que, a partir del 18 de marzo, se le dispensó, fue sustancialmente distinto al que existía con anterioridad, y estuvo dirigido a imposibilitarle el desarrollo de su trabajo con normalidad, generándole un perjuicio personal y profesional, que tampoco es susceptible de ser incardinado en los efectos de una modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista en el art. 41 del ET”*

5. La inversión de la carga de la prueba en los procesos en los cuales se alega lesión de derechos fundamentales

La traslación de la carga de la prueba en los procesos en los que se conozca sobre lesión de derechos fundamentales y libertades públicas ha sido tratada por el TSJ de Galicia en reiteradas sentencias⁴⁸. En todas ellas, de acuerdo con la abundante jurisprudencia constitucional al respecto⁴⁹, se indica que la prevalencia de los derechos fundamentales y la dificultad probatoria de la vulneración en el marco de amplias facultades directivas determinan la inversión de la carga de la prueba. El demandante debe, pues, alegar indicios suficientes que hagan sospechar al órgano judicial sobre la posible lesión de sus derechos fundamentales. En tal caso, será el demandado quien haya de probar, sin que le baste el intentarlo, que estas medidas obedecieron a razones objetivas y razonables, ajenas a cualquier ánimo discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador demandante⁵⁰.

5.1. Indicios Suficientes

En ausencia de una definición legal del acoso moral, pero de acuerdo con lo anteriormente indicado, el TSJ de Galicia ha ido delimitando, a lo largo de sus sentencias, qué conductas pueden o no ser consideradas constitutivas de esta situación de acoso. A tal fin, suelen emplearse como apoyo del reconocimiento final, aunque nunca como único factor determinante de su reconocimiento, los informes médicos que reconocen una situación de ansiedad sufrida por el trabajador como consecuencia de las conductas soportadas⁵¹.

48 Por todas, STSJ Galicia de 30 de abril de 2008, 15 de febrero de 2008, 15 de octubre de 2007 y 09 de julio de 2007.

49 Recordada, entre otras, por la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2010, al indicar que “desde la STC 38/1981, la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 87/1998y 74/1998, y las allí citadas.”

50 Entre otras, STSJ Galicia de 21 de octubre de 2008.

51 Sirva como ejemplo la STSJ Galicia 28 de noviembre de 2009, según la cual “los daños psíquicos se han acreditado a través del informe médico emitido por especialista en psiquiatría, que diagnostica como depresión neurótica, y la sintomatología de la demandante como un cuadro de ansiedad, depresión e irritabilidad instaurado a raíz de estrés en el ámbito laboral. Por otro lado la integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática y recurrente a través de los comentarios de la Sra. Cristina que no solo la insultó en alguna

Del mismo modo, también se han estimado como indicios suficientes para entender que la conducta empresarial constituye un supuesto de acoso moral la permanencia de esta conducta en el tiempo y la reiteración de los actos vejatorios hacia los trabajadores y que éstos se realicen ante terceras personas, dando así mayor difusión a la humillación del trabajador afectado⁵².

No obstante, son frecuentes también las sentencias de la Sala gallega en la que se rechaza que los indicios aportados por el trabajador sean suficientes para entender que concurre una conducta de acoso. En algunos supuestos, si bien se admite que la conducta empresarial es inadecuada, se decide rebajar su calificación de acoso moral hacia otro comportamiento como el burn-out⁵³.

ocasión llamándole tonta e inútil, sino que además duda de sus capacidades o las pone en entredicho al afirmar que no sabía hacer nada, que no paraba de equivocarse o que "aun tenía que llevarla al cuarto de baño."

52 *Un ejemplo de ello se observa en la STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2008, cuando se razona lo siguiente: "Por otro lado la integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática y recurrente a través de la conducta permanentemente agresiva del empresario hacia la trabajadora demandante que no solo la insultó en alguna ocasión llamándole "sinvergüenza", sino que además duda de sus capacidades o las pone en entredicho al afirmar que sólo servía para tratar con viejas, que cuando llegara otra trabajadora se marcharía, que no servía para nada y que quería que se marchara; en una ocasión cogió a la trabajadora por un brazo y la acompañó hasta la puerta para que insultara al repartidor. Del ambiente que se respiraba en el trabajo, es buena muestra el que una trabajadora contratada temporalmente por un período de tres meses, Doña Diana, renunció a continuar en la empresa cuando le venció el contrato, precisamente porque no soportaba la actitud agresiva del empresario demandado Sr. Arturo, hacia la trabajadora demandante. Esta actitud del empresario y todos estos comentarios negativos hacia su trabajo en presencia de otros compañeros, e incluso de terceros, perjudicaron gravemente su reputación personal y laboral, y todo ello provocó que la demandante se viese obligada a abandonar su trabajo por motivos psicológicos tal como consta en su baja por IT y por último demande la rescisión de la relación laboral con el ejercicio de esta acción y es por ello que entendemos que la conducta del empresario demandado es constitutiva de acoso laboral al ser demigrante y vejatoria para la trabajadora y que justifica la extinción del contrato"*

53 *Muestra de ello es la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2008, que justifica detalladamente por qué los indicios presentados por el trabajador no pueden entenderse constitutivos de una conducta de acoso moral, en los siguientes términos: "no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento al Sr. Narciso, con presencia de elementos objetivos y subjetivos, más bien, parece integrarse en un mobbing subjetivo o, incluso, un burn-out, habida cuenta de la depresión latente en el trabajador desde que dejó sus responsabilidades unitarias y se reincorporó a una jornada ordinaria; de entrada, se observa, en primer lugar, que los litigios que ha mantenido con la empresa por interés personal lo son por interés ajeno -como representante de los trabajadores-, sin que se advierta efecto negativo alguno. En segundo lugar, que la única sanción impuesta al trabajador por desobediencia fue aceptada por él (...). En tercer lugar, que las funciones degradantes que, a su entender, se le asignan son realizadas por todos los Oficiales de primera de la empresa y si hasta ese momento no las hacía era por la sencilla razón de que sus horas «liberadas» lo restringían a atender sólo la máquina de pulir y abujardar, pero desde el punto y hora en que pierde ese crédito horario ha de entrar en todas las funciones que desarrollan los compañeros de la misma categoría. Otra cosa puede ser la discusión de si el colectivo ha de realizar ese grupo de funciones, aparte de atender a la máquina de granito, pero, desde luego, es un debate extraño a un inexistente acoso contra el recurrente. Y en cuarto lugar, su entrada en IT parece apuntalar nuestra hipótesis inicial (subjetivismo),*

No deja de ser destacable la discrecionalidad de la sala a la hora de valorar la suficiencia de los indicios, lo cual conduce a que en algunos supuestos, pese a que el trabajador despliega una importante actividad probatoria⁵⁴, no alcance a ser suficiente, a juicio del TSJ gallego, para considerar acreditados los referidos indicios⁵⁵. En este extremo resulta cuando menos curiosa la STSJ Galicia de 13 de abril de 2009, la cual considera insuficientes los indicios aportados, pese a que por ellos quedaba acreditado el siguiente comportamiento: “lo que parece existir es una manifestación ocasional, por parte de la esposa del empresario, de términos despectivos hacia todos los trabajadores gallegos de la empresa -la recurrente y algunos repartidores de pizzas -, concretada en la expresión “gallegos brutos” -hecho probado cuarto-, demostrativa de una mala educación y falta de respeto a las personas y una, cuanto menos reprobable y excesiva, actuación empresarial, pero aislada y acaecida en una fecha, como es el retener el personal, tras bajar las persianas, procediendo a cachear a los empleados, para averiguar si alguno de ellos se había apropiado de un dinero que, parece ser, faltaba en el establecimiento- hecho probado tercero-. Además es significativo que la actora accediera a entrar en el cuarto de baño para que se realizara dicho cacheo”.

En el mismo sentido, llama igualmente la atención que se indique que no concurren indicios suficientes de la situación de acoso moral en la STSJ Galicia de 4 de febrero de 2009, pese a los siguientes hechos

pues no hay ningún dato, fuera de una apreciación personal, que nos conduzca o haga vislumbrar una conducta abusiva o violencia psicológica contra el actor”

54 STSJ de 10 de marzo de 2010 no considera suficientes para entender que ha existido acoso moral los siguientes indicios: “1º) que el actor fuese cambiado de ubicación en el departamento en el que trabajaba y, como consecuencia, dejase de ser convocado a las reuniones de temas relacionados con la contabilidad; 2º) que la nueva directora financiera enviase al actor un correo electrónico en el que se mencionaba que el actor boicoteaba constantemente las directrices implantadas, y otro en el que se le indicaba que no incitase a enviar quejas infundadas; 3º) que se le enviase al actor a prestar servicios a Portugal; 4º) que el actor discutiese con la directora financiera, elevando ésta el tono de voz, siendo posteriormente sancionado el actor; 5º) que se le comunicase al actor la finalización de su trabajo en Portugal; y 6º) que se le ordene recoger el correo e ir a los bancos”.

55 la STSJ Galicia de 6 de junio de 2008 los siguientes: “únicamente consta que ha ostentado la condición de representante de los trabajadores durante años, que ha interpuesto una serie de reclamaciones judiciales y empresariales, se le ha sancionado una sola vez (con su aquiescencia, pues no ha recurrido) y ha iniciado un período de incapacidad temporal. Este conjunto de datos no permite, en absoluto, afirmar un indicio de discriminación sindical de ninguna forma, ante todo, porque se conformó con la sanción, que respondió a una infracción real; y después, porque su baja por depresión puede deberse a múltiples causas ajenas a la temática laboral, sin que exista una situación patente de acoso o mal ambiente laboral”.

“Con base en este elenco de doctrina judicial, aplicado al presente caso, no puede concluirse, a criterio de esta Sala, que concurra el denunciado acoso moral, pues no se aprecia de la relación de hechos probados que exista un continuo hostigamiento por parte de un superior inmediato hacia el trabajador, manifestada a través actitudes o manifestaciones despectivas y encaminadas a denigrarla, sino que lo que parece existir es una conflictividad larvada entre ambos, agravada por la emisión pública por parte del encargado de expresiones como “inútil”, “parvo” y con críticas de todo lo que hace, de forma ocasional que, tal y como se relatan, no puede deducirse otra cosa que no sea el ejercicio excesivo, abusivo e irregular del poder de dirección empresarial, junto con la mala educación y prepotencia del encargado”.

No constituyen acoso moral las conductas puntuales. Ejemplo de ello es la STSJ Galicia de 12 de abril de 2007, que considera que: “lo único que se acredita son hechos puntuales que, precisamente, por ostentar tal carácter excluyen la calificación jurídica de acoso moral al exigir éste una conducta de hostigamiento continuada en el tiempo y no cabe tampoco, extraer de la patología y clínica de la trabajadora la calificación jurídica de tal acoso pues, también situaciones de conflictos laborales no susceptibles de ser calificados como de acoso moral pueden ser desencadenantes de procesos patológicos”.

Mención aparte merece el caso de las bajas médicas que, de acuerdo con la doctrina del TSJ de Galicia, “en sí mismas no son acreditativas de acoso laboral, tampoco aparecen derivadas de contingencia profesional sino que, por defecto, traen origen de la enfermedad común y, tras proceso asistencial médico, se suponen a tratamiento oportuno. Estas circunstancias descartan también la vulneración del derecho constitucional a la integridad porque, aunque no precisa que la lesión respectiva se hubiera consumado, sí exige peligro cierto, grave e inmanente, que ahora no reviste atendiendo a la patología e incidencias referidas; para casos semejantes. E igualmente respecto de las asistencias a consulta médica”⁵⁶. En esta línea, la existencia de un estrés postraumático derivado de las circunstancias laborales no determina la existencia de acoso moral, pues “aun considerando la realidad de la patología que aqueja a la demandante de estrés postraumático y que, aunque pudiera estar relacionado con el

56 STSJ Galicia de 15 de febrero de 2010.

trabajo o por causa del trabajo no prueba por sí misma la existencia de una situación de acoso en el trabajo. Así pues, no cabe tampoco, extraer de la patología y clínica de la trabajadora la calificación jurídica de tal acoso pues, también situaciones de conflictos laborales no susceptibles de ser calificados como de acoso moral pueden ser desencadenantes de procesos patológicos como los que sufre la trabajadora recurrente”⁵⁷.

No obstante lo anterior, resulta muy significativa la STSJ Galicia de 20 de abril de 2009, que reconoce el acoso moral como una enfermedad del trabajo, a partir del siguiente razonamiento: “La existencia de un conflicto laboral entre el trabajador demandante y la empleadora demandada -rectius, con una determinada persona con poderes de jefatura dentro de la empresa-, la inmediatez entre las manifestaciones de ese conflicto con los requerimientos de atención médica, los visos de verosimilitud derivados de la sucesión de los acontecimientos en relación con los periodos de incapacidad temporal y la ausencia de antecedentes médicos psiquiátricos relacionados con el trastorno de adaptación con síntomas emocionales mixtos, son elementos que, a juicio de la Sala, permiten concluir, como correctamente razona el juzgador de instancia, la existencia de una enfermedad del trabajo en los términos del artículo 115.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social”.

6. La indemnización por daños morales

6.1. Cálculo de la indemnización

Aun cuando en la actualidad la cuestión de la compatibilidad entre la indemnización por daños materiales o morales derivada de la lesión de derechos fundamentales, con otras como la indemnización derivada de despido, se encuentra ya resuelta por el art. 180 LPL, no son pocas las sentencias de la sala gallega que se han pronunciado sobre ella⁵⁸.

⁵⁷ Sentencias TSJ Galicia de 22 de julio y de 26 de septiembre, ambas de 2008.

⁵⁸ De acuerdo con la STSJ Galicia de 22 de octubre de 2009, la cuestión del monto indemnizatorio fijado, donde debemos partir de que la indemnización prevista en el artículo 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental [acoso moral] como el caso presente. Porque de lo que se trata es de resarcir el daño moral que se le ha causado al trabajador, que se puede corresponder con el «estrés que responde al concepto de daño moral habitualmente manejado por la jurisprudencia, tanto en su integración negativa como detracción que sufre el perjudicado no referida a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad, como en su integración positiva de categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona.”

Así se indica que ambas indemnizaciones son compatibles porque una responde a la extinción del contrato de trabajo y otra a la lesión de un derecho fundamental, y que en estas situaciones “han de valorarse con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en la situación de baja laboral por “estado de ansiedad” derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual”⁵⁹.

Sin embargo, para que proceda la indemnización es preciso acreditar los elementos objetivos en que se basa la pretensión resarcitoria. Actualmente la Sala de lo Social del TS ya ha superado la teoría de la automaticidad de la indemnización⁶⁰ y por virtud de la cual no era necesario probar que se había producido un perjuicio con la vulneración del derecho fundamental, sino que acreditado éste se presumía la existencia del daño [el daño existe en la lesión] y debía decretarse la indemnización correspondiente. En la actualidad, se mantiene que la prueba de la lesión del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios, sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo, y que los mismos resulten acreditados⁶¹.

En todo caso, para determinar la cuantía de la indemnización, han de fijarse “las bases y elementos clave de la indemnización” que se reclama. Esta valoración corresponde al órgano de instancia, de modo que en fase de recurso sólo puede corregirse la indemnización fijada cuando aquél resuelva de forma “caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta”⁶²; o cuando sus conclusiones, “por ser erróneas, se combatan oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación, ordinariamente a través de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba, o ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o en los casos de indebida aplicación de baremos o criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones”⁶³; o si media “error notorio o arbitrariedad, por existir una notoria desproporción

59 *STSJ Galicia de 21 de octubre de 2008.*

60 *Esta teoría se formula con la STS u.d. de 9 de junio de 1993.*

61 *Por todas, STS u.d. de 28 de febrero de 2000.*

62 *STS 22 de septiembre de 2006.*

63 *STS 19 de julio de 2006.*

en más o en menos”⁶⁴; o “cuando no se justifica adecuadamente la aplicación de las circunstancias del caso, o no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación”⁶⁵.

6.2. Bases y elementos clave de la indemnización

La Sala gallega es tajante al afirmar la necesidad de que el demandante aporte las bases o elementos clave de la indemnización que solicita. Ejemplo reciente de ello es la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2010, cuando indica que “es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”. De acuerdo con lo dispuesto en la STSJ Galicia de 22 de octubre de 2009, “por un lado, es indiscutible la situación de acoso que ha sufrido el trabajador, que esa situación se ha traducido en vejaciones, humillaciones y un aislamiento; por otro lado, también lo es que el actor se encuentra de baja por trastorno reactivo a la presión acosadora a la que se ha visto sometido; y finalmente, que la conducta empresarial ha durado más de un año, aparte de la antigüedad en la empresa (catorce años) que no sólo le ocasionarán un problema de integración laboral, sino también habrá de compensarse por el trabajo, ilusión y esfuerzo puestos en ese proyecto empresarial, además de sus expectativas. Por ello, entendemos que la indemnización de 9.000€ es plenamente proporcionada y se justifica a la vista de las circunstancias concurrentes”.

123

A tal efecto, se ha rebajado la cantidad inicial concedida en instancia por los siguientes argumentos: “fue tratada con sesiones semanales hasta el 12 de marzo de 2007 y consta una última consulta médica el 28 de marzo de 2007, si bien los problemas conyugales generados por la situación laboral de la actora hacen que ella y su esposo sigan acudiendo a terapia matrimonial”. Sin embargo se hace notar que no consta ni en

⁶⁴ STS 9 de junio de 2006.

⁶⁵ STS 31 de mayo de 2006.

la demanda, ni en la sentencia, ninguna otra circunstancia, como por ejemplo “en qué consistió esa alteración conyugal -separación, divorcio, discusiones-, importe de las terapias etc.”, la cual sería determinante para conocer la gravedad de la alteración conyugal o su dimensión y por ello la indemnización”. Para la Sala, la indemnización fijada parece excesiva y, en consecuencia, la reduce “porque en lo que se refiere al lucro cesante, con el que trata de compensar las comisiones no percibidas en el año de la baja por IT, es procedente ya que es proporcional al daño sufrido en términos contables, y lo mismo debemos decir respecto de la cuantía señalada para indemnizar el largo periodo de IT (18 meses) donde el daño moral y físico es evidente y acreditado en la sentencia con las fechas de alta y baja, y que entendemos se justifica por la finalidad que la indemnización debe tener, cual es provocar el efecto disuasorio de aquellas conductas que conllevan una vulneración de derechos fundamentales”⁶⁶.

En otras ocasiones, la duración de la relación laboral también se ha utilizado como base para el cálculo de la indemnización por daños morales, de acuerdo con el siguiente razonamiento: “el trabajador llevaba desde el año 2000 sufriendo el acoso laboral, con baja y recidiva en su enfermedad, la cantidad de 10.993,12 €; y en la segunda, en que la trabajadora llevaba desde el inicio de la relación laboral -año 2003- sufriendo el acoso y con baja laboral por un proceso psíquico y pérdida de su puesto de trabajo, la cantidad de 6.612,49 €, es decir, en ambos casos más tiempo que el ahora contemplado”⁶⁷.

En el cálculo de la indemnización también influyen factores como el conocimiento por la empresa de la situación de acoso sin que se hubieran tomado medidas disciplinarias contra el acosador, fijándose una responsabilidad económica a cargo de la empresa por no haber iniciado el procedimiento disciplinario contra el acosador, y mantener, en cambio, su conducta omisiva y en cierto modo, permisiva con la situación. En consecuencia, se fija una cuantía del 20% de la indemnización a cargo de la empresa y el resto a cargo del sujeto acosador⁶⁸.

Otros criterios que han influido en el cálculo de la indemnización, en este caso para mantener la cantidad concedida en instancia, son los

⁶⁶ STSJ Galicia de 28 de noviembre de 2009.

⁶⁷ STSJ Galicia de 21 de octubre de 2008.

⁶⁸ STSJ Galicia de 3 de julio de 2009.

siguientes es el hecho de que el comportamiento de acoso “no fue muy dilatado en el tiempo, que la patología psíquica no se ha cronificado sino que evoluciona favorablemente, y teniendo en cuenta, además, que la trabajadora está en condiciones de poder encontrar otro empleo, al tratarse de una trabajadora con buena preparación y formación y con aptitudes para desempeñar un puesto de responsabilidad”⁶⁹.

Curiosamente, en algún caso la Sala no ha requerido una prueba del concreto daño causado por la conducta empresarial y que justificaría la cantidad solicitada y finalmente concedida en la indemnización por daños morales. Al contrario, ha indicado, con criterios bastante etéreos, que, aunque no figuren en la demanda, “dichas bases y claves se obtienen de la lectura conjunta de la misma, en la que se explican pormenorizadamente los detalles del acoso a que estuvo sometida la trabajadora prácticamente desde el inicio de la relación laboral”⁷⁰. Pero el razonamiento se torna aun más confuso cuando, tras negar que haya quedado acreditada la lesión del derecho al honor y, en consecuencia, no procede el reconocimiento de indemnización por los daños morales ocasionados, se indica luego que éstos se limitarán a los que hayan quedado efectivamente acreditados con el reconocimiento de la prestación por incapacidad temporal. En otros casos, aun reconociendo la vulneración del derecho fundamental de que se trate, se concede la indemnización a pesar de que la Sala reconozca que el trabajador no ofreció bases suficientes para su cálculo⁷¹.

6.3. Recargo de prestaciones

El empresario contrae con los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta y bajo sus órdenes y directrices, una deuda de seguridad ba-

69 STSJ Galicia de 26 de octubre de 2009.

70 STSJ Galicia de 3 de marzo de 2008.

71 STSJ Galicia de 24 de octubre de 2006, según la cual: “no debemos acallar la ausencia de prueba, aparte de los informes médicos obrantes en las actuaciones, en que ha incurrido la parte demandante en lo relativo a las circunstancias fácticas determinantes de la cuantificación indemnizatoria, y, más concretamente, no se ha acreditado (1) ni que la incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual hubiese sido causada exclusiva o principalmente por sus dolencias psíquicas (2) ni cuáles son las circunstancias personales, familiares y profesionales del demandante, más allá de lo que se deduce de los informes médicos -donde consta está casado y tiene al menos una hija-, desconociendo en consecuencia cuál es su cualificación profesional, elemento determinante a la hora de valorar daños y perjuicios. Por todo ello, y aun considerando que la indemnización por vulneración de derechos fundamentales debe satisfacer una reparación integral del daño causado, estimamos adecuada una indemnización en una cuantía total de 12000 euros.”

sada, precisamente, en la inserción de aquellos en el ámbito organizativo de la empresa. Ello obliga al empleador a proporcionarles una eficaz y protección a fin de hacer efectivo el derecho de aquellos a conservar su integridad física. Así pues, el empresario ha de cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales sin perjuicio de cuantas otras medidas que se ofrezcan precisas en aras de lograr la integral protección de la salud y seguridad de sus trabajadores.

No obstante, no incurre en responsabilidad el empresario que cumple todas las medidas de prevención de riesgos a su alcance, aun en el caso de que el trabajador contraiga, finalmente, una determinada patología provocada por una conducta de acoso moral⁷².

III. Acoso sexual

1. Indicios suficientes

De nuevo la casuística caracteriza la configuración por la doctrina del TSJ de Galicia lo que haya de entenderse por indicios suficientes de acoso sexual. Algunas sentencias resultan especialmente clarificadoras, cuando indican como indicio suficiente el que “el recurrente ha realizado tocamientos y ha gastado bromas de claro contenido sexual y de forma reiterada a la demandante, conducta a la que esta se ha opuesto manifiestamente, por lo tanto, tal comportamiento es constitutivo de la calificación de acoso sexual”⁷³. En otros casos, se exige que haya una continuidad del comportamiento acosador y que éste no se limite a algunas manifestaciones aisladas⁷⁴. A la vista de lo anterior, resulta llamativo que

72 STSJ Galicia de 18 de septiembre de 2009, según la cual “que la patología que sufre el trabajador es causa directa de la conducta patronal que incumple la normativa de prevención de riesgos laborales y, así las cosas (...) no cabe apreciar la concurrencia de las infracciones de medidas de seguridad a que se contrae el recurso, en tanto que no se ha acreditado la ausencia de las medidas racionalmente exigibles para la prevención de los riesgos en el desarrollo de la actividad laboral a que se contrae el presente supuesto fáctico, siendo de recordar que tanto el Equipo de Valoración de Incapacidades, visto el informe de la Inspección de Trabajo y las alegaciones de la empresa, como el Instituto Nacional de la Seguridad Social consideraron la no existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de prevención de riesgos laborales y, por ende, la improcedencia del incremento de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo”

73 STSJ Galicia de 31 de marzo de 2006.

74 STSJ Galicia de 14 de mayo de 2007, en la que se rechaza la calificación como acoso sexual de la conducta del gerente de una empresa hacia la trabajadora porque “es cierto que la actuación del Gerente de planta es claramente inapropiada por las formas utilizadas, en cuanto vejación pública, pero tal única actuación acreditada, sin ninguna connotación de carácter sexual, resulta insuficiente para considerar la existencia del acoso que se denuncia. No puede dejar de señalarse que si hubo algún acoso en el 2003, era preciso haber acreditado la persistencia de la conducta, como continuada, y no cabe identificar como tal dos cambios de puesto en el 2004, por necesidades de servicio, usuales en la empresa y de los que no consta se derivara perjuicio o discrepancia de la actora”

la misma Sala no considere suficiente indicio de acoso sexual los mensajes de contenido obsceno que, como quedó acreditado en fase de instancia, recibía la trabajadora⁷⁵.

No deja de llamar la atención que, en algún caso, ante la insuficiencia de indicios presentados por la trabajadora en la fase de instancia, la Sala gallega se refiera a la obligación del juzgador de instancia de acordar, como diligencias finales, la realización de las pruebas no practicadas en la vista oral por causas no imputables a la trabajadora, con el fin de no perjudicar los intereses de ésta⁷⁶.

2. Necesidad de acreditar nexos causal

La sala gallega requiere que el trabajador que afirma haber sufrido acoso sexual acredite la conexión o nexo causal existente entre el trabajo por cuenta ajena y el trastorno psicológico que, habitualmente, suele ser alegado como indicio para reforzar la existencia de la conducta acosadora. No obstante, son muchas las sentencias que deniegan la existencia de dicho nexo, afirmando que no hay pruebas suficientes que permitan deducir

⁷⁵ La STSJ Galicia de 6 de junio de 2008 rechaza tal consideración de “los mensajes de contenido obsceno que recibía la demandante en su teléfono móvil desde principios de 2007, dado que: 1- Los mensajes proceden de un móvil “cuya titularidad no consta”, ignorándose quien los remitió. 2- Datos de los mensajes podían conocerlos muchos empleados de la empresa, o, incluso terceros, al igual que ver a la demandante entrar o salir del garaje de la empresa. 3- Lo relativo a estos mensajes no implica afectación a posibles responsabilidades de la empresa para con sus empleados y jefes o directivos, habiendo esto sucedido fuera del real dominio y control del medio laboral, que en lo oportuno y para con la demandante no desconoció la empresa en forma valorable alguna a los efectos de que aquí se trata. Y 4) El juzgador de instancia, en fin, ha valorado dentro del conjunto probatorio también las manifestaciones de la demandante y la testifical (las IT y diagnósticos patológicos, que por sí y en el íntegro contexto de los HDP no justifican lo pretendido; valoración imparcial y fundada no sustituible por la interesada de parte y que le llevó a plasmar en los HDP lo debidamente constatado y que de conformidad con todo lo razonado hace desterrable el acoso sexual denunciado imputado al demandado Sr. Gabriel, que no aparece y se acredita, siendo así invariable la condena que con este fundamento se interesa en el proceso”

⁷⁶ La STSJ Galicia de 20 de marzo de 2006, indica que: “si la Juzgadora consideró que los que se derivaban de la prueba practicada en la vista oral eran insuficientes, estaba obligada a practicar como diligencia para mejor proveer, aquellas que no se habían practicado por causa no imputable a la actora (que las propuso con tiempo suficiente), sino porque se confió la citación, pese a la urgencia del procedimiento, al correo ordinario. No cabe duda pues, que el contenido de la respuesta judicial, es generadora de indefensión porque el derecho a servirse de pruebas pertinentes no debe sacrificarse a otros intereses dignos de tutela, pero de rango subordinado, como la economía procesal, la mayor celeridad o eficacia de la Administración de Justicia.”

que la enfermedad contraída por el trabajador derive directamente de una conflictividad laboral o de una situación de acoso producida en éste⁷⁷.

3. Conducta de la empresa ante el acoso sexual

Al respecto puede localizarse una curiosa sentencia en la que se remarca la corrección de la actuación empresarial, dado que “los dos únicos indicios concurrentes se refieren a dos comportamientos de compañeros de trabajo de los que ha sido víctima la actora: uno, requerimientos de índole sexual; y otro, coacciones. En ambos casos la reacción de la empresa ha sido rápida, proporcionada y efectiva; en el primero, se adoptó la máxima sanción del acosador, expulsándolo de la empresa, y, en el segundo, se le sancionó mediante amonestación y a la amenazada se le ofreció la posibilidad de cambiar de centro de trabajo, solución que la trabajadora encontró satisfactoria desde el momento en que la aceptó sin manifestar su voluntad en contra”. Por tal motivo, continúa, “concorre un daño a la actora, pero no apreciamos la existencia de ninguna conducta contraventora empresarial, ni una falta de protección adecuada a la dignidad o libertad de sus trabajadores; es más, los mecanismos amparadores han funcionado desde el punto y hora en que la respuesta ha sido rápida y diligente. Imputar a la empresa las consecuencias indemnizatorias de dos infracciones -únicas e irrepetidas-, sin datos sobre la existencia de un clima generalizado o actitud permisiva hacia ese tipo de infracciones (es más, cuando los elementos obrantes apuntan a todo lo contrario), resulta excesivo y debe rechazarse: ni creemos que exista una infracción atribuible a la empresa, ni mucho menos ésa sea causa eficiente del acoso sexual o de las coacciones sindicales, faltando el enlace causal entre una y otras”⁷⁸.

⁷⁷ Para la STSJ Galicia de 16 de junio de 2009, “el informe médico se limita simplemente a señalar que dicho trastorno se ha iniciado a raíz de problemática laboral, pero sin que el demandante haya propuesto ninguna otra prueba sobre la realidad de esa supuesta conflictividad laboral y sus circunstancias, y mucho menos a propósito de las supuestas presiones y vejaciones que afirma en su demanda como producidas en su trabajo diario”. En la misma línea se pronuncia la STSJ Galicia de 29 de mayo de 2009, cuando indica que “en estos supuestos no basta con que la enfermedad haya podido producirse con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino que se exige que tenga “por causa exclusiva” el trabajo”.

⁷⁸ STSJ Galicia de 27 de octubre de 2008.

4. Prescripción de la conducta infractora

La Sala gallega señala que el ET prevé sesenta días como plazo de prescripción de las faltas muy graves desde el momento en el que la empresa tuvo conocimiento de su comisión. Y este conocimiento no es la mera noticia de haberse producido una situación de acoso, “sino que, más allá de la mera noticia de la parte presuntamente agredida o de la existencia de indicios de haberse llevado a cabo un acoso, se hacía preciso oír a los intervinientes y testigos y tomar conciencia exacta de lo ocurrido de forma tal que, al sancionar, fuesen respetados los principios de culpabilidad, personalidad y proporcionalidad. Y es que, no basta con el hecho de que la empresa conozca se ha llevado a cabo una conducta anormal entre sus empleados en sus dependencias o Centro de Trabajo sino que ha llevar a cabo una investigación bastante como para saber exactamente lo ocurrido”⁷⁹.

IV. Burn out

129

1. Diferencias con el acoso moral

De entre las escasas sentencias del TSJ de Galicia que analizan y resuelven pleitos sobre burn out, destacan aquellas que lo distinguen del acoso moral como una categoría inferior o, si se quiere, aparentemente más suave que la anterior, afirmando que: “no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento al Sr. Narciso, con presencia de elementos objetivos y subjetivos, más bien, parece integrarse en un mobbing subjetivo o, incluso, un burn-out, habida cuenta de la depresión latente en el trabajador desde que dejó sus responsabilidades unitarias y se reincorporó a una jornada ordinaria”⁸⁰.

También distingue ambas figuras la STSJ Galicia de 10 de marzo de 2010, si bien realiza la distinción una vez descartada la existencia del acoso moral, para reconducir la situación del trabajador en la empresa hacia la figura del burnout, como si se tratase de un género menor o subsidiario del anterior. Así, indica la Sala, “Y en esta ocasión, sobre la

⁷⁹ STSJ Galicia de 30 de enero de 2000.

⁸⁰ La STSJ de Galicia de 6 e junio de 2008.

base de la inexistencia de una situación de mobbing empresarial (no puede sostenerse en este pleito la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento), los elementos objetivos y subjetivos presentes en el pleito nos permiten hablar de un mobbing subjetivo, y, en último caso, de una situación de stress laboral o de burn-out, que pudiera estar derivado del defectuoso ejercicio de la facultades empresariales de dirección, habida cuenta el clima de tensión en la empresa al que se refiere el sentencia de instancia, pero en ningún caso puede entenderse acreditada la presencia de una situación de mobbing en la persona del actor”.

V. Estrés laboral

1. Relación de causalidad

Son varias las sentencias que reconocen como acreditada la relación de causalidad entre el estrés laboral sufrido por el trabajador y la enfermedad o el accidente sufrido por este, de modo que proceden a su calificación como laboral. Entre otros, en algún supuesto se razona que: “la actora vivía en su quehacer diario en la empresa una situación de tensión por conflictividad laboral que generó con anterioridad una retirada a su domicilio por una crisis, dicha situación de tensión en el trabajo se mantenía a la fecha de la baja, como se deduce del hecho de que el día anterior (examen complementario de actuaciones) había abandonado el puesto de trabajo por encontrarse mal, y la causa de la baja es la de ansiedad que diagnosticada por especialista de la seguridad social la califica de trastorno de adaptación mixto con síntomas depresivos ansioso secundario a situación laboral, esto es, tensión laboral, por tanto, la calificación que merece el cuadro depresivo sufrido por la actora es el de accidente de trabajo por cuando de los informes médicos, que la sentencia asume, se sigue que fue reactivo a estrés laboral, no existiendo factores ajenos a su ambiente de trabajo que pudieran haber actuado como agentes coadyuvantes o detonantes del mismo”⁸¹.

81 *STSJ Galicia de 13 de marzo de 2009.*

No queda acreditada de acuerdo con el siguiente razonamiento⁸². En otros supuestos, se admite la relación de causalidad aun cuando el estrés no sea el motivo determinante de la calificación de la enfermedad como profesional y pese a que el trabajador pudiera tener alguna dolencia previa que incrementase el riesgo derivado del trabajo⁸³. Si bien ésta no es una doctrina uniforme, puesto que en ocasiones, la existencia de una situación de depresión previa produce el efecto contrario, esto es, destruir la presunción de causalidad⁸⁴. En otros supuestos, tal presunción no llega a aparecer por la ausencia total de indicios ofrecidos por el demandante⁸⁵.

En otras ocasiones, la apreciación del estrés laboral no se hace depender de una conducta del empresario expresamente dirigida en ese sentido, sino de la particular situación psicológica y de desgaste anímico del trabajador, siempre y cuando no existan antecedentes al respecto y no se demuestre la

82 *STSJ Galicia de 31 de marzo de 2009, rechaza la relación causal indicando que “la intensa recaída del proceso psíquico con aparición, incluso, de un episodio depresivo mayor, no tiene relación alguna con el trabajo, sino con el accidente sufrido por uno de sus hijos en 2003 -hecho probado tercero-, junto con la gravosa y estresante situación de tenerse que hacer cargo de su marido -diagnosticado de cardiopatía isquémica- y de uno de sus hijos, que padeció en 1999 un tumor marginal no seminomatoso, que ocasionó que fuera declarado afecto de una incapacidad permanente total como personal de cuadro de la guardia civil, que está separado y tiene tres hijos, uno de ellos afecto de una parálisis cerebral mixta, con grado de minusvalía del 84% -hecho probado quinto-, al que debe asistir en los periodos de visita de los menores”.*

83 *STSJ Galicia de 5 de diciembre de 2009, según la cual: “consta que el actor desempeñaba su trabajo como encargado-camarero de una discoteca, y el trabajo en esos lugares sabido es que se realiza con un nivel importante de tensión, por el alto número de clientes que deben ser atendidos, en un ambiente cargado de humo, y todo ello comporta una situación de estrés y de esfuerzo físico. Es evidente, que la patología previa genética que el actor presenta, fue necesaria para el desencadenamiento del accidente, pero tal circunstancia no descalifica sin más al accidente como laboral, teniendo en cuenta las condiciones laborales referidas*

84 *STSJ Galicia de 14 de enero de 2009: “no se estima que existan elementos suficientes para desvirtuar que su patología no incida sobre una lesión de base, y parece más bien que nos encontramos ante una patología previa, pero cuya causa no es el trabajo ni se ha determinado por el trabajo, debiendo tenerse en cuenta que ya con anterioridad en el año 1998 el actor había presentado un cuadro depresivo causando baja por tal motivo, lo que representa un cuadro de depresión, con una sintomatología depresiva; y siendo ello así tal cuadro patológico no tiene la naturaleza jurídica de accidente de trabajo”.*

85 *STSJ Galicia de 6 de marzo de 2009: “no existe indicio ni prueba alguna en los autos, ni consta en el relato fáctico ni se intenta llevar al mismo, hecho alguno de conflictividad laboral previa o concomitante al inicio de su proceso de incapacidad temporal por depresión, es mas, ni siquiera la fecha del despido de la actora se constata en los autos y del hecho de que la empresa hubiera formulado denuncia penal frente a la actora por delito (examen complementario de actuaciones), denuncia presentada después de haber iniciado el proceso de incapacidad temporal, aunque pudiera imputarse a dicha denuncia, el inicio de su enfermedad ello no implica que sea el trabajo el que genera la misma, consecuentemente, siendo la depresión un enfermedad de etiología común la ruptura de dicha calificación exige la aportación de una prueba fehaciente y contundente que vincule la enfermedad con el desarrollo de la actividad laboral y tal prueba no se ha aportado a los autos, no siendo relevante a dichos efectos las opiniones emitidas por el médico que la atiende un año después del inicio de tal situación”*

existencia de cualquier otra circunstancia que pudiera romper el necesario nexo causal⁸⁶. Otro factor que permite la apreciación del estrés laboral como causa suficiente para el reconocimiento de la enfermedad profesional son las condiciones, particularmente estresantes, en las que se ha visto el trabajador obligado a desarrollar sus tareas⁸⁷. No obstante, en ocasiones, la ausencia de estrés o de especial tensión en el puesto de trabajo no es suficiente para destruir la presunción de causalidad, pues es posible que el trabajador estuviera sometido, puntualmente, a altas cotas de tensión en la realización de su tarea “que hubieran coadyuvado al infarto”⁸⁸. Tampoco destruye la presunción el hecho de que la conducta acosadora del empresario, que origina la situación de estrés, no vaya dirigida específicamente a la trabajadora demandante, sino que sea generalizada para toda la plantilla⁸⁹.

86 *STSJ Galicia de 2 de diciembre de 2000: “existe por tanto causa para el padecimiento apreciado, derivada de la situación de desgaste anímico del trabajador durante un cierto periodo de tiempo ante una situación objetiva planteada, y no de una percepción excesiva de la misma. Que esa situación no se considere eventualmente derivada de una voluntad empresarial de persecución o represalia, no significa que no se haya originado sino con ocasión del trabajo desempeñado y en evidente relación con el mismo. La misma constituye además estímulo adecuado y proporcional para la causación del padecimiento descrito. Debe considerarse por ello acreditado y con carácter fehaciente, el requisito exigible de la relación causa efecto entre la realización de un trabajo y la aparición posterior de esa enfermedad, conforme al mismo criterio valorativo establecido por el Magistrado de instancia. Destaca en este aspecto la inexistencia o al menos falta de prueba de antecedentes previos del trabajador, y la no concurrencia de otros cualesquiera elementos estresantes que pudieran confluír en la aparición del padecimiento.*

87 *STSJ Galicia de 1 de diciembre de 2009: “en el centro de trabajo en el que el actor prestaba sus servicios se creó una situación de gran conflictividad con los trabajadores que, como el actor, desarrollaban servicios de vigilancia, al ser obligados por el Director del Centro, a realizar determinadas funciones que ellos consideraban no correspondientes a su categoría, bajo presiones y sanciones, y relacionadas con el régimen interno y de disciplina de los menores, tales como registro de sus taquillas, cerrar las habitaciones con llave en las visitas de los familiares, tratarlos con dureza, esposarlos, así como recoger la correspondencia, subir la prensa al director del centro o limpiar cristales del patio. Por lo tanto, esos datos cubren suficientemente el establecimiento de una relación causal entre su ambiente de trabajo (conflictivo y estresante) y la dolencia (trastorno psíquico generador de la baja); sin que la recurrente haya aducido un medio o circunstancia bastante que permite considerar roto el nexo”. En términos similares, la STSJ Galicia de 20 de marzo de 2009 considera: “probado, en el centro de trabajo en el que el actor prestaba sus servicios se creó una situación de gran conflictividad con los trabajadores que, como el actor, desarrollaban servicios de vigilancia, al ser obligados por el director, a realizar funciones, no correspondientes a su categoría, bajo amenazas e insultos, y relacionadas con el régimen interno y de disciplina de los menores, tales como registro de taquillas de los mismos, cerrar las habitaciones con llave en las visitas de los familiares de menores, tratar a los menores con dureza, exponer (sic) a los menores así como recoger la correspondencia, subir la prensa al director del centro.”*

88 *STSJ Galicia de 4 de marzo de 2009.*

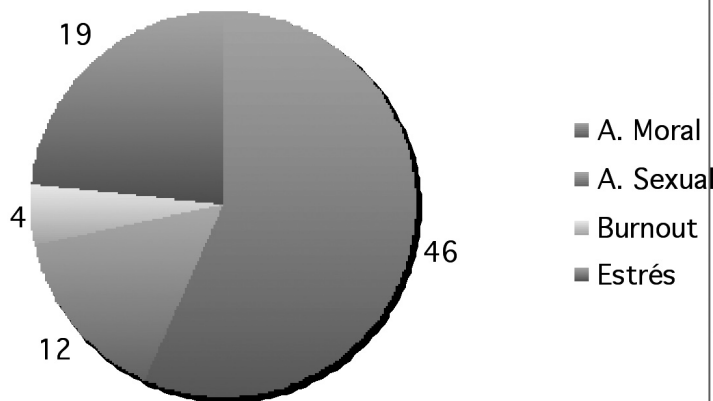
89 *STSJ Galicia de 10 de octubre de 2008: “la conducta empresarial enjuiciada no corresponde a una situación de persecución específicamente objetiva ni particularizada en la persona de la demandante, pues no se concretan los insultos ni la agresión física que recoge la sentencia impugnada, sino que, al contrario, rebasó este ámbito subjetivo haciéndose extensivo, a todos aquellos que también prestaban servicios en el mismo centro de trabajo, aún en menor intensidad que respecto de la actora, poniendo de relieve así y en tal contexto un ejercicio abusivo, arbitrario o defectuoso de las facultades empresariales que compromete derechos estrictamente laborales, pero no hostigamiento individualizado en la trabajadora recurrente con infracción de sus derechos fundamentales.”*

VI. Vía sancionadora

No se han localizado sentencias sobre ninguno de los cuatro riesgos psicosociales estudiados en las Audiencias Provinciales gallegas en el período analizado.

VII. Un balance de las sentencias analizadas

En este primer gráfico puede observarse cómo el TSJ de Galicia ha dictado un número considerablemente mayor de sentencias sobre acoso moral (46), frente a las relativas a los restantes riesgos psicosociales. En segundo lugar se sitúan las correspondientes al acoso sexual (19) y al estrés laboral (12). Y tan sólo 4 sentencias en el período analizado resuelven sobre demandas de burnout.



Respecto del tipo de proceso empleado para conocer de las demandas, varían éstos en función de cada uno de los riesgos psicosociales estudiados. En materia de acoso moral, predomina el empleo del proceso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (20) y el de tutela de derechos fundamentales (19). La misma tónica puede observarse en los restantes riesgos psicosociales, con excepción del estrés laboral, en el que la totalidad de las sentencias se han dictado a través del proceso especial de seguridad social (18). En todos ellos, apenas se emplea el proceso ordinario, pese a que éste tiene un objeto más amplio que el de tutela de derechos fundamentales, y permitiría al demandante

conocer de otras cuestiones relacionadas, al margen de la existencia o no de la lesión del derecho.

VIII. Conclusiones y propuestas

De la doctrina del TSJ de Galicia dictada durante el período 2006-2010 pueden extraerse las siguientes conclusiones y propuestas de actuación:

Primera.- De los cuatro riesgos psicosociales analizados es, sin duda, el acoso moral el que despierta mayores recelos en la Sala gallega. Si bien la Sala parte, en casi todas las sentencias, de una definición del acoso moral completa y claramente perfilada, son escasísimas las sentencias estimatorias de tal pretensión. El motivo principal a la hora de denegar su reconocimiento reside en la práctica de la prueba. La gran mayoría de las sentencias analizadas consideran que los indicios aportados por el trabajador resultan insuficientes para inducir al órgano judicial la sospecha sobre la existencia de un panorama de acoso moral. En el improbable supuesto de que los indicios aportados aparezcan como suficientes, no es extraño que la prueba practicada por el empleador consiga desvirtuar toda sospecha de acoso.

Segunda.- Más flexible se muestra la Sala con los indicios aportados en materia de acoso sexual. No obstante, también un amplio número de sentencias consideran insuficientes los indicios presentados y desestiman, en consecuencia, que la actuación, aun cuando no se enmarca en el adecuado desarrollo del poder de dirección empresarial, pueda calificarse como acoso sexual. Mayoritariamente es en estas conductas donde se reconoce con mayor frecuencia una indemnización reparadora por los daños y perjuicios ocasionados.

Tercera.- En contra de lo que sucede con el acoso moral, son estimatorias la gran mayoría de las sentencias en las que se solicita el reconocimiento del estrés laboral como una enfermedad profesional. A estos efectos, en todas las sentencias analizadas la Sala considera probada la relación de causalidad existente entre el estrés que sufre el trabajador, oportunamente acreditado por los informes médicos correspondientes, y el ámbito laboral del que deriva. Por el contrario, el burn-out pasa

totalmente desapercibido entre los riesgos psicosociales sobre los que se ha pronunciado la doctrina de la Sala gallega y son casi inexistentes las sentencias que a él se dedican. Su concepto tan sólo se menciona, indirectamente, como vía para distinguirlo del acoso moral o sexual, sin que haya una caracterización específica de esta conducta.

Cuarta.- La cuantía indemnizatoria por los daños y perjuicios morales ocasionados por la conducta constitutiva de acoso, sea moral o sexual, concedida en fase de instancia es objeto frecuente de revisión por la Sala gallega en suplicación. Ello suele conducir a una minoración de la cuantía concedida en fase de instancia, siendo escasas las sentencias que mantienen la inicialmente concedida. Aun cuando se reconoce que la Sala debe admitir la valoración de las pruebas practicadas en fase de instancia para justificar la cantidad solicitada, y sólo debe proceder a su rectificación cuando resulte arbitraria o claramente desproporcionada, es habitual que la cuantía resulte finalmente reducida, en muchas ocasiones, a partir de un razonamiento no demasiado explícito. En todo caso, el tiempo de dedicación al puesto de trabajo y la difusión o trascendencia que pudiera ocasionar la conducta acosadora entre el resto de trabajadores o entre terceros, son dos de los principales parámetros empleados para calcular (o revisar) la cuantía indemnizatoria.

135

Quinta. Entre las modalidades procesales empleadas para solicitar el reconocimiento de acoso moral o sexual y la reparación de sus consecuencias, destaca el proceso especial para la tutela de derechos fundamentales. Sin duda, este proceso puede ofrecer mayores garantías al trabajador, tanto procesales como materiales, pues en él se contempla la obligación de reparar íntegramente el daño causado. No sólo mediante el cese de la conducta ilícita y la reposición de la situación al momento anterior a la producción del acto lesivo, sino también a través del reconocimiento de la indemnización por daños materiales y morales, cuando ésta proceda. No es aconsejable, en cambio, el empleo de este proceso cuando el trabajador formula una pretensión adicional al margen de la lesión de su derecho fundamental, ya que el proceso de tutela tiene un objeto procesal estrictamente limitado al reconocimiento o no de la lesión del derecho y, en el primer, caso, a las medidas para su reparación íntegra.

Sexta. En un gran número de supuestos, el trabajador opta por invocar el acoso laboral como motivo para solicitar la extinción del contrato de

trabajo. Destacan las sentencias en las que, tras reconocer la inexistencia de una conducta de acoso, sí se admite por la Sala que los hechos constituyen un incumplimiento claro de los deberes del empleador y, en consecuencia, procede igualmente la extinción del contrato solicitada. En todo caso, la Sala gallega reconoce la compatibilidad de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador, con la indemnización legal deriva de la extinción del contrato de trabajo

NAVARRA

I. El acoso sexual como incumplimiento grave del empresario.

Extinción del contrato de trabajo vía art. 50.1.C) ET

El TSJ de Navarra, en su fallo de 5 de febrero de 1999, Rec. 98/1998, estima que la conducta desarrollada en el ámbito laboral de la empresa implica un grave incumplimiento de los deberes empresariales que tiene encaje en la extinción del vínculo laboral del art. 50 del ET. En este caso, el Tribunal entiende que la conducta era indeseada para la trabajadora y, por lo tanto, ofensiva, hostil, intimidatoria y humillante, de tal manera que todos los comentarios, insinuaciones y atenciones sexuales realizadas por el acusado, que además de encargado del establecimiento era socio y administrador de la empresa, deben de ser calificados como acoso sexual por tener lugar en el ámbito de organización y dirección de la empresa y como consecuencia de una relación laboral⁹⁰.

137

A su vez, en el fallo se entiende que la vía reparadora es la adecuada a través de la indemnización del art. 50 ET para resarcir los daños y perjuicios ocasionados por esta conducta ya que este precepto es la manifestación en el ámbito laboral de los art. 1124 y 1101 del Código Civil, preceptos que permite resolver las obligaciones con el resarcimiento de daños y abono de intereses para el caso de que uno de los obligados incumpla lo pactado. Por otra parte, es una conducta grave ya que afecta de manera esencial al contenido de la relación laboral, lo que frustra las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución; y también voluntaria, entendiéndose por tal, no sólo una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor.

⁹⁰ La Sentencia de TSJ de Navarra de 29 de enero de 2009, Rec. 630/2008, es la única que trata de un tema de acoso sexual aunque no está relacionado directamente con la prevención de riesgos laborales al tratarse de un caso en el que el cobrador de una línea de transporte de pasajeros por carretera acosa sexualmente a una pasajera por lo que es despedido en base al art. 54 del ET tras haber sido suficientemente probados los hechos

II. El acoso moral

1. Supuestos en los que no procede su admisión

1.1. Sobre la extinción del contrato vía artículo 50

La Sentencia de 31 de mayo de 2010, Rec. 157/2010, desestima la existencia de acoso moral como causa de extinción del art. 50.1.c) pero sí que admite la extinción vía 50.1.a) por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por una reducción del contenido esencial de la actividad laboral específica.

Las razones por las cuales no se admite a trámite la demanda son que, tras las actuaciones de la Inspección de Trabajo como del INSL, no se apreciaron indicios que demostrasen la existencia de una conducta empresarial de acoso, fundamentalmente porque no existe una lesión psíquica, ni tampoco una conducta discriminatoria ni por ende una menoscabo de la dignidad de la trabajadora o un ataque a su integridad moral, elementos que dan lugar a una vulneración del art. 4.2. e) del ET.

Es cierto que existió una desavenencia o conflicto entre la trabajadora y la dirección de la empresa originada por una pérdida de confianza hacia la primera por su ineficiencia, al no haberse cumplido las expectativas de rendimiento laboral que habían motivada su contratación, pero dicha situación no respondió a una intención de hostigar, dañar, humillar, producir un perjuicio moral o provocar la autoexclusión de la trabajadora. Para ello, se tuvieron en cuenta, entre otros datos, que los correos electrónicos entre la trabajadora y el Directivo revelaron un trato siempre correcto y educado, que no hubo prueba de maltrato o insultos, o que la condición de alta responsabilidad y funciones del puesto de la trabajadora, así como su formación superior, hacían menos verosímil el pretendido acoso que en un trabajador ordinario de menor formación y responsabilidad.

Por todo ello, la patología médica de la demandante se interpretó como resultado de su predisposición, de problemas personales unidos a un estrés laboral, y por un conflicto grave en su trabajo derivado de la pérdida de la confianza de la dirección, pero no por la existencia de discriminación o acoso laboral.

El Tribunal recuerda que:

“El conflicto es una patología normal en la relación de trabajo (STSJ Madrid 16 de mayo de 2008), y no debe confundirse el estrés profesional derivado de una pérdida de confianza con el hostigamiento y acoso intencionado y reiterado (STSJ Madrid 9 diciembre de 2009)”.

1.2.- Sobre su no reconocimiento como accidente de trabajo

La sentencia de 18 de abril de 2006, Rec. 96/2006, no admite el síndrome depresivo como riesgo psicosocial y, por lo tanto, que sea un accidente de trabajo porque no se prueba que el mismo tenga su causa exclusiva en el trabajo en base a lo establecido en el art. 115 de la LGSS.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el concepto de accidente de trabajo que se configura a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación de causalidad entre lesión y trabajo (artículo 115.1), de tal manera que si la lesión no es como consecuencia u ocasión de la prestación de un trabajo por cuenta ajena no existe accidente de trabajo, salvo que concurren determinadas circunstancias del art. 115.2; o que éste se presuma, salvo prueba en contrario, por el hecho de haberse producido la lesión durante el tiempo y en el lugar del trabajo (artículo 115.3), excluyendo, en todo caso, de tal calificación, a los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, o a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador (artículo 115.4), pero sin que impida esa calificación de accidente de trabajo la mera imprudencia profesional del trabajador o la concurrencia de determinados supuestos de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañero de trabajo o un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo (artículo 115.5).

Por ello, y partiendo de dicha regulación legal, hay que considerar accidente de trabajo la dolencia preexistente al hecho dañoso que se agrava o manifiesta por éste, porque tal circunstancia –agravación o aparición– es consecuencia del riesgo que se corre al prestar el trabajo por cuenta ajena. En este sentido, accidente de trabajo no son sólo los accidentes en sentido estricto o las lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes

patológicos internos o externos. Para la destrucción de la presunción de laboralidad se exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trata de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúan dicho nexo causal. Por otra parte, también se consideran incluidas en este concepto las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo si se cumplen las circunstancias antes descritas, siempre que no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario.

En segundo lugar, y dada la existencia de una interpretación extensiva y evolutiva del concepto legal de accidente de trabajo con la finalidad de procurar la máxima tutela reparadora, se ha incluido en el mismo los nuevos riesgos de carácter psicosocial sobre la base de una ampliación progresiva de sus elementos estructurales: el elemento subjetivo, las relaciones de causalidad y sobretodo la propia noción de lesión corporal. Por otra parte, la imposibilidad de encuadrar determinadas patologías psíquicas contraídas por motivo u ocasión del trabajo como enfermedades profesionales, al no figurar en la lista cerrada de dichas enfermedades, tanto la doctrina científica como judicial reconducen esas patologías psíquicas a la noción de enfermedades del trabajo, con cuya expresión se hace referencia a las enfermedades o procesos de alteración de la salud del trabajador que, no siendo en sentido técnico-jurídico enfermedades profesionales, guardan una relación causal con la prestación de servicios desempeñada y que, por ello mismo, se equiparan en su tratamiento al accidente de trabajo. Acorde con esta evolución, hoy día se admite por los Tribunales del orden Social, entre otras enfermedades del trabajo el denominado «Mobbing», caracterizado por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral.

En el caso concreto analizado no queda acreditado que la depresión diagnosticada en el año 1977 tenga su causa exclusiva en el trabajo al no probarse suficientemente que las condiciones laborales fuesen el desencadenante de la dolencia psíquica.

En idéntico sentido, el fallo de 24 de diciembre de 2002, Rec 399/2002, que entiende que estamos ante un conflicto laboral entre la

actora y su supervisora que desencadenó el 14 de diciembre de 2000 en un enfrentamiento y ataques verbales, que tuvo su origen en las desavenencias personales, derivadas de los lazos de amistad que ambas mantenían. Sin embargo, la situación de baja laboral se produce diez meses después de haberse producido aquella disputa por lo que difícilmente puede calificarse esa baja laboral de etiología de accidente laboral, dado el tiempo transcurrido entre el desagradable e indeseable suceso y dicha situación de incapacidad temporal. Para entender que existe mobbing es necesario que el empresario:

“a) no cumpla los principios de la buena fe; b) que su conducta sea degradante; c) que la misma contenga una violencia psicológica, entendiéndose ésta como una actuación prepotente, continuada y reiterativa”.

En definitiva que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta el «ius variandi» en una especie de «iter criminis» para decidir sobre los derechos de la personalidad.

También la Sentencia de 31 de marzo de 2005, Rec. 98/2005, estima que si bien es cierto que la demandante sufre un trastorno ansioso depresivo reactivo a una conflictiva laboral identificado como estresante laboral, sin embargo no se ha acreditado que fuera causada porque se produjese, orquestase o conviniese la creación de un ambiente hostil, de exaltación, de proyecciones negativas contra la actora, insoportable para ella, tendente a eliminar su autoestima, con ánimo de provocar su derrumbe psicológico, induciendo debilitamiento o flojedad espiritual. No se constata, por tanto, una transferencia de proyecciones o energías negativas propias de una situación de mobbing ni, en caso alguno, en grado constitutivo de mobbing, que se dirigiese contra la demandante con ánimo de victimizarla, victimización que, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca hasta intentar degradarle, incompatible abiertamente con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana.

2.- Supuestos en los que procede la admisión

2.1.- *Sobre el concepto de riesgo psicosocial*

La Sentencia de TSJ de Navarra de 18 de mayo de 2001, Rec. 161/2001, define el concepto de acoso moral. Así, hoy día se admite por los Tribunales del orden Social, entre otras enfermedades del trabajo, el denominado “Mobbing”, caracterizado: “por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral”.

Dentro de este mismo apartado, las Sentencias de 18 de mayo de 2001, Rec. 161/2001, de 23 de diciembre de 2002, Rec 394/2002, de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, de 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, y de 20 de julio de 2006, Rec. 152/2006, distinguen el acoso moral de otras figuras afines. Así, el “Bullying” es sinónimo de violencia física mientras que “Mobbing” literalmente significa atacar o atropellar, término traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Dentro de este concepto se incluyen las siguientes conductas: 1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataques a la vida privada. 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona. Como síntomas de las personas sometidas a “Mobbing” se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal, y depresión.

En cuanto a las diferencias entre el burn out y el acoso, las Sentencias de 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, y de 20 de julio de 2006 Rec.152/2006, indican que: “Mas recientemente, se habla como nueva aparición de enfermedad psicosocial, la denominada “BURN OUT”, que viene a significar “estar quemado”, y que se trata de un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que según tanto la Psicología del

Trabajo como la Medicina Forense se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El “quemado” por el trabajo, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no tiene ganas; la despersonalización, manifestada en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo con rutinización de tareas; aislamiento del entorno laboral y social y, frecuentemente, ansiedad, depresión (trastorno psíquico adaptativo crónico).

Respecto a sus causas, se apunta como estresores laborales desencadenantes, los vinculados al puesto de trabajo y las variables de carácter personal. Entre los primeros se señalan la categoría profesional, las funciones desempeñadas, escasez de personal. Respecto a los segundos, se trata de un estrés laboral asistencial, y por consiguiente con más incidencia en el sector servicios, de entre los que cabe destacar los servicios sociales en los que el trabajo se realiza en contacto directo con personas que por sus características son sujetos de ayuda. Pues bien, aun cuando ambas patología Psicosociales coinciden en el resultado, esto es, los graves daños que producen en la salud del trabajador, el acoso moral o Mobbing se integra por un elemento intencional lesivo, ya proceda del empleador o superiores jerárquicos (bossing) o por compañeros (mobbing horizontal), sin embargo en el Burn Out, ese elemento intencional está, en principio, ausente”.

En estos dos casos el Tribunal entiende que existe acoso. En contra, se desestima en el fallo de 8 de septiembre de 2009, Rec. 854/2009, al entender que la patología padecida por el demandante (problemas de tensión física/mental) ni encaja en alguna de las manifestaciones psicosociales antes mencionadas a título de «obiter dicta», ni es encuadrable en el ámbito de las denominadas «enfermedades del trabajo», pues la existencia de los problemas laborales descritos no evidencia de forma suficiente la relación de causalidad con el cuadro que desencadenó el proceso de Incapacidad Temporal cuya contingencia se cuestiona ahora. En suma, siendo la enfermedad descrita de carácter común, su conversión al calificativo de profesional requiere de la cumplida y estricta acreditación explicitada en el art. 115.2.e de la Ley General de la Seguridad Social (que la enfermedad haya tenido por causa exclusiva la ejecución del trabajo), lo que no ha sucedido en este caso.

2.2.- El acoso moral como enfermedad laboral

En cuanto al tratamiento del acoso psicológico como enfermedad de trabajo y por lo tanto accidente laboral, las Sentencias de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, y 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, así lo consideran ya que: “la inclusión de esta conducta es debida a una interpretación extensiva y evolutiva del concepto legal de accidente de trabajo con la finalidad de procurar la máxima tutela reparadora, dentro del marco jurídico actual, a los trabajadores afectados por nuevos riesgos de carácter psicosocial sobre la base de una ampliación progresiva de sus elementos estructurales: el elemento subjetivo, las relaciones de causalidad y sobretodo la propia noción de “lesión corporal”. Precisamente hoy día ante la imposibilidad de encuadrar determinadas patologías psíquicas contraídas por motivo u ocasión del trabajo como enfermedades profesionales al no figurar en la lista cerrada de dichas enfermedades, tanto la doctrina científica como judicial reconducen esas patologías psíquicas a la noción de “enfermedades del trabajo”, con cuya expresión se hace referencia a las enfermedades o procesos de alteración de la salud del trabajador que, no siendo en sentido técnico-jurídico enfermedades profesionales, guardan una relación causal con la prestación de servicios desempeñada y que por ello mismo se equiparan en su tratamiento al accidente de trabajo. Pues bien, esta asimilación al accidente laboral de la “enfermedad” entendida como un proceso paulatino de quebrantamiento de la salud del trabajador contraída en o por el trabajo, pone de manifiesto la ampliación de la noción de “lesión corporal” en sentido estricto propia del accidente de trabajo que ha sido uno de los factores que ha coadyuvado a la expansión de dicho concepto”.

2.3.- Requisitos

Las Sentencias de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, de 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, y de 20 de julio de 2006, Rec. 152/2006, señalan los requisitos para que exista acoso moral. En este sentido: “Dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base

para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, las ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o; dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207 de 9 de febrero”.

2.4.- El acoso moral como incumplimiento contractual vía art. 50 ET.

La Sentencia de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, considera que este tipo de conductas encajan en el art. 50 ET. Así: “La Ley Estatutaria contempla una serie de derechos laborales, entre los que se encuentran la integridad física y el respeto a la intimidad, y a la consideración debida a su dignidad -artículo 4.2.d) y e)-; y obligaciones del empresario, como las reguladas en el artículo 20.3 en el que se indica que el empresario puede controlar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador “guardando con su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana”.

145

Desde esta perspectiva, cuando se vulnera este respeto estaríamos ante un incumplimiento empresarial que pudiera derivar en la decisión del trabajador de dar por terminada su relación (artículo 50.c) del Estatuto de los Trabajadores). Bien es cierto que la actuación del empresario puede derivar en daños materiales (accidente) o daños morales. Estos últimos también están protegidos por las normas y por los Tribunales, y con más intensidad en los supuestos de transgresión de los deberes de respeto a la dignidad. A este respecto, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de febrero de 1982, vino a decir que para la declaración de daños y perjuicios derivados de daños morales, es necesario: a) un cabal acreditamiento, b) un probado incumplimiento de la contraparte; y c) la relación causal clara y directa entre este incumplimiento y aquel daño. Estos daños morales, para que puedan perseguirse a través de incumplimiento empresarial o acoso psicológico, es necesario que se rijan por el concepto de daño moral que define el Tribunal Supremo (1º, S. 30-7-2001), “que son los infringidos a las creencias, los sentimientos,

la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales”. Y es desde esta perspectiva desde la que hay que observar objetivamente si el empresario ha realizado alguna acción que vulnere el principio de la dignidad o una conducta atentatoria a la personalidad del trabajador. Y para que pueda aludir al denominado “mobbing”, es necesario que el empresario: a) no cumpla los principios de la buena; b) que su conducta sea degradante; c) que la misma contenga una violencia psicológica, entendiendo ésta como una actuación prepotente, continuada y reiterativa. En definitiva que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta el “ius variandi” en una especie de “iter criminis” para decidir sobre los derechos de la personalidad”.

En el caso de la Sentencia de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, estima que no existe acoso puesto que lo único que se acredita es la existencia de un conflicto laboral entre la actora y la supervisora, que desencadenó en un enfrentamiento y ataques verbales, que tuvo su origen en las desavenencias personales, derivadas de los lazos de amistad que ambas mantenían. Sin embargo, la situación de baja laboral se produce diez meses después de haberse producido aquella disputa por lo que difícilmente puede calificarse esa baja laboral de etiología de accidente laboral, dado el tiempo transcurrido entre el desagradable e indeseable suceso y dicha situación de incapacidad temporal.

III. Reflexión sobre jurisprudencia analizada

Respecto de las Sentencias, se han encontrado dos pronunciamientos sobre acoso sexual, de 5 de febrero de 1999, Rec. 42/1999, y de 29 de enero de 2009, Rec. 630/2008. El caso importante es el primero ya que estima la existencia de un incumplimiento grave y culpable del empresario lo que justifica la extinción de la relación laboral regulada en el art. 50 del ET con derecho a indemnización. Por ello, estamos ante la vía reparadora del acoso sexual más que preventiva. En ambos casos, se sigue la vía ordinaria, siendo la valoración de la carga de la prueba correcta ya que la demandante fue objeto de un ataque a su dignidad como persona por los continuos actos degradantes del demandante.

Por lo que se refiere al resto de pronunciamientos, los diez casos analizados contemplan los supuestos de acoso moral, estrés y burn-out de manera conjunta para poder realizar un análisis completo y comparativo de estas tres situaciones dadas las similitudes que plantean. Todas se llevan por vía ordinaria y reparadora, sin que en ningún caso se imponga el recargo de prestaciones.

En el primer apartado, se indican los casos que han sido desestimados, un total de cuatro, por no acreditarse suficientemente los hechos o bien porque las acciones no se pueden considerar accidente de trabajo. Respecto a este segundo aspecto merece la pena destacar la doctrina sobre qué es una enfermedad laboral y cómo el riesgo psicosocial es una manifestación de la misma. Las Sentencias son de 31 de mayo de 2010, Rec. 157/2010, que deniega la extinción de la relación laboral vía art. 50; de 18 de abril de 2006, Rec. 96/2006, 24 de diciembre de 2002, Rec 399/2002, y 31 de marzo de 2005, Rec. 98/2005.

Los otros seis pronunciamientos son estimatorios. En primer lugar, se estudia el concepto de acoso moral de la fundamental sentencia de 18 de mayo de 2001, Rec. 161/2001. En segundo lugar, se diferencia de figuras afines -pronunciamientos de 23 de diciembre de 2002, Rec. 394/2002, de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, de 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, y de 20 de julio de 2006, Rec. 152/2006. En tercer lugar, en su consideración como enfermedad de trabajo -fallos de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, y 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005. En cuarto lugar, de los requisitos que tienen que concurrir -sentencias de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002, de 31 de marzo de 2005, Rec. 92/2005, y de 20 de julio de 2006, Rec. 152/2006. Y, por último, en su consideración como un incumplimiento contractual -fallo de 24 de diciembre de 2002, Rec. 421/2002.

IV. Conclusiones y propuestas

Del análisis realizado de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en relación a los riesgos psicosociales se pueden señalar las siguientes conclusiones, a modo de propuesta en su caso

- 1.- El Tribunal Superior de Justicia de Navarra delimita correctamente el ámbito de aplicación del art. 50 del ET, tanto para el riesgo psicosocial como para el acoso sexual, al exigir que la conducta sea grave

y culpable, siempre que la conducta haya quedado suficientemente acreditada. A su vez, la delimitación de la naturaleza jurídica de la indemnización contemplada en dicho precepto se adecua a la teoría general de la reparación del daño y perjuicio del ámbito civil.

2.- La delimitación de los conceptos es clara, destacando la diferencia entre accidente de trabajo, enfermedad común, enfermedad profesional y enfermedad de trabajo. Respecto de esta última cabe señalar como es un concepto recurrente a la hora de reconocer ciertas conductas como acoso moral realizando una interpretación extensiva de la noción de accidente de trabajo. El síndrome del quemado es un buen ejemplo de ello. A su vez, también sirve para rechazar aquellas situaciones en las que no queda claramente demostrado el nexo causal entre la conducta denunciada y sus consecuencias para la salud del trabajador. Ello implica, a su vez, que muchas situaciones de conflictividad laboral pueden quedar fuera por un tema de prueba lo que puede desincentivar demandas por estas cuestiones. Quizás fuese oportuno plantearse la vía del procedimiento preferente y sumario para estos casos dada la posibilidad de aplicar la inversión de la carga de la prueba ya que ninguno de los casos analizados ha ido por esta vía.

3.- La totalidad de las Sentencias siguen la vía de la prevención sin que se hayan encontrado casos en los que se solicita la vía de la promoción de la salud como una medida anterior a la prevención, lo que para tipo de riesgos quizás fuese adecuado para evitar su futura aparición. Tampoco en ningún caso se ha reclamado el recargo de prestaciones, lo que no deja de plantear dudas sobre la identificación clara de estas situaciones.

PAÍS VASCO

I. Acoso sexual.

Las sentencias dictadas en relación a este concreto riesgo psicosocial son relativamente escasas. De hecho, en el periodo analizado, solo hemos encontrado dos sentencias en esta materia: una dictada en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, y la otra en uno de despido. Vamos a proceder a realizar un breve comentario de ambas, por la importancia de las cuestiones que en las mismas se plantean y que son resueltas por la Sala.

La STSJPV de 3 de marzo de 2009, dictada en el recurso de suplicación 2/09, viene a resolver un procedimiento de despido en el que la empresa ejercita el poder disciplinario contra uno de sus trabajadores, por haber realizado actos de acoso por razón de sexo contra una compañera de trabajo. Dichos actos fueron denunciados por la afectada ante la Policía, y ante el Director de la oficina de la empresa para la que ambos prestaban servicios, y afectaron de manera negativa a su salud, lo que dio lugar a que iniciase un periodo de incapacidad temporal. Ante estas actuaciones, la empresa procedió a despedir al trabajador por infracción del artículo 54.2.g) ET (acoso sexual o por razón de sexo). La Sala considera que la calificación de la conducta por parte de la empresa es correcta, puesto que la actuación llevada a cabo por el trabajador, además de ser atentatoria de la dignidad de su compañera de trabajo, es agresora al propio ámbito sexual, y argumenta que “el actuar empresarial se acomoda y ajusta a los protocolos que le son exigibles, tanto de prevención como de resolución de la situación generada, por cuanto que inmediatamente interviene para sancionar la conducta transgresora”.

Tenemos que decir que este poder disciplinario es ejercido en muy pocas ocasiones por parte de las empresas ante situaciones de acoso sexual, por razón de sexo o de acoso laboral. De hecho, en el periodo temporal sometido a análisis en este trabajo, tan solo hemos encontrado tres pronunciamientos judiciales en los que las empleadoras proceden a sancionar conductas de sus empleados que atenten contra derechos fundamentales de otros compañeros. Así, como sentencias estimatorias

están la antes citada, y la del TSJPV de 9 de mayo de 2006, dictada en el recurso de suplicación 874/2006, en la que en un supuesto de acoso laboral horizontal, la empresa procede a despedir a una trabajadora con categoría de jefa, porque de forma habitual y continuada infringía a los demás empleados (subordinados suyos) un trato vejatorio y degradante, consistente en insultos y malas palabras.

En ambos supuestos, las empresas aplicaron la máxima sanción prevista en nuestro ordenamiento laboral (despido), y los dos pronunciamientos judiciales confirmaron la decisión de las empresas y declararon el despido como procedente. Por ello, conviene desde aquí aconsejar que esta vía sea utilizada por las empresas con mayor asiduidad, sobre todo para evitar la sensación de impunidad que en numerosas ocasiones sufre la víctima de estas situaciones, al ver que la persona infractora no recibe castigo por sus conductas. Además, los Tribunales han manifestado que ellos no pueden condenar a que el empresario aplique una determinada sanción, puesto que es una conducta personal que sólo a él le incumbe.

Expresamente se ha pronunciado en ese sentido la STSJPV de 6 de mayo de 2008, recurso de suplicación 1464/2001, dictada en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales por acoso sexual. La importancia de esta sentencia reside en varios puntos analizados en la misma, como son:

1º. La competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda. La Sala recoge lo sentado por la STC de 17 de diciembre de 2007, recurso 2253/2003, respecto a la posibilidad de condena de la persona acosadora, y en una interpretación amplia de los artículos 2 y 182 LPL, manifiesta que “no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era “una actuación personal y ajena a la relación laboral”.

2º. La prescripción (interpretación de los artículos 59 ET y 86 LPL). La Sala realiza un análisis de la prejudicialidad penal, para concluir que cuando se acude a la jurisdicción penal, y en la misma se ejercita la acción civil conjuntamente con la penal, se producen efectos prejudiciales en el proceso laboral, de tal manera que en esos supuestos, el dies a quo para el cómputo de la prescripción no se inicia hasta

que finaliza el proceso penal. Por ello, concluye que la acción no está prescrita frente al acosador (porque se dirigió la vía penal contra él). Respecto a las mercantiles, realiza un análisis de los artículos 1974 y 1975 CC, y de la doctrina del TS al respecto, sobre los efectos de la interrupción de la prescripción en la solidaridad propia o impropia contra las mercantiles por aplicación del artículo 1974 Cc (responsabilidad solidaria). Aplica la doctrina de la solidaridad impropia del artículo 1974.1 Cc, en relación con los artículos 1902 y 1903 Cc y considera que la acción no está prescrita frente a ellas porque los hechos se produjeron en el seno de la relación laboral y ellas responden de las conductas que realicen sus empleados. Analiza la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual: el deber de protección del trabajador es contractual (art. 1901 CC), que exige la existencia de culpa por parte del empresario, pero que ha tendido hacia una objetivación por aplicación de la teoría del riesgo, según la cual, quien crea las condiciones para que el riesgo se produzca debe responder de ello, de forma que se invierte la carga de la prueba sobre la concurrencia del requisito de la culpa empresarial, hasta el punto de que solo la concurrencia del caso fortuito o de culpa exclusiva de la víctima impiden la imputación de dicha responsabilidad al empresario, pudiéndose afirmar que nos encontramos ante supuestos de responsabilidad cuasi-objetiva. No obstante, por el concepto de unidad de culpa, es interesante invocar conjuntamente los dos tipos de culpa.

3º. La obligación del empresario de velar y garantizar la salud de los trabajadores a su cargo: analiza el comportamiento de las mercantiles demandadas y considera que, en aplicación de los art. 4.2.d), 19.1 ET y 14.1 LPRL, los trabajadores tienen derecho a una adecuada política en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y el empresario tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar este derecho de los trabajadores a su cargo. Además, en aplicación del art. 25 LPRL, está obligado a prevenir los riesgos específicos derivados de las características o estado de salud de la persona que ocupa un determinado puesto, en garantía de su derecho a un nivel de protección adecuado y eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo, con el correlativo deber del empresario de garantizarlo, con una atención y protección específicas. Esta obligación se extiende a

todos los riesgos relacionados con las condiciones de trabajo, incluidos los riesgos psicológicos y sociales, y entre ellos, los inherentes a las relaciones interpersonales que se producen en el trabajo y, muy particularmente, los problemas y conflictos surgidos entre los compañeros de trabajo (TSJPV 20.02.2007, rec. 2742/2006). Partiendo de lo anterior, considera que las empresas incumplieron su deber de otorgar a la demandante una protección eficaz frente al estrés ocasionado por la conflictividad creada, pues siendo conocedoras de su situación y de que estaba expuesta a un peligro cierto y real para su equilibrio mental, no procedieron a identificar y evaluar debidamente los factores desencadenantes de la tensión laboral existente, ni adoptaron medida alguna en las esferas individual, grupal y organizativa, tendente a eliminarla o minimizarla.

4º. Cuantía indemnizatoria: Viene a aplicar la interpretación que el TC ha realizado sobre el principio de automaticidad en la concesión de la indemnización, y establece que no es necesaria la producción de un daño para que surja el derecho al resarcimiento, sino que una vez acreditada la vulneración del DDFF, se presume la existencia del daño moral y nace el derecho a la indemnización. Para ello, se exige que el actor exponga en su demanda las bases para el cálculo de la indemnización que solicita y que existan puntos de apoyo para su concesión. En la demanda se solicita la reparación de tres tipos de daños: morales, psico-físicos y materiales. El Juzgado valora como daño psicofísico los derivados del tratamiento médico y farmacológico al que tuvo que someterse, la pérdida retributiva desde que se vio obligada a dejar su puesto de trabajo hasta que le dio el alta médica, y los daños morales. Como el quantum indemnizatorio es potestad del juzgador de instancia fijarlo, y no apreciando incongruencia en su valoración, están a la indemnización fijada por éste.

II. Acoso laboral

1. Vía Reparadora

1.1. Procesos de incapacidad temporal. Determinación de contingencia.

Son numerosos los pronunciamientos judiciales que vienen a resolver las solicitudes de determinación de contingencia que se someten al enjuiciamiento de la jurisdicción laboral. De esta forma, en el periodo de tiempo sometido a análisis en el presente trabajo, hemos analizado un total de 18 sentencias, entre las que hemos encontrado pronunciamientos muy dispares y, en muchas ocasiones, contrapuestos entre sí, en función de la mayor o menor restricción en la interpretación del concepto de accidente de trabajo regulada en el artículo 115.1 LGSS, y sobre todo, de la interpretación que realizan los Magistrados sobre la exclusividad exigida por el artículo 115.2, en su letra e) LGSS.

Es importante esta matización, porque nos hemos encontrado con que todas las sentencias analizadas vienen a resolver reclamaciones planteadas por el cauce del artículo 115.2.e) LGSS (enfermedades que no estén incluidas dentro del listado de enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, y siempre que se prueba que la enfermedad tuvo como causa exclusiva la ejecución del mismo), a excepción de tres, que se han planteado en base a la letra f) del citado precepto normativo (enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente).

Sentado lo anterior, hallamos que dentro de la Sala de lo social del TSJPV no existe unificación en la interpretación del concepto de accidente de trabajo, y a pesar de las circunstancias propias de cada proceso sometido a su enjuiciamiento, podemos afirmar que existe una interpretación más progresista del artículo 115 LGSS y, en particular, de la exigencia de exclusividad contenida en la letra e) del apartado 2 de dicho precepto, en contraposición a otra corriente más conservadora, que aplica la exigencia de exclusividad de manera anquilosada.

Como ejemplos de las primeras, tenemos: 1) la STSJPV de 22 de enero de 2008, recurso 2805/07, en la que a pesar de considerar que la baja laboral se ha debido a la particular vivencia que la trabajadora ha

tenido de las circunstancias que le han ocurrido en su ámbito laboral, ante la ausencia de antecedentes psiquiátricos previos, y en base a los propios diagnósticos de sus bajas, considera que existe causa exclusiva y estima la reclamación; 2) la STSJPV de 29 de enero de 2008, recurso 2923/07, que considera acreditada la relación de causalidad como causa exclusiva, pese a existir patologías concurrentes; y 3) la STSJPV de 17 de junio de 2008, recurso 1028/08, que tras resaltar la necesidad de realizar la evaluación de riesgos psicosociales y un protocolo de gestión de conflictos, establece que a la hora de analizar cada caso concreto, no se pueden bunkerizar las relaciones laborales, debiendo hacerse un juicio de normalidad de situaciones objetivadas. Por ello, pese a existir en el trabajador determinados rasgos de la personalidad que pudieran incidir en su manera de vivir los acontecimientos, considera que su baja se debe a accidente de trabajo, teniendo por causa exclusiva la prestación de servicios para su empresa.

En contraposición a las anteriores, y como ejemplo de una interpretación mucho más restrictiva, nos hemos encontrado con la STSJPV de 17 de abril de 2007, recurso 226/07, que desestima la reclamación sobre la base de no existir causa exclusiva, o más recientemente la STSJPV de 12 de enero de 2010, recurso 2476/09. En esta, pese a que la ITSS detectó la existencia de varios riesgos psicosociales en el puesto de trabajo, referidos a organización y asignación de tareas, que propuso el traslado como medida para favorecer la recuperación de la salud del trabajador afectado, que fue corroborada por Salud Laboral, que había ausencia de antecedentes psiquiátricos, ni tenía alteradas las capacidades intelectivas ni volitivas, concluye que falta la exclusividad, y que no ha sido el desarrollo del trabajo, sino los factores colaterales al mismo los que han provocado la IT (relaciones interpersonales).

Sentadas las premisas anteriores, y en referencia a los procesos en los que se declare la existencia de acoso laboral, tenemos que manifestar que la declaración de accidente de trabajo es una cuestión de hecho anudada a dicha declaración, por lo que no será necesario interponer como procedimiento previo el de cambio de contingencia, para en uno posterior hacer una reclamación de daños y perjuicios que venga a paliar los sufridos.

1.2. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

En el periodo de análisis objeto del presente trabajo, se han analizado un total de 24 sentencias dictadas en materia de extinción del contrato de trabajo, de las cuales tan solo 10 han sido estimatorias, lo que supone un 58 % de desestimación de las demandas interpuestas por este cauce.

Del análisis conjunto de todas esas resoluciones, podemos extraer varias conclusiones, como son:

1ª. Todas las demandas en las que se ha solicitado la extinción del contrato de trabajo por la vía del artículo 50 ET, han tenido como fundamento de la pretensión extintiva, la existencia de una situación de hostigamiento, que los propios demandantes calificaban de acoso laboral. De esta forma, en la mayor parte de los casos se han desestimado las reclamaciones al no haber quedado acreditada esa situación de mobbing. Por el contrario, en todos los supuestos en los que el Tribunal ha declarado la existencia de acoso laboral, se ha estimado la demanda.

2ª. Pese a la posibilidad de solicitar junto a la extinción del contrato de trabajo, la condena al abono de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, acumulación que en la actualidad aparece expresamente recogida en los artículos 27.2 y 182 LPL, y que ya fue admitida por el TS desde el año 2006 (STS 17/03/2006), en tan solo 6 de las sentencias analizadas los trabajadores hacen uso de este cauce, y en tan solo dos, han visto estimada su pretensión.

3ª. En tan solo tres de las resoluciones analizadas, se ha producido la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso, mediante la emisión de informe, desconociendo si se debe a que la propia parte actora no ha solicitado su presencia en el proceso, o la misma no ha sido admitida por el Juzgado. Tenemos que manifestar que la intervención del Ministerio Público en los procesos laborales en los que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental, es preceptiva no solo en los procesos especiales de tutela de derechos, sino en cualquier otro, en virtud de la teoría de la exportación de garantías del TC.

4ª. En tan solo dos de las resoluciones analizadas, se ha utilizado como argumento en el recurso de suplicación, la aplicación de la teoría de la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 179.2 LPL.

5ª. Por último, también han sido relativamente escasas las ocasiones en las que la demanda ha sido dirigida no solo frente a la empresa empleadora, sino también frente a las personas que con sus actuaciones han vulnerado los derechos fundamentales de otro trabajador. De hecho, en solo 4 de las resoluciones analizadas se ha dado esta circunstancia, y en solo una se ha visto estimada la pretensión de condena del acosador.

Sentado lo anterior, queremos detenernos en la exposición de este trabajo, para realizar un breve análisis de la STSJPV de 7 de octubre de 2008, recurso 1876/08, por la importancia de los pronunciamientos que contiene. Esta sentencia viene a resolver la demanda presentada por una trabajadora contra su empresa, el dueño de la misma, y la jefa de administración y esposa del anterior, teniendo todos ellos relación de parentesco, en la que solicitaba la extinción de su contrato de trabajo, el abono de una indemnización adicional por los daños y perjuicios sufridos por la vulneración de sus derechos fundamentales y, por último, la condena a publicar la sentencia en el tablón de anuncios de la empresa y en la prensa escrita. La demanda fue parcialmente estimada en la primera instancia por considerar que la actora había sido víctima de un proceso de acoso laboral, salvo el tercer pedimento (publicación). La Sala procede a analizar las cuestiones sometidas a su análisis, y contiene dos pronunciamientos de especial relevancia:

1º. Valoración de los daños y perjuicios: para la indemnización del daño moral, aplica de manera analógica la cuantía prevista en la LISOS para sancionar las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, tal y como ha realizado el TC en la sentencia 247/2006., y considera que la indemnización adicional acordada por el Juzgado de lo Social es proporcionada y adecuada a los perjuicios morales sufridos por la trabajadora, incluidos los daños profesionales alegados en la demanda y los derivados de la sintomatología psíquica incapacitante. Concluye además, que el hecho de que la indemnización concedida sea superior a la que le corresponde por la extinción del contrato, es procedente puesto que vienen a compensar daños distintos, como son la pérdida del empleo a consecuencia del incumplimiento empresarial, frente a la reparación de los daños morales producidos por la vulneración de los derechos fundamentales por parte del administrador de la empresa, lo que justifica además que tanto la persona física como la jurídica deban responder solidariamente del pago de estos últimos.

2ª. Condena a la publicación de la sentencia por vulneración del derecho al honor: se trata de la primera sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJPV que contiene este pronunciamiento, que por otra parte no ha sido pacífico, puesto que ha dado lugar a la existencia de un voto particular en esta sentencia. La cuestión controvertida ha sido, por lo tanto, determinar si la acumulación permitida por el artículo 27.2 LPL se refiere únicamente a la posibilidad de conceder una indemnización que venga a reparar los daños y perjuicios, o también permite el pronunciamiento sobre otras cuestiones que supongan una reparación integral.

El voto mayoritario contenido en esta sentencia, considera que la base jurídica para acceder a este tipo de condena, se sienta sobre la base de los artículos 27.1 y 181.2 LPL, al señalar que “la primacía de los derechos fundamentales determina, que la regla general de inacumulabilidad de la acción de resolución del contrato de trabajo, haya de ceder frente a la específica del artículo 180.1 de la Ley Procesal Laboral, que considera contenido propio de cualquier pretensión de tutela de un derecho fundamental, la reparación de las consecuencias derivadas de su vulneración”, y en el principio de economía procesal, manifestando que avocar al trabajador a acudir a otro procedimiento para obtener este pronunciamiento “supondría, además, una injustificada división de la contienda de la causa, que forzaría al perjudicado a interponer una nueva demanda por el cauce de la modalidad de tutela de los derechos fundamentales, y obligaría a discutir en dos juicios sucesivos lo que puede resolverse en uno sin ningún efecto negativo sobre las garantías procesales de las partes, al tratarse de medidas encaminadas a resarcir al perjudicado por las distintas consecuencias de una misma conducta pluriofensiva que atenta a dos derechos fundamentales, y no existir ninguna restricción de esas garantías en el proceso ordinario”.

Por el contrario, el Magistrado D. Juan Carlos Iturri Garate, emitió VOTO PARTICULAR, al considerar que dicha posibilidad esta proscribida por el artículo 27.1 LPL, por inacumulación de acciones dentro del proceso de extinción del contrato de trabajo, considerando que sí puede solicitarse y concederse en otro procedimiento distinto, como el de tutela de derechos fundamentales.

Sentado lo anterior, a la vista de los hechos concretos sometidos a su enjuiciamiento, la Sala considera acorde y suficiente la condena a publicar

la sentencia durante un periodo de 7 días en el tablón de anuncios de la empresa, desestimando la condena de publicación en la prensa, al no haber quedado acreditado que el honor de la trabajadora se hubiese visto afectado en un ámbito externo al empresarial.

1.3.Despido.

Por este cauce procesal se han analizado un total de 14 sentencias dictadas en el periodo de referencia, de las cuales solo dos han sido desestimatorias, declarando la procedencia del despido.

A primera vista nos podría parecer que prácticamente todas las sentencias dictadas en proceso de despido han sido favorables a los trabajadores demandantes. Sin embargo, dentro de estas sentencias, tenemos que diferenciar las que declaran la improcedencia del despido, de aquellas que acogen la pretensión de nulidad. Dentro de estas últimas, han sido dictadas cuatro sentencias, y de ellas, solo una ha declarado expresamente la existencia de acoso laboral, siendo las otras estimadas por vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador.

Se trata de la STSJPV de 8 de mayo de 2007, recurso 508/07, que resuelve que el trabajador ha estado sometido a una conducta de acoso laboral y, en consecuencia, declara la nulidad del despido, sin que proceda la condena al abono de los salarios de tramitación, por encontrarse éste en situación de incapacidad temporal. En esta resolución, además se pronuncia la Sala sobre la procedencia de la concesión de una indemnización adicional por la vulneración de derechos fundamentales, que estima procedente sobre la base de la entidad y la duración del sufrimiento y la incidencia que ha tenido en la salud.

1.4. Tutela de derechos fundamentales. Procedimiento ordinario de reclamación de daños y perjuicios.

Hemos considerado adecuado, en función del análisis que realizaremos en el presente apartado, comentar conjuntamente las resoluciones dictadas en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, y las dictadas en el procedimiento ordinario de reclamación de daños y perjuicios.

Por el cauce del proceso especial regulado en los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, hemos analizado un total de 9 sentencias dictadas en el periodo sometido a análisis, de las cuales solo dos han sido estimatorias, lo que supone casi un 80 % de resoluciones que no se han estimado. Este dato nos lleva a concluir que gran parte de este resultado se debe a las características propias de este tipo de proceso, en el que solo se pueden invocar lesiones de derechos fundamentales, quedando excluida la alegación y consiguiente análisis, de cualquier tipo de infracción de la legalidad ordinaria que pudiese dar lugar al derecho de resarcimiento. Además, en la mayor parte de estas sentencias el demandante solo solicita la condena al abono de una indemnización de daños y perjuicios, sin reclamar de la vía jurisdiccional la emisión de los pronunciamientos declarativos contenidos en el artículo 179 LPL (declaración de nulidad radical de la conducta y reposición de la situación al momento anterior a producirse la vulneración de derechos fundamentales). Por último, tampoco está muy extendido en esta modalidad procesal, la solicitud de condena solidaria tanto de la empresa como de las personas que con sus actos han vulnerado los derechos fundamentales.

En las resoluciones desestimatorias, se parte de la inexistencia de acoso laboral para no acoger la petición de la persona actora, lo que viene motivado por la propia manera en la que se vienen planteando las reclamaciones, pretendiendo siempre que se declare que ha habido una conducta de mobbing. Con ello, si finalmente no se consigue acreditar esta situación, ni siquiera por la vía de indicios, tendremos como resultado la desestimación de la demanda, mientras que si lo que se solicita es la declaración de derechos fundamentales concretos (en este caso, la integridad física y moral, la dignidad y el derecho al honor, entre otros), sin nominalizarlos, existirán más posibilidades de que la petición sea acogida.

En este apartado, vamos a hacer una mención específica a la STS-JPV de 5 de diciembre de 2006, recurso 2498/06, que condena de forma solidaria a la empresa, y a los acosadores. A estos últimos por acción directa, y a la primera por omisión, al no haber adoptado medidas ante la situación generada ni antes de conocerla, ni después, intentado paliar sus consecuencias. Por el contrario, en la sentencia de la misma fecha, STSJPV de 5 de diciembre de 2006, recurso 2033/06, se desestima la demanda sobre la base de que “Lo determinante es si el acoso se ha

ejercido o no sobre el trabajador, y éste concurrirá en la medida en que se produzca una presión prolongada en el tiempo, patentizada en actos dirigidos a lesionar la integridad moral del trabajador, que no cabe identificar necesariamente con que se genere falta de salud física o psíquica a éste. En todo caso concluye que se precisa severidad o gravedad en las conductas y una cierta prolongación en el tiempo, sin que deba confundirse una situación de acoso de un “simple desacuerdo o exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, que responden a inevitables y naturales confrontaciones en el ámbito de la relación humana y, más específicamente, de la surgida del contrato de trabajo”.

Por último, y en atención a la importancia que ha supuesto para las solicitudes de condena al abono de indemnizaciones, tenemos que resaltar lo manifestado por el TC en su sentencia de 24 de julio de 2006, recurso 6974/03, dictada en un procedimiento de tutela de derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical. La controversia resuelta por esta sentencia está centrada en determinar si una vez acreditada la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, se presume la existencia del daño moral y procede automáticamente la concesión de una indemnización sin necesidad de acreditar un daño real (art. 180.1 LPL), o si por el contrario no opera esa automaticidad y es necesario acreditar la existencia del daño: AUTOMATICIDAD O NO. El Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria estimó parcialmente la demanda y apreció la existencia de comportamiento antisindical, pero solo concedió la mitad de la indemnización solicitada. La empresa recurrió en suplicación sobre la base de que no procedía la indemnización porque el actor no había establecido los parámetros para su cálculo. La Sala de lo Social del TSJ Canarias, confirmó la sentencia de instancia y estableció que el artículo 179.1 LPL establece que para que proceda la indemnización no es necesario con que se produzca un daño, sino que acreditada la vulneración de un derecho fundamental, se presumía la existencia del daño. El TS que conoció del recurso en casación para la unificación de doctrina, estableció que la interpretación correcta del artículo 180.1 LPL, era la que manifestaba que la acreditación de la vulneración de un derecho fundamental no era suficiente para que procediera la condena automática a indemnizar, sino que era necesario que el actor alegara adecuadamente en la demanda las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, que justificara adecuadamente que procedía su aplicación, y que diese apoyos o puntos

de indicio suficientes en los que se pudiera asentar una condena de tal clase. El TC dice que el actor no pretendió la aplicación automática de la indemnización, sino que justificó la procedencia de la misma sobre la base de las conductas contenidas en el factum, y refiriéndolas a las cuantías previstas en la LISOS. El TC asume el cambio de doctrina operado por el TS, según el cual no procede ya la automaticidad de la indemnización una vez acreditada la vulneración de un derecho fundamental, sino que “es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria”. No obstante lo anterior, dice que en el caso concreto sometido a debate, el Tribunal tomó como parámetros para valorar el daño moral, diferentes aspectos que fueron probados por el actor y así aparecen en el relato fáctico de las sentencias, como son, la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical, su carácter burdo, evidente y ostensible, y su finalidad disuasoria. Por ello, el actor expuso de manera detallada en la demanda cuáles fueron los actos atentatorios de su libertad sindical, añadiendo el TC que en este caso, debido a las conductas que han quedado acreditadas y por las propias características de las mismas, resulta evidente que han producido daños morales y patrimoniales, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y su cuantificación monetaria, dada su índole.

Esta doctrina sentada por el Tribunal Constitucional resulta de aplicación no solo en los procesos de tutela de derechos fundamentales, sino en todos aquellos en los que se solicite la condena al abono de una indemnización por daño moral sobre la base de la vulneración de algún derecho fundamental.

Como hemos expuesto previamente en este apartado, en ocasiones se opta por utilizar el procedimiento ordinario para plantear una solicitud de daños y perjuicios, en lugar del especial de tutela. La ventaja que puede tener esta decisión está, como ya hemos indicado antes, en que no se está limitado a la alegación de vulneración de derechos fundamentales, sino que puede ser invocado cualquier otro incumplimiento ordinario que pueda afectar al trabajador, pero que no sea considerado trato degradante. Pensemos, por ejemplo, en los incumplimientos de la normativa de prevención. Esto precisamente se resolvió en la STSJ PV

de 13 de febrero de 2007, recurso 2742/06, que condenó a la empresa por no haber adoptado las medidas necesarias en materia preventiva para paliar la situación de estrés que sufría la trabajadora, y que era conocida por la mercantil. Si se hubiese utilizado la modalidad procesal de tutela, posiblemente la resolución hubiese sido desestimatoria, puesto que no quedó acreditada la existencia de una situación de acoso laboral, aunque la trabajadora lo hubiese vivido de esa manera.

Por otro lado, el hecho de utilizar la modalidad ordinaria no perjudica al trabajador, dado que en virtud de la teoría del Tribunal Constitucional, en cualquier tipo de procedimiento en el que se alegue vulneración de derechos fundamentales, deberán de exportarse las garantías específicas del procedimiento de tutela de derechos, como son, la intervención del Ministerio Fiscal, la inversión de la carga de la prueba, preferencia y sumariedad del proceso, posibilidad de solicitar medidas cautelares, etc.

En el periodo analizado, queremos resaltar también por su importancia, la STSJPV de 19 de septiembre de 2006, recurso 1003/06, al ser una de las primeras que declaró la competencia del orden social para conocer de la demanda frente a las personas vulneradoras de derechos, y que viene a recoger lo que hemos expuesto sobre la conveniencia de utilizar una modalidad procesal u otra. Así, establece que la defensa de los derechos fundamentales se puede hacer a través de la modalidad procesal de tutela o a través del procedimiento ordinario. También considera que no hay cosa juzgada respecto al procedimiento de extinción en el que se solicitó una indemnización adicional por encima de la legalmente prevista, porque en aquel se estimó la inadecuación de procedimiento para solicitar ese extremo y quedó esta cuestión imprejuzgada. Sobre la compatibilidad de solicitar las dos acciones en el mismo proceso, hace referencia a la STS de 17/05/2006 (rec 4372/04), que vino a modificar el criterio asumido hasta esa fecha (incompatibilidad), y señaló que es procedente reclamar en un proceso de extinción, una indemnización adicional a la legal, pero no sobre la base del artículo 1101 CC, sino sobre la base de vulneración de un derecho fundamental (artículo 180.1 y 182 LPL). La Sala se considera vinculada por las resoluciones que ya declaran la existencia de acoso (procedimiento de oficio y extinción), y por lo tanto considera conculcados los arts. 10, 14 y 15 CE, procediendo a analizar el monto indemnizatorio. El actor solicita una indemnización alzada sin sujeción a baremo, pero distinguiendo varios conceptos: daños patrimoniales, físicos y morales.

En los daños patrimoniales no concede el daño a la profesionalidad por perder un trabajo fijo, ni los solicitados por la diferencia entre su salario en la empresa y la prestación por desempleo, ya que parte de estos perjuicios están paliados con la indemnización por la extinción del contrato que le fue concedida judicialmente. Por el contrario si valora dentro de este tipo de daños la diferencia retributiva entre la categoría de oficial y la de peón que solo él tenía en la empresa, y los cifra en 6.000 € por el tiempo que duró esta situación, y los gastos por la contratación de un abogado, cuya intervención en este tipo de procesos se hace necesaria y también en los otros procesos tramitados por el actor, cuantificando también esta partida en 6.000 € (posteriormente el TS ha negado la procedencia del resarcimiento de este daño patrimonial). Respecto a los daños físicos solicitados, considera que procede su reparación, no solo porque durante los casi diez meses en que estuvo en IT, la prestación era inferior al salario (no existía mejora voluntaria de la empresa), sino por la situación en la que se sume una persona en estas situaciones en que ve gravemente deteriorada su salud. Atendiendo a estos parámetros, concede 18.000 € por los daños físicos y morales por el daño a la salud. En definitiva, la indemnización alcanzó los 30.000 €. No obstante, desestima la pretensión de condena a publicar la sentencia en los dos periódicos de mayor tirada del País Vasco, por entender que no alega la causa de pedir (vulneración del derecho al honor), ni justifica que la conducta haya excedido del ámbito puramente laboral o familiar del afectado. Por último, considera que no procede la condena solidaria de las personas físicas porque no ha especificado qué conductas concretas fueron llevadas a cabo por cada uno de ellos, y porque los pleitos anteriores, las conductas hostigadoras solo fueron achacadas a la empresa, única que fue parte en los mismos.

Como ejemplo de resolución desestimatoria en este tipo de procesos, vamos a resaltar la STSJPV de 9 de septiembre de 2008, recurso 1572/08, por lo paradójico de la misma, ya que tras considerar que el actor ha sido víctima de un trato indigno en el ámbito laboral (acoso laboral), no concede ninguna indemnización de daños y perjuicios, no porque no proceda su concesión, sino por los daños concretos solicitados por éste, a los que la Sala estaba vinculada (no solicitó ninguna cantidad por daño moral). Lo importante de esta sentencia radica en el razonamiento que realiza sobre el concepto de acoso moral y qué conductas castiga la norma. A este respecto, establece que el art. 4.2.e) ET contiene un tipo general de

acoso, que no hay que identificar con el acoso moral o mobbing, que es un concepto surgido de la psiquiatría. Por ello, lo determinante es saber si el trabajador ha sufrido un trato en la empresa que no ha sido respetuoso con el derecho que le reconoce ese artículo, no si ha sido o no objeto de mobbing, que exige un análisis más profundo y que en muchas ocasiones no estamos preparados para realizar, ya que ni siquiera disponemos de un concepto jurídico. Va más allá y elimina el requisito de la intencionalidad, ya que nuestro legislador no vincula el trato prohibido a una conducta cuyo propósito sea atentar contra la dignidad del trabajador y crearle un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo, pues también protege los casos en que esa sea la consecuencia o el resultado de la conducta, al margen de la intención del sujeto, que puede ser muy loable (mayor productividad, etc.). Lo relevante es que el trabajador reciba un trato no deseado, que atente contra su dignidad (objetivamente) y que cree un entorno humillante, hostil o intimidatorio.

También es importante la STSJ PV de 28 de febrero de 2008, recurso 2879/07, ya que considera que la presunción de veracidad de las actas de infracción no es absoluta, pudiendo ser desvirtuada por las alegaciones de las partes, y porque solo se contrae a los hechos apreciados directamente por el Inspector actuante. Por otro lado, analizando los hechos probados, considera que no ha sido víctima de acoso porque, aunque la baja sea por AT, lo es por un conflicto laboral, pero no por haber sufrido un trato indigno. Además, no consta que pusiera en conocimiento de sus superiores que el trato que estaba recibiendo estuviera afectando a su salud. Respecto a la infracción de la normativa de seguridad alegada, dice la Sala que la empresa solo estará obligada a indemnizar los daños ocasionados por un AT, cuando exista una participación suya decisiva en su producción, y que además, constituya una infracción culposa o dolosa de su deber de seguridad (hace un análisis sobre este deber a lo largo de la legislación española). En este caso, como la empresa desconocía que la trabajadora estuviese padeciendo un trastorno causado por el desempeño de su trabajo, se le excluye de responsabilidad por no haber adoptado medidas. Dice que el deber preventivo empresarial no alcanza al extremo de intuir la aparición de patologías ni su responsabilidad alcanza a indemnizar las que finalmente surjan sin que hubiera incumplido esa obligación.

A modo de conclusión, en el periodo de referencia, se han analizado un total de 6 sentencias dictadas en reclamación de daños y perjuicios

por el cauce procesal del proceso ordinario, de las cuales solo dos han sido estimatorias, lo que supone casi un 70 % de desestimación, lo que nos lleva a pensar que quizás en algunas ocasiones no se plantean las reclamaciones adecuadamente.

2. Vía sancionadora

2.1. *Procedimiento de oficio*

La Ley de Procedimiento Laboral regula este procedimiento especial en los artículos 146 a 150, y está previsto para determinados supuestos, entre los que se encuentra la necesidad de previo pronunciamiento por la jurisdicción social sobre las actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo, que versen sobre las materias contempladas en varios de los apartados del artículo 8 de la LISOS. Por ello, este proceso requiere siempre la existencia de un acta de infracción previa, que haya sido impugnada por la empresa, y en la que la legitimación activa corresponde siempre a la Autoridad Laboral, que dirige la demanda frente a la empresa impugnante y, en el que es siempre parte, el trabajador afectado.

165

En el periodo de análisis objeto del presente trabajo (años 2006-2010), no han sido muchas las sentencias dictadas al amparo de este proceso. De esta forma, se han analizado 7 resoluciones judiciales. En todas ellas, el proceso se inicia al amparo del artículo 149.2 LPL, y sobre la base de la infracción del artículo 8.11 LISOS, en relación con el artículo 4.2.e) ET. De dichas sentencias, 4 estiman la demanda interpuesta por el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y confirman que los actos del empresario son contrarios al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad, y las 3 restantes desestiman la demanda interpuesta por la Autoridad Laboral, por no ser los actos del empresario contrarios a la dignidad del trabajador.

Tenemos que manifestar, que una vez analizadas las sentencias y los razonamientos que las mismas contienen, se ha hecho evidente la existencia de un retroceso respecto a la interpretación que la Sala asume en esta materia.

Así, en la STSJPV de 16 de mayo de 2006, recurso 276/06, se contiene un pronunciamiento de especial relevancia en este proceso, y es el

relativo a la presunción de certeza de los hechos contenidos en la demanda rectora del procedimiento (art. 148.2.d) LPL), salvo prueba en contrario cuya aportación corresponde a la empresa perjudicada por el acta. Se trata de un concepto más amplio que el contenido en el art. 53.2 LISOS (presunción de veracidad de los actos constatados directamente por el Inspector de Trabajo), ya que son hechos asumidos por la Autoridad Laboral, por lo que gozan de presunción de veracidad aunque no hayan sido corroborados por el funcionario, y solo pueden ser desvirtuados por prueba suficiente practicada en juicio. Esta declaración, a pesar de la importancia que tiene, no ha sido reproducida en ninguna de las posteriores sentencias dictadas en los procedimientos de oficio, que solo hacen referencia a la presunción de veracidad de los hechos constatados por el Inspector de trabajo actuante, sin asumir el plus de protección que otorga el artículo 148.2.d) LPL.

Por otro lado, en esas primeras resoluciones dictadas en este tipo de procesos, nos encontramos con que lo relevante para la Sala a la hora de estimar o no la demanda, es determinar si la actuación de la empresa es contraria o no a la dignidad del trabajador, no si ha existido una conducta de mobbing. Así se manifiesta en la sentencia citada anteriormente, y también en la STSJ PV de 25 de septiembre de 2007, recurso 1682/07, que expresamente recoge que el art. 4.2.e) ET no se limita a recoger una conducta de acoso laboral o mobbing (concepto de psiquiatría clínica), sino que está dirigido a proteger la dignidad del trabajador. Por ello, la ausencia de acreditación de daño moral no puede impedir la existencia de un ataque a la dignidad, y entiende que se puede producir la vulneración del artículo 4.2.e) ET, no solo por una situación de acoso moral, sino por otras muchas conductas vulneradoras de la dignidad del trabajador, que no constituyan acoso. Lo relevante es si la empresa ha incurrido en un trato no respetuoso con el derecho que le reconoce al trabajador el art. 4.2.e) ET, no si ha sido objeto o no de mobbing. Por ello, analizando lo hechos como una película, resuelve que se ha vulnerado la dignidad de la trabajadora, y se le ha situado en un entorno de humillación y privación de sus derechos laborales básicos, por lo que la empresa ha incurrido en una conducta contraria al derecho a recibir en su relación laboral un trato adecuado a la consideración debida a la dignidad.

A pesar de la contundencia y progresividad que encontramos en estos dos pronunciamientos, lo cierto es que las sentencias que se han dictado

con posterioridad en este tipo de proceso, no siguen esta línea y se limitan a aplicar la presunción de veracidad contenida en el artículo 53.2 LISOS, y a analizar de manera estática la existencia o no de mobbing. El resultado es que las sentencias dictadas entre los años 2006-2008 son estimatorias, y por contra, las dictadas en el 2009-2010 son desestimatorias y vienen a desvirtuar toda la labor de investigación que lleva a cabo la Inspección de Trabajo.

Para terminar, queremos hacer expresa referencia a la STSJPV de 13 de julio de 2010, recurso 1540/10, ya que a pesar de estimar la demanda y confirmar la vulneración del artículo 4.2.e) ET, contiene un pronunciamiento que no podemos asumir y que debería hacer saltar todas las alarmas, ya que supone una regresión en los avances que se han producido en los últimos años en materia de riesgos psicosociales, y contraviene directamente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En el Fundamento de Derecho Segundo establece que “Por el contrario, no existe fundamento fáctico ni jurídico para aceptar que la empresa haya incurrido en la infracción de los arts. 14.1 y 2 y 16.2-a de la Ley 31/1995. No concurre en la actividad empresarial factor alguno que hiciera necesaria una evaluación de riesgos psicosociales, ni la actividad profesional del trabajador es encuadrable dentro de ese riesgo. Tanto los preceptos citados como el art. 12.1-b) y 16 del RDL 5/2000 se refieren a riesgos provenientes de máquinas, lugares y sustancias peligrosas para la integridad y salud físicas”. A estas alturas, estos pronunciamientos no se pueden consentir.

2.2. Recargo de prestaciones

Se trata de un procedimiento de naturaleza mixta previsto en el artículo 123 LGSS, que asume notas propias de una sanción (castiga a la empresa por incumplir las normas de prevención de riesgos laborales), y de una indemnización, puesto que está destinado a reparar las consecuencias que el trabajador haya sufrido a causa del incumplimiento.

En materia de riesgos psicosociales, que son definidos por las Notas Técnicas de Prevención emitidas por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo como “aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente

relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud física, psíquica o social del trabajador, como al desarrollo del trabajo”, y en relación a este concreto proceso, hemos analizado 5 sentencias dictadas en el periodo de referencia, de las cuales tan solo 2 imponen a la empresa un recargo de prestaciones por no haber cumplido sus obligaciones preventivas en materia de riesgos psicosociales.

Se trata, en primer lugar, de la STSJ PV de 4 de marzo de 2008, recurso 76/08, que parte de un dato fundamental, como es el hecho de que la obligación del empresario de velar por la salud y seguridad de sus trabajadores, es una obligación de carácter constitucional prevista en el art. 40.2 CE, en el Convenio OIT nº 155, que es directamente aplicable en virtud del art. 93 CE y en la Directiva 89/391, y que tanto el daño físico como psíquico se incluyen en esa deuda de seguridad, y el empresario no queda eximido de su deuda de seguridad por haber concertado un plan de prevención. Además, cuando lo que está en controversia es un derecho fundamental, se exige mayor rigor a los órganos jurisdiccionales en el análisis de las medidas adoptadas (STC 17-12-2007). Esta sentencia se hace eco de un criterio amplio y automático del recargo de prestaciones, frente a las interpretaciones restrictivas que encontramos en otras sentencias de esta misma Sala y que comentaremos a continuación. Habla también de la doctrina del TS referente al criterio de presunciones, establecido en la Sentencia de 16-1-06 (rcud 3970/2004). Concluye que en el caso sometido a su enjuiciamiento, la empresa era concedora de la situación en que se había colocado a la trabajadora y no adoptó ninguna medida para solventarla, sino que incluso con sus actuaciones posteriores contribuyó a empeorar esa situación, por lo que procede la estimación del recurso planteado por la trabajadora y la imposición a la empresa de un recargo del 50 % de las prestaciones de SS reconocidas a la actora.

De la misma fecha que la anterior, tenemos la STSJ PV de 4 de marzo de 2008, recurso 2995/07, que contiene una interpretación totalmente restrictiva de la figura del recargo de prestaciones. De esta forma, aún partiendo del hecho probado de que la empresa carecía de previsión en materia de prevención y riesgos laborales sobre situaciones de estrés o ansiedad en el entorno laboral, y de que no dio parte al servicio de prevención propio de la situación del trabajador, termina concluyendo que

no procede la imposición del recargo, porque los periodos de IT de éste se debieron a la conflictividad judicial entre ambas partes, lo que no se hubiera evitado aunque hubiese existido esa previsión en materia preventiva. Establece que la sentencia de instancia se basa en probabilidades (si hubiera existido ese protocolo se hubiese evitado a paliado la afección de la salud) y en infracciones genéricas de la normativa de prevención (lo considera insuficiente), y que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el incumplimiento y el resultado lesivo, manifestando que lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en el art. 123 LGSS es si el daño se hubiese evitado o minorado si el empresario hubiese cumplido sus obligaciones en materia de seguridad, o si hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada.

Esta sentencia contiene un VOTO PARTICULAR emitido por el Magistrado D. Jaime Segalés Fidalgo, en el que se pronuncia sobre la legitimación para recurrir, del trabajador que ha visto estimada su pretensión, pero sobre la base de un pedimento distinto al plasmado en la sentencia.

La otra sentencia que ha estimado la petición de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, es la STSJPV de 28 de julio de 2009, recurso 1365/09. Esta resolución viene a resolver un supuesto en el que la trabajadora solicitó a la Entidad Gestora la imposición de un recargo del 50% a su empresa empleadora (Ayuntamiento de Errentería), pretensión que fue desestimada tanto en vía administrativa como en la primera instancia del proceso, por considerar que no existía la situación de acoso laboral que la actora postulaba. En este caso concreto, resultó acreditada la falta de evaluación de riesgos por parte de la mercantil (incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 16.2.a) LPRL), así como la existencia de una situación de hostigamiento prolongada durante varios años. De hecho califica la conducta como de “acoso sistemático”. Partiendo de estas dos premisas, procede a analizar si entre la conducta empresarial y la afección a la salud de la trabajadora, ha existido relación de causalidad, ya que el artículo 123 LGSS solo despliega su eficacia si la inobservancia de la medida preventiva y de seguridad es causa adecuada y eficiente en la producción del resultado lesivo. Sentado lo anterior, dado que la LPRL estaba vigente, procede a estimar la pretensión, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

1º. Noción legal de riesgo laboral contenida en el artículo 4.2º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre: posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Esta noción abierta y flexible, incluye también a los riesgos asociados a los sistemas de organización y gestión del trabajo, al contenido y a la ejecución de las tareas, así como a las condiciones del ambiente de trabajo (incluidas las relaciones personales y sociales en el entorno laboral), esto es, los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo.

2º. Derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud laborales, plasmado en el artículo 14.2 LPRL. A este respecto concluye que el diseño de la Ley 31/1995, y de las disposiciones que la desarrollan no es otro que el de proteger eficazmente a los trabajadores de todos los riesgos derivados del trabajo, finalidad que no se alcanzaría si, sin cobertura legal alguna, se excluyesen una clase de riesgos que tiene gran importancia numérica y causan graves enfermedades, y que en algunos sectores se presenta con mayor frecuencia y potencialidad lesiva que los riesgos de naturaleza física. Por tanto, una interpretación lógica y finalista reclama la toma en consideración de unos factores que representan un riesgo para la salud psíquica de los trabajadores a efectos de adoptar las correspondientes medidas preventivas.

3º. Derecho fundamental a la integridad física y moral.

Analizadas las tres premisas anteriores, considera que se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 123 LGSS, y concede un recargo del 50%.

III. Conclusiones y recomendaciones

Tras los comentarios contenidos en los apartados anteriores respecto a las sentencias analizadas, vamos a plasmar brevemente las conclusiones que hemos obtenido del estudio realizado, y que vamos a intentar enfocar desde un punto de vista práctico y basado en nuestra experiencia profesional en esta materia.

En primer lugar, nos ha quedado una sensación generalizada de la escasa implantación que los riesgos psicosociales tienen a día de hoy en las políticas preventivas de las empresas. Esto se puede deber a que, 15 años después de la entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, muchísimas empresas aún consideran que no tienen obligación de evaluar este tipo de riesgos, lo que se debe también en buena medida a los pronunciamientos que encontramos en algunas resoluciones judiciales, en los que se postula la falta de obligatoriedad de su evaluación. Esto nos lleva a vislumbrar una falta de previsión en el ámbito empresarial de situaciones que puedan afectar no solo a la salud física de los trabajadores que prestan servicios en su ámbito organizativo, sino también a su salud psíquica. Esto implica una deficiencia en la implantación de procedimientos que permitan: 1) a las empresas detectar estos riesgos; 2) a los trabajadores denunciar determinadas conductas o situaciones que afectan o pueden afectar a su salud; 3) establecer mecanismos de evitación, corrección o paliación de estas conductas y de sus consecuencias.

Esta cuestión no es baladí, puesto que existen sentencias que exoneran de responsabilidad a las empresas, por no haber acreditado el trabajador que ésta conociera la situación estresante u hostigadora en la que éste sustenta su reclamación. Por tal motivo, en situaciones de acoso laboral que no provengan de la dirección, sino de cargos intermedios o de los propios compañeros, es importante denunciar las mismas ante la dirección.

La segunda conclusión que hemos alcanzado, está referida ya al ámbito puramente judicial, al que los trabajadores se ven abocados a acudir una vez que el ámbito preventivo no ha dado resultado.

La idea básica de la que tenemos que partir, es que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con los medios suficientes para plantear las reclamaciones en materia de riesgos psicosociales. No obstante, también

tenemos que manifestar que no siempre utilizamos todos los medios jurídicos a nuestro alcance, y que también en ocasiones no son adecuadamente manejados. Con esta afirmación lo que queremos decir es que:

a) En demasiadas ocasiones, los profesionales nos empeñamos en solicitar al Juzgado que se pronuncie sobre la existencia de acoso laboral para sustentar una demanda de determinación de contingencia, de extinción del contrato de trabajo, etc. Esto provoca que, si no se reconoce la existencia de acoso moral, se ve desestimada irrevocablemente la reclamación, independientemente de la existencia de vulneración de otros derechos fundamentales o de legislación ordinaria que pudieren haber fundado un pronunciamiento estimatorio. Por ello, es importante que al Juzgado se le muestren todos los elementos necesarios para que pueda conocer el asunto sometido a su enjuiciamiento, pero sin ponerle ninguna calificación jurídica. A este respecto, es de destacar la postura pragmática que se recoge en la argumentación que hace el Magistrado D. Manuel Díaz de Rábago Villar en muchas de las resoluciones en las que ha sido ponente, donde manifiesta que lo relevante es determinar si una persona ha sido sometida a un trato indigno o degradante. Es decir, si se ha vulnerado el artículo 4.2.e) ET. Esto nos sirve para todo tipo de procedimientos.

b) Son herramientas jurídicas poco utilizadas, a pesar de que ya son cuestiones unificadas, el que se pueda acumular a un procedimiento de extinción o de despido la reclamación adicional de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales; que se pueda dirigir la demanda no solo contra la empresa, sino también contra los acosadores; que se puedan exportar las garantías propias del proceso especial de tutela a cualquier procedimiento en el que se invoque vulneración de derechos fundamentales, etc. Esto es un hecho cierto que se deduce de las resoluciones analizadas y que acredita el desconocimiento de los propios profesionales del derecho, que carecen de la especialización que se requiere y del conocimiento. Además cabe destacar el desconocimiento judicial, que en varias resoluciones ha denegado la acumulación de las acciones en las demandas y ello pese a su reconocimiento legal y judicial, denegando también la posibilidad de accionar contra las personas vulneradoras de derechos fundamentales de forma solidaria.

c) No se solicitan prácticamente nunca medidas cautelares junto con las demandas. Y en las escasísimas ocasiones en que se piden son denegadas. Por eso destacan tanto las que se han aprobado.

d) Volviendo de nuevo a los mecanismos que tenemos a nuestra disposición para combatir estas situaciones, la premisa básica que debe regir tanto en las reclamaciones, como en las resoluciones judiciales, es que estamos tratando derechos fundamentales de las personas, que alcanzan una dimensión especial en el Texto Constitucional, que se traduce en una protección especial de los mismos. Esto nos lleva a denunciar también la poca, por no decir mínima intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos, de tal manera que solo interviene en determinados procedimientos, y muchas veces no de manera personal, sino mediante un pequeño informe que es aportado a las actuaciones. Además el Fiscal no tiene especiales conocimientos ni preparación.

Tercera conclusión: El procedimiento más utilizado con gran diferencia es la extinción contractual del artículo 50 ET. A distancia están los cambios de contingencia pero que sólo tienen naturaleza instrumental. Prácticamente no se utiliza el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. A destacar que se desconoce el carácter ejecutivo de la resolución judicial del proceso de tutela independientemente de su recurso por la parte condenada, lo que conlleva la perpetuación de la situación hasta la firmeza de la sentencia.

Por último y como cuarta conclusión, no queremos finalizar nuestro análisis sin poner de manifiesto alguno de los problemas prácticos que nos encontramos en esta materia:

1º. Las indemnizaciones concedidas en la jurisdicción social, en la mayoría de las ocasiones no reparan los daños y perjuicios sufridos en su integridad y, además, no se aplica la automaticidad del daño. A este respecto, queremos desde aquí aconsejar que siempre se solicite una reparación del daño moral, como daño independiente al patrimonial y al físico-psíquico, puesto que siempre que se acredite la vulneración de un derecho fundamental, procederá la reparación de este daño. Además deber solicitarse la reparación al honor no sólo con su resarcimiento monetario, sino en especie, mediante la publicación o publicidad de la sentencia en el ámbito en que sea conocida la vulneración de derechos: la empresa –publicación en la intranet, en el

tablón de anuncios, reparto personal de copias a los compañeros...- o fuera de la misma –clientes, periódicos..-.

2º. Se debe demandar siempre a los acosadores no sólo porque les puede afectar la resolución o porque deben cesar en la vulneración; también es aconsejable demandar a las personas que vulneren los derechos fundamentales, por una cuestión práctica: para evitar que acudan al proceso en calidad de testigos imparciales.

3º. Se puede y se debe considerar la posibilidad de la utilización del procedimiento ordinario en vez del de tutela de derechos fundamentales, porque de acuerdo a la jurisprudencia su utilización es opcional, se puede exportar también al procedimiento ordinario las garantías del proceso de tutela y se puede utilizar en el ordinario también la infracción de la legalidad ordinaria y no sólo la lesión de derecho fundamental.

4º. También se puede y se debe solicitar tanto la indemnización de daños y perjuicios como la petición del recargo de prestaciones en los procesos de vulneración de riesgos psicosociales que no sean acoso moral (estrés, burn out, acoso sexual...).

5º. Actualmente es más eficiente interponer como primera acción y prioritaria la acción directa por acoso moral –por tutela de derechos fundamentales, por extinción del art. 50 ET...-, que empezar por una demanda de cambio de contingencia. La razón es que la contingencia de la baja es una cuestión de hecho que puede y es prejuzgada en el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, calificación que luego arrastra el cambio de contingencia, lo que no sucede al revés.

6º. Se debe conocer que, de forma creciente, las empresas demandadas que han sido condenadas interponen denuncias por falso testimonio cuando la sentencia condenatoria se basa principalmente en prueba testifical, para intentar cambiar el sentido de la sentencia por el recurso de revisión.

7º. Por último, se debe de considerar a la hora de interponer una demanda por acoso moral las posibles consecuencias civiles y penales de perder la misma: la interposición posterior de la persona acusada de acoso de una denuncia/querrela por injurias y calumnias en el ámbito penal o de daños y perjuicios por atentar contra la intimidad, el honor y la propia imagen en el ámbito civil.

COMUNIDAD VALENCIANA

I. Introducción

La actividad jurisdiccional en la Comunidad Valenciana en materia de riesgos psicosociales ha sido considerable en el período estudiado, si bien presenta notables diferencias entre los distintos tipos de riesgos considerados. Merece destacarse el notable nivel de elaboración teórica que presentan las sentencias analizadas. No puede pasarse por alto la presencia ocasional de Catedráticas de Derecho del Trabajo en la composición de la Sala, asumiendo funciones de ponente, lo cual contribuye ciertamente al refinamiento del tratamiento de la cuestión. En todo caso, esta calidad no es reciente, sino que puede rastrearse en las sentencias elaboradas en la primera mitad de la primera década del siglo XXI.

Sirva como ejemplo paradigmático del análisis del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana la sentencia de 16 de septiembre de 2008, donde aborda panorámicamente, realizando una distinción casi quirúrgica, los riesgos estudiados: “la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (sistematicidad en la presión, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y elemental gravedad) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado -que no colectivo- del destinatario). Requisitos que han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el «síndrome del quemado» (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos -objetivos y subjetivos- que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los citados elementos del acoso nos permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales, pues en el primero se agreden derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en

el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial”.

II. La vía preventiva

Es un rasgo destacable la imposibilidad de localizar sentencias que se integren en la denominada “vía preventiva”, esto es, sentencias que declaran que los riesgos psicosociales son efectivamente riesgos que hay que valorar, sobre la base de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sea incluyéndolos en la actividad de vigilancia de la salud, sea como obligación de evaluarlos. No conlleva esta situación la consecuencia contraria esperada, es decir la declaración de que no son riesgos evaluables. Las sentencias analizadas omiten, simplemente, esta cuestión. Cabe mencionar, únicamente, que se recogió como hecho probado en instancia que no constaba efectuada la evaluación de riesgos psicosociales⁹¹. Por último, ha de señalarse, en el orden contencioso-administrativo, la mención de la Nota Técnica de Protección nº 476 (NTP 436) del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo⁹².

II. La vía reparadora

1. Acoso sexual

1.1 Caracterización

Con anterioridad al periodo estudiado, el Tribunal llevó a cabo una caracterización detallada del riesgo analizado⁹³: “para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se percibe como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del

91 STSJ de C. Valenciana de 18 de diciembre de 2008

92 STSJ de C. Valenciana de 4 de noviembre de 2008

93 STSJ de C. Valenciana de 19 de febrero de 2004

concepto (...). Fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas, y en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas (...). Es necesario que se deriven indicios claros del mismo, para lo cual en algunas ocasiones ha sido suficiente el propio testimonio de la víctima, al que se dota de especial valor, máxime si tal testimonio consta con datos referenciales pues ha sido antes transmitido a terceros de confianza o de algún modo se haya proyectado hacia el exterior. Pero es obvio que tal valoración probatoria, con carácter general, sólo puede realizarse en la instancia, donde el juzgador percibe, no sólo el contenido de la declaración, es decir, los datos que la misma ofrece, sino el contenido e (sic) veracidad de la misma, emanada de la actitud y contundencia del testimonio ofrecido por el testigo que ha sido objeto del supuesto acoso”. Esta definición ha sido manejada por la mayor parte de las sentencias posteriores, que han ido precisando, sucesivamente, algunos de sus componentes.

El principal elemento en la estimación o en la desestimación de la existencia de acoso sexual ha sido su prueba⁹⁴. En este sentido, el Tribunal ha señalado que “a nadie se le escapa que las conductas que derivan en una situación de acoso sexual, se suelen mantener ocultas por parte del acosador, que trata de abordar a la víctima en momentos en que ésta se encuentra sola y en situación de desamparo. Por ello, en muchas ocasiones no existen testigos directos de los hechos denunciados, de ahí que en este tipo de procesos sean muy importantes las actitudes de quienes declaran ante el juez que preside la práctica de las pruebas: las palabras utilizadas, la convicción con que son relatados los hechos, las posibles contradicciones que se puedan llegar a producir”⁹⁵.

Consecuentemente, el Tribunal ha anulado sentencias de instancia que reconocían la existencia de acoso porque en ella “no se nos informa ni de cuáles fueron esas expresiones, ni en qué contexto o situación fueron vertidas”⁹⁶ o por no recoger los “comentarios improcedentes de mal gusto o irrespetuosos”⁹⁷ que decidieron al juez. En el campo probatorio, hay que señalar que el Tribunal ha reconocido la mayor relevancia de la prueba

94 Entre otras, STSJ de C. Valenciana de 29 de mayo de 2007 y 17 de julio de 2007

95 STSJ de C. Valenciana de 10 de octubre de 2006

96 STSJ de C. Valenciana de 28 de marzo de 2006

97 STSJ de C. Valenciana de 23 de octubre de 2006

pericial practicada ante el juez por un psicólogo⁹⁸ frente a las aportaciones de la misma naturaleza ofrecidas por la demandante⁹⁹.

En el paso siguiente, la valoración de la prueba es el elemento decisivo. A la vista de los hechos, el Tribunal considera fundamental la presencia de dos “elementos esenciales para afirmar la existencia de acoso sexual, en primer lugar, la concurrencia de una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad, y, por otra parte, una negativa clara y terminante por parte de la persona afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del sujeto activo”¹⁰⁰. Sobre este último aspecto, el Tribunal ha afirmado que “una negativa a mantener cualquier contacto sexual, ni requiere explicación alguna ni exige ser reiterada. Basta la no aceptación de la proposición sexual, para que la situación quede clarificada definitivamente sin más explicaciones, y sin que se pueda desplazar al requerido ninguna carga procesal de aportar justificación alguna de su negativa a mantener contacto sexual con el requirente”¹⁰¹.

Los comportamientos que dan lugar al reconocimiento incluyen las agresiones sexuales reiteradas, existiendo insinuaciones verbales con comentarios obscenos y contacto físico (agarrones de cintura y antebrazos), tocamientos, penetración vaginal con los dedos y felación, en su mayoría en el despacho de su superior¹⁰²; “piropos variados, insinuaciones y palabras obscenas o de contenido sexual, (...) roces, tocamientos en el pecho, en los hombros y en el cuello, así como abrazos o palmadas en el trasero”¹⁰³; el “trato reiterado y vejatorio de las compañeras de trabajo”¹⁰⁴; tocamientos y comentarios soeces, calificación a la que no obsta la condición de discapacitado del acosador¹⁰⁵; o comentarios groseros y conductas de marcada obscenidad como el regalo de amuletos fálicos¹⁰⁶.

98 STSJ de C. Valenciana de 7 de marzo de 2006

99 STSJ de C. Valenciana de 17 de julio de 2007

100 STSJ de C. Valenciana de 11 de septiembre de 2007

101 STSJ de C. Valenciana de 10 de octubre de 2006

102 STSJ de C. Valenciana de 7 de marzo de 2006

103 STSJ de C. Valenciana de 21 de marzo de 2006

104 STSJ de C. Valenciana de 11 de septiembre de 2007

105 STSJ de C. Valenciana de 10 de enero de 2008

106 STSJ de C. Valenciana de 10 de junio de 2008

En sentido contrario, se desestima la existencia de acoso sexual “cuando no existe ningún acto revelador de dicho interés que posea un claro contenido sexual o libidinoso y que se pueda tachar de ofensivo al atentar contra la dignidad de la trabajadora accionante, lo contrario supondría penalizar cualquier comportamiento que revelase un interés afectivo hacia otra persona cuando no fuera a su vez correspondido y aun cuando careciese de todo contenido sexual”¹⁰⁷; por solicitar la reanudación de una relación sentimental terminada¹⁰⁸; o si las conductas “muestran actitudes afectivas que bien pudieran ser calificadas de platónicas (así “eres una de las personas que más quiero en mi vida”, “si te molesto me lo dices”, “yo no entiendo mi vida sin ti”) alejadas del carácter libidinoso característico del acoso”¹⁰⁹.

1.2. Procedimiento

El acoso sexual es abordado a través de procedimientos muy diferentes. En numerosos casos se pretende la extinción del contrato de la trabajadora acosada, mientras que en otros se enjuicia el despido del acosador. En varias ocasiones se recurre a la modalidad especial de tutela, sin que pueda señalarse ninguna consecuencia especial

179

1.3. Consecuencias de la estimación del acoso sexual

Merece la pena destacar este riesgo psicosocial, puesto que en las sentencias estudiadas es el que presenta una mayor cantidad de indemnizaciones adicionales, aparejadas a la petición de extinción del contrato y en otra a través del proceso de tutela. Las cantidades son, respectivamente, 11026,65 €¹¹⁰ y 18000 €¹¹¹.

Hay que señalar, no obstante, que en otras dos ocasiones el Tribunal hace matices a la concesión de indemnizaciones de 12000 €¹¹² y 100000 €¹¹³, señalando la necesidad de atender al resultado de la vía penal antes de pronunciarse sobre su otorgamiento.

¹⁰⁷ STSJ de C. Valenciana de 24 de mayo de 2006

¹⁰⁸ STSJ de C. Valenciana de 7 de noviembre de 2006

¹⁰⁹ STSJ de C. Valenciana de 6 de febrero de 2007

¹¹⁰ STSJ de C. Valenciana de 10 de junio de 2008

¹¹¹ STSJ de C. Valenciana de 10 de octubre de 2006

¹¹² STSJ de C. Valenciana de 21 de marzo de 2006

¹¹³ STSJ de C. Valenciana de 3 de marzo de 2009

2. Acoso moral

2.1 Caracterización

En lo concerniente a este riesgo, es muy destacable la influencia que tiene la sentencia del propio TSJ de 17 de enero de 2003, anterior al periodo analizado, donde se caracterizó con gran precisión el acoso moral. Los pronunciamientos posteriores han ahondado en su doctrina, completándola, pero en muchos casos remitiendo directamente a ella. En ella se configura una noción de acoso moral que incluye las siguientes conductas: “a) ataques a través de medidas adoptadas contra el acosado, por las que se le limita las posibilidades de comunicarse con sus compañeros, o se aíslan o se cuestionan repetidamente sus decisiones o su trabajo; b) con ataques a la vida privada del trabajador, a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo; c) agresiones verbales consistentes en la crítica permanente de su trabajo, o a través de gritos, insultos o levantar la voz repetidamente; d) a través de la creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo contra dicha persona, etc. Entre las consecuencias del hostigamiento se señalan la ansiedad, la pérdida de la propia autoestima, la producción de enfermedades como la úlcera gastrointestinal y depresión, etc”.

Dentro del periodo estudiado, se llevó a cabo una caracterización auténticamente doctrinal de la cuestión¹¹⁴: “No han faltado los intentos de acotar el concepto de «mobbing», pudiendo destacarse los tres que siguen: El de quienes entienden que se trata del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. b) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el «mobbing» el 14 de mayo de 2001 como un 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

114 STSJ de C. Valenciana de 27 de junio de 2006

o el efecto de hacerle el vacío. c) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral. Sus elementos son, pues, los siguientes: 1. Presión. Para que pueda hablarse de «mobbing» es necesario que se ejerza una presión y que la víctima sienta esa presión. Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque. 2. Laboral. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, lo que implica que debe ser cometida por miembros de la empresa. 3. Tendenciosa. Lo que significa que la presión laboral debe responder a un plan, explícito o implícito. Dicho plan requiere una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento tendente a algo es necesario que se repita a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de «mobbing».

Se incluyen en ocasiones citas doctrinales¹¹⁵, señalando que “para que pueda concluirse que un trabajador está siendo víctima de acoso psicológico, es necesario que haya padecido algunas de las conductas descritas por el profesor Leymann: a) Medidas que limitan la posibilidad de comunicación del trabajador con el resto de compañeros del trabajo: se le impide expresarse; prohibición al resto de compañeros de hablar con el acosado,...; b) Medidas tendentes a evitar que el trabajador tenga la posibilidad de mantener contactos sociales: aislamiento, cambios de ubicación,...; c) Medidas tendentes a desacreditar (personal o laboralmente) al trabajador en público: se difunden rumores sobre la persona, se la ridiculiza en público,...; d) Medidas tendentes a reducir la ocupación del trabajador: no se le encomiendan trabajos o los que se le encomiendan son inútiles o no se ajustan a la capacidad profesional del trabajador o son humillantes; e) Medidas que afectan a la salud física o psíquica del trabajador: se le encomiendan trabajos peligrosos, se le acosa sexualmente, se le arremete físicamente, etc”.

Hay que señalar así mismo, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el resumen que, a modo de obiter dicta, llevó a cabo algún pronunciamiento¹¹⁶: “en el ámbito del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo las cuestiones planteadas se han residen-

115 STSJ de C. Valenciana de 27 de marzo de 2007

116 STSJ de C. Valenciana de 21 de noviembre de 2006

ciado en la misma generalmente, en primer lugar, por la vía de la impugnación de las sanciones impuestas a los empresarios por la autoridad laboral a consecuencia de la estimación por parte de la Administración laboral de la concurrencia de alguna de estas prácticas que de un modo u otro atentan a la dignidad del trabajador en función de la vulneración de algunos de los preceptos del ordenamiento laboral (...); en segundo lugar, por la vía de su consideración al hilo de la revisión de las sanciones impuestas a los funcionarios en el seno de procedimientos disciplinarios, o, también en este ámbito del derecho disciplinario, por la no incoación de procedimiento para dilucidar si han existido conductas propias de esta figura, (...); en tercer lugar, se ha de constatar que el planteamiento de la figura del acoso moral psicológico se ha producido asimismo en el ámbito de este orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo por la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual”.

El clima de acoso moral debe ser prolongado en el tiempo y de carácter objetivo y grave¹¹⁷, si bien la intensidad cualitativa y cuantitativa de las actividades ordenadas al trabajador puede llevar a no tener en cuenta el factor temporal¹¹⁸. El acoso ha sido caracterizado también por el Tribunal como “una conducta agresiva persistente de naturaleza física o moral para con la demandante, procedente del empresario o de otras personas que pudieran obrar con el conocimiento y consentimiento de aquél, encaminada a producir su descrédito o aislamiento o a provocar sentimientos de incapacidad para el trabajo”¹¹⁹, como “una acción de su superior en la empresa dirigida a victimizarla”¹²⁰. Además, “cuando lo que se denuncia es una situación de acoso laboral, es necesario conocer todos los detalles posibles sobre las circunstancias en que se desarrollaba la prestación de trabajo, así como la actitud y conducta no sólo de los compañeros de trabajo de la demandante, a quienes se les imputan los actos que constituirían el supuesto acoso, sino también los de ella misma; y ello porque (...), el acoso implica una situación de violencia psíquica ejercida deliberadamente sobre el acosado/a y mantenida en el tiempo, debiendo diferenciarse de las posibles situaciones de conflicto que se pueden producir entre compañeros de trabajo o con el empresario, por

117 SSTSJ de C. Valenciana de 28 de febrero de 2006 y de 21 de mayo de 2007.

118 STSJ de C. Valenciana de 13 de junio de 2006

119 STSJ de C. Valenciana de 20 de junio de 2006

120 STSJ de C. Valenciana de 15 de febrero de 2007

lo que los datos que se pretenden suprimir pueden ser relevantes para discernir si nos encontramos ante uno u otro supuesto”¹²¹.

Frente a la caracterización afirmativa del acoso moral merece la pena señalar, en contraste, la concepción conflictiva que la Sala tiene de las relaciones laborales, puesto que en numerosas sentencias donde se descarta la existencia del acoso moral invocado se señala que las situaciones enjuiciadas responden a “simples tensiones laborales”¹²², “una relación conflictiva con otro compañero”¹²³, “un amplio malestar en la federación sindical con opiniones para todos los gustos”¹²⁴, “actuaciones empresariales discutibles”¹²⁵, “falta de respeto generalizada hacia todos los trabajadores”¹²⁶, “una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador”¹²⁷ o “una actuación correcta y centrada en este caso en una distribución de puestos de trabajo basada en criterios empresariales reveladores del poder y facultades organizativas y de dirección”¹²⁸. La síntesis de este pensamiento se plasma en la afirmación de que “no toda situación de conflicto laboral supone o implica que haya una actuación empresarial directamente encaminada a hostigar o acosar al trabajador, como también lo es que no todas las personas soportan de la misma manera las situaciones de conflicto que se presentan a menudo en el devenir no sólo de la relación de trabajo, sino de la vida ordinaria”¹²⁹.

No puede pasarse por alto que en ocasiones el Tribunal hace caso omiso de la existencia de un Acta de la Inspección de Trabajo que proclama la existencia de acoso moral, desestimando las peticiones¹³⁰, si bien en otras ocasiones se hace valer una actuación inspectora como argumento positivo¹³¹ o negativo¹³². En cuanto a los informes médicos presentados por el trabajador que alega el acoso, el Tribunal sigue una línea clara y

-
- 121 STSJ de C. Valenciana de 7 de marzo de 2007
 122 STSJ de C. Valenciana de 10 de enero de 2006
 123 STSJ de C. Valenciana de 28 de febrero de 2006
 124 STSJ de C. Valenciana de 2 de marzo de 2006
 125 STSJ de C. Valenciana de 4 de abril de 2006
 126 STSJ de C. Valenciana de 14 de septiembre de 2006
 127 STSJ de C. Valenciana de 4 de noviembre de 2008
 128 STSJ de C. Valenciana de 3 de noviembre de 2009
 129 STSJ de C. Valenciana de 18 de diciembre de 2008
 130 STSJ de C. Valenciana de 20 de septiembre de 2007
 131 STSJ de C. Valenciana de 8 de enero de 2008
 132 STSJ de C. Valenciana de 3 de junio de 2008

es la consideración como una mera alegación de parte, al no provenir de un examen contradictorio sino del relato de los hechos por parte del propio afectado¹³³. En algún caso, no obstante, el Tribunal ha mostrado una notable flexibilidad al señalar que “no se puede exigir que se detallen pormenorizadamente todas y cada una de las actuaciones o conductas que se han ido sucediendo a lo largo de los años, pues (...) las situaciones de acoso se caracterizan en muchas ocasiones por un sutil hostigamiento que si bien tiene carácter continuado en el tiempo, no siempre se plasman en hechos notorios y relevantes que se puedan identificar, aislar y describir por sí solos”¹³⁴

En este marco, ponderando las sentencias analizadas, la conclusión que se extrae es clara: la reticencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a reconocer la existencia de situaciones de acoso moral. En las 41 sentencias analizadas para el periodo objeto de estudio, únicamente en 7 se estima la pretensión, desestimándose en 33 y no entrando al fondo del asunto por motivos procesales 1.

2.2. Procedimientos empleados

Este riesgo psicosocial es el que presenta un mayor abanico de procedimientos para su enjuiciamiento, que van desde la tutela al ordinario pasando incluso por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Debe señalarse, como rasgo muy destacado en el plano procesal, la necesidad de litisconsorcio pasivo necesario entre la empresa y el trabajador acosador cuando se actúa contra éste¹³⁵, que el Tribunal afirma invocando la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 30 de enero de 2008.

2.3. Efectos de la declaración de la existencia de acoso moral

En paralelo a las modalidades procesales seguidas, la declaración de la existencia del acoso moral tiene dos efectos principales: la declaración

¹³³ Por todas, STSJ de C. Valenciana de 17 de junio de 2008

¹³⁴ STSJ de C. Valenciana de 8 de enero de 2008

¹³⁵ STSJ de C. Valenciana de 19 de mayo de 2009

de la extinción del contrato de trabajo conforme al artículo 50 ET y el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social por accidente de trabajo. En el primer caso, se tienen en cuenta excesos de jornada ilegales que repercuten en la salud del trabajador¹³⁶, reacciones perjudiciales de la empresa ante el ejercicio de derechos de conciliación (“a la actora no se le trata mal de forma directa pero se le da a entender que su cargo de responsabilidad en la empresa requiere plena dedicación y no es fácilmente compatible con situaciones familiares que requieren asimismo de su dedicación”¹³⁷), o el menosprecio del trabajador y de su actividad¹³⁸. En el segundo caso, cuando el Tribunal considera suficientemente probado el origen laboral de la patología del trabajador y su vinculación con el acoso moral, se declara la existencia de un accidente de trabajo y la consiguiente declaración de invalidez¹³⁹ o de incapacidad temporal¹⁴⁰. Por último, fuera de estas dos categorías, otra consecuencia de la estimación del acoso moral es el imperativo del cese de la conducta de acoso, consistente en presiones por la designación del trabajador para cargos de representación¹⁴¹.

En las sentencias anteriormente señaladas como estimatorias, únicamente pueden localizarse dos indemnizaciones adicionales. La más elevada, de 50000 euros, se concede por el mobbing realizado sobre una trabajadora que ha ejercitado sus derechos de conciliación¹⁴², mientras que la otra, de 9000 euros, se deriva de las molestias sobre el representante de los trabajadores¹⁴³.

No hay mención alguna al recargo de prestaciones en las sentencias estudiadas.

-
- 136 STSJ de C. Valenciana de 9 de mayo de 2006
 137 STSJ de C. Valenciana de 13 de junio de 2006
 138 STSJ de C. Valenciana de 6 de julio de 2007
 139 STSJ de C. Valenciana de 19 de mayo de 2009
 140 STSJ de C. Valenciana de 23 de marzo de 2010
 141 STSJ de C. Valenciana de 16 de noviembre de 2006
 142 STSJ de C. Valenciana de 13 de junio de 2006
 143 STSJ de C. Valenciana de 16 de noviembre de 2006

3. Burnout

3.1. Caracterización

No son muy abundantes las sentencias referidas a este riesgo psicosocial. Únicamente se han localizado seis pronunciamientos donde se aborda el tema, reconociendo dos de ellas su existencia y negándola otras cuatro.

La mejor descripción del riesgo considerado la contiene una sentencia desestimatoria¹⁴⁴: “se trata de un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que según tanto la Psicología del Trabajo como la Medicina Forense se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El “quemado” por el trabajo, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no tiene ganas; la despersonalización, manifestada en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo con rutinización de tareas; aislamiento del entorno laboral y social y, frecuentemente, ansiedad, depresión (trastorno psíquico adaptativo crónico). Respecto a sus causas, se apunta como estresores laborales desencadenantes, los vinculados al puesto de trabajo y las variables de carácter personal. Entre los primeros se señalan la categoría profesional, las funciones desempeñadas, escasez de personal. Respecto a los segundos, se trata de un estrés laboral asistencial, y por consiguiente con más incidencia en el sector servicios, de entre los que cabe destacar los servicios sociales en los que el trabajo se realiza en contacto directo con personas que por sus características son sujetos de ayuda”.

Si bien en la mayoría de las sentencias desestimatorias se contiene una exigencia de conexión directa entre la actividad laboral y el burnout para el reconocimiento de la existencia de un accidente de trabajo y no de una enfermedad común¹⁴⁵, hay que señalar la doctrina flexibilizadora contenida en la sentencia estimatoria más reciente¹⁴⁶: “no se puede desconocer la grave dificultad que entraña llegar a tal conclusión en cada caso

144 STSJ de C. Valenciana de 21 de junio de 2006

145 STSJ de C. Valenciana de 13 de febrero de 2008

146 STSJ de C. Valenciana de 2 de febrero de 2010

concreto, atendida la circunstancia de que el trabajador, como cualquier otro ser humano, no vive aisladamente cada problemática y, por lo tanto, resulta extremadamente difícil aislar una sola causa como único y exclusivo detonante de un trastorno mental para valorar su probable origen laboral. Por ello, teniendo en cuenta dicha realidad, habrá que interpretar el precepto conforme a un criterio de prevalencia, es decir, valorando como laboral la contingencia si es que la causa principal de la dolencia considerada es laboral, sin necesidad de que no exista ningún otro factor que pueda incidir en su causación. De suerte que, pese a que puedan existir otras posibles causas que interactúen con la de origen laboral e incluso modificar su incidencia -valorándose pues la incidencia conjunta de todos los factores o causas-, habrá de estarse a que la laboral sea la principal o prevalente, o, en otros términos, que ésta por sí misma pueda considerarse de suficiente entidad para ser causa de la patología”.

3.2. Procedimientos empleados

Sin excepción, todos los litigios estudiados se han tramitado por el procedimiento de Seguridad Social, puesto que lo discutido no son relaciones entre trabajador y empresario sino la pertinencia o no de una prestación de la Seguridad social.

187

3.3. Efectos de la declaración de la existencia de burnout

Las dos sentencias analizadas que estiman la pretensión del trabajador afectado¹⁴⁷ reconocen la prestación solicitada. En ninguna de ellas hay mención al recargo de prestaciones o a la concesión de una indemnización al trabajador.

Hay que señalar, así mismo, la STSJ de C. Valenciana de 15 de enero de 2009, donde se reconoce la existencia de burnout pero se niega que implique la incapacidad de realizar cualquier trabajo: “de los [hechos probados] se infiere que eliminando los componentes de estrés, el entorno de su trabajo y sus características de realización... de esfuerzos o tener que desarrollarse ante el público o en relación con personas, puede compatibilizar sus dolencias con otro tipo de prestación laboral sin dichos caracteres”.

147 SSTSJ de C. Valenciana de 30 de noviembre de 2006 y de 2 de febrero de 2010

4. Estrés

4.1. Caracterización

Es muy destacable, a diferencia de los anteriores riesgos, la tendencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en los últimos años a reconocer el estrés como accidente de trabajo o enfermedad laboral. Este riesgo en muchas ocasiones se presenta unido a situaciones de acoso moral, donde no se distingue claramente el uno del otro. Aparece con frecuencia como un síntoma del acoso moral más que como un riesgo individualizado. No hay, pues, una caracterización tan precisa como en los riesgos descritos anteriormente, partiéndose de una concepción general para discernir la conexión entre tal situación y la producción de un daño en la persona del trabajador.

Esa estrecha conexión es el punto sobre el que pivotan la mayor parte de las desestimaciones de la consideración del estrés como productor de un accidente de trabajo. Así, se sostiene que “para afirmar la relación causal entre trabajo y dolencia debería constar una especial tensión emocional, pues no basta la propia del trabajo en general, pues entonces toda enfermedad que pudiera tener un desencadenante emocional debería considerarse de trabajo porque en todos los trabajos existe algo de tensión”¹⁴⁸ y en la misma línea se apunta que “la mera existencia de una situación generadora de riesgo psicosocial o de problemas laborales (que además no han quedado concretados en relación directa con la actora) no equivalen ni pueden, sin más, llevarnos a concluir que la causa exclusiva de la enfermedad haya sido la ejecución del trabajo”¹⁴⁹. Se insiste también en el elemento subjetivo, al señalar que “en este tipo de trastornos, la personalidad y el carácter del sujeto que los padece revisten gran importancia, precisamente porque no afectan igual a uno u otro tipo de persona”¹⁵⁰.

Un número considerable de sentencias estudian casos de infartos de trabajadores cuyo origen se achaca al estrés laboral. En ellas se valora muy negativamente la existencia de antecedentes de dolencias cardíacas¹⁵¹ o el hecho de que el fallecimiento tuviera lugar en su domicilio, aunque el difunto fuera representante liberado (“es razonable interpretar, pues, que cuando el trabajador se encuentra en un lugar y un tiempo en el que, por

148 STSJ de C. Valenciana de 28 de marzo de 2006

149 STSJ de C. Valenciana de 25 de abril de 2008

150 STSJ de C. Valenciana de 4 de abril de 2006

151 STSJ de C. Valenciana de 23 de enero de 2007

las circunstancias concurrentes no existe plena certeza acerca del tipo de actividad que se estaba desarrollando por éste, deba exigirse una actividad probatoria dirigida a constatar que efectivamente el trabajador se encontraba desarrollando una actividad laboral¹⁵²). Sí se acepta en cambio la conexión causal en el caso del representante de los trabajadores que fallece dirigiéndose a la sede de su sindicato para recoger documentación¹⁵³, en el del trabajador que sufre un ictus cerebral en una convención destinada a fijar objetivos y estrategias de la empresa¹⁵⁴, o en el del trabajador que padece la lesión en su casa “habiéndose acreditado la relación de causalidad entre la lesión y el trabajo por lo extenso de la jornada que ha generado en el trabajador estrés y cansancio”¹⁵⁵.

El Tribunal, enfrentado a dos situaciones de suicidios motivados por estrés, ha dado respuestas en sentido contrario. Así, se reconoció la naturaleza de accidente de trabajo, al haberse producido en el centro de trabajo y por motivaciones laborales reconocidas en la nota de suicidio¹⁵⁶. En cambio, en otra sentencia se negó la conexión laboral por episodios de inestabilidad personal anteriores¹⁵⁷.

Otras situaciones en las que el Tribunal ha reconocido la existencia de un estrés laboral con efectos plenos se derivan de “la obediencia del actor a todos los requerimientos de la empresa que terminan por una orden de traslado a otra ciudad”¹⁵⁸, la modificación de las atribuciones del puesto de trabajo y el pasar a compartir lugar de trabajo¹⁵⁹, la realización de esfuerzos físicos y un ritmo de trabajo exigente¹⁶⁰, la visita de un Inspector de Hacienda al contable de la empresa¹⁶¹ o el cambio de sección a un destino no deseado¹⁶².

4.2. Procedimientos empleados

Nuevamente el grueso de las sentencias analizadas se localizan en el marco de litigios seguidos a través del proceso de Seguridad Social, con

-
- 152 STSJ de C. Valenciana de 18 de noviembre de 2008
 153 STSJ de C. Valenciana de 19 de enero de 2010
 154 STSJ de C. Valenciana de 3 de febrero de 2009
 155 STSJ de C. Valenciana de 15 de mayo de 2008
 156 STSJ de C. Valenciana de 1 de septiembre de 2008
 157 STSJ de C. Valenciana de 15 de octubre de 2009
 158 STSJ de C. Valenciana de 22 de diciembre de 2008
 159 STSJ de C. Valenciana de 19 de mayo de 2009
 160 STSJ de C. Valenciana de 28 de octubre de 2008
 161 STSJ de C. Valenciana de 7 de octubre de 2008
 162 STSJ de C. Valenciana de 28 de julio de 2008

alguna excepción. En contraposición, hay que señalar la utilización en dos casos del proceso de despido para analizar la extinción del contrato de trabajo de dos trabajadores afectados por estrés.

4.3. Consecuencias de la estimación de la existencia de estrés

El reconocimiento de la existencia de estrés en las sentencias sustanciadas en el marco de los procesos de Seguridad social ha tenido como consecuencia el otorgamiento de prestaciones por accidente de trabajo, ya sean de incapacidad temporal, permanente o viudedad y orfandad. En ningún caso se impone un recargo de prestaciones.

En el caso de los procesos por despido, el estrés fue considerado como una causa de ineptitud sobrevenida, que justificaba una extinción objetiva (“si ha quedado constatado a través de los informes médicos elaborados con ocasión del expediente de incapacidad permanente, que el recurrente se encuentra muy limitado psíquicamente para el desarrollo de su actividad laboral, no se puede exigir a la empresa que le dé colocación efectiva tras el alta médica”¹⁶³), y su existencia no fue causa suficiente para justificar las ausencias del trabajo del enfermo y erradicar su despido disciplinario¹⁶⁴.

IV. Vía sancionadora

El recurso al orden jurisdiccional penal es mínimo, comparado con el volumen de sentencias analizadas en el orden jurisdiccional social.

1. Acoso sexual

El riesgo de acoso sexual es el que concentra mayor número de intervenciones de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana. Es destacable el hecho de que cinco de las seis sentencias localizadas estimen la existencia de acoso sexual¹⁶⁵, por sólo una desestimatoria, motivada por la falta de pruebas¹⁶⁶. Las cantidades reconocidas a tanto alzado como indemnización oscilan entre los 500 €¹⁶⁷ y los 6000 €¹⁶⁸, mostrándose las Audiencias más generosas que los pronunciamientos de los Juzgados de lo

163 STSJ de C. Valenciana de 28 de febrero de 2006

164 STSJ de C. Valenciana de 19 de septiembre de 2006

165 Además de las citadas posteriormente, la SAP de Alicante de 15 de marzo de 2010

166 SAP de Alicante de 4 de abril de 2007

167 SAP de Castellón de 25 de enero de 2008

168 SAP de Alicante de 9 de febrero de 2006

Penal que son recurridos. La indemnización tiene en cuenta en estos casos que “la actuación del acusado [haya sido] prolongada en el tiempo y que [haya generado] en ambas víctimas un continuo estado de nerviosismo y gran malestar psíquico que repercutió tanto en su vida laboral como en su vida privada”¹⁶⁹. Con ella se pretende “proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción a la víctima como compensación al sufrimiento sufrido, señalándose que así como los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos”¹⁷⁰.

Interesa especialmente la práctica de la prueba, a semejanza de lo detectado en los procedimientos en el orden social. Cabe destacar la afirmación de que “conviene recordar de principio, que de no aceptarse la declaración de la víctima como prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, con los requisitos exigidos por la jurisprudencia, se llegaría a la más absoluta impunidad de innumerables ilícitos penales, particularmente de aquellos, como el que es objeto de enjuiciamiento, que normalmente se desenvuelven bajo el absoluto secreto, en parajes o lugares solitarios, buscados o aprovechados por el agente para la realización o, cuando menos facilitación del proyecto criminoso concebido”¹⁷¹. Esta regla es contraria a lo visto en el marco del proceso social, donde las afirmaciones de parte son descartadas casi automáticamente¹⁷².

169 SAP de Alicante de 9 de febrero de 2006

170 SAP de Alicante de 17 de marzo de 2008

171 SAP de Castellón de 10 de abril de 2007

172 También sobre la valoración de la prueba, es muy interesante la SAP de Castellón de 25 de enero de 2008 estima la existencia de acoso frente a dos trabajadoras, 500€ de indemnización a cada una. Con todo resulta extraño y un tanto pueril la línea de defensa consistente en que los clientes y la madre del acusado no vieron nada, luego nada ocurrió, cuando está atribuyendo de un comportamiento taimado, en forma de roces, comentarios, proposiciones y preguntas soeces, perfectamente realizable con discreción como cualquier conversación y disimulables ante terceros, o en el caso del intento de beso a Blanca y tocamientos por encima de la ropa, que fue en la cocina, en un momento en que no hubiera gente en el bar o la que hubiere estuviere distraída. Nadie ha descrito en la denuncia lo que serían agresiones sexuales, ni tampoco espectaculares asaltos o abordamientos de inspiración lúbrica, ni proposiciones o preguntas obscenas a voces. Es perfectamente imaginable que este tipo de iniciativas se hacen con cierto sigilo y tanteando la posibilidad, es decir como relatan las denunciadas, luego todo lo que construye el recurso tiene escasa utilidad para desmontar lo que se reseña como probado en la sentencia. El hecho de que Blanca y Flora hablaran al interponer la denuncia no implica una perversa conspiración criminal hacia el falso testimonio contra el patrón, sino nada más que el constatar que no era el único caso y que el suyo cobraría credibilidad al verse repetido, pues es comprensible el sentimiento de temor, de duda de ser creída ante el sufrimiento de sucesos tan excepcionales y luego desagradables de contar en un proceso judicial que no deja de suponer un doloroso trance añadido al delito sufrido, sólo superado por el ansia de obtener justicia.

2. Acoso moral

En cuanto al acoso moral, es especialmente destacada la trayectoria de la Audiencia Provincial de Castellón, que en una sentencia¹⁷³ y dos autos en el periodo estudiado ha pasado de la negación del riesgo a su encaje en el Código Penal.

En efecto, en la sentencia de 2007, se afirmó que “el mobbing, así definido, no está específicamente tipificado en el Código Penal, y los estudiosos del tema suelen considerar que no cabe subsumirlo dentro del tipo general de los delitos contra la integridad moral descrito en el art. 173.1 del Código Penal, en el cual se tipifica el infligir a otra persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral. El hecho de que se hable de “trato degradante” (al que en los tratados y convenios internacionales suele hacerse referencia asociado a términos tales como torturas, tratos crueles o inhumanos), y de que se exija un menoscabo grave de la integridad moral, hace pensar que las conductas descritas en el art. 173.1 contienen un plus de gravedad frente a lo que normalmente se conceptúa como acoso laboral (...). Un estudioso de la cuestión como es Donato (“El acoso moral en el trabajo (mobbing) y en la escuela (bullying) y el Derecho penal”, publicado en la colección de estudios de Derecho judicial, del C.G.P.J., dentro del volumen que lleva por título “El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa”, del año 2006) también considera (después de un completo estudio de los antecedentes y trabajos legislativos de preparación del Código Penal, de los estudios doctrinales, y de la jurisprudencia) que pretender subsumir los supuestos característicos de acoso moral o psicológico en el trabajo en el art. 173.1 del Código Penal es “forzar el sentido del precepto””.

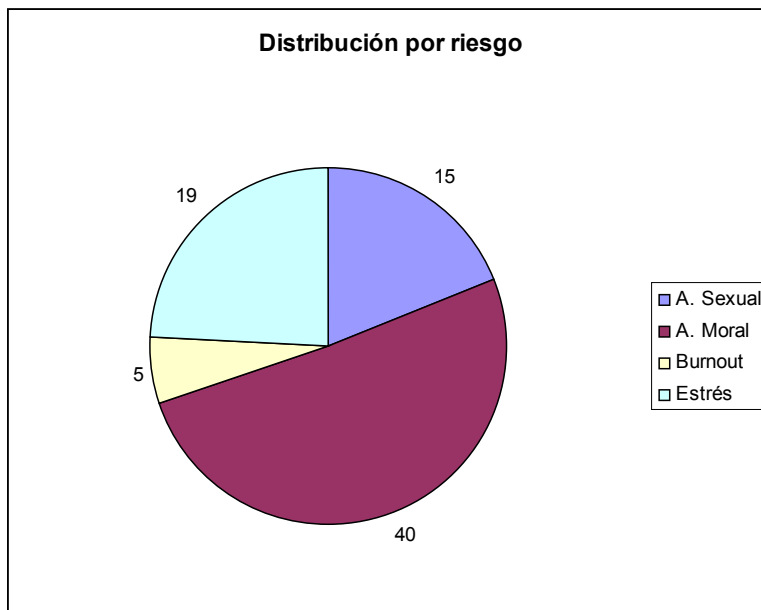
¹⁷³ SAP de Castellón de 5 de julio de 2007: “El mobbing, así definido, no está específicamente tipificado en el Código Penal, y los estudiosos del tema suelen considerar que no cabe subsumirlo dentro del tipo general de los delitos contra la integridad moral descrito en el art. 173.1 del Código Penal, en el cual se tipifica el infligir a otra persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral. El hecho de que se hable de “trato degradante” (al que en los tratados y convenios internacionales suele hacerse referencia asociado a términos tales como torturas, tratos crueles o inhumanos), y de que se exija un menoscabo grave de la integridad moral, hace pensar que las conductas descritas en el art. 173.1 contienen un plus de gravedad frente a lo que normalmente se conceptúa como acoso laboral (...). Un estudioso de la cuestión como es Donato (“El acoso moral en el trabajo (mobbing) y en la escuela (bullying) y el Derecho penal”, publicado en la colección de estudios de Derecho judicial, del C.G.P.J., dentro del volumen que lleva por título “El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa”, del año 2006) también considera (después de un completo estudio de los antecedentes y trabajos legislativos de preparación del Código Penal, de los estudios doctrinales, y de la jurisprudencia) que pretender subsumir los supuestos característicos de acoso moral o psicológico en el trabajo en el art. 173.1 del Código Penal es “forzar el sentido del precepto””

A tal afirmación, que expulsaba al acoso moral en el trabajo del orden penal, siguió un pronunciamiento contradictorio en un auto de 2008¹⁷⁴, en el que se ordenaba la continuación de una causa en instancia sobre acoso moral en el trabajo. En él se contiene un amplísimo análisis jurisprudencial de la cuestión, derivado del Auto de la AP de Vizcaya de 28 de noviembre de 2006, que acaba llevándole a situar una conducta de acoso laboral dentro del ámbito del artículo 173 del Código Penal. En el mismo marco conceptual, un auto de 2010¹⁷⁵ descartó la existencia de acoso moral, pero sólo tras analizar los indicios existentes, esto es, reconociendo la posibilidad de su enjuiciamiento.

V. Un balance de la jurisdicción social

Como se puede comprobar fácilmente, el riesgo psicosocial más frecuente en la actividad del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana es el acoso moral, mientras que en el polo contrario se sitúa el burnout, que no tiene apenas presencia.

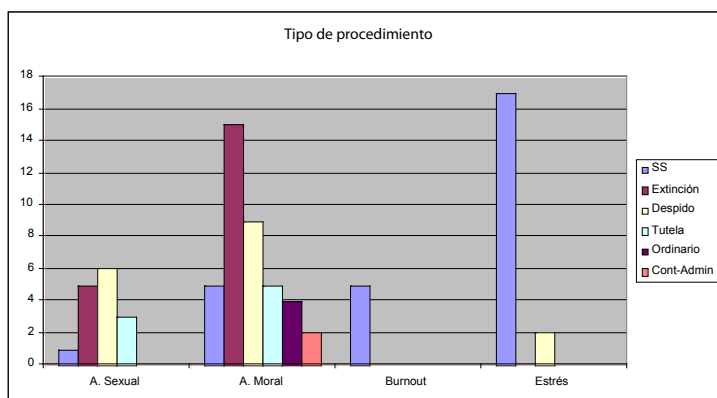
193



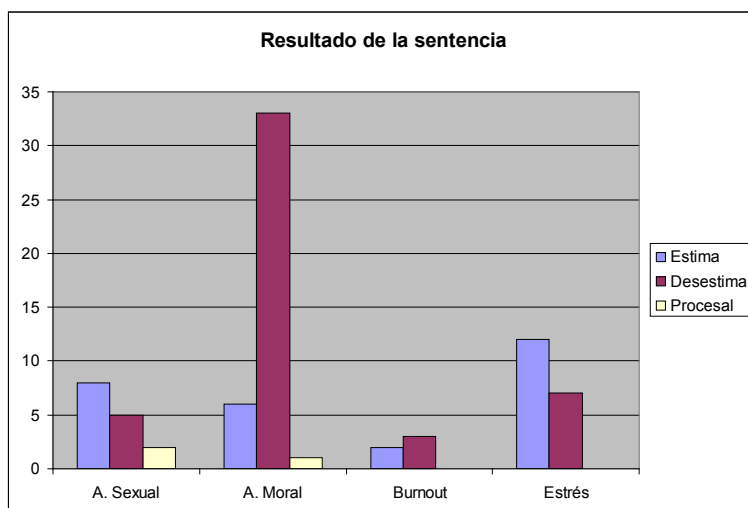
¹⁷⁴ AAP de Castellón de 23 de enero de 2008

¹⁷⁵ AAP de Castellón de 15 de enero de 2010

Parece muy clara la división en dos bloques si se atiende al tipo de procedimiento empleado ante la jurisdicción. Por un lado, las dos modalidades de acoso se conectan con la terminación del contrato de trabajo, ya sea la indemnizada del acosado o la disciplinaria del acosador en otros supuestos. En el otro bloque se sitúan las sentencias sobre estrés y burnout, que claramente buscan la reparación por la Seguridad social del daño sufrido en el trabajo.



La acogida por parte del Tribunal presenta notables diferencias en función del riesgo. Destaca en este aspecto el escepticismo con el que se reciben las peticiones sobre acoso moral y, en contraste, la receptividad en materia de estrés. Las sentencias sobre acoso sexual, por último, comparten el rasgo de que siempre tienen a trabajadoras como víctimas.



VI. Conclusiones y recomendaciones

1. La acogida de los distintos riesgos psicosociales por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana tiene una intensidad muy variable, oscilando entre un notable escepticismo frente al acoso moral y una receptividad considerable en los casos de estrés. La vía reparadora es la más importante de las facetas de la actividad judicial, quedando completamente omitida la vía preventiva.

2. En materia de acoso sexual, el Tribunal ha elaborado un concepto claro que se puede ver presente en todas las sentencias analizadas. Los núcleos en torno a los que se articula son la existencia de comportamientos, tanto físicos como verbales, y su gravedad. La práctica de la prueba es especialmente importante, valorándose de forma central el testimonio convincente de la víctima y exigiéndose un considerable nivel de detalle en las aportaciones. El acoso sexual es la materia donde el Tribunal se muestra más proclive a la concesión de indemnizaciones.

3. En materia de acoso moral, el Tribunal parte de la existencia de un clima de conflicto en el desarrollo de las relaciones laborales que hace difícil probar su existencia. Una vez más, hay un concepto teórico claro, pero su traslación a la realidad se hace depender, nuevamente, de la prueba. A diferencia del acoso sexual, el testimonio de la parte afectada tiene aquí un valor mínimo, incluso cuando está recogido en diagnósticos médicos. La exigencia de prolongación en el tiempo y gravedad deben ser recogidas a partir de declaraciones ajenas, especialmente, y con el mayor detalle posible. El Tribunal exige la individualización de la conducta para su reconocimiento, desechando, con carácter habitual, las peticiones enmarcadas en un ambiente hostil generalizado. Este último aspecto es, cuando menos, criticable, puesto que diluye la responsabilidad empresarial en actuaciones masivas, amparando el “acoso general”.

4. El riesgo de burnout está también claramente caracterizado y la orientación en su tratamiento es completamente diferente a los dos riesgos anteriores: dirigida a la protección por parte de la Seguridad Social. El rasgo al que el Tribunal atribuye una mayor importancia es la conexión directa entre la actividad laboral y el síndrome del que-

mado para el reconocimiento de la condición de accidente de trabajo. En alguna ocasión, el Tribunal ha abierto la puerta a una causalidad principal y no exclusiva, lo cual de mantenerse en el tiempo podría flexibilizar considerablemente la contingencia.

5. No existe, en cambio, una definición precisa del estrés laboral como riesgo psicosocial, sino que se asume su existencia como un hecho de sobra conocido. A semejanza del burnout, el punto principal del análisis de este riesgo es demostrar la conexión causal entre la actividad laboral y las dolencias existentes. La existencia de antecedentes de éstas es valorada, generalmente, como un elemento contrario a la existencia del riesgo psicosocial. En otras ocasiones, no obstante el Tribunal se muestra más flexible, lo cual produce una cierta inseguridad.

6. En la vía sancionadora, el único riesgo que merece ser destacado es el acoso sexual. Se observa en el orden penal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba, especialmente la declaración de las acosadas. Cuantitativamente, parece escaso el número de actuaciones, si bien la dificultad de acceso a las sentencias de los Juzgados de lo Penal obliga a la prudencia en esta valoración.

VISIÓN INSPECTORA

I. El Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de trabajo a la luz de algunas reflexiones sobre el estado de actual de la conceptualización, prevención y reparación de los riesgos psicosociales

En febrero de 2009 se aprobó por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el Criterio Técnico 69/2009 que sustituyó al anterior Criterio Técnico 34/2003.

En este estudio vamos a tratar de analizar el impacto que ha tenido este Criterio Técnico y las propuestas que considero necesario dirigir al legislador y a los agentes sociales para mejorar la aplicación de la actual normativa en los denominados riesgos psicosociales y evitar los actuales retrocesos que se están produciendo en la aplicación práctica de las normas.

197

1. La prevención de los riesgos psicosociales y en especial del acoso y la violencia en el trabajo

La prevención de los riesgos psicosociales, y en particular del acoso moral en el trabajo, es uno de los aspectos que sigue chocando con la abierta incomprensión por parte de muchos de los actores jurídicos y sociales.

Por parte de los juristas más reticentes a aceptar este principio, el acoso moral se contempla exclusivamente como un atentado contra la consideración debida a la dignidad del trabajador (Art. 4.2.e) ET) o a su integridad moral (Art. 15 CE), haciendo de este último concepto una categoría jurídica especial y autónoma respecto a la integridad física en la cuál incluyen la salud psíquica del individuo. En esta línea, las resoluciones judiciales van dirigidas a imponer sanciones al sujeto responsable de la violación de tales derechos y a resarcir en sus daños y perjuicios a la víctima.

En lo que se refiere a la faceta de la protección de la salud del trabajador, es cierto que algunas sentencias de los tribunales han reconocido que las enfermedades que causa pueden ser consideradas accidente laboral si consideran que el trabajo es su único factor causante, pero son aún muy pocas las sentencias que impongan el recargo de prestaciones (Art. 123 LGSS) en los supuestos de acoso por considerar que esta conducta supone, por sí misma, un incumplimiento del deber del empleador de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio (Art. 14.2. LPRL). Impera, por tanto, el criterio de que el acoso es un atentado exclusivo contra la dignidad y la integridad moral y no contra la integridad física y la salud del trabajador.

A esta incompreensión generalizada en el mundo jurídico ha de sumarse también la de los antiguos técnicos de la seguridad y la higiene en el trabajo, que conciben la prevención como un conjunto de normas técnicas orientadas a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales mediante la mera puesta a punto de medidas que influyen en las condiciones materiales en las que se presta el trabajo.

Tanto para unos como para otros, no cabe la existencia de actividad preventiva sobre el acoso moral. Vamos a analizar con mayor detalle estos aspectos.

1.1. La obligación legal de prevenir el acoso y la violencia en el trabajo

Hasta fechas recientes, las sentencias de los jueces y tribunales han considerado de forma casi unánime que los derechos laborales solamente se vulneran cuando efectivamente se produce un hecho lesivo para la víctima. Hasta que no se produzca ese momento no se puede instar la acción de los tribunales ni de otros operadores jurídicos solicitando que sus derechos no sean efectivamente violados. No cabría, por tanto una acción de tutela preventiva por parte de los tribunales y éstos solamente podrían actuar una vez que el daño se hubiera materializado.

Sin embargo, hay dos sentencias del Tribunal Constitucional, la 62/2007 y la 160/2007, en las que se basó el Criterio Técnico de la ITSS, que supusieron una quiebra de este principio y que alumbraron la necesidad de que existiera una tutela preventiva de los tribunales ante las situaciones de grave riesgo psíquico para la salud de los trabajadores.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007 de 2 de julio no se trató propiamente sobre un asunto de acoso moral sino de los previsibles daños a la salud psíquica que podía ocasionar a una trabajadora su vuelta al anterior puesto de trabajo. Una situación que, sin embargo, puede concurrir con frecuencia en las conductas de acoso.

Se trataba en este supuesto de una facultativa de un hospital de la Comunidad de Madrid que denunció a su superior jerárquico, el jefe del servicio, por presuntas faltas disciplinarias en la gestión del servicio. La dirección del hospital inició a raíz de sus denuncias un procedimiento sancionador frente al mismo y le suspendió temporalmente en la prestación de servicios. Durante este proceso la trabajadora estuvo primero en situación de baja por Incapacidad Temporal y después le fue concedido un traslado a otro centro hospitalario. En un momento posterior se decidió por la dirección del primer hospital levantar la suspensión del jefe del servicio y a continuación éste solicitó de inmediato la reincorporación de la trabajadora que le denunció a su puesto anterior en el servicio. Ante esta situación, la trabajadora impugnó infructuosamente la decisión adoptada y posteriormente cayó en una situación de baja por depresión debido a esta circunstancia que fue convenientemente evaluada por un especialista en psiquiatría. La trabajadora acudió a reclamar ante la jurisdicción social por vulneración de su derecho a la integridad física y moral.

199

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en consonancia con la visión tradicional a la que antes aludíamos, señaló que “es(...) el trato inhumano, vejatorio o degradante lo que se prohíbe constitucionalmente, no la impresión o sensación subjetiva de estar recibiendo un trato de esta clase o, menos aún, el temor más o menos fundado a ser objeto del mismo, aunque de este temor o inquietud subjetiva puedan derivarse perturbaciones psíquicas, en cuya aparición podrían confluir circunstancias de carácter estrictamente personal, ajenas al entorno laboral”.

El Tribunal Constitucional en su sentencia razona de distinto modo. Señala en primer lugar que “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, entre otras)”.

Es decir, los derechos fundamentales y en general los derechos laborales tienen también un contenido preventivo por el cual se protege a las personas titulares de esos derechos antes incluso de que suceda el daño, siempre y cuando la probabilidad de que éste se produzca en un caso concreto sea cierta. A este respecto el Tribunal Constitucional señala que “es patente que una orden de prestación de servicios bajo la dirección de una persona a la que se denunció no puede calificarse, apriorísticamente, como perjudicial o dañosa en todo caso para la salud (...) y no cabe presumir (...) que cause irremediablemente un menoscabo en la salud de quien realizó la acusación el hecho de volver a coincidir en el lugar de trabajo o la reproducción tras la denuncia de las previas posiciones directivas y de dependencia de las partes del conflicto. Es obvio, no obstante, que las dificultades serán previsibles en un ambiente laboral semejante, al igual que los riesgos potenciales de perjuicio a la salud aparejados. Esa previsibilidad es un factor decisivo y hace decaer la lógica que explicita la Sentencia recurrida en amparo, pues constituye en sí misma considerada un indicio de la objetividad del riesgo. En efecto, en ese tipo de situaciones no cabe rechazar el riesgo para la salud en abstracto, excluyendo la lesión denunciada sobre la base de que el daño o peligro para la salud podría responder a impresiones o sensaciones subjetivas de la denunciante, inferior jerárquico en el organigrama laboral. Antes bien, aunque esa última hipótesis puede ciertamente llegar a darse, deben enjuiciarse estos casos analizando si existe relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico, partiendo de la previsibilidad del riesgo en una situación como la descrita”.

Y señala más adelante que “cuando exista una acreditación de la misma relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico motivada por una vivencia anticipada de lo que será el nuevo ambiente laboral posterior a la denuncia, con estados de ansiedad, grave inquietud, terror, angustia, sentimiento de inferioridad u otras perturbaciones psíquicas y trastornos similares que impliquen un menoscabo o riesgo grave para la salud. Es obvio que las circunstancias no afectan a cualquier persona por igual, pero también lo es que la previsibilidad del riesgo en estos casos resulta fuertemente indiciaria, actualizando la necesidad de la tutela del art. 15 CE si el problema grave de salud aparece unido a datos fácticos que revelen una conexión directa con los hechos previos. Los criterios decisivos son, por tanto, la relación de causalidad indicada y la

constatación del riesgo o daño para la salud, de suerte que una medida del empleador que provoque éstos en una situación como la enjuiciada deberá calificarse como contraria a aquel derecho fundamental”.

Por último, dispone esta sentencia que “constatamos adicionalmente que los informes médicos establecían la conexión directa entre los hechos acaecidos y la salud de la trabajadora. Esa circunstancia en una situación como la descrita, caracterizada por la previsibilidad del riesgo, bastaría por sí misma para excluir que las razones de servicio, aunque hubieran existido, pudieran ser suficientes para justificar la medida de traslado (...). El riesgo apuntado, en suma, se había actualizado, sin que el mismo hubiera quedado en ningún caso asociado a una predisposición patológica de la afectada, resultando por el contrario abiertamente vinculados su cuadro médico, la denuncia previa y la orden de reincorporación al puesto de origen, confirmándose de ese modo el razonamiento de la resolución mencionada en el sentido de que existía “una relación directa entre el estado físico de la actora y la decisión de traslado de la demandada”.

Podría decirse, a raíz de esta sentencia, que la prevención de la vulneración del derecho a la integridad física es inherente al contenido básico de este derecho fundamental, y esta es una conclusión a la que también han llegado los tribunales constitucionales de otros países como explícitamente ha hecho el Tribunal Supremo de Canadá. Según este Tribunal la protección de los derechos fundamentales no solamente implica la prohibición de su vulneración real y efectiva sino también la protección frente a su posible y previsible vulneración.

Por lo tanto, con la emisión de esta sentencia se estaba produciendo de hecho la evolución positiva de la jurisprudencia que muchos esperábamos respecto a la tutela preventiva de los riesgos psíquicos en el trabajo aplicando los preceptos generales previstos en la Constitución, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sin que fuera necesario que el legislador dictara una norma que así lo estableciera de forma clara y precisa.

Sin embargo, con posterioridad la Sala Cuarta del Tribunal Supremo afirmó en su Sentencia de 15 de diciembre de 2008 que “tal responsabilidad” (la del empresario por las conductas de acoso) “no puede basarse (...), en los deberes de prevención de riesgos laborales que al empresa-

rio le impone la Ley 31/95, de 8 de noviembre, pues las obligaciones empresariales establecidas en los Art. 14 y 15 de dicha ley en materia de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores con el objeto de garantizar la seguridad y salud de éstos, se refieren al propio entorno laboral en la que desarrollan su trabajo, es decir, que habrá de hacerse de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las particularidades de las personas que prestan en él sus servicios y a la concreta actividad laboral que realicen, pero 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. Como dice en su informe el Ministerio Fiscal, “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”.

Y a continuación, decía el alto tribunal que “a la misma conclusión de falta de responsabilidad empresarial en estos casos llega el Tribunal Constitucional en su sentencia 74/2007, de 16 de abril, en un caso de acoso semejante al que nos ocupa (...), señalando que (...) [se debe] “descartar la concurrencia de responsabilidad empresarial, por apreciar, conforme a los hechos probados, que no existía ningún indicio que permitiera estimar la existencia de un conocimiento o sospecha previa de tales hechos por parte de la empresa”

Se trata, como podemos apreciar en esta consideración “obiter dicta”, y como tal independiente de la resolución finalmente adoptada, de dos consideraciones que en principio son contradictorias. Comienza afirmando que el campo de las relaciones humanas no está dentro de la ley prevención de riesgos laborales (con grave omisión de la expresa mención del Art. 15.1.g) a tales relaciones), haciendo después una confusa y artificiosa distinción entre estas relaciones y el “entorno laboral” como si ambos conceptos fueran discernibles o separables, ya que, según dice la sentencia, las relaciones humanas son un “ámbito cambiante e impredecible” y al parecer el entorno laboral, en cambio, no lo sería.

Pero a continuación, en el siguiente párrafo, hace mención de una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se descarta la responsabilidad del empresario ante una conducta de acoso en el trabajo porque la misma no era por él conocida ni siquiera de forma indiciaria. Lo cual permitiría deducir, a sensu contrario, que de haber conocido el empresario indicios que razonablemente pudieran predecir la consecución de una conducta de acoso sí hubiera sido responsable. Es decir, que las relaciones humanas no son siempre, y por esencia, “impredecibles” sino que solamente lo son en determinados supuestos, al igual que otras muchas circunstancias que también influyen en el “entorno laboral”.

Todos estos argumentos son la manifestación evidente de una resistencia al cambio doctrinal y conceptual que ha supuesto la moderna teoría del acoso moral en el trabajo y los riesgos psicosociales, con el agravante de que sus defensores han pasado en los últimos tiempos de una fase inicial de confusión a otra más preocupante de rotunda negación de un fenómeno que, en el fondo, no comprenden.

Tal y como ponía de manifiesto la sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente comentada, los daños para la salud de las personas derivadas de las conductas de otros individuos sí pueden ser previsibles y predecibles en determinados supuestos y circunstancias. Esto es además, por otra parte, una constatación evidente que cualquier persona puede llegar a realizar en su vida diaria. Las conductas de quienes nos rodean y con quienes convivimos suelen ser casi siempre previsibles y en un centro de trabajo, especialmente en aquellos en los existe mayor estabilidad de las plantillas, las conductas se suelen desarrollar de manera previsible para aquellos que conviven y solo a medida que esta convivencia es menor o incluso previamente inexistente las conductas de los demás se tornan cada vez más imprevistas.

Pero la cuestión a tener en cuenta en este caso es que las conductas de acoso moral casi nunca se producen, por concepto y por esencia, de manera imprevista o sorpresiva sino que se trata de un proceso en el que determinado tipo de acciones hostiles y humillantes persiste en el tiempo o se repiten con frecuencia, y que incluso pueden ir “in crescendo” hasta provocar a la persona agredida una situación de incapacidad temporal por un daño psíquico a su salud.

Por otra parte, situaciones como la descrita en la sentencia del TC 160/2007 son muy frecuentes en los supuestos de acoso. El trabajador cae en una situación de enfermedad psíquica por angustia o vivencia anticipada antes de que se lleguen a ejecutar las órdenes de trabajo que el directivo o mando de la empresa ha dictado en represalia por una queja o denuncia de un trabajador.

Sin embargo, sigue siendo muy frecuente que las demandas de los trabajadores ante los tribunales por casos similares no tengan la misma suerte y sigan siendo sistemáticamente desestimadas, puesto que en la jurisprudencia de los tribunales sigue imperando la concepción tradicional de que los derechos de los trabajadores solo pueden ser objeto de protección una vez que éstos hayan sido vulnerados y no cuando solamente exista un riesgo de que se vulneren, aunque el mismo sea cierto y previsible.

Resaltamos a este respecto algunas sentencias que incluso llegan a señalar en estos casos la imposibilidad de que los daños psíquicos se produzcan como consecuencia del trabajo ya que el trabajador ha caído en situación de baja después de recibir una orden de traslado a otro puesto pero antes de que el mismo efectivamente se produzca (STSJ Castilla y León 197/2010 de 11.3.10 que confirma una sentencia del JS nº 1 de Burgos dictada en esos términos).

Concluimos de esta forma que la evolución de la jurisprudencia de los tribunales respecto a la prevención de los riesgos a la salud mental o psíquica de las personas ha sufrido un importante retroceso con posterioridad a las sentencias 62/2007 y 160/2007 del Tribunal Constitucional.

1.2. La prevención del acoso en la legislación vigente

Sin embargo, la prevención de acoso no es solamente una cuestión que pueda ser examinada desde la interpretación y aplicación del derecho, que corresponde hacer en última instancia a los jueces y tribunales. También se trata de una obligación que el legislador europeo y español ha previsto de modo expreso para los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo.

Así, el Artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres establece literalmente las “medidas

específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo” y dispone que “las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”.

Y que “los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”.

Si la Ley dispone de esta forma esta obligación de prevención para los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, ¿dónde puede estar la imposibilidad fáctica o conceptual para que el acoso moral pueda ser prevenido del mismo modo y manera?

205

Los que todavía mantienen este punto de vista se aferran a una concepción legal tradicional que poco a poco está siendo superada. En cualquier modo, estimo que la mejor forma de romper con esta resistencia al cambio, que no olvidemos que es la actualmente imperante en la doctrina de los tribunales, es el uso de instrumentos legislativos para regular con claridad y seguridad la obligación de prevenir el acoso laboral y en general todos los riesgos psicosociales.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el Art. 48 LO 3/2007, además de parcial y confuso, es notoriamente insuficiente en cuanto a su eficacia real al no estar articulado con otros mecanismos que permitan su aplicación efectiva. Por una parte, el cumplimiento de este precepto con garantías de imparcialidad es especialmente difícil, si no imposible, cuando se trata de una empresa pequeña. Y por otro lado, su incumplimiento no da lugar con claridad a una infracción en el orden social que pueda dar lugar a una acción fiscalizadora de los Inspectores de Trabajo. Los mecanismos que permitirían su puesta en práctica serían su inclusión obligatoria en la negociación colectiva o bien la creación de un tipo de infracción laboral en la LISOS adaptado específicamente a este supuesto.

1.3. La prevención de los riesgos psicosociales

Y con esto llegamos al examen de la resistencia a contemplar la prevención del acoso moral y de los riesgos psicosociales por parte de los antiguos técnicos de la seguridad y la higiene en el trabajo.

Los riesgos que derivan de la organización del trabajo

Está demostrado por todos los estudios y análisis que se realizan sobre la causalidad de los accidentes (véase al respecto el último análisis del INSHT sobre las causas de los accidentes de trabajo mortales) que las deficientes condiciones materiales de trabajo solamente son causa concurrente en el 45,46 por 100 de los siniestros analizados y que la causa más común y que más concurre en los accidentes (en el 95,46 por 100) reside en la organización del trabajo¹⁷⁶.

Es decir, la mayoría de los accidentes no se generan por un defecto en las instalaciones o en los equipos de trabajo sino por una inadecuada forma de organizar el trabajo. Si un accidente se ha producido por la carencia de barandillas o protecciones es muy probable que las mismas sí estuvieran presentes en el lugar de trabajo pero que en cambio no hubieran sido instaladas o que hubieran sido retiradas y posteriormente no repuestas. Es decir, se trata de problemas relacionados con la dirección, organización y control del trabajo que corresponde practicar a los que tienen esta responsabilidad.

Afirmar que la prevención depende de la organización del trabajo equivale a decir que depende de las conductas que adopten las personas que componen la empresa, y muy especialmente de las pautas que sigan las personas que tienen la potestad de organizar, es decir, de dirigir y controlar las tareas que otros realizan.

Es resumen, si bien el control de las condiciones materiales de trabajo es importante, o incluso prioritario, para la prevención de riesgos laborales, la faceta referida al control de las conductas y la gestión de personas o los recursos humanos ocupa la parte más amplia y costosa de las tareas preventivas y de ella deriva la mayoría de los siniestros laborales.

¿Cuál sería entonces la acción que corresponde adoptar a los preventivistas? En principio, la de contemplar todos los factores de riesgo,

176 *Análisis cualitativo de la mortalidad por accidentes de trabajo en España 2005 – 2007. INSHT*

tanto los materiales como los derivados de las conductas de los individuos, porque si solamente tenemos en cuenta los primeros no vamos a evitar la mayor parte de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Los riesgos para la salud mental o psíquica

El otro prejuicio extendido entre los viejos prevencionistas de la seguridad y la higiene en el trabajo es el relativo a su dedicación exclusiva a la prevención de la salud física y no de la salud mental o psíquica de los trabajadores. Para ellos no resulta posible realizar la evaluación de riesgos de algunas clases de trabajadores como un escolta, un policía, un trabajador social, un cirujano o un profesor de enseñanza secundaria, y no hago más enumerar a este respecto ejemplos reales y prácticos.

Consideran, cayendo en parecido planteamiento al que antes hemos analizado respecto a las sentencias judiciales, que la salud mental depende individualmente de cada persona y no de las condiciones de trabajo o de su entorno. Y en efecto, los procesos de enfermedad psíquica derivados del trabajo son siempre complejos y multifactoriales ya que son el resultado de una interacción del individuo, con su personalidad propia y sus relaciones personales privadas, con las condiciones de organización del trabajo y de su entorno en el que tanto él como otros desarrollan su labor. Sin embargo, solamente es plenamente legítimo que el empresario y los servicios de prevención actúen sobre la organización y el entorno de trabajo ya que actuar sobre los individuos ha de hacerse dentro del entorno estrictamente confidencial y sometido a la libre voluntad de los sujetos que es propio de la vigilancia sanitaria.

El concepto de riesgos psicosociales

Y estos son, en definitiva, los que denominamos riesgos psicosociales, los que se derivan de la organización del trabajo y de su entorno, es decir, tanto de las relaciones sociales internas que se desarrollan en el centro de trabajo como de las relaciones sociales externas entre la empresa con sus usuarios, clientes o incluso con otras personas ajenas a su actividad y cuya presencia puede ser ilegítima.

Se trata, por tanto, a través de la gestión de estos riesgos, de identificar cuáles son los factores de riesgo que derivan de la organización y del entorno de trabajo que pueden producir estrés, violencia (física y psíquica),

fatiga y conductas inseguras y que pueden dar lugar a daños a la salud de los trabajadores, ya se trate de accidentes de trabajo o enfermedades que tienen tal consideración y que en muchas ocasiones, no en todas, se manifiestan como enfermedades o dolencias mentales.

Los riesgos psicosociales afectan por definición y concepto a todos los sectores productivos y a todas las empresas de cualquier tamaño y condición ya que todas ellas son susceptibles de tener factores de riesgo ligados a su forma y modo de organizar el trabajo y al entorno en el que lo desarrollan. Sorprende a este respecto lo declarado por algunas sentencias judiciales haciendo sin duda uso de concepciones manifiestamente equivocadas sobre este tipo de riesgos¹⁷⁷.

Sí se podría afirmar, en cambio, que hay sectores en que el nivel de exposición a estos riesgos es superior al resto, tal y como se deduce de todas las encuestas de la Fundación de Dublín, la Agencia Europea (ESENER) y del INSHT.

Pero se debe hacer una distinción, que considero que debería ser incluso legal, entre los riesgos que derivan de la organización del centro de trabajo y aquellos otros que derivan del entorno externo a dicho centro.

Los riesgos que se derivan del entorno del centro de trabajo son fundamentalmente los de violencia externa, ya sea física o psicológica. Se trata de aquellos supuestos en que los usuarios, clientes u otras personas ajenas a la empresa asaltan, amenazan o acosan a los trabajadores y la dirección de la empresa debe adoptar medidas para prevenir y evitar que esto suceda. Ya contamos con dos sentencias del Tribunal Supremo (SS TS de 20.9.07 y 17.6.08) que reconocen que estas situaciones deben tratarse dentro de la LPRL. Sin embargo, las mismas no están relacionadas con el resto de los riesgos psicosociales que se derivan de la organización del trabajo y considero que su tratamiento debería hacerse dentro de las situaciones de emergencia del Art. 20 LPRL por estar basadas éstas, en esencia, en factores ajenos al círculo normal de actividades de la empresa. Para una mejor comprensión de estos supuestos sería más lógico reformar

¹⁷⁷ Así lo hace, entre otras, la STSJ País Vasco de 13.7.10 que llega a afirmar, incluso fuera del objeto del proceso, ya que se trata de un procedimiento de oficio por la infracción laboral del Art. 8.11 LISOS, que “no concurre en la actividad empresarial factor alguno que hiciera necesaria la evaluación de riesgos psicosociales, ni la actividad del trabajador es encuadrable dentro de este riesgo”

la redacción de este último precepto para introducir expresamente estos supuestos y que el INSHT elaborase una guía técnica a este respecto.

En cambio, los riesgos que se derivan de la organización del trabajo en el mismo centro o lugar tienen mayor complejidad y no están normalmente ligados a los anteriores salvo supuestos excepcionales, como puede ser el trabajo de un escolta o agente de seguridad. Dentro de este concepto, habría que diferenciar entre los riesgos que afectan al ámbito de cada empresa y los que trascienden de este ámbito y afectan a dos o más empresas presentes en el mismo centro de trabajo.

Las causas de la violencia psicológica en el trabajo

La mayoría de los estudios científicos que se han realizado sobre cuáles son las causas últimas del acoso moral en el trabajo apuntan a que son factores de organización del trabajo, y más en concreto de las formas de mando y dirección en la empresa, especialmente aquellas formas “laissez-faire” en el que el poder de dirección se encuentra más diluido, las que inciden como causa de estas conductas. Pero también puede haber otros factores como los que son, en general, causantes del estrés (compresión de tiempos y ritmos de trabajo, mala división de tareas, etc.), la falta de ética de los dirigentes (especialmente en entornos de corrupción o de conductas ilegales tanto en entidades públicas como privadas), y situaciones de conflictividad generalizada entre empresa y trabajadores¹⁷⁸.

209

En este punto hay polémica entre quienes defienden que son los individuos y su personalidad (sus celos, su carácter perfeccionista, menos flexible, mediocridad, falta de ética y de principios, etc.) los únicos causantes de las conductas de acoso, en cuyo caso la prevención habría de basarse casi exclusivamente en la selección de los sujetos adecuados para desempeñar determinados puestos de trabajo, especialmente los dotados de potestad de mando y control, y en otras técnicas similares. Y quienes defienden que solamente son las condiciones objetivas de organización, ambiente y entorno del trabajo las causas de tal conducta, en cuyo caso habrá de hacerse un análisis objetivo de las condiciones de trabajo observando cómo se reparten y distribuyen las tareas, cuál es la carga de trabajo que debe asumirse, cuál es la autonomía de los trabajadores para

178 Estas son las causas que también se mencionan en el informe de la Fundación Europea de Dublín “Physical and psychological violence at the workplace”, 2010

desarrollar sus tareas, el apoyo y asistencia que reciben de sus superiores, la gestión de los cambios, etc.

Si bien los estudios más analíticos de la Universidad de Bergen coinciden en destacar la única existencia real de factores organizativos, hay otros estudios que tienen en cuenta ambos factores, tanto los estrictamente personales como los organizativos, señalando la prevalencia de estos últimos. Es decir, la mayoría de los individuos serían, de esta manera, tanto potenciales agresores como potenciales víctimas aunque habría una minoría de personas que por sus características personales individuales sí podría tener una tendencia más marcada a representar una u otra figura.

Este modo diferente de entender las causas del acoso moral en particular, y los riesgos psicosociales en general, también trasciende a los procedimientos de evaluación seguidos. La mayoría de los métodos consideran que solo debe analizarse la organización y su entorno y se basan en la realización de cuestionarios anónimos y entrevistas o coloquios en las que ha de guardarse la máxima confidencialidad por parte del evaluador, mientras que los que mantienen la importancia del análisis del individuo se basan en el tratamiento nominal de la información y el conocimiento del evaluador de las circunstancias de cada individuo.

En todo caso, ya se trate de uno u otro sistema, lo importante es que el mismo sea correctamente ejecutado por el técnico, que sea conocido y comprendido por la empresa y los trabajadores en lo que se refiere a su objetivo, que no es otro que el de ser capaces de identificar con claridad los factores de riesgo para la salud que existen en la organización y entorno del trabajo (sobrecargas de tareas, tensión por los plazos, falta de apoyo a los trabajadores, etc.), ser capaces de analizar los problemas detectados y ser capaces de buscar soluciones adecuadas a los mismos.

La evaluación de riesgos psicosociales no sirve como instrumento de sanción a mandos y trabajadores, ni para demostrar cuál es el clima de descontento o de apoyo hacia el empresario u otras personas, ni para otros fines que sean distintos al de prevenir los daños a la salud de los trabajadores.

Dificultades del proceso de evaluación de riesgos psicosociales

El proceso de evaluación no resulta sencillo y estos son los problemas que con más frecuencia se plantean:

En primer lugar, la falta de buena fe de alguna de las partes implicadas en la evaluación resulta en la mayor parte de los casos un obstáculo insalvable para que el proceso finalice con éxito. El proceso de evaluación puede servir para canalizar un conflicto latente o manifiesto si ambas partes quieren valerse de él para alcanzar un acuerdo o analizar constructivamente los problemas y puede en cambio servir como un elemento más para el conflicto si lo que se pretende es que el desacuerdo quede aún más patente.

Otra cuestión es que el técnico no elija bien el método, utilice cuestionarios de difícil comprensión para los trabajadores o no se comunique adecuadamente con la empresa y los trabajadores sobre los objetivos de la evaluación y los métodos que utiliza. El sistema basado en cuestionarios solo debería ser aplicable a empresas de cierto tamaño. Es preferible utilizar las entrevistas o los grupos de discusión siempre que sea posible porque en ellos el técnico es capaz de identificar los problemas y sus posibles causas. En todo caso, el técnico debe interactuar con los trabajadores para realizar correctamente la evaluación.

A veces no se detectan los problemas porque no hay nadie que esté dispuesto a manifestarlos. Esto puede ocurrir en climas de conflictividad y desconfianza o en empresas en las que prima un criterio de excesiva competitividad como en el sector de banca.

En otras ocasiones sí se puede llegar a detectar problemas pero resulta difícil su análisis constructivo entre empresa y trabajadores por una situación de conflictividad generalizada. En condiciones normales, la mera puesta en discusión de los problemas suele tener un efecto beneficioso aunque no se alcance a realizar una medida concreta.

Otras veces, lo que resulta particularmente difícil o imposible es encontrar de buena fe una posible solución a los problemas que se identifican, lo que en muchos casos se debe a que ello depende de la voluntad de personas ajenas a la empresa. También en estos casos resulta útil y beneficioso la discusión y el examen conjunto del problema entre empresa y trabajadores.

Entiendo, de cualquier modo, que la mejor de las medidas para prevenir los riesgos psicosociales es la integración de la prevención de estos riesgos en las conductas que deben seguir los trabajadores de la empresa y muy en especial en la que deben seguir los directivos y mandos a la hora de llevar a cabo sus tareas de organización y control de las tareas. La integración supondría que los mandos administran el trabajos de los demás teniendo en cuenta factores de riesgo psicosocial como el de repartir equitativamente las tareas, evitar la repetición o excesiva fragmentación de las mismas, ejercer con responsabilidad y transparencia sus funciones, etc. Todo esto debería quedar reflejado en el Plan de Prevención, un instrumento cuya confusa y farragosa regulación lo ha convertido en inútil e inservible.

En definitiva, la evaluación de riesgos psicosociales, que debe hacerse al mismo tiempo y ritmo que la evaluación de las demás condiciones de trabajo, ya que su interrelación con los demás riesgos es continua e intensa (y hay que recordar a este respecto la interrelación causal de las conductas inseguras con los factores de riesgo psicosocial), ha de entenderse como un método para buscar la solución de problemas que afectan a la organización del trabajo, pero nadie debe esperar que de esta evaluación salga, como una panacea o de manera simple y automática, dicha solución. En cualquier caso, como ya se ha indicado, el mero análisis y evaluación de las situaciones ya puede ser por sí mismo beneficioso para la prevención de los riesgos.

Se trata, por tanto, de una actividad que el empresario debe incluir dentro de su actividad preventiva ordinaria y no la forma de reaccionar ante un problema o conflicto de acoso. Esta reacción siempre debe existir, pero la misma no puede ser calificada como preventiva ya que es posterior a la manifestación del problema, y en todo caso debe estar siempre centrada en su resolución y no puede tener un alcance general como el que tiene la evaluación.

La reacción o intervención frente al problema se suele organizar a través de los métodos internos de resolución de conflictos. Un tema cuyo análisis se va hacer después en un capítulo aparte porque considero que afectan al derecho básico de los trabajadores a un trato digno.

Y por último, la otra forma de actuación que tampoco es preventiva, y que también requiere un capítulo aparte, es la relativa a la vuelta al

trabajo de las personas afectadas, de forma real o presunta, por conductas de acoso en el trabajo. Tampoco en este caso se hace propiamente prevención en sentido estricto, sino de protección de la salud, ya que en este caso se procura la reinserción y rehabilitación profesional y personal de una persona en su entorno laboral a través de técnicas y medidas organizativas adecuadas.

1.4. La intervención de la Inspección de trabajo

El derecho de la prevención de riesgos laborales se presenta como una vía más apropiada que la legislación laboral para acometer la acción preventiva sobre el acoso moral.

Por un lado, incide más directamente en la prevención de los riesgos y en que se lleven a cabo acciones proactivas por el empresario para prevenirlos, no en meras acciones reactivas una vez que se conozcan estas conductas. Las acciones del empresario deben iniciarse una vez que éste conozca o deba conocer el “riesgo” de acoso, sin que sea preciso demostrar la existencia real del mismo.

Por otro lado, en la LPRL la participación de los trabajadores está mejor articulada, de manera paritaria y participativa en la prevención de los riesgos laborales mientras que en el derecho laboral solamente existe un difuso derecho de negociación y consulta entre empresario y representantes del personal.

Otra ventaja adicional de la LPRL es que la misma trasciende del marco de las relaciones contractuales laborales para fijar como referente el centro de trabajo con las consiguientes responsabilidades de vigilancia, información, cooperación y coordinación que afectan a otros empresarios según el Art. 24 LPRL. El derecho laboral se estanca en las relaciones contractuales laborales y solo muy excepcionalmente se sale de este estricto marco (Art. 42 a 44 ET). No es infrecuente que los sucesos de violencia psicológica tengan lugar entre personas de distintas empresas, tal y como ocurrió en el primer caso de mobbing que surgió a la luz en Navarra en 2001.

Otra cuestión es la que se refiere a la especial sensibilidad de algunos sujetos hacia los daños a su salud psíquica. La LPRL ampara a los sujetos

especialmente sensibles (Art. 25 LPRL), si bien su sensibilidad debe ser previamente conocida.

Y por último, hay que tener también en cuenta que desde la prevención de riesgos laborales no solamente se pueden abordar las conductas hostiles dirigidas contra un determinado sujeto sino también las conductas despóticas que no tienen un destinatario concreto y que por ello no se consideran, en el derecho laboral, como vulneradoras de derechos subjetivos básicos. La prevención de los riesgos psicosociales afecta a las formas de organizar el trabajo que se consideran peligrosas para la salud.

En lo que se refiere a la acción preventiva de la ITSS sobre riesgos psicosociales destacamos los siguientes aspectos:

-En primer lugar, se encuentra el problema de comprensión de que exista una obligación de prevenir estos riesgos al ser esta el producto de una interpretación coherente de la Ley y no el de una obligación claramente expresada por el legislador. Este problema no se produce tanto cuando el Inspector actúa ante la empresa sino cuando no actúa, es decir, cuando el servicio de prevención le plantea la necesidad de realizar esta evaluación al empresario y éste, por lo general, rechaza la misma por considerar que no está obligado a hacerla. Se trata en estos momentos de un problema que, a falta de una jurisprudencia clara y sin constantes retrocesos como la que tenemos actualmente, solo podría resolverse mediante una acción legislativa.

En lo que se refiere a las acciones inspectoras sobre esta materia, las que proporcionan mejor resultado son las que se llevan a cabo mediante campañas por iniciativa de la Inspección. La Inspección de Vizcaya lleva más de seis años programando campañas sobre sectores especialmente afectados siendo estas actuaciones las de mejor resultado. En el 2012 el SLIC ha programado la realización de este tipo de campañas por todas las Inspecciones de Trabajo europeas.

Las denuncias por falta de evaluación de riesgos psicosociales son poco frecuentes pero es de destacar que las únicas en las que ha existido una actitud resistente por la empresa son las relativas al sector de la banca. El argumento manejado por la empresa en estos casos es que el técnico de su servicio de prevención ha apreciado directa y personalmente la inexistencia de factores de riesgos psicosociales sin tenerse que valer

para ello de ningún método y sin tan siquiera haber efectuado encuestas, entrevistas o grupos de discusión con los trabajadores. Nuestra posición ha sido que sin que exista, como mínimo, una interacción ordenada de modo sistemático entre el técnico y los trabajadores resulta de todo punto imposible realizar ni tan siquiera una identificación de estos riesgos, que es el paso previo a la evaluación. Se extendió Acta de Infracción a la empresa y es por tanto previsible que sean los tribunales los que tengan que pronunciarse en última instancia sobre este asunto.

- En los demás supuestos, en caso de incumplimiento del requerimiento para hacer la evaluación de estos riesgos, se ha iniciado procedimiento sancionador frente a la empresa sin que conozcamos de la revocación de un Acta de Infracción de estas características por parte de los tribunales.

De estas consideraciones extraemos la conclusión de que el mejor tratamiento de la prevención de riesgos psicosociales sólo se podría hacer a través de la LPRL, pero para evitar los problemas de aplicación y comprensión que esto conlleva para los actores menos informados, y muy en especial para los órganos jurisdiccionales, sería preciso y necesario que las normas preventivas no fuesen las generales que ahora están en la legislación sino otras más claras y precisas. Es decir, sería necesario reformar la LPRL.

Los problemas en la tipificación de las infracciones

Una última crítica del Criterio Técnico, que entiendo mejor fundada y que afecta a la ITSS, es la relativa a la falta de tipificación en la LISOS de las conductas de las empresas que suponen la falta de prevención de un riesgo de estrés y violencia en el trabajo.

En especial, el Art. 12.16 LISOS establece con carácter abierto y ejemplificativo una serie de conductas que constituyen infracción grave por suponer un grave riesgo para la salud de los trabajadores. Entre las que se enumera no hay ninguna que se relacione con los riesgos ergonómicos y psicosociales y esta es una carencia que ha dado lugar también a equívocos o malas lecturas ya sean involuntarias o interesadas por parte de las sentencias de los órganos jurisdiccionales¹⁷⁹. La única forma de paliar esta situación también es legislativa.

179 *Así lo hace también la arriba mencionada STSJPV de 13.7.10*

Una mera inclusión en este listado de este tipo los riesgos ergonómicos y psicosociales y los riesgos relacionados con la transgresión de las normas de tiempo de trabajo cuando ésta pueda causar daño grave a la salud de los trabajadores (para diferenciarlo del tipo de infracción laboral del Art. 7.5 LISOS) paliaría este problema.

La otra reforma que debería operarse es en el Art. 12.10 LISOS, relativa a la inclusión de la violencia física externa dentro de las situaciones de emergencia.

2. El derecho a la dignidad en el trabajo

Todas las formas de acoso laboral se definen, tanto en la legislación europea como en la de los países que han aprobado legislación propia sobre este asunto o elaborado guías o directrices de aplicación de normas legales, como un atentado contra la dignidad del trabajador que padece esta conducta. En el Reino Unido existe incluso todo un movimiento en favor de este derecho (“right to dignity at work”) cuya mención se prefiere a la del acoso moral, mobbing o bullying por ser ésta cada vez más inadecuadamente restrictiva.

La Carta Social Europea renovada (que no está aún vigente en España) incluye el acoso dentro de la tutela del derecho a la dignidad en el trabajo en su Art. 26.1 y en nuestra legislación el Art. 4.2.e) ET establece el derecho básico de los trabajadores a la consideración debida a la dignidad.

La dignidad en el trabajo es un concepto que concurre en buena medida con el de la buena fe contractual y que se menciona en varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores. En el Art. 16.2 (deber de las agencias de colocación respetar la dignidad e intimidad de los trabajadores), el Art. 18 (respeto a la dignidad del trabajador en el registro de sus enseres personales), el Art. 20.3. (el ejercicio del control y vigilancia empresarial respetando la dignidad humana del trabajador), el Art. 39.3 (la movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador), y el Art. 50.1.a) (modificación sustancial en menoscabo de la dignidad y formación profesional). Contamos además con un excelente estudio sobre la doctrina y jurisprudencia de los tribunales sobre la

aplicación de este concepto en el libro de Luz Pacheco Zerga sobre “la dignidad humana en el derecho del trabajo” (Ed. Civitas, 2007). Existe, por tanto, una tradición jurídica bien asentada sobre la aplicación de este concepto que haría innecesario el recurso a neologismos o a conceptos importados de la psicología como el mobbing.

Si el acoso laboral se subsume dentro del ámbito más amplio del derecho laboral básico previsto en el Art. 4.2.e) ET a la consideración debida a la dignidad del trabajador, la Inspección de Trabajo y los órganos jurisdiccionales no tendrían más que aplicar la doctrina antes mencionada a los diversos supuestos que se presenten. El Art. 8.11 LISOS tipifica como infracción laboral muy grave atentar contra este derecho y en consecuencia las conductas de acoso quedan subsumidas dentro de dicha infracción junto con otras conductas que también atentan contra la dignidad y no por ello constituyen acoso.

Lo que distinguiría el acoso del resto de las conductas que atentan a la dignidad sería que en el acoso se da una serie repetida de actos hostiles que por si mismos y considerados de forma aislada e individual no tendrían suficiente entidad ni trascendencia como para ser considerados vulneradores del derecho a la consideración debida a la dignidad.

Antes de la doctrina del acoso, los operadores jurídicos tendían a realizar un análisis pormenorizado y separado de cada circunstancia y no un análisis de la conducta en su conjunto o de la sucesión de actos que la componen. La innovación de la doctrina del mobbing es que por primera vez se hacía un análisis comprensivo de todos los actos que componían la conducta y de esta forma se podían articular por primera vez decisiones jurídicas que determinaban la violación de derechos básicos laborales ante situaciones que antes carecían de protección jurídica.

El problema es que la jurisprudencia ha subvertido este concepto innovador. Por un lado, ha ido estrechando el concepto de acoso para excluir del mismo a las conductas exentas de clara y manifiesta intencionalidad por el sujeto agresor cuando la norma no exige esta nota característica para el derecho a la consideración debida a la dignidad, y por otro lado, en algunas sentencias que ahora examinaremos se ha producido el efecto aún más pernicioso de aplicar la doctrina del mobbing a los actos que por sí mismos ya tienen entidad suficiente como para vulnerar el dere-

cho a la dignidad en el trabajo sin necesidad de que exista reiteración o repetición continuada en el tiempo. Vamos a analizar ambos problemas por separado.

2.1. La exigencia de intencionalidad en el acoso

Es una constante en la práctica de nuestros tribunales la exigencia de intencionalidad para las conductas de acoso, una nota que el Art. 4.2.e) ET no recoge de modo expreso. Véase a este respecto, entre otras, la STSJ Castilla y León de 28 de febrero de 2005 que recoge a este respecto jurisprudencia del TS y en la que se dice textualmente que el acoso debe reunir estas cuatro características. Primer elemento: el hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas. Segundo elemento: carácter intenso de la violencia psicológica. Tercero: Prolongada en el tiempo. Cuarto: que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador, para marginarlo de su entorno laboral.

Esta tendencia se ve agravada por la sorprendente recepción por algunos jueces de una teoría particularmente extravagante que define el acoso como una “presión laboral tendenciosa” que tiene por objeto la “autoeliminación” del sujeto agredido. El uso de términos por completo carentes de tradición y definición jurídica bastaría por sí mismo para desecharla por inservible. Pero el principal inconveniente es que esta definición describe una conducta que debe ser demostradamente intencionada por parte del agresor (tendenciosa), lo cual supone un problema importante de prueba para la persona agredida, y además esa persona debe considerarse “autoeliminada”, es decir, que se considere a sí misma vejada y apartada en el ejercicio de sus derechos, lo cual supone que el juzgador debe realizar una consideración más abiertamente subjetiva sobre la presunta víctima.

El problema de la subjetivización de las definiciones de acoso es que esto supone en la práctica una inadecuada restricción de la calificación de acoso a supuestos extraordinariamente evidentes y marginales y crea además un evidente problema de inseguridad jurídica, ya que hace depender aún más del singular parecer del juzgador la apreciación de cuando se produce como tal el acoso. El juzgador ha de opinar cuándo

una conducta se debe considerar intencional o “tendenciosa” en vez de un examen objetivo de la misma y a esto se añade lo que el juzgador debe considerar una “autoeliminación” de la víctima.

Las definiciones de acoso en todos los textos legales vigentes en Europa apuntan al carácter objetivo de esta conducta, que tengan “el efecto o el propósito” de atentar contra la dignidad. En nuestra legislación este criterio es el que está presente de modo expreso en el acoso discriminatorio (Ley 62/2003) y el acoso sexual (Art. 7 LO 3/20007), y está implícito en el Art. 4.2.e) ET cuando define el derecho a la consideración debida a la dignidad sin ninguna restricción de este carácter. Sin embargo, esta concepción objetiva sobre el derecho a la dignidad no se ha extendido al acoso moral en el trabajo por la jurisprudencia de los tribunales sin que se conozca con certeza cuál es la causa de esa desviación, ya que todas las conductas señaladas son esencialmente iguales o deberían de tener similar tratamiento.

En definitiva, la objetividad de la definición de acoso permite mayor seguridad jurídica y una mejor defensa del afectado, que no se ha de ver en la tesitura de demostrar la intencionalidad dañosa de la otra parte sino solamente la realidad de los hechos que son enjuiciados.

2.2. La ampliación de la doctrina del acoso a todos los actos que atentan contra la dignidad

Pero, como ya hemos indicado, aún es más peligrosa la extensión de la doctrina del acoso a otros actos que ya de por sí vulneran los derechos básicos de la relación laboral sin necesidad de que exista reiteración tal y como han realizado algunas sentencias.

Tal ha sido el caso reciente de una sentencia del JS nº 6 de Bilbao, posteriormente confirmada por la STSJ del País Vasco de 6.7.2010, en la que un trabajador se ve privado durante cerca de dos meses de ocupación efectiva contra su expresa voluntad y sin que medie ninguna causa objetiva que lo justifique, lo que ya de por sí vulnera claramente lo dispuesto en el Art. 4.2.a) ET. A juicio del órgano jurisdiccional el trabajador tendría que haber permanecido en esa situación durante al menos seis meses para que hubiese una vulneración de sus derechos básicos, un requisito

temporal que ni tan siquiera exigen las sentencias penales que aplican el Art. 173 CP o la única sentencia del TS sobre acoso moral de 23.7.01 en la que también el trabajador se mantuvo en esa penosa situación durante un período no superior a los dos meses.

Estas sentencias, como la arriba comentada, no solo suponen un evidente retroceso doctrinal sino también la expresión de un fenómeno similar al que motivó en su día la aprobación del Criterio Técnico 34/2003 de la Inspección de Trabajo sobre el acoso moral.

Tanto en uno como en otro caso la razón que subyace en la negativa a conocer con la debida equidad sobre estas conductas es una sobrecarga de demandas o reclamaciones sobre este asunto. Se trataría, curiosamente de una manifestación de riesgo psicosocial, en concreto una reacción de burn-out por parte de unos funcionarios sobrecargados de trabajo que ante unos casos cuya resolución exige mayor esfuerzo, como son los de acoso en el trabajo, reaccionan de modo adverso frente a los demandantes, considerando que son éstos últimos los responsables de su problema al actuar de forma abusiva y espúrea.

3. Las enfermedades mentales derivadas del trabajo y el retorno al trabajo

Y por último, el tercer momento es el relativo a las intervenciones terciarias tendentes a la recuperación y rehabilitación de las personas afectadas. Entre éstas hay que diferenciar las que corresponden a la seguridad social, como la Incapacidad Temporal y determinación de contingencia, de aquellas que corresponden a la empresa, como son las de aplicar la LPRL y adscribir al trabajador a un puesto compatible o adaptar su puesto a sus características personales.

3.2. La incapacidad temporal y la determinación de contingencia

Una vez que el trabajador cae en situación de IT por enfermedades psíquicas, las entidades colaboradoras deberían también ocuparse de su rehabilitación. Pero el problema se presenta en la consideración de la enfermedad como accidente de trabajo. El Art. 115.1.e) determina que

el trabajo debe ser causa única de la enfermedad, algo que es conceptualmente imposible en las enfermedades psíquicas que son por definición multicausales. Sería más apropiado seguir la reciente recomendación 194 OIT en la que se dice literalmente que han de considerarse enfermedades profesionales “otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y lo(s) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador”.

Pero al margen de esa polémica, cuya resolución también requiere un cambio normativo, el procedimiento de determinación de contingencia no está apenas regulado. Debería darse en el mismo un papel a la ITSS con un informe previo a la resolución que dicte el INSS porque solo una investigación de campo puede determinar si existe un nexo causal entre trabajo y enfermedad. Podría incluso darse a la ITSS el poder de iniciar de oficio este procedimiento tal y como ya ocurre en el incapacidad permanente.

3.2. La vuelta al trabajo

La vuelta al trabajo es un asunto especialmente delicado en el que se ha de contar con la voluntad del afectado/a. La aplicación del Art. 25 LPRL debe ser tenido especialmente en cuenta por el Servicio de Prevención cuando el trabajador se reincorpore después de una larga ausencia. Sería conveniente la expedición de guías técnicas del INSHT u otros organismos sobre este aspecto, que ya ha sido objeto de guías similares por organismos similares de otros estados. Actualmente carecemos por completo de estas guías que ya existen en otros países.

4. El tratamiento del acoso en las Administraciones Públicas

Por último, voy a tratar sobre una de las principales diferencias entre el Criterio Técnico anterior y el actual reside en el reconocimiento pleno del carácter “pluriofensivo” del acoso moral en el trabajo como una

conducta que puede lesionar tanto derechos laborales (como el derecho a la consideración debida a la dignidad del Art. 4.2.e) ET) y derechos de prevención de riesgos laborales como el derecho de todo trabajador a la seguridad y salud en el trabajo (Art. 14.2. LPRL).

El Criterio anterior sí reconocía en su introducción el carácter pluriofensivo del acoso pero después señalaba que ante la falta de tipicidad en los preceptos de infracción de la LISOS de las conductas de acoso dentro de la prevención de riesgos laborales no era posible la intervención de la ITSS dentro de esta materia.

Sin embargo, esta conclusión, que como analizaremos más adelante puede ser razonablemente admitida y debería dar lugar, a que el legislador adoptase algunas acciones para aclarar el contenido y la ejecución de las normas legales, quedó en el fondo desvirtuada cuando al final del Criterio Técnico se desveló con claridad el verdadero fin que se perseguía con su aprobación. Se decía literalmente que en el control de la prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas no se podía contemplar el acoso moral.

El problema es que en el control de legalidad de las actividades de prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas que aún se practica (aunque con extremada precariedad legal) por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no consiste en el ejercicio de la potestad sancionadora sino solamente un mero requerimiento de adopción de medidas correctoras de cuyo incumplimiento no se deriva ninguna consecuencia directa legal ni jurídica.

Y esta era precisamente la contradicción del anterior Criterio: la objeción de falta de tipicidad de las infracciones en esta materia no podía ser de aplicación al control de las administraciones públicas y aún así aquel criterio se valió de esta idea engañosa para intentar justificar de modo virtual la presunta imposibilidad legal de que la ITSS interviniese ante el acoso en las administraciones públicas.

El Criterio actual establece claramente que sí es posible esa intervención preventiva en las administraciones públicas pero al mismo tiempo también trata de aclarar los muy frecuentes equívocos en torno a la intervención de la ITSS en este particular contexto.

-En primer lugar, que la intervención de la ITSS solamente versa sobre prevención de riesgos laborales y no sobre la vulneración de derechos laborales o funcionariales del empleado pública cuya vigilancia debería corresponder a la propia administración empleadora en su potestad de autotutela. El que esta potestad no se ejerza o se lleve a cabo de forma muy defectuosa es moneda común frecuente en todas las administraciones públicas, especialmente en las más pequeñas.

Por otra parte, tampoco existe ante estas situaciones de inacción administrativa una tutela efectiva de los órganos de la jurisdicción contencioso - administrativa los cuáles simplemente se limitan a revisar la corrección de los actos de la administración y a ordenar su repetición si no los consideran no ajustados a derecho. Estas sentencias también se pronuncian en contra de obligar a las administraciones a que dictan actos de sanción disciplinaria contra los funcionarios que hayan podido vulnerar derechos de los empleados públicos por una conducta de acoso. Valga por todas las sentencias que expresan estos graves problemas la emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ del País Vasco de 16 de marzo de 2009 basada en un supuesto de inacción de una administración local ante un supuesto de acoso moral. La administración tiene aprobado un protocolo para regular las denuncias ante este tipo de situaciones pero el resultado final de ese procedimiento, en el que solo fueron escuchadas las personas denunciadas, es que se trataba de un falso acoso. La mencionada sentencia hace dos apreciaciones dignas de comentario:

- Que no puede entrar en el fondo de la cuestión, es decir, a dilucidar si existe o no una conducta de acoso moral porque su función es solamente revisora de los actos de la administración. El órgano jurisdiccional no puede sustituir a la administración para decidir si ha existido o no acoso sino solamente ha de juzgar la idoneidad jurídica de los actos administrativos. En este caso concreto estima que la Administración no ha cumplido los trámites previstos en el protocolo con objetividad porque solamente ha entrevistado a los directamente acusados y por lo tanto ha de volver a reponerse la actuación a aquel momento.

- Que no cabe recurso del denunciante frente a la decisión de la Administración de no sancionar disciplinariamente a un presunto acosador, porque en el derecho administrativo no existe una "acción

acusatoria pública” en los mismos términos previstos en el Código Penal

Es decir, el funcionario acude a la vía interna del protocolo para la defensa de sus derechos ante una situación que considera que es de acoso moral en el trabajo. El procedimiento que se sigue en la entidad pública es claramente defectuoso porque su denuncia solo es contrastada con las personas denunciadas y no se realiza una investigación en regla. Ante esta situación acude a la jurisdicción contencioso – administrativa que al cabo de cerca de tres años dicta una sentencia firme considerando que aquel procedimiento fue irregular y que el mismo debe volver a iniciarse de nuevo sin aquellos defectos que motivaron su nulidad.

A la vista de estos datos, es una conclusión evidente la inexistencia de una verdadera tutela efectiva de los derechos de los empleados públicos tanto en los procedimientos que se han arbitrado recientemente y de forma voluntaria por las administraciones como en la vía judicial.

Se intenta paliar estas carencias administrativas y judiciales con la intervención de la ITSS. Pero el problema es que la ITSS no tiene ni puede ostentar poderes legales para sancionar disciplinariamente al personal de una administración (ni tampoco de una empresa privada) ya que esta es una facultad exclusiva del empleador. Este hecho, aunque resulta elemental, sigue chocando con la incomprensión generalizada de todos los trabajadores públicos que acuden ante la Inspección de Trabajo y esperan de ella el uso de medidas sancionadoras frente a los sujetos responsables de sus derechos vulnerados.

- Otro de los malentendidos que surgen en este contexto y que también se quiere aclarar en el Criterio Técnico es el relativo a la acción de requerir medidas preventivas y a la investigación de los hechos que debe llevar a cabo la ITSS para llevar a cabo esta acción de requerimiento.

El poder de investigación del Inspector no es ilimitado sino que debe estar ligado a su poder resolutorio. Si el Inspector tuviera el poder de iniciar procedimientos de sanción frente al empleador podría investigar retrospectivamente los hechos ocurridos para determinar si se ha cometido

o no una infracción en el orden social. En cambio, si su única facultad es la requerir medidas preventivas correctoras respecto a la seguridad y salud de los trabajadores, su investigación solamente puede referirse a este aspecto. Si se denunciara un supuesto acoso ocurrido en el pasado y que ya no perdurase en el momento de inicio de las actuaciones la actuación de la ITSS carece de objeto y se debería proceder al archivo de las actuaciones inspectoras.

Esto también provoca la incompreensión de los denunciantes, ya que en el fondo lo que estos pretenden es que se investiguen los hechos por una instancia pública independiente y poder utilizar los resultados de esa investigación en otros procedimientos legales. Es decir, se pretende nuevamente que la ITSS debe paliar con su acción investigadora el vacío legal provocado por la inacción de la propia administración empleadora y los órganos judiciales competentes.

- Y también se aclara en el Criterio Técnico que las acciones preventivas deben ser ejecutadas por la administración, no por el Inspector, que solamente se debe limitar a requerirlas, ya que es otra pretensión muy común de los denunciantes que la ITSS sustituya a estos servicios dada su supuesta falta de neutralidad e independencia, aunque este es un problema más general y que no solo afecta a las administraciones públicas.

225

Todos estos hechos son la manifestación de un problema más general que es el relativo al control de la prevención de riesgos laborales en las administraciones públicas. No existen sistemas efectivos de control, tal y como dicta el Art. 4 de la Directiva Marco 89/391/CEE y para ello sería necesario y preciso establecer algunas de estas medidas alternativas mediante una reforma legal del Art. 45 LPRL que podría llevarse a cabo en la próxima reforma de la Ley Ordenadora de la ITSS durante el próximo período parlamentario de sesiones.

5. Conclusiones y propuestas

5.1. *Reformar la legislación*

Hasta el momento muchos habíamos mantenido la conveniencia de no legislar específicamente sobre el acoso en el trabajo y esta reflexión

era la consecuencia de observar, por un lado, que la legislación ya tenía instrumentos suficientes para considerar estas conductas en la CE, ET, LPRL, LGSS, etc. Que los países que habían legislado habían encorsetado el concepto de acoso y lo habían restringido su uso. Y que no era más que cuestión de tiempo el que existiera una jurisprudencia constante de jueces y tribunales que aplicase de manera progresiva y con flexibilidad y con coherencia las normas generales de nuestro derecho a estos supuestos concretos.

La experiencia práctica, en cambio, nos indica que esta evolución no se ha producido y que incluso en los últimos años ha existido un evidente retroceso en la jurisprudencia y aplicación práctica de la legislación vigente. Por el contrario, los países que cuentan con una legislación específica cuentan con una base jurídica segura y sólida que hace mucho más difícil la aparición de tendencias negacionistas del acoso y de los riesgos psicosociales en los términos que arriba hemos analizado.

La realización de una Ley resulta siempre difícil y problemática por cuanto es complicado que el legislador vea una prioridad en este asunto. Resulta, sin embargo, más posible si este problema se enmarca dentro de un conjunto o programa de medidas legislativa que de forma positiva tenga como objetiva la mejora de la calidad de vida en el trabajo, siguiendo la tendencia marcada a nivel europeo por la Estrategia de Lisboa o la más reciente y actual Europa 2020.

La reforma legal tendría que ser horizontal y afectar a varias leyes. Exponemos a continuación cuáles podrían ser estas reformas:

- Reforma de la legislación de prevención de riesgos laborales para abordar de forma clara y concluyente la prevención de los riesgos psicosociales

Dando un nuevo contenido al Art. 14.2. LPRL:

“En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de

la seguridad y la salud de los trabajadores, incluyendo las relativas a la protección de la salud mental de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley”.

Añadiendo un nuevo apartado al artículo 15.1 LPRL con un texto que puede ser similar a los siguientes:

“j) Tener en cuenta los riesgos psicosociales que se derivan de la organización y ordenación del trabajo, y en particular los relativos al estrés laboral, la violencia y el acoso en el trabajo de acuerdo con lo establecido por los Acuerdos Europeos firmados entre los agentes sociales sobre estas materias” (En semejanza a lo establecido la legislación italiana y belga)

Reforma del Art. 20 LPRL en su primer párrafo:

227

El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios, riesgo de atraco o violencia externa y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas.

Reforma del Art. 2 RSP sobre el Plan de Prevención para simplificar su contenido:

El Plan de prevención de riesgos laborales habrá de reflejarse en un documento que se conservará a disposición de la autoridad laboral, de las autoridades sanitarias y de los representantes de los trabajadores, e incluirá, con la amplitud adecuada a la dimensión y características de la empresa, los siguientes elementos:

La estructura organizativa de la empresa, identificando las funciones y responsabilidades que asume cada uno de sus niveles jerárquicos en cada centro de trabajo en relación con la prevención de riesgos laborales.

Los cauces de comunicación en la empresa en relación con la prevención de riesgos laborales.

La organización de la prevención en la empresa, indicando la modalidad preventiva elegida, los órganos de representación existentes y los procedimientos organizativos existentes en la empresa en relación con la prevención de riesgos laborales.

-Reforma del Estatuto de los Trabajadores

Dar un nuevo contenido al Art. 4.2.e) ET que establezca el derecho de los trabajadores:

“Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a cualquier forma de acoso en el trabajo cuando tenga el propósito o el efecto de atentar contra este derecho”.

Nuevo apartado en el Art. 85.3 ET sobre contenido mínimo de los convenios colectivos

“Procedimientos para mediar o arbitrar en los conflictos de las distintas formas de acoso laboral que puedan darse en cada empresa”.

-Reforma de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social

-Nueva redacción del Art. 12.10 LISOS:

“No adoptar las medidas previstas en el artículo 20 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios, riesgo de atraco o violencia externa y evacuación de los trabajadores”.

-Reforma del Art. 12.16 LISOS para añadir los siguientes supuestos:

“j) Los riesgos ergonómicos y psicosociales”

“k) La transgresión de las normas sobre tiempo de trabajo y descanso cuando la misma pueda suponer un grave riesgo para la salud de los trabajadores”

-Reforma de la legislación sobre control de PRL en AA.PP

-Podría modificarse el Art. 45 LPRL y establecer un sistema de control basado en el control del Defensor del Pueblo o figuras afines de las CC.AA, tal y como ya se hace en la Ley de Protección de Datos Personales respecto a las administraciones públicas.

-O bien, la modificación de dicho precepto para crear agencias externas e independientes de control de las administraciones públicas sujetas directamente al control parlamentario.

-La modificación de dicho precepto para operar la supresión del privilegio de la imposibilidad de sanción a las administraciones locales, ya que en este caso dicho privilegio carece de razones jurídicas ya que estos entes no tienen potestad sancionadora en esta materia.

-Desarrollar la DA 6ª de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva para el desarrollo de protocolos en las administraciones públicas de la AGE para los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo.

-La extensión de estos protocolos a todos los supuestos de acoso en las administraciones públicas mediante una reforma de la Legislación sobre Función Pública. Solo en la Comunidad Autónoma del País Vasco existe una normativa general a este respecto.

Otras medidas no legislativas podrían ser las siguientes:

-Instar a los Defensores del Pueblo para que establezcan procedimientos específicos de queja para estos supuestos en colaboración con la Inspección de Trabajo. En Cataluña el “Sindic de Greuges” ya ha establecido algunos criterios al respecto.

-Que los convenios colectivos en el ámbito de las administraciones públicas establezcan procedimientos de gestión de quejas por todos los supuestos de acoso laboral acompañados por un plan de formación de los instructores de los procedimientos, y de los mandos y trabajadores, y participación sindical en la gestión de las denuncias.

5.2. Reformar la legislación

-Por la ITSS

Criterio Técnico sobre violencia externa o atraco

Campañas de Inspección sobre riesgos psicosociales

-Por el INSHT y otros organismos técnicos

Emisión de Guías Técnicas del INSHT sobre riesgos psicosociales y simplificación de la Guía sobre integración de la prevención

-Por las autoridades laborales autonómicas

Creación de sistemas de mediación y arbitraje ante supuestos de acoso en el trabajo y acciones de formación de mediadores sobre esta materia por las administraciones laborales.

5.3. Medidas de Negociación Colectiva

Editar acuerdos, guías o directrices como las acordadas a nivel comunitario sobre violencia física, acuerdos como en Francia y Luxemburgo (en desarrollo del acuerdo europeo) o guías como la británica sobre cómo aplicar la ley para la prevención del acoso

II. Estudio de conflictos en las empresas en torno a la dignidad desde la perspectiva de la Inspección

El objetivo de este trabajo es presentar un estudio de cómo a través de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, fundamentalmente a raíz de denuncias por acoso, se han podido extraer conclusiones en torno a porqué tienen lugar en la empresa conflictos a todos los niveles en torno a la dignidad de los trabajadores. La protección de la dignidad, como derecho fundamental que es, opera como límite al poder de dirección de la empresa y en tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional.

Lamentablemente en muchos de los casos hemos comprobado que la Inspección llega demasiado tarde cuando el conflicto ya está larvado dentro de la organización empresarial. Es por ello que el enfoque de actuación de la Inspección de Trabajo no tiene que ser sólo reactivo, ante denuncias, sino también preventivo exigiendo a las empresas que se adopten medidas de prevención desde el momento en que, derivado de la evaluación de riesgos psicosociales, se constate que la situación en un determinado entorno de trabajo no es satisfactoria, ya sea esta situación considerada desde el punto de vista preventivo como intermedia o nociva.

231

Fruto del análisis Inspector distinguiremos distintos tipos de conflictos pues su trascendencia es totalmente diferente en la empresa según estemos ante conflictos derivados de modificaciones de condiciones de trabajo no atentatorias contra la dignidad, modificaciones de condiciones de trabajo atentatorias contra la dignidad o auténticos tratos vejatorios con carácter reiterado y que pueden considerarse como acosos laborales.

1. Introducción

Cuando me encontré encima de la mesa de trabajo las primeras denuncias por mobbing se inició un proceso de búsqueda de sentido a la actuación Inspector en esta materia. El primer hecho que observé es el deterioro con el que llegaban determinados trabajadores a la Inspección de Trabajo en forma de trastornos depresivos, cuadros de ansiedad, etc. Primera conclusión que me dije es que ya llegábamos tarde.

Otro aspecto relevante era la dificultad de la prueba. Nadie quería hablar, los compañeros de trabajo no se implicaban y todo se reconducía a que se trataba de problemas puntuales entre personas con declaraciones y puntos de vista divergentes. Conflictos en los que costaba dilucidar quien tenía la razón. Esta cierta impotencia finalizó el día en que escuché en un curso una charla de un compañero. Fermín me contagió su entusiasmo, conocimiento y pasión a la hora de abordar el llamado mobbing. Nos explicó un camino de investigación al acoso, nos proporcionó actas de infracción en los supuestos en que había constatado atentados contra la dignidad y fue desgranando la situación deteriorada en la que llegaban los denunciantes y como conseguía llegar al fondo del asunto y a los culpables de la situación. No sólo fue una ponencia jurídica sino que fue una charla psicológica y humana.

De este modo empecé a trabajar en el campo de la dignidad, poniendo en práctica métodos de investigación y comprobé que lo que realmente se producía, en los casos en que se podía constatar, eran conductas más o menos reiteradas por parte del Empresario o compañeros de trabajo que dañaban moralmente a los denunciantes. Con independencia de que hubiera o no acoso, por la reiteración de los comportamientos, jurídicamente todas las actuaciones se reconducían al tipo infractor del artículo 8.11 de la Ley de infracciones y sanciones en el Orden Social (atentados contra la dignidad, incluso intimidación, de los trabajadores). De esta manera era posible fiscalizar actuaciones muy perjudiciales para los trabajadores incluso aunque no tuvieran un carácter reiterado.

Íntimamente relacionado con lo anterior es la constatación de que estábamos ante un fenómeno mucho más amplio que el mal denominado mobbing. Empecé a asistir a jornadas en las que se hablaba de mobbing y a leer libros en torno a la materia. La primera luz me la dio el magnífico libro de la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen que creaba un concepto mucho más lúcido, el de acoso moral en el trabajo.

Nuevas lecturas jurisprudenciales me llevan a ver que, aunque no hablemos de acoso, si hay muchísimas actuaciones que afectando a las condiciones de trabajo de los trabajadores atentando contra la dignidad (funciones de escasa entidad para la categoría y formación que tienen los trabajadores, traslados a lugares de trabajo con condiciones materiales inadecuadas, falta de ocupación efectiva, etc). Dispone la Sentencia del

Tribunal Constitucional 120/1990 de 26 de junio que recoge lo dispuesto en la Sentencia del mismo Tribunal 53/1985 en su fundamento jurídico 8º: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleve menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

Esta estima que en cuanto ser humano merece la persona también se consagra en la relación laboral cuando se indica en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores como derecho de los trabajadores en la relación laboral el respeto a su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Se me apareció entonces un nuevo punto de partida que consiste en la conjunción del derecho a la dignidad en el trabajo y el derecho a la protección de la salud mental e incluso física de los trabajadores. En el propio articulado de la Constitución Europea que se pretende aprobar se recoge en el mismo artículo (art. 91) “el derecho a la salud y a la dignidad de los trabajadores”

233

Un viaje a Dinamarca y conversaciones con Psicólogos de la Inspección de Trabajo Danesa me confirmaron lo que ya estaba empezando a barruntar y es que una actuación Inspectora completa requiere buscar soluciones preventivas para evitar que se produzcan situaciones atentatorias contra la dignidad de los trabajadores en el ámbito laboral y hacer frente a los diversos tipos de acoso. Se me proporcionaron los protocolos de actuación de la Inspección de Trabajo Danesa y pude comprobar como ellos se implican en la evaluación de riesgos psicosociales con el fin de evaluar ambientes de trabajo que propician la aparición de acoso moral y sexual.

De este modo cambia el perfil de mi actuación Inspectora y junto con otros compañeros empezamos a requerir a las Empresas la evaluación de riesgos psicosociales, la implantación de códigos de conducta para evitar los fenómenos atentatorios contra la dignidad de los trabajadores. Todo ello junto a la posible fiscalización de las actuaciones atentatorias contra la dignidad de los trabajadores.

Con todas estas herramientas ya se puede empezar a trabajar de forma continuada en la protección del derecho a la dignidad de los trabajadores.

Evidentemente estamos ante un campo multidisciplinar que requiere la intervención de muchos sujetos (psicólogos, médicos, prevenciónistas, agentes sociales, administraciones) para su solución.

Con anterioridad ya publicamos un artículo teórico relativo a la dignidad y el acoso en el trabajo y exponíamos la necesidad de un enfoque tanto desde el punto de vista de la normativa laboral como de la prevención de riesgos laborales. Los primeros pasos de este enfoque fueron dificultosos, pues hasta la propia Inspección de Trabajo tenía sus dudas de que en la normativa de prevención de riesgos laborales hubiera la suficiente cobertura para las situaciones en que se crea un riesgo psíquico a los trabajadores.

Afortunadamente la situación ha cambiado radicalmente y el Tribunal Constitucional, por todas, en la sentencia 160/2007 reconoce que las obligaciones del empresario previstas en la Ley de prevención de riesgos laborales son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social también se ha hecho eco de este enfoque y fruto de ello ha aprobado el criterio técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, recogiendo dentro del criterio técnico tanto el enfoque laboral como preventivo para combatir la violencia en el trabajo y dentro de ésta las conductas de hostigamiento. Asimismo en la negociación colectiva a nivel europeo se ha concluido el Acuerdo sobre el acoso y la violencia en el trabajo firmado el 26 de abril de 2007 y traspuesto a nuestro ordenamiento por el ANC 2007. En estos Acuerdos se reconoce la aplicación de la Directiva Marco 89/391/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo a dichas materias, lo que conlleva también la aplicación en nuestro país de la Ley de prevención de riesgos laborales.

En el presente trabajo voy a exponer un análisis de actuaciones inspectoras derivadas de denuncias por mobbing (acoso laboral) que como veremos han tenido un tratamiento diferente según lo que se comprobó en cada uno de los casos, pero detrás de estas denuncias hay una problemática que, aunque muestra diferencias en cada supuesto, se mueve en torno a un denominador común como son los conflictos dentro de las empresas que afectan a la dignidad de los trabajadores.

Para llevar a cabo las actuaciones inspectoras hemos seguido un camino de investigación en las denuncias por acoso que básicamente consiste en seguir unos pasos que incluyen: la entrevista a los denunciantes (con el objeto de perfilar la denuncia que se presenta), la visita al centro de trabajo con el fin de conocer el entorno de trabajo de los denunciantes, obtención de testimonios de posibles testigos que ya no estaban en la empresa, la entrevista a los presuntos acosadores y el examen de pruebas documentales y testificales.

Fruto de todo ello es la exposición de los casos más llamativos y de una serie de conclusiones sobre los conflictos en la empresa que giran en torno al respeto al derecho fundamental a la dignidad. No obstante, queda camino por recorrer pues aunque hemos progresado nos sigue quedando la sensación de que todavía llegamos tarde. Como exponemos al final del presente trabajo el objetivo del mismo es servir para iniciar una reflexión sobre la necesidad de lograr un modelo de relaciones laborales en que la organización del trabajo elimine la presencia del riesgo psíquico por la insatisfacción de los trabajadores.

2. Análisis de actuaciones inspectoras frente a los atentados contra la dignidad

A continuación paso a referir una serie de supuestos en los que se practicaron actuaciones Inspectoras, ya sean actas de infracción por atentado contra la dignidad, por acoso sexual o por falta de evaluación de riesgos psicosociales y planificación preventiva así como requerimientos en las mismas materias. Analizaré ante que tipo de conducta estamos en cada caso, perfil psicológico de la persona o personas que lo llevan a cabo, reacción de los compañeros de trabajo y que consecuencias tuvo para la salud de los trabajadores.

Para llevar a cabo las actuaciones inspectoras se ha seguido un método que creemos totalmente necesario pues en un primer momento el problema en torno al llamado mobbing nos sentó ante un fenómeno nuevo a todos los operadores jurídicos.

La ampliación de la denuncia por parte del denunciante buscando la objetividad en su exposición de hechos, la visita por sorpresa al centro

de trabajo, el interrogatorio de trabajadores en los centros de trabajo así como de posibles testigos que ya no están en la empresa, el examen de documentos relacionados con la situación médica de los trabajadores, evaluaciones de riesgos y protocolos de actuación existentes en la empresa, han sido los pasos necesarios para obtener una sistemática en la actuación inspectora que permita por un lado dilucidar ante que figura estamos, pues de ello depende la actuación y fiscalización inspectora, y de otro lado establecer las medidas a adoptar por las empresas para solucionar los conflictos y que éstos no vuelvan a suceder.

Caso A

“Sr. Inspector de Trabajo, el gerente de la Empresa lleva años degradándose totalmente, antes yo hacía como de director, llevaba todo el peso de la dirección de la oficina y a raíz de la vuelta del gerente al día a día de la Empresa me ha ido arrinconando, dándome primero un despacho enano, no dándome trabajo a realizar hasta que finalmente me ha enviado a la calle a contar casas de modo que tenía que estar andando todo el día y ello me ha producido hasta lesiones en los pies”. En este caso el despido resultaba muy costoso para la empresa debido a la antigüedad del trabajador. Lo llamativo del caso es que el trabajador llevaba varios años padeciendo el comportamiento del Empresario y cuando llegó a Inspección estaba realmente afectado.

Aquí estamos ante el llamado acoso de conflicto tal como lo configuran la Guía Danesa sobre acoso y la Agencia Europea de seguridad y salud en el trabajo. El Gerente de la Empresa vuelve a la dirección de la Empresa en el día a día y desplaza al anterior Director agravado el hecho porque el acosado sugiere al gerente que tiene que dar menos protagonismo a su mujer en el trabajo. Estos hechos desencadenan en una rebaja de funciones continuada sobre la persona del acosado, unida a un hostigamiento sobre su persona por parte del gerente, creando lo que la normativa describe como un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Por tanto en el presente caso se dan todas las notas de un acoso incluidas la intención de dañar y el daño en los derechos más esenciales del trabajador como son la dignidad y la integridad moral tal como señala la Jurisprudencia de suplicación. A ello se añade el hecho de que a través de los informes médicos se constata una situación ansiosa depresiva grave

del trabajador, es decir, se constata la efectiva producción del daño no sólo al derecho a su dignidad sino también a su salud. El propio Inspector actuante puede comprobar el desgaste psicológico del trabajador cuando acude a Inspección (comportamiento confuso, escritos de protesta extensísimos con letra abigarrada, e incluso acude su mujer a Inspección para exponer la situación tan degradada en que el trabajador se encuentra).

Con todas estas consideraciones lo que se extiende por Inspección es un acta de infracción por atentado contra la dignidad, no pudiendo recurrirse al tipo del acoso moral en el trabajo ya que no lo contempla la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLEG.5/2000 de 4 de agosto) que únicamente tipifica acosos discriminatorios, entre ellos el acoso sexual y por razón de sexo. Por su parte el trabajador acudió a los Tribunales por la vía del art. 181 de la Ley de Procedimiento laboral al entender que se producía una situación de acoso.

Destacar como los compañeros de trabajo presentes en el centro aportaron su comentario objetivo de que el acosado ejerció de director en el centro de trabajo y otros trabajadores que fueron compañeros de trabajo del acosado y ya no estaban en la Empresa se manifestaron más concretamente sobre la situación de hostigamiento a que el Gerente sometía al acosado.

237

Caso B

“Sr. Inspector el encargado y a su vez gerente de la Empresa está constantemente, cada vez que viene al centro de trabajo, chillándome y llamándome incompetente, yo estoy sola como encargada, tengo muchísimo trabajo y no doy abasto y el encargado no lo tiene en cuenta sino que me presiona y me insulta delante de las compañeras de trabajo”.

En este supuesto se constató el trato inadecuado que daba el gerente a la encargada de la tienda. En lugar de adoptar medidas en base al poder de dirección si consideraba que la encargada no hacía su trabajo adecuadamente, cada vez que iba al centro de trabajo le echaba broncas como así se constató en las actuaciones inspectoras. El gerente ante los funcionarios actuantes hizo una valoración negativa de la trabajadora, refiriendo que era vaga, no se aseaba y como tenía problemas matrimoniales también bebía. En lugar de tener cierta consideración con la situación de la trabajadora el gerente hablaba de la misma y sus circunstancias de modo despectivo. Llegó a reconocer asimismo que lo que tenía que hacer

era gritar menos y despedir más. No negó los hechos referidos aunque el gerente consideraba que nunca la había insultado.

Vemos que en este caso en primer lugar el gerente no mide las consecuencias de su conducta ya que al no ponerse en el lugar de la trabajadora no se plantea el daño que le está causando lo que supone una incultura de base y un profundo machismo.

Se levantó un acta de infracción clara por atentado contra la dignidad de la trabajadora, pero cabe preguntarse ¿hubiera tenido este comportamiento si el encargado hubiese sido un hombre? Muy probablemente no.

Añadimos por tanto el sexo, el hecho de ser mujer. Es evidente que no estamos ante un supuesto de acoso sexual pero aquí el género tiene su importancia. La guía de la Inspección de Trabajo Danesa recoge en su clasificación sobre acoso moral en el trabajo como un segundo tipo el llamado acoso perverso que se da cuando no hay un motivo previo de conflicto sino por el hecho de que la víctima pertenece a colectivos especialmente sensibles como es el caso de las mujeres en determinadas condiciones de trabajo. En relación con la personalidad del acosado la prestigiosa psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen se refiere en su clasificación a las personas atípicas, entendiéndolo que el origen del acoso moral puede estar en no aceptar la diferencia del otro, se trataría de un rechazo próximo a la discriminación relativo a diferencias como el sexo o el color de la piel.

Plantear en este caso el acta por motivos de discriminación por razón de sexo resultaría complicado. El principio de inversión de la carga de la prueba, aplicable a la discriminación a partir de la Ley 62/2003 que transpone las principales directivas comunitarias sobre igualdad y no discriminación, no se puede utilizar en un acta de infracción ya que ésta no se puede basar en presunciones o indicios sino en hechos contrastados. En cambio en el ámbito judicial y así lo recoge ahora el art.181 de la Ley de Procedimiento laboral 2/1995 de 7 de abril, la discriminación tiene un tratamiento similar al de los derechos fundamentales de dignidad e intimidad. Por tanto lo más correcto es extender acta por atentado contra la dignidad y que con esta prueba la trabajadora acuda a la jurisdicción con el fin de que cese la conducta hostil y se reponga la situación al momento

anterior a producirse los actos atentatorios y solicite la correspondiente indemnización.

En el ámbito español y comunitario no existe mucha jurisprudencia al respecto pero en cambio en los Países Británicos se han dictado importantes sentencias en el ámbito de la discriminación al hilo de la normativa comunitaria y en este sentido destacamos la sentencia del caso Porcelli en que el acoso vino dado por la condición de mujer de la trabajadora permitiéndosele a la Empresa que probara que el motivo del acoso no tenía que ver con el sexo de la trabajadora.

Una nota destacada en este supuesto de actuación Inspectora es que las trabajadoras compañeras de la trabajadora agraviada reaccionaron como una piña ante los Inspectores actuantes para defender a su compañera coincidiendo todas en la actitud lamentable para con todas ellas (fundamentalmente la encargada) del dueño de la Empresa. Confiaron en los funcionarios actuantes, se dejaron asesorar y llegaron a crear una Empresa propia para realizar su trabajo como consecuencia de que estaban hartas de la actitud del gerente.

239

Caso C

“Sr. Inspector el gerente de la Empresa me hace la vida imposible, a raíz de incorporarme a la Empresa como consecuencia de un despido se me han anulado prácticamente todas las funciones, no tengo ordenador, llevo así mucho tiempo y la situación se me hace insostenible”.

Cuando los funcionarios acudimos a la Empresa pudimos constatar el miedo que los trabajadores tenían a la persona del gerente. Costó que los trabajadores hablaran pero acabaron contando la situación que había en la Empresa no sólo la de la trabajadora en cuestión. El dueño de la Empresa ejercía de tirano, premiando o castigando según los trabajadores le rindieran pleitesía o no. En el caso de la trabajadora que reclamaba, se había producido lo que se da en llamar la figura del “padre de familia protector”: gran apoyo inicial a la trabajadora por vínculos de afinidad familiar y posterior arrinconamiento tras readmitirla. Se constató que a la trabajadora se le habían restringido prácticamente todas sus funciones administrativas quedando simplemente para realizar fotocopias y ordenar los archivos, no teniendo ni teléfono ni ordenador.

En esta Empresa ya se habían producido con anterioridad reclamaciones de los trabajadores por trato indigno y lo peor, se siguieron produciendo. La oficina destacaba por tener poca luz y la figura del gerente desde el fondo de la oficina se mascaba en el ambiente. En el centro de trabajo a más abundamiento existía la figura del “pelota” chico joven recién llegado que curiosamente fue el único que no habló de mal ambiente en el trabajo ya que todos los demás estaban hartos ya fueran hombres o mujeres.

Historiales de bajas médicas continuas de trabajadores por síndromes ansiosos y depresivos se han presentado en Inspección a lo largo de las sucesivas actuaciones.

Estamos pues ante un caso de libro donde se podría valorar aplicar la teoría del “psicópata organizacional” referida por psicólogos clínicos especializados en acoso laboral. Este psicópata organizacional encuentra el lugar adecuado para abrirse camino en los tipos de organizaciones que surgen en la década de los 80 y de los 90. Se cumple en este supuesto lo preceptuado por Marie-France Hirigoyen de que los acosadores buscan la sumisión y la servidumbre de sus víctimas a las exigencias de sus deseos así como la dependencia absoluta de ellos, destacando dos aspectos la personalidad narcisista y la personalidad paranoica.

El gerente en cuestión cuando venía a Inspección era especialmente educado, reverente, sonriente, dispuesto pero luego no hacía caso a nada de lo que se le indicaba y requería.

Con respecto a los compañeros de trabajo, tras un cierto recelo inicial, se fueron soltando a la hora de explicar el trato inadecuado que el gerente daba a los trabajadores y no sólo a la trabajadora acosada. Se constató que muchos otros trabajadores habían sido sometidos a tratos degradantes por el gerente de la Empresa.

Caso D

“Sr. Inspector en la Empresa el Director General me hace la vida imposible, me ha dejado sin funciones desde hace días e incluso me ha acusado de quedarme dinero de una factura. Estoy en el despacho esperando a que vengan ustedes para ver como arreglar la situación”.

Cuando acudimos a la Empresa lo primero que vimos era la existencia de un temor reverencial al Director General por parte de la plantilla, especialmente los Directivos. El Director General, cuando lo entrevistamos era una persona autoritaria, prepotente, con cierto aire de superioridad.

El trabajador en cuestión en su momento fue el hombre de moda en la Empresa y posteriormente pasó a estar puesto en tela de juicio. Se llegó a dudar más que de su capacidad, de su honestidad. Se convirtió en una persona “caída en desgracia”.

En este supuesto se constató un atentado contra la dignidad del trabajador por la falta de ocupación efectiva del mismo y se extendió acta de infracción, pero cabe hacer referencia a muchos factores interesantes en el expediente.

Era habitual que el Director General se dirigiese a los directivos con los que tenía trato fundamentalmente de modo autoritario. Tanto directivos en activo como ya fuera de la Empresa manifestaban sentirse ofendidos por el trato, malos modos y expresiones del Director General. También coinciden todos los Directivos en el centro de trabajo visitado en que no se tomaba ninguna decisión que no pasara por el Director general.

241

En el análisis de la personalidad del Director subyacen claras características de la personalidad del acosador tal como señala Marie-France Hirigoyen: aparte de la sumisión y servidumbre que busca de las víctimas, fundamentalmente destaca la personalidad narcisista ya que carece de empatía, se considera especial y único y tiene actitudes y comportamientos arrogantes y también destaca el sentimiento de superioridad, la rigidez psicológica, desconfianza y los juicios equivocados interpretando acontecimientos neutros como si fueran adversos.

No está de más valorar las características de la persona denunciante ya que se trataba de una persona muy nerviosa, con antecedentes de problemas médicos que luego según se manifestó a los Inspectores actuantes fueron valorados para reducirle trabajo por el Director General y la propia víctima se definió ante los Inspectores como un adicto al trabajo.

Vuelve a ser Marie-France Hirigoyen la que mejor define a las víctimas ya que refiere que cualquiera puede ser objeto de acoso moral y

señala que si bien no existe un perfil psicológico específico de las personas a las que se acosa, sí existen, innegablemente... contextos profesionales en los que el acoso moral se desarrolla con más facilidad. También hay situaciones donde las personas corren un mayor riesgo de estar en el punto de mira.

Siguiendo a la prestigiosa psiquiatra, situaciones que se prestan al acoso y que se dan en el presente caso son las siguientes: persona demasiado competente cuya personalidad puede hacerle sombra a un compañero o superior, los que no se granjean buenas alianzas o una buena red de relaciones y son empleados aislados, faltan vínculos de solidaridad. Aquí cabe destacar que los episodios de trato inadecuado se producían con los directivos que estaban muy al margen del cuidado por parte de los representantes de los trabajadores.

En cuanto a la reacción de los compañeros de trabajo cabe destacar que el principal testigo de los tratos inadecuados, en un primer momento, no quiso pronunciarse y posteriormente acudió a Inspección tras reconsiderar su actitud. Tanto este señor como otro directivo manifestaron sentirse ofendidos ante determinadas expresiones que les dirigía el Director General.

Caso E

“Se trata de un supuesto en el que el Director de una Empresa somete de modo constante a la mayoría de los trabajadores a un trato inadecuado, con fuerte connotación sexual ya que hace todo tipo de proposiciones sexuales a las trabajadoras”.

Tras una larga exposición de hechos se concluye que el Director ha atentado contra la dignidad e intimidad de las trabajadoras, tratándose de un caso claro de acoso sexual y valorándose con la mayor cuantía posible la sanción por la infracción cometida, debido a la reiteración de las conductas detectadas.

La gravedad de la constatación de un acoso sexual es tal que se considera delito conforme al artículo 184 del Código Penal. Sucede, no obstante, que en el ámbito administrativo se le aplica la mayor sanción posible con el carácter de muy grave y en cambio en el artículo 184 del Código Penal se impone la pena de arresto de fines de semana o multa de seis a doce meses, lo que supone un tratamiento mucho más suave.

La gravedad de las conductas de acoso sexual ha llevado a la exigencia, a través de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007 de 22 de marzo, de la obligatoriedad de que en las empresas se establezcan medidas efectivas de prevención de este acoso y en las Administraciones Públicas se tengan que elaborar protocolos de actuación frente al acoso sexual.

Caso F

“Sr. Inspector de Trabajo, el padre del dueño de la Empresa que está siempre en el centro de trabajo, me hace la vida imposible ya que no me presto a sus propuestas sexuales. Estas propuestas no llegan a ser totalmente directas pidiendo que me acueste con él pero sí son borderíos del tipo que guapa eres, me roza, me dice que vaya en su coche. Estoy harta, mi madre me tiene que recoger del trabajo para que este hombre no intente más llevarme en su coche a casa. Como no acepto sus favores ha repercutido en la relación laboral y me da un trato autoritario y humillante, chillándome y descalificándome”.

En este caso estamos ante un acoso por razón de sexo tal como lo describe la Directiva comunitaria 2002/73/CE del Parlamento y del Consejo Europeo de 23 de septiembre de 2002(DOCE 5-10-2002) en su art. 2.1: “ se entenderá por acoso la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Esta definición coincide con la que se incluye actualmente en el art.7 de la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Directiva y la Ley 3/2007, establecen que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán.

Podíamos haber aplicado el tipo del art. 8.13.bis de la Liso sancionando, ya que se había producido, el acoso sexual dentro del ámbito a que alcanza el poder de dirección del Empresario puesto que el padre del dueño al que se dio de alta a raíz de la actuación Inspectora formaba parte del círculo organizativo del Empresario ya que hacía las veces de encargado.

Como quiera que era difícil constatar las conductas ya que sólo eran sostenidas por la trabajadora y una compañera y el presunto acosador las negaba con síntomas evidentes de vergüenza y ante el estupor de su hijo que era el dueño de la Empresa, optamos por hacer un requerimiento a la Empresa para el cese de estas conductas y para la aplicación de medidas, como las contempladas en el código de conducta comunitario del año 1992, para hacer frente al acoso sexual mediante declaración de principios conocida por todos los trabajadores de actos prohibidos, procedimientos para actuar ante situaciones de acoso y establecimiento de medidas disciplinarias.

Aunque se trataba de una pequeña Empresa, atendió nuestros requerimientos y aportó, cosa que no han hecho otras Empresas de mucha mayor dimensión, un procedimiento para hacer frente al acoso siguiendo el esquema del modelo comunitario que es también coincidente con los protocolos sobre acoso sexual de la Inspección de Trabajo Danesa.

Cabe destacar en cuanto a los compañeros de trabajo que una ex trabajadora de la Empresa apoyó la versión de la denunciante y el compañero que estaba en el centro de trabajo no quiso saber del asunto.

Caso G

“Reseñamos brevemente este caso en el que también se requirió el establecimiento de un código de conducta para hacer frente al acoso. No se trataba de supuestos de acoso sexual sino que por parte del encargado del centro de trabajo se seguían procedimientos autoritarios que generaban desasosiego en las trabajadoras a la hora de establecer sus condiciones de trabajo. En el caso de una trabajadora había sido amonestada y posteriormente despedida por traerse un jersey de su casa en vez de utilizar la ropa de abrigo de la Empresa que, por cierto, no se la daban”.

Se requirió el establecimiento de un código de conducta sirviendo como modelo el comunitario ya que entiende la doctrina (Teresa Pérez del Río Catedrática Univ. de Jerez, entre otras) así como la Inspección de Trabajo Danesa, que las medidas para hacer frente al acoso sexual sirven también para otros tipos de acoso. En este sentido la Inspección Danesa califica el acoso sexual como un tipo de acoso perverso y Marie-France Hirigoyen califica el acoso sexual como un paso hacia el acoso moral.

La Empresa cumplió lo requerido por Inspección entendemos que de la mejor manera posible, es decir, el propio gerente de la Empresa sustituyó al encargado a la hora de dar las órdenes de trabajo, fijar cuadrantes horarios y determinar las condiciones de trabajo de las trabajadoras.

En este supuesto las trabajadoras del centro coincidieron en manifestar el carácter autoritario del encargado aunque algunas se pronunciaron más abiertamente que otras.

Caso H

“Queremos también añadir un caso de falta de evaluación de riesgos psicosociales muy llamativo. Un centro donde se han producido varias denuncias por acoso y a fecha de las últimas actuaciones inspectoras había varios trabajadores en situación de baja médica por síndromes ansiosos-depresivos relacionados con la relación laboral”.

Un cambio confuso y poco transparente, asumiendo funciones de dirección en el centro una persona que no figuraba en el organigrama de la Empresa como director, provoca una importante desestabilización en el centro de trabajo, situaciones de tensión y una merma de funciones clara en el trabajo que venían desarrollando el anterior director gerente y sus más directos colaboradores. A través de las actuaciones Inspectoras se constatan todos estos hechos e incluso respecto a alguna situación personal concreta hay procedimiento judicial que se pronuncia en el mismo sentido de la actuación Inspectoras.

A raíz de una actuación anterior ya se requirió por Inspección de Trabajo la necesidad de realizar una evaluación de riesgos psicosociales y de adoptar medidas preventivas para evitar que los factores de organización y ordenación del trabajo influyan en la magnitud de los riesgos a que pueden estar expuestos los trabajadores para su seguridad y salud.

La Empresa hizo caso omiso de este requerimiento y posteriormente se observa que en la Empresa se producen importantes conflictos y por parte de la Empresa ni se han evaluado los riesgos psicosociales ni se han adoptado medidas para evitar que la organización del trabajo genere problemas, entre ellos las bajas médicas de los trabajadores por cuadros ansiosos y depresivos relacionados con el trabajo.

En este supuesto se apreció la infracción por falta de evaluación de riesgos psicosociales, agravada en grado máximo por la falta de adopción de medidas preventivas con el fin de evitar los conflictos y la tensión existente en la Empresa.

Cabe destacar que en la evaluación de riesgos psicosociales de la Empresa se concluyó lo siguiente en relación con el departamento de servicios generales (administración) donde se producen fundamentalmente las bajas por depresión y denuncias por acoso:

-Al aplicar el método AIP del INSHT se observó que en la zona de servicios generales los factores de supervisión-participación e interés por el trabajador se encuentran en una zona intermedia de riesgo con puntuación superior a 4. El 75% de la muestra considera que la formación que imparte la Empresa es totalmente insuficiente o insuficiente en algunos aspectos y el 50% considera que las charlas informales con jefes como medio de información son malas o regulares.

-Al aplicar el Test de salud total de Langner-Amiel la zona de servicios generales queda en una puntuación intermedia de 4,8% respecto del nivel de estrés y desmoralización, siendo esta puntuación superior al resto de los departamentos. Se indica en la evaluación que hay que interpretar este resultado como una señal de aviso, con el fin de prestar atención a este grupo, ya que se dan puntuaciones individuales algo elevadas.

Vemos por tanto que las apreciaciones Inspectoras muestran una coincidencia con la evaluación psicosocial. No estamos ante conflictos individuales aislados que se van sumando sino que la organización de la Empresa propicia situaciones de estrés y desmoralización ya que el grado de participación y de interés por el trabajador se percibe como escaso uniéndose a ello una importante carga mental en el trabajo y falta de autonomía temporal.

Este es un ejemplo claro de que el hecho de que no se considere que se llegan a producir conductas de acoso no es óbice para que se investigue la situación de la Empresa desde el punto de vista psicosocial y se le obliguen a adoptar medidas preventivas tal como se contemplan en la propia evaluación psicosocial.

En este supuesto cabe indicar que todos los compañeros de trabajo coincidieron en que la persona desplazada del puesto de dirección había

desempeñado la dirección-gerencia del centro hasta el momento de ser sustituida por el actual director y los colaboradores más directos del anterior director fueron los que más censuraron la labor del nuevo director.

Siguiendo los postulados de la Agencia Europea para la seguridad y salud en el trabajo en esta Empresa aparecen muchos de los factores que la Agencia considera que incrementan la probabilidad de acoso moral: cambio repentino en la organización, empleo inseguro, niveles extremos de exigencia laboral, deficiencia en la política de personal y falta de valores comunes.

Caso I

Otro caso actuado recientemente nos presenta una situación en el departamento de una empresa caracterizada por un conflicto generalizado ya que había personas que presentaron denuncias por acoso contra los supervisores y otras personas del departamento defendían a los supervisores considerando que quienes se comportaban de manera inadecuada eran los trabajadores que presentaban denuncias por acoso o los que apoyaban estas denuncias. La Comisión de acoso creada en el protocolo instaurado en la empresa no encontró, a fecha de las actuaciones inspectoras, pruebas de acoso.

247

La evaluación de riesgos psicosociales (Método AIP del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo) revelaba unas ratios de carga mental, autonomía temporal e interés por el trabajador que presentaban una situación intermedia, por encima de 4, que es aquella que hay que subsanar en cuanto sea posible ya que esos factores, en el futuro, pueden ser una fuente de problemas.

Vista la situación se procedió a requerir a la empresa el establecimiento de una guía de actuación en los departamentos afectados, conocida y firmada por todos los trabajadores en la que se especificase que todas las personas se debían comportar con gravedad y decoro y las consecuencias que tendrían las conductas atentatorias contra la dignidad. Asimismo, se recomendó a la empresa que, con independencia de los protocolos de acoso, se establecieran medidas similares para proteger contra posibles conductas atentatorias contra derechos fundamentales, puesto que el acoso es la reiteración de una conducta atentatoria contra la dignidad.

A más abundamiento la evaluación de riesgos psicosociales en la empresa había establecido como medidas preventivas, entre otras, flexibilizar la supervisión y hacer que la misma sea una ayuda para los coordinadores y trabajadores en el desarrollo de su trabajo. Por Inspección de Trabajo también se requirió que se acentuaran estas medidas en el departamento conflictivo.

La empresa cumplió lo requerido por la Inspección de Trabajo y Seguridad y destacó la implicación del Director de calidad y prevención de riesgos de la empresa.

Caso J

También es interesante hacer referencia a supuestos de denuncias por acoso en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Destacamos un supuesto en el que se presentaron denuncias por acoso por parte de algunos de los integrantes de un Departamento Universitario. Por parte de otros integrantes del Departamento se presentaron a su vez denuncias de acoso contra los primeros denunciados. De este modo se establecieron dos bandos en el Departamento en torno a los profesores más consolidados de cada uno de los bandos. La cuestión llegó hasta el extremo de aportar a Inspección grabaciones de las reuniones y relatos documentales con multitud de folios por escrito.

No se concluyó por parte de Inspección de Trabajo la existencia de conductas constitutivas de acoso, pero sí se observó la existencia de un clima absolutamente nocivo en el Departamento, clima tóxico. En virtud de ello se requirió la realización de una evaluación de riesgos psicosociales en el Departamento, adoptando medidas preventivas para evitar los riesgos existentes, valorando el Inspector actuante la conveniencia de evitar la relación docente de unos con otros ya que la desavenencia personal entre las partes, siempre de carácter verbal, era manifiesta.

Por parte de la Dirección de la Universidad se manifestó la dificultad de realizar una variación de los encargos docentes y, aunque se compararía la necesidad de adoptar alguna medida, estaban pendientes de cómo resolver el conflicto y también se indicó a Inspección de Trabajo que la evaluación de riesgos psicosociales se iba a poner en marcha.

Es de destacar en este caso, la dificultad para la resolución del conflicto que implica el ámbito de una Administración Pública, con personal indefinido, en gran medida independiente y con una relación no exactamente jerárquica. Este hecho dificulta encontrar un sistema de resolución del conflicto que ya está larvado en la organización. También es muy remarkable la circunstancia de que el conflicto sucedía en un Departamento en el que muchas de las personas implicadas se dedicaban al ámbito de la prevención psicosocial lo que conllevaba que ellos mismos trazaran perfiles del resto de los compañeros y definieran técnicamente su situación. Al final, la impresión del Inspector actuante fue considerar que, a pesar de ser expertos en la materia, los comportamientos eran similares a los que puede tener cualquier persona implicada en conflictos en torno a la dignidad y el riesgo psicosocial, totalmente emergente, era conocido por todos los implicados pero no se daban pasos para su solución.

Caso K

“quizás el mejor exponente del binomio protección de la dignidad y la salud sea una actuación realizada en una entidad Bancaria. El trabajador denunciante, pasó de Director de Zona a funciones de administrativo en Caja en una paulatina degradación de condiciones de trabajo durante muchos años”.

249

En el informe del Inspector actuante al Juzgado (que debía conocer del procedimiento ya que se había presentado demanda) se reflejó este hecho así como que el convenio colectivo de Empresa no permite que trabajadores que han ostentado poder de dirección sean enviados a meras funciones auxiliares de caja. También se recoge en el informe al Juzgado que este hecho es atentatorio contra la dignidad del trabajador por ser asignación permanente de funciones poco relevantes en relación con las que venía ejerciendo y de inferior categoría profesional. Finalmente se indicó en el informe que a raíz de la asignación de funciones inferiores el trabajador inició procesos de baja laboral por síndrome ansioso depresivo y trastorno reactivo adaptativo al cambio de funciones, siendo estos hechos conocidos por el servicio médico de empresa, lo cual puede implicar la asignación a un trabajador de un puesto de trabajo incompatible con su estado de salud, infracción considerada como grave o incluso muy grave en la ley de infracciones y sanciones en el orden social aprobada por RDLEG.5/2000 de 4 de agosto.

La Sentencia del Juzgado de Instancia refiere el relato de hechos indicado por el Inspector actuante en su informe y obliga a la empresa a reconocer la categoría profesional del trabajador y a reponerle en un puesto acorde con su categoría profesional con poder de dirección delegado en la empresa. También reconoce la sentencia que los problemas de salud del trabajador se inician a raíz del cambio del mismo a funciones de inferior categoría.

Me parece muy importante que el ámbito judicial se haga eco de las actuaciones inspectoras, valorando los informes de Inspección de Trabajo en un campo tan delicado como el de la protección de la dignidad a través de la implantación de condiciones de trabajo inadecuadas a los trabajadores y contemplando asimismo el perjuicio que estos procesos conllevan para la salud de los mismos.

Aclaratorio resulta asimismo que el trabajador acudiera a Inspección después de la Sentencia, todavía obsesionado por el qué iba a pasar durante el período que transcurre desde la sentencia de instancia a la de suplicación ya que la empresa había recurrido. Este hecho nos hace ver que al trabajador ya se le ha creado el daño y tiene pánico a volver por la empresa, lo que demuestra lo dicho al principio del presente artículo, tanto la Inspección como el Juzgado llegamos ya demasiado tarde. Tiene que haber por tanto un mecanismo rápido en el seno de las organizaciones que evite estas situaciones degradantes y el consecuente daño para la salud de los trabajadores.

Es igualmente importante, crucial, que se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley de Procedimiento Laboral 2/95 de 7 de abril, de modo que las sentencias que recaigan en los procesos de tutela de derechos fundamentales, sean ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse. Esta es la máxima garantía para frenar el proceso de deterioro psicológico de los trabajadores.

Casos L

No puedo dejar de hacer mención a aquellos casos en los que no hemos podido constatar los hechos reflejados en las denuncias hasta el extremo de considerar que se producen atentados contra la dignidad. El hecho de no levantar acta de infracción por atentado contra la dignidad

no significa que no pueda ser prueba en juicio lo recogido en el informe de Inspección de Trabajo. Por ello es fundamental que en estos informes se recojan todos los extremos relativos a qué funciones hacía el trabajador y cuales hace a fecha de la visita Inspectoras, tratamiento que se da en la Empresa al denunciante en relación con los demás compañeros, testimonios de compañeros, declaraciones de los denunciados, es decir, no hay que desistir de la utilidad de la actuación Inspectoras aunque no se puedan constatar los atentados contra la dignidad.

El método de investigación por Inspección es el mismo. Como no podemos prejuzgar y tampoco, aunque pudiera ser posible según algunas opiniones, podemos utilizar la inversión de la carga de la prueba aunque se traten de denuncias por acoso (en definitiva atentados contra derechos fundamentales), lo más correcto es realizar un informe detallado. De este modo lo reflejado en el informe de Inspección será una prueba más en juicio, con presunción de certeza en cuanto a los hechos probados. Cualquier indicio, que a nosotros no nos es suficiente para extender un acta de infracción, puede ser utilizado en el procedimiento judicial y aplicarle si se va por vía de derechos fundamentales y acoso el principio de inversión de la carga de la prueba.

Afortunadamente y, en contra de lo que se cree, la falta de colaboración de los compañeros de trabajo no ha sido lo habitual en nuestras actuaciones Inspectoras. Entrando de manera suave, preguntando un poco en función de la receptividad que se observa en el entrevistado, en muchos casos se logra un testimonio que puede resultar útil. Muchas veces este testimonio sólo refiere datos sobre los cometidos que desarrolla el denunciante y ello ya puede ser suficiente. En otros casos se consiguen incluso declaraciones sobre el comportamiento que para con el denunciante tienen los presuntos hostigadores. Lo uno ligado a lo otro nos lleva a completar la investigación en torno a las conductas de hostigamiento y atentatorias contra la dignidad de los trabajadores.

También cabe indicar que en algunos de estos casos analizados entiendo que podría ser claramente aplicable el tipo de los artículos 316 a 318 del Código Penal. En los casos de acoso sexual resulta aplicable el art. 184 del Código Penal e incluso en algunos supuestos se podría llegar al tipo del trato degradante del art. 173 del mismo Código aunque personalmente estoy en la línea de configurar tipos más concretos para hacer

frente a los atentados contra la dignidad, considerando además que el trato degradante comporta un plus de gravedad que se suma al atentado contra la integridad moral.

Evidentemente no en todos los casos de denuncias por acoso se constata el mismo aunque ello no quiere decir que haya que considerar que estas denuncias son como tradicionalmente se viene diciendo “falsas”. El término falsedad refleja un componente de culpabilidad en el que suscribe la denuncia que no se suele dar. En muchas ocasiones el trabajador o trabajadora en cuestión recurre a la palabra mobbing y acoso por desconocimiento o con el fin de darle un mayor empaque a su denuncia puesto que se considera ofendido y maltratado. Aquí es donde la labor Inspectoral tiene que afinar, teniendo en cuenta que aunque no se produzca una situación de acoso si puede haber un problema a valorar por Inspección. Se sostiene la creencia de que en muchas de las bajas por depresión hay un importante componente de picaresca y ello puede ser cierto pero lo que es aun más cierto es que la persona que denuncia acoso en lo que hemos podido constatar, y ya van siendo bastantes actuaciones inspectoras, llega a la Inspección de Trabajo en una situación psicológica deteriorada que por lo menos hay que analizar. Incluso en los casos de bajas por depresión, con independencia de que cada persona puede ser más o menos fuerte o íntegra, se ha de analizar la cuestión desde una perspectiva amplia y colectiva ya que, por ejemplo, si en una organización nos encontramos con un porcentaje relevante de bajas (30 o 40 % como hemos llegado a ver) ello es un síntoma de que algo ocurre en ese ambiente de trabajo debiendo evaluarlo para ver las posibles consecuencias de la ordenación del trabajo en la salud de los trabajadores.

Es de destacar asimismo la importancia de abordar el problema con las personas implicadas de una manera suave y además la experiencia nos lleva a concluir que los compañeros actuales proporcionan fundamentalmente datos objetivos sobre las funciones que desarrollaban las víctimas y que han ido siendo degradadas y las personas que ya no están en la Empresa tienden a pronunciarse de una manera más explícita sobre el comportamiento de las personas que cometen las acciones de hostigamiento. Este dato tiene una lógica y es el que las personas que ya no están en la Empresa no están sometidas al miedo a las represalias que sobre las mismas puedan adoptar las Empresas.

Se tratará por tanto de analizar todas estas circunstancias para ver si estamos no sólo ante una modificación de condiciones de trabajo sino que se produce un trato hostil reiterado al trabajador o trabajadora en cuestión. Este es el presupuesto para llegar a distinguir el acoso de conflicto (que es el tipo de acoso que más se puede llegar a producir) de aquellos conflictos laborales por modificaciones de condiciones de trabajo en los que no se produce una vulneración de la dignidad e integridad moral del trabajador sino simplemente un ejercicio del poder de dirección que puede llegar a ser abusivo y que hay que frenar de modo inmediato mediante el ejercicio de la acción en vía judicial para reclamar frente a la modificación de condiciones de trabajo.

3. Conclusiones

1. Tipos de conflictos

En base a todos los casos que he expuesto se pueden extraer una serie de conclusiones:

- Siempre se denunciaron acosos laborales y en la mayoría de los casos no se constató una conducta constitutiva de acoso sino atentados contra la dignidad o conflictos dentro de la empresa con claras consecuencias en el medio ambiente de trabajo. Ello nos lleva a la necesidad de clarificar una primera cuestión. Los denunciantes utilizan el término *mobbing* para denominar a una situación laboral en muchos de los casos alejada del concepto judicial del acoso o *mobbing*.
- La actuación de la Inspección constata problemáticas dentro de la empresa que pueden ir mucho más allá de lo denunciado por los trabajadores. De ahí una segunda consecuencia: la importancia de no utilizar como punto de partida el término *mobbing* o acoso pues éste es sólo un titular que el denunciante ha puesto a la denuncia.
- En el ámbito de las Administraciones Públicas en los supuestos en que se producen situaciones conflictivas no calificables como acoso se complica en mayor medida que en las empresas privadas la solución de los conflictos, quizás porque la jerarquización real es menor y hay un entorno de estabilidad en los puestos de trabajo.

Así pues, tras el estudio de las actuaciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo en el campo de las denuncias por acoso, se puede considerar que normalmente se presentan situaciones encuadradas en alguno de los siguientes tipos:

A) conflictos por modificación en las condiciones de trabajo en los que no hay acoso ni atentado contra la dignidad: se trata de modificaciones de condiciones de trabajo que en lugar de ser recurridas en su día ante la Jurisdicción Social se dejan correr de modo que el trabajador o trabajadora en cuestión empieza a percibir de modo negativo toda su situación en la Empresa. Hay que insistir ante los propios trabajadores, sus representantes, sindicatos y abogados que el momento de actuar es cuando se produce la modificación de condiciones de trabajo y no esperar a que el trabajador entre en un cuadro mental nocivo por su percepción de la realidad. Además el no combatir el poder de dirección de la Empresa desde un primer momento posibilita nuevas actuaciones de la Empresa extralimitando su poder de dirección. El trabajador no puede hacer dejación de sus derechos y si no hay acuerdo posible en la Empresa se deben utilizar con carácter de normalidad las vías judiciales. Este tipo de denuncias entiendo que deben tener un filtro ya que no es adecuado que en Inspección de Trabajo se registren un elevado número de denuncias por acoso que no responden a este hecho.

B) Conflictos en los que se producen atentados contra la dignidad pero que no son tratos hostiles reiterados y sistemáticos por lo que no estamos ante la figura del acoso: un supuesto clásico que aparece en la doctrina jurisprudencial es la asignación al trabajador de funciones de inferior categoría y de escasa entidad en relación con la formación, experiencia y funciones del trabajador, sin justificación, de manera permanente (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 19-2-1996 y del Tribunal Supremo de 18-9 y 26-12 de 1990). También se ha de incluir en esta apartado la falta de ocupación efectiva que consiste en llevar al mayor extremo la falta de asignación de funciones a los trabajadores.

Se diferencian estos casos del anterior apartado A) en que aquí las modificaciones de condiciones de trabajo son por sí mismas atentatorias contra la dignidad. De este modo, las denuncias deben ser tratadas como atentados contra la dignidad pero no como acoso.

C) Conflictos en los que se produce un atentado reiterado y sistemático contra la dignidad del trabajador o trabajadora: este es el supuesto concreto del acoso ya que tal como establece la doctrina y la jurisprudencia (por todas sentencia del TSJ de la Rioja 312/2004 de 16 de noviembre) debe haber una intención de dañar y una efectiva producción del daño en la víctima mediante una conducta vejatoria de carácter injusto que se prolonga en el tiempo. En estos casos coinciden en que se producen todas o algunas de las siguientes características:

una importante o total merma de las funciones que venían desempeñando las personas hostigadas. Ello es un indicio fundamental para identificar el atentado contra la dignidad ya que nuestra Jurisprudencia ha establecido claramente que la asignación de funciones inferiores o poco relevantes de manera permanente y sin justificación supone un atentado contra la dignidad.

Un entorno de trabajo inadecuado. Espacios de trabajo pequeños. Mesas y sillas en malas condiciones, insuficiente iluminación, falta de ventilación, de ordenadores, teléfono, etc. En muchos casos antes de iniciar el hostigamiento las condiciones de trabajo no eran tan penosas.

255

Prohibiciones expresas (verbales, escritos, correos electrónicos) o veladas a los demás compañeros de trabajo de relacionarse con los hostigados o a éstos de relacionarse con los compañeros. También se observa en muchos casos que los trabajadores hostigados van quedando al margen por su propia situación de aislamiento.

El deteriorado estado de salud mental en que llegan los acosados a Inspección de Trabajo. Además de presentar todo un historial médico, en mayor o menor medida, de bajas por ansiedad-depresión ligadas a conflictos laborales, por los funcionarios actuantes observamos un comportamiento con signos de psicosis por parte de los agredidos: Crisis de llanto, relatos escritos interminables con letra abigarrada, desesperación, obsesión por su situación y por la persona de los presuntos acosadores. Esta obsesión se define médicamente como estado de rumiación.

2. Seguimiento administrativo de las actas de infracción:

En primer lugar hay que reseñar la dificultad de llevar a cabo un seguimiento completo del trámite administrativo y judicial de las actas pues ello está también en función de los tipos de recursos que se presenten por parte de las empresas.

En la mayoría de los supuestos las propuestas de sanción presentadas por la Inspección de Trabajo suelen ser confirmadas en las resoluciones de las Direcciones Generales de Trabajo de las CC.AA.

A partir de este momento los posibles recursos en el ámbito judicial dejan de ser competencia de las CC.AA, de modo que, según se me ha indicado, se desconoce por éstas el estado en que se puede encontrar el expediente en cuestión. Las CC.AA conocen de los procedimientos en el momento procedimental en que les corresponde resolver o en el supuesto de que hayan impulsado procedimiento de oficio en base a las actuaciones inspectoras.

Sí me parece importante reseñar la disparidad existente en el tratamiento por dos CC.AA diferentes de dos actuaciones inspectoras: en las dos se extendió acta de infracción por atentado contra la dignidad.

La primera de ellas motivó sentencia del TSJ de la CC.AA correspondiente confirmando que existía atentado contra la dignidad. El trabajador que denunció en su día ante Inspección de Trabajo, una vez finalizada la actuación inspectora se retractó ante la CC.AA indicando que ya no tenía nada contra la empresa. Es decir, resuelto el procedimiento judicial ya no le interesaba el administrativo. La CC.AA sin más anuló el acta de infracción.

En cambio, en otra CC.AA ante la retractación del trabajador denunciante, se pusieron en contacto con el Inspector actuante ya que entendían que los hechos eran graves y la retractación del trabajador no modificaba todo lo constatado por el Inspector actuante y tenían intención de procurar que la actuación de la Inspección de Trabajo no quedara desacreditada por un hecho a posteriori como es la retractación de alguien que previamente había considerado que se atentaba contra su dignidad.

Evidentemente, considero que esta segunda CC.AA actuó de manera más adecuada. Primeramente se observa, y es de agradecer, el interés en la actuación inspectora y en ponerse en contacto con el Inspector de Trabajo

actuante. A más abundamiento, los hechos constatados por el Inspector actuante van mucho más allá de lo alegado por el denunciante, como no puede ser de otro modo para extender un acta de infracción adecuadamente. Manifestaciones de testigos compañeros de trabajo, documentos claramente atentatorios contra la dignidad del trabajador, no pueden quedar en agua de borrajas por el simple hecho de que el trabajador obtenga una indemnización judicial o llegue a un acuerdo económico con la empresa. Incluso desmentir unos hechos que previamente se han alegado y han sido constatados por la Inspección de Trabajo, podría motivar responsabilidades para el propio denunciante puesto que está adoptando una actitud totalmente contradictoria.

En definitiva, lo acreditado por el Inspector actuante va mucho más allá de las declaraciones del trabajador. El atentado contra la dignidad se constató y entiendo no debe ser anulada el acta por la simple conveniencia del denunciante.

Finalmente indicar que en muchas ocasiones ni se recurren las actas debido al descrédito que puede suponer para la empresa verse inmersa en conductas atentatorias contra la dignidad o la intimidad. De este modo pagan, adoptan sus medidas y que el procedimiento se cierre cuanto antes.

257

4. Reflexión final y propuestas de mejora

Esperamos que tras la exposición del análisis de determinadas actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y teniendo en cuenta las conclusiones a las que se llegan, no quede ninguna duda de que, con independencia de la percepción subjetiva de los denunciantes, se puede lograr una visión objetiva del tipo de conflicto que se está produciendo en la empresa y de la necesidad de atajarlo a través de la investigación del mismo. Esta investigación tiene que empezar en la propia empresa, analizando las condiciones de trabajo existentes, pues no cabe ningún tipo de duda de que la organización del trabajo es un factor de riesgo, máxime cuando se producen ambientes de tensión, estresantes y no digamos ya los hostiles.

El actual criterio técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre acoso y violencia en el trabajo se hace eco de esta necesidad y supone así mismo la plasmación de una perspectiva de la

empresa y sus conflictos que, desde hace bastante tiempo, compartimos una serie de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

Mi intención es que este trabajo sirva para exponer no sólo los argumentos teóricos sino también los prácticos de este enfoque preventivo de los conflictos laborales en la empresa en torno a derechos fundamentales de los trabajadores.

Desde mi punto de vista, el riesgo psicosocial derivado de las relaciones interpersonales en el trabajo no surge únicamente por la presencia de un supuesto de acoso sino porque se producen atentados contra derechos fundamentales tales como la dignidad, intimidad y la integridad física y moral. Tal como refiere la Ley de Prevención de riesgos laborales en su artículo 15, en la planificación de la prevención hay que integrar la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. Asimismo dentro de las condiciones del art.4 de la misma Ley se incluyen todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

No debe caber duda, y menos a raíz de la sentencia del TC 160/2007, que un atentado contra la dignidad genera un riesgo psíquico que en la medida en que se produzca dentro del ámbito del poder de dirección de la empresa debe ser atajado por la misma aplicando medidas de prevención de riesgos laborales.

Como decía anteriormente queda camino por recorrer ya que actualmente, incluso en el año 2010, nos encontramos sentencias judiciales que aunque reconocen los actos atentatorios contra la dignidad reiterados, incluso con afectación física del trabajador, estiman a su vez que no concurre factor alguno que haga necesaria una evaluación de riesgos psicosociales, desligando así la prevención de riesgos laborales de los conflictos creados en la empresa en torno a la dignidad de sus trabajadores.

Sirva como ejemplo de lo que es la realidad el siguiente comentario:

María:

“María reconoce que el ambiente ha mejorado en la Empresa. Pero no para ella. Sus relaciones con Pedro, que sigue en su puesto, y con sus

compañeros son irrecuperables. Está al final de un proceso que le llevará a pactar la rescisión de su contrato. Va a conseguir un dinero, sí. Pero sabe que será difícil que vuelva a trabajar. No se va contenta. Siente que la han maltratado y que en realidad no se ha hecho justicia. Que es ella la que se va. Quiere consolarse pensando que al menos los siguientes estarán más protegidos. En parte, gracias a ella.

Se da la vuelta en la cama. Tiene 51 años. Piensa ¿inútil para trabajar? Se conformaría con que se desatara ese maldito nudo en su estómago.”

En mi opinión, este ejemplo no es más que una constatación de la definición que sobre la salud refiere la Organización Mundial de la Salud (OMS):

“la salud consiste en el triple equilibrio físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedad”.

4.1 Propuestas de mejora

1) La organización y ordenación del trabajo en las empresas es un factor que puede desencadenar riesgos psicosociales de todo tipo y por ello es totalmente imprescindible, además de obligatoria, la evaluación de riesgos psicosociales y planificación preventiva derivada de la misma.

Con el fin de que este hecho quede suficientemente claro sería conveniente que en la Ley de Prevención de riesgos laborales se incluyesen términos como riesgos ergonómicos y psicosociales, protección de la salud mental de los trabajadores y se tipificasen infracciones administrativas por provocar dichos riesgos causando daños sobre la salud de los trabajadores. Aunque pueda parecer obvio, en la actualidad muchos profesionales siguen negando o no viendo esta conexión y por ello sería deseable una normativa de prevención de riesgos psicosociales más específica y una formación en esta materia para los jueces y fiscales así como para los abogados.

2) Estudio de la conexión de los atentados a derechos fundamentales con la salud de los trabajadores tanto mental como física. Si se analizan las sentencias judiciales se observa que en muchos de los casos se produjeron daños para los afectados, por lo tanto no debe quedar duda de que la transgresión de derechos fundamentales en la relación laboral tiene consecuencias psicosociales.

3) Separación del atentado contra la dignidad del concepto mobbing: el atentado contra la dignidad reiterado es lo que constituye acoso, mejor que mobbing. En la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cara a la formación de los profesionales, lo hemos hecho así puesto que la base es la transgresión del derecho fundamental. En esta idea hay una gran coincidencia de los profesionales de distintos ámbitos (judicial, universitario, abogados, Inspectores de Trabajo) que hemos colaborado en el presente trabajo. No sólo el acoso genera perjuicios a los trabajadores sino que cualquier situación conflictiva derivada de una inadecuada organización y ordenación del trabajo ha de ser valorada judicialmente a efectos de posibles responsabilidades y resarcimientos por los daños y perjuicios causados a los trabajadores.

4) Estudio de los tipos infractores que posee la Inspección de Trabajo: las sanciones laborales sólo lo son para el acoso discriminatorio, el resto de posibles acosos hay que encajarlos en el atentado contra la dignidad o intimidad (art. 8.11 Liso). La definición legal de acoso es complicada y de hecho, en el ámbito social, no existe más que jurisprudencialmente. Si definimos, acotamos una conducta que puede ser muy variable.

5) Necesidad de impulsar el procedimiento de oficio por acoso y por discriminación por razón de sexo, así como en general atentados contra la dignidad, intimidad e integridad física, todo ello con independencia de los posibles tipos penales. La importancia radica en que la prueba para la inversión de la carga de la prueba la aporta el relato de hechos de la Inspección de Trabajo que goza de presunción de certeza. Así el proceso judicial se inicia con una prueba que procede de un órgano imparcial de la Administración y no de las partes interesadas en el procedimiento lo que es una garantía de imparcialidad y objetividad.

6) Necesidad de dar cauce a lo dispuesto en el art.301 de la Ley de Procedimiento Laboral, de modo que las sentencias sobre derechos fundamentales sean ejecutivas desde el momento en que se dicten, con independencia del recurso que contra ellas pudiera interponerse. Todo ello con el fin de evitar los perjuicios que se pueden ocasionar a los trabajadores que sufren estos atentados mientras la sentencia no sea firme, pues en su defecto, se puede agravar el padecimiento y trastorno de los afectados.

También es importante la referencia del artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral de modo que en el mismo escrito de interposición de la demanda por atentado contra derechos fundamentales el actor puede solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado. Al igual que en el punto anterior es una garantía para la salud de la persona demandante valorar por los Tribunales incluso la suspensión de la relación laboral si hay indicios de que se puede estar produciendo un atentado contra un derecho fundamental del trabajador o trabajadora, fundamentalmente la dignidad o la integridad moral.

7) Por último indicar que, desde mi punto de vista, las guías de trabajo para los jueces, fiscales y abogados deben ser elaboradas dentro de sus propias organizaciones, desde su posición concreta como operadores jurídicos. Por tanto, todas las pautas que se les den han de ser trasladadas a su actuación profesional por ellos mismos, realizando una labor de acogida de la óptica de los demás estamentos profesionales, pues esta es la base de la llamada interdisciplinarietà, necesaria para abordar la problemática de los riesgos psicosociales.

5. Bibliografía

- Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.
- Protocolos Daneses de Inspección de Trabajo sobre mobbing y acoso Sexual. Arbejdstilsynet:
mobning og seksuel chikane. Arbejdestilsynet. At-vejledning
kortlægning af psykisk arbejdsmiljø. Arbejdstilsynet. At-vejledning
- Inspection of the psychical working environment by the Danish Nacional working environment Authority. Dansk Arbejdstilsynet
- Directivas Comunitarias 2002/73/CE del Parlamento y del Consejo Europeo de 23 de septiembre de 2002, Directivas 2000/78/ CE y 2000/43/CE. Directiva de refundición de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2006/54/CE de 5 de julio.
- Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la Ordenación del tiempo de trabajo (DOCE del 18)

- Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE del 23)
- Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDLEG.1/1995 de 24 de marzo (BOE del 29-3)
- Método AIP de evaluación de riesgos psicosociales del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- Nota Técnica 476 del Instituto Nacional de Seguridad e higiene en el trabajo.
- Método ISTAS para la evaluación de riesgos psicosociales en el trabajo. Instituto Sindical de Trabajo, ambiente y salud (Osalan)
- El Acoso moral en el trabajo: evaluación, prevención e intervención. Instituto Vasco de Seguridad y Salud laborales (OSALAN)
- El acoso moral en el trabajo. Marie-France Hirigoyen (Editorial Paidós)
- Examen de actuaciones Inspectoras llevadas a cabo en el período 2002-2009

Comunidad de Madrid

Estudio del tratamiento jurisprudencial de los riesgos psicosociales en el TSJ Madrid (2009-2010)

1. La dimensión estadística: una aproximación Cuantitativa

La investigación sobre la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y la Audiencia Provincial de Madrid durante el año 2009 y 2010 nos permite hallar en materia de riesgos psicosociales 93 sentencias, que desglosaremos a continuación en un análisis cuantitativo y posteriormente, en un análisis cualitativo.

Año 2009: Jurisdicción Social: ACOSO MORAL “MOBBING”

263

Realizando un rastreo por la jurisprudencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de acoso moral o “mobbing” en los siguientes ámbitos:

· Lesión de Derechos Fundamentales:

Nº de Sentencias: 13 supuestos de acoso moral abarcándose algunos Derechos Fundamentales como los siguientes:

- Derecho a la Integridad Física y Moral
- Derecho de Libertad Sindical
- Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

Sentido del Fallo: De esas sentencias, dos resultan estimatorias (referentes a los dos primeros derechos), quedando las restantes desestimatorias.

· Despido:

Nº de Sentencias: 10 casos de situaciones de acoso en:

- Despidos procedentes.
- Despidos improcedentes.
- Despidos nulos.
- Despido Tácito.

· Sentido del Fallo:

- Despidos procedentes (Estimatorias: 1; Desestimatorias: 2).
- Despidos improcedentes (Desestimatorias: 3).
- Despidos nulos (Estimatorias: 1; Desestimatorias 2).
- Despido Tácito (Desestimatorias: 1).

· Extinción del contrato por voluntad del trabajador:

Nº de Sentencias: 8 sentencias nos traen a debate la existencia o inexistencia de acoso moral o “mobbing” en estos supuestos de extinción.

· Sentido del Fallo:

Estimatorias: 7

Desestimatorias: 1

· De Seguridad Social:

Nº de Sentencias: Nos podemos encontrar 7 sentencias que abarcan casos de “mobbing” en supuestos de:

- Accidente de trabajo
- Incapacidad Temporal
- Incapacidad Permanente

Sentido del Fallo: Todas resultan desestimatorias excepto dos casos de incapacidad temporal cuyo fallo resulta estimatorio.

· Del personal al servicio de la Administración General del Estado, al servicio de las Comunidades Autónomas y la Administración Local:

Nº de Sentencias: Hallamos aquí 4 sentencias sobre la presencia de acoso moral,

Sentido del Fallo: Resultando el fallo desestimatorio.

265

· Faltas y sanciones laborales:

Nº de Sentencias: Encontramos 1 sentencia tendente a revocar sanciones puestas por faltas muy graves contando con la existencia de una situación de acoso.

Sentido del fallo: desestimatorio.

Año 2009. Jurisdicción Contencioso-Administrativa: ACOSO MORAL “MOBBING”

Llevando a cabo un análisis de la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de acoso moral o “mobbing” en los siguientes ámbitos:

· Personal al servicio de la Administración General del Estado y al servicio de la Administración Local:

Nº de Sentencias: Tenemos 6 sentencias que versan sobre la presencia del “mobbing”.

Sentido del fallo: Resultando desestimatorias.

· Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas:

Nº de Sentencias: 1 sentencia que trata sobre un caso de acoso moral reclamándose responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sentido del Fallo: Sentido desestimatorio.

· Educación, Ciencia y Enseñanza:

Nº de Sentencias: 1 Sentencia en la que se aborda una situación de acoso moral de un profesor de percusión de una orquesta.

Sentido del Fallo: Resulta desestimatorio.

Año 2009. Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “Estrés Laboral”

Analizando la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de estrés laboral en los siguientes ámbitos:

· Personal al servicio de la Administración General del Estado: “Seguridad Pública y Privada”:

Nº de Sentencias: 6 sentencias que tratan situaciones de estrés y trastornos de ansiedad en este ámbito.

Sentido del Fallo: Desestimatorias: 5; Estimatorias: 1

· Personal al servicio de la Administración Militar:

Nº de Sentencias: 1 sentencia que versa del estrés y la ansiedad en este ámbito.

Sentido del Fallo: Resulta desestimatorio.

Año 2010. Jurisdicción Social: ACOSO MORAL “MOBBING”

Realizando un profundo análisis de la jurisprudencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de acoso moral o “mobbing” en los siguientes ámbitos:

· Daños y Perjuicios:

Nº de Sentencias: 1 sentencia de indemnización en concepto de daños morales por acoso laboral.

Sentido del Fallo: Resulta desestimatorio.

267

· Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador:

Nº de Sentencias: 6 sentencias nos traen a debate la existencia o inexistencia de acoso moral o “mobbing” en estos supuestos de extinción.

Sentido del Fallo:

Desestimatorio: 5

Estimatorio: 1

· Alta Dirección:

Nº de Sentencias: 1 sentencia que versa sobre la problemática existente entre trabajador y directivo por alegarse la existencia de “mobbing”.

Sentido del Fallo: Resultando desestimatorio.

· Despidos:

Nº de Sentencias: 7 supuestos de acoso en:

- Despido procedente
- Despido improcedente

Sentido del Fallo:

- Despido procedente (3 en sentido desestimatorio).
- Despido improcedente (Desestimatorias: 3; Estimatorias: 1).

· Administraciones Públicas:

Nº de Sentencias: 1 sentencia sobre acoso que sufre el personal laboral que presta servicios en el extranjero.

Sentido del fallo: Resultando en sentido desestimatorio.

· Derechos Fundamentales:

Nº de Sentencias: Tenemos 6 sentencias de casos de acoso que abarcan derechos como:

- Derecho a la Integridad Física y Moral
- Derecho al Honor y a la Intimidad Personal
- Derecho a la Libertad Sindical

Sentido del fallo: Todas con fallo en sentido desestimatorio, excepto la referente al Derecho de Libertad Sindical que es estimatoria.

· De Seguridad Social:

Nº de Sentencias: Tenemos 4 sentencias que abarcan situaciones de acoso en supuestos de:

- Incapacidad Temporal
- Incapacidad Permanente

Sentido del Fallo: Resultan desestimatorias.

Año 2010. Jurisdicción Contencioso-Administrativa: ACOSO MORAL “MOBBING”

Procediendo a un análisis de la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de acoso moral o “mobbing” en los siguientes ámbitos:

- Personal al servicio de la Seguridad Social y otras Instituciones:

Nº de Sentencias: 2 sentencias sobre la existencia de situación de acoso.

Sentido del Fallo:

- Estimatorias: 1
- Desestimatorias: 1

- Personal al servicio de la Administración Militar:

Nº de Sentencias: Encontramos 1 sentencia con un caso de “mobbing”.

Sentido del Fallo: Resulta desestimatorio.

Año 2010. Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “Estrés Laboral”

Analizando la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid, podemos encontrar la presencia de situaciones de estrés laboral en los siguientes ámbitos:

· Personal al servicio de la Administración Militar:

Nº de Sentencias: Tenemos 2 sentencias que tratan de casos de estrés y trastornos depresivos.

Sentido del Fallo: Resulta estimatorio en ambos casos.

· De Seguridad Social:

Nº de Sentencias: 1 sentencia sobre Invalidez Permanente.

Sentido del Fallo: Resultando en sentido estimatorio.

· Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (Sanidad):

Nº de Sentencias: Encontramos 1 sentencia de presencia de estrés en este sector.

Sentido del Fallo: Desestimatorio.

· Personal al servicio de la Administración General del Estado. Seguridad Pública y Privada:

Nº de Sentencias: 1 sentencia sobre un supuesto de estrés en el Cuerpo Nacional de Policía.

Sentido del Fallo: Resulta desestimatorio.

Año 2010. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID: Jurisdicción Penal:

ACOSO MORAL “MOBBING”

Llevando a cabo un análisis de la Jurisdicción Penal de la Audiencia Provincial de Madrid, encontramos 1 sentencia en la que el fallo resuelve imponiendo una condena por la comisión de un delito contra la integridad moral.

2. La dimensión valorativa: una aproximación cualitativa

A continuación, llevaremos a cabo un análisis cualitativo de toda la jurisprudencia vista en el análisis anterior, abarcando en primer lugar la doctrina jurisprudencial existente respecto al acoso moral “mobbing” y estrés laboral en las distintas sentencias estudiadas y posteriormente pasaremos a analizar los tres niveles de actuación (Prevención, Reparación y Sanción) presentes.

Doctrina Jurisprudencial

La Jurisdicción Social del TSJ de Madrid, viene destacando en reiteradas resoluciones que el acoso moral es objeto de un estudio pluridisciplinar en el que participan la psicología, la psiquiatría, la sociología y, cómo no, el Derecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el verbo acosar como acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona, por tanto el añadido al acoso del calificativo moral viene a incidir en que el acoso persigue conseguir el desmoronamiento íntimo, psicológico, de la persona. Cuando en la condición humana predominan los instintos, sin control por la razón, la perversión del hombre es capaz de generar los más abominables sufrimientos.

271

Resalta que se ha demostrado que hay ámbitos profesionales, especialmente propicios para el nacimiento y desarrollo de este fenómeno, como son el de la Administración Pública y el de la Enseñanza, en los que rigen, preponderantemente, principios de jerarquía, de rigurosa reglamentación y de acusado conservadurismo. En el fondo laten en el acosador instintos y sentimientos de envidia, de frustración, de exacerbado egoísmo, de celos, de miedo, de rivalidad y, muy particularmente, de narcisismo, lo que genera graves problemas de convivencia y produce lesiones psíquicas en la persona del acosado deteriorando la normal integración en el seno de la empresa conducente a un absentismo laboral por baja médica que trastorna el normal desarrollo del trabajo y la consiguiente carga para las arcas de la Seguridad Social: Efectos que trastocan el entorno familiar, laboral y social, del acosado.

No han faltado los intentos de acotar el concepto de “mobbing”, pudiendo destacarse (en vista del análisis realizado de las diversas sentencias al respecto en 2009 y 2010) los tres que siguen:

a) El de quienes entienden que se trata de una forma característica de estrés laboral en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

b) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el “mobbing” el 14 de mayo de 2001 como un 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 o el efecto de hacerle el vacío.

c) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral. Sus elementos son, pues, los siguientes:

1.-Presión. Para que pueda hablarse de “mobbing” es necesario que se ejerza una presión y que la víctima sienta esa presión. Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque.

2.-Laboral. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo, lo que implica que debe ser cometida por miembros de la empresa.

3.-Tendenciosa. Lo que significa que la presión laboral debe responder a un plan, explícito o implícito. Dicho plan requiere una permanencia en el tiempo; para que se pueda hablar de un comportamiento tendente a algo es necesario que se repita a lo largo de un período, pues de lo contrario estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de “mobbing”.

Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrinconan) en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión.

Se hace alusión en diversas sentencias a la corriente de pensamiento establecida por Cristóbal Molina Navarrete, disponiendo que el acoso laboral precisa de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea ésta de un superior o de un compañero -acoso vertical y horizontal- que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional. A veces, las prácticas de acoso u hostigamiento suponen un estilo de gestión que busca la clave del éxito empresarial en la obediencia al jefe o líder de la organización. Se trataría de una forma de dominio sobre las personas, erradicado en el mundo civilizado, en la que el poder ha de ocultarse para poder seguir ejercitándose.

273

Intencionalidad y sistemática reiteración de la presión son requisitos necesarios para poder hablar de acoso moral en el trabajo, en el que, a semejanza del reino animal, miembros débiles de una misma especie se coaligan contra un individuo más fuerte al que, por diversos motivos, se ataca y excluye de la Comunidad.

Se destaca también en la jurisprudencia analizada, que no toda actitud de tensión en el desarrollo de la actividad laboral puede merecer el calificativo de acoso moral. Hemos de distinguir lo que es una conducta de verdadera hostilidad, vejación y persecución sistemática de lo que puede ser la exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, o un ejercicio no regular del poder directivo empresarial, pero que no pretende socavar la personalidad o estabilidad emocional del trabajador. No puede, en su consecuencia, confundirse el acoso moral con los conflictos, enfrentamientos y desentendidos laborales en el seno de la empresa por defender los sujetos de la relación laboral intereses contrapuestos. El conflicto, que tiene sus propios cauces de solución en el Derecho del Trabajo, es inherente a éste, al menos en una concepción democrática y no armónica de las relaciones laborales. Se ha llegado a afirmar que el conflicto es “una patología normal de la relación de trabajo”.

Tampoco el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad del empleo y la falta de estabilidad laboral, debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado. Ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española que se pueden ver violados por el acoso moral son, principalmente, la dignidad de la persona, como presupuesto básico de tales derechos, pero, también, su libertad personal, su integridad física y moral, su intimidad, su honor y, asimismo, otros valores, constitucionalmente protegidos, como son el de la salud laboral y el de la higiene en el trabajo. En España, en el ámbito regulado por el Derecho del Trabajo, no puede decirse, con exactitud, que se carezca de una normativa que permita sancionar el acoso moral como atentado a la dignidad de la persona.

Este derecho a la dignidad personal aparece reconocido, en la Ley ordinaria, concretamente en el art. 4-2-c) del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce como derecho básico del trabajador el del “respeto a la consideración debida a su dignidad”. Este reconocimiento de la dignidad del trabajador se recoge, asimismo, en los arts. 18, 20-3 y 39-3 del Texto Estatutario Laboral.

Se incide en que en el acoso moral lo que se advierte, en todo caso, es un desprecio hacia la persona del acosado, al que se humilla injustamente, haciéndole víctima de una íntima coacción psicológica de todo punto inadmisibles y facilitando, con ello, el aislamiento de esa persona que sufre, consecuentemente, un claro demérito en la normal convivencia con los demás.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa del TSJ de Madrid, hace bastante hincapié en una figura que ya hemos dejado ver en cierta medida anteriormente. Se trata del “bossing” como variante del acoso moral en el trabajo que se produce por personas en relación de superioridad con

el afectado. Tales prácticas no se desarrollan entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. En concreto, se ha afirmado que una de las prácticas de “bossing” consiste en la “política de empresa” de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización, de reducción de personal, etc., o con el simple objetivo de eliminar trabajadores incómodos.

Recientemente el término ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como “un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a 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”. Entre las conductas de persecución psicológica o acoso moral se encuentran las que pretenden atentar contra la reputación de la víctima (ridiculizándola públicamente por múltiples causas), contra el ejercicio de su trabajo (encomendándole tareas de excesiva dificultad, o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados de su tarea) o, manipulando su comunicación e información con los demás compañeros o sus superiores”.

275

El fracaso en el afrontamiento de las situaciones y en el control de la ansiedad desencadena una patología propia del estrés que resulta del fallo de los mecanismos adaptativos del individuo a su entorno, y no todos los sujetos que se someten a situaciones estresantes desarrollan trastornos, por lo que es necesaria la concurrencia de otros factores entre los que se invoca la vulnerabilidad personal biológica y/o psicológica. Uno de los graves obstáculos para atajar el mobbing es que puede resultar de muy difícil objetivación porque aparecen implicadas, por un lado, las intenciones de los presuntos agresores con sus conductas y, por otro, la atribución que, de esas intenciones realiza el trabajador afectado, coincidiendo los expertos en salud mental en afirmar que en la problemática en que se puede ver envuelta la víctima, el objeto de análisis lo constituye la realidad psicológica del trabajador afectado.

Desde el punto de vista jurídico es cierto que los hechos que configuran el acoso moral que un trabajador puede padecer en su puesto de trabajo, son difíciles de probar por la víctima dado que el “mobbing” suele presentarse acompañado de un clima de aislamiento respecto de los

propios compañeros, y concretarse en actos continuos de hostigamientos que poco a poco van minando la autoestima del trabajador, pero que son sólo valorables globalmente y por tanto su delimitación y constatación es una ardua o imposible tarea.

LAS DIFERENTES VÍAS DE TUTELA

Se hace alusión en distintas sentencias al artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que hace referencia al derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, existiendo un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Es cierto que en una línea de vinculación entre el deber de protección y los derechos fundamentales, se afirma que: “en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (artículo 15), lo mismo que el derecho a la salud (artículo 43), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2)”.

La lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, y que esa normativa protectora que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales representa es “desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física del trabajador”(artículo 15 de la Constitución).

· La tutela reparadora

Aquí se hace referencia a la caracterización del daño moral. En las sentencias analizadas se indica que sobre el perjuicio y daño moral, se expresa que lo comparten todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado por el acaecimiento de una conducta

ilícita y, que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica. Puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum” económico; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico.

No puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable.

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible que emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora. No es dudoso que habiéndose acreditado una situación de acoso laboral en los términos indicados, esta situación produce un sufrimiento psíquico que constituye un daño moral, y que como tal es de muy difícil cuantificación.

También se alude en la jurisprudencia, que para el caso de incumplimiento por el empresario de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y siempre que se trate de un incumplimiento contractual grave, se establece -art. 50 ET -, que el trabajador podrá instar la resolución del vínculo por alguna de las causas contempladas en el propio artículo, con derecho a percibir las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Así, el art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores establece como causas justas para que prospere la pretensión del trabajador de rescisión

del contrato de trabajo, además de “las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad” y de “la falta de pago o retrasos continuados en el abono de salario pactado” -art. 50.1 apartados a) y b)-, “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor” (art. 50.1.c ET). Y aquí se ha de señalar que por el juzgador debe valorarse exclusivamente si el incumplimiento es o no trascendente en relación a la obligación empresarial y, a tal fin, han de conjugarse criterios objetivos.

· La tutela sancionadora

Desde el punto de vista sancionador, según las sentencias estudiadas, el acoso moral merece distintas respuestas:

a) En primer término, cabría hablar de una responsabilidad administrativa -sanción- a imponer por la Inspección de Trabajo al empresario que desencadena o consiente el acoso del trabajador.

No cabe duda que, de acuerdo con la Ley de infracciones y sanciones del Orden Social - RD 5/2000, de 4 de agosto- el acoso moral ha de encuadrarse en su art. 8-11 que describe como infracción muy grave, sancionable con multa de 3.005 ,77 a 90.151,82 euros “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”.

b) En segundo término, puede establecerse una responsabilidad empresarial con el recargo en las prestaciones económicas a satisfacer por la Seguridad Social en los casos de Incapacidad Temporal y de Invalidez Permanente derivadas del acoso moral.

En los supuestos de acoso moral horizontal, el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario contra el acosador.

c) Finalmente, cuando la situación de acoso moral revista extraordinaria gravedad se puede utilizar, también, la vía penal que comentamos a continuación:

Ateniéndonos a lo que nos dice la Jurisdicción Penal de la Audiencia Provincial de Madrid, el delito de acoso moral constituye una categoría

de los que se denominan delitos permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuricidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, como situación que adquiere, se mantiene y se consolida en el ejercicio constante, por lo que no puede efectuarse separación temporal alguna en la actividad delictiva. Así, en el delito permanente la realización de la conducta típica se prolonga en el tiempo más allá de la inicial consumación.

El delito de acoso moral en el trabajo, fenómeno conocido en la terminología anglosajona como “mobbing”, encuadrable en el apartado 1º del art. 173 del Código Penal en el que se castiga al que “infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”, en concurso ideal del art. 77 con un delito de lesiones psíquicas del art. 147.1 del C.P.

Respecto a la excepción de cosa juzgada como garantía de todo acusado a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, debemos señalar aquí, de acuerdo a la jurisprudencia analizada, que la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el art. 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y, especialmente, la integridad moral de las víctimas, quedando excluido el principio *non bis in idem*, porque el art. 173 establece que las penas se impondrán “sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia”, pues los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.

El acoso moral en el trabajo como ya hemos ido viendo a lo largo de todo el análisis, viene definido como una situación en donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente, se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicosomáticas de ansiedad y lograr que finalmente esa persona o personas, al no poder soportar el estrés al que se encuentran sometidos, acaben abandonando el lugar de trabajo.

Efectivamente el acoso moral o trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial, infligir a una persona un trato degradante, y un resultado, menoscabando gravemente su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión trato degradante que parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque.

Por trato degradante habrá de entenderse, “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”.

El concepto de atentado contra la integridad moral, comprende los siguientes elementos según la jurisprudencia de la Audiencia Provincial:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, que puede consistir en un cúmulo variado de actuaciones que comportan una humillación o vejación.
- b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto pasivo, pudiendo ser sintomatología psiquiátrico-psicológica del mismo.
- c) Una cierta intensidad del comportamiento degradante o humillante con una cierta continuidad en el comportamiento del acosador, sin necesidad de que los actos sean idénticos, ni de la misma intensidad, debiendo mantenerse durante un plazo de tiempo prolongado, para que efectivamente produzca una perturbación anímica en quien los sufre.
- d) Intencionalidad de la conducta vejatoria, deducible de los actos objetivos externos del acusado.
- e) Que entre el daño psicológico producido y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación, exista una clara y patente relación de causalidad.

Estudio internacional comparado

I. Introducción

La influencia del entorno de trabajo sobre la salud psíquica provoca una serie de patologías como estrés, ansiedad o depresión que suponen en la actualidad una de las principales causas de incapacidad laboral y, según la opinión de organismos internacionales como la OIT o la OMS, se prevé que esta tendencia se intensifique en un futuro próximo¹⁸⁰. En efecto, aunque se trate de riesgos que, en mayor o menor grado, siempre han existido, su incidencia no ha tenido un reflejo en las estadísticas oficiales ni, consecuentemente, han sido una prioridad en la acción preventiva desarrollada por los agentes sociales o los organismos especializados. En la actualidad, sin embargo, se perciben como uno de los principales riesgos laborales emergentes derivados, principalmente, de los cambios que se han producido en el mundo del trabajo, tanto en lo que se refiere a su gestión y organización (precariedad en el empleo, falta de control sobre la actividad, impacto de las nuevas tecnologías) en una economía globalizada, como en lo relativo a su propio contenido y, también, del modo en que se produce su interacción con factores de índole personal. Su progresiva relevancia jurídica debe, por tanto, a las importantes repercusiones de estos riesgos sobre la salud mental de la población trabajadora, pero también a los costes que, consecuentemente generan para los sistemas públicos de protección social y para las propias empresas, que ven sensiblemente mermados sus niveles de productividad.

281

El grado de concienciación social existente en la actualidad en torno a la incidencia sobre la salud de los trabajadores de patologías de naturaleza psicosocial, siendo importante, no ha encontrado hasta la fecha, sin embargo, una proyección adecuada en el plano jurídico-normativo. En este sentido, puede afirmarse que estamos aún lejos de contar con un tratamiento conjunto e integral de los riesgos psicosociales. Antes al contrario, nos encontramos con incipientes mecanismos de protección

¹⁸⁰ Este hecho ya fue advertido en su día en el Informe del Comité Mixto OIT/OMS sobre Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención de 1984. Más recientemente v, entre otros, el Informe de la OIT La salud mental en el trabajo, Ginebra, 2000, donde se estima en torno a un 10% la población trabajadora afectada por patologías mentales.

que se caracterizan por propiciar una tutela fragmentaria y desigual ante este tipo de fenómenos, centrada únicamente en determinados riesgos (acoso moral y sexual, principalmente), y concretada en regulaciones incompletas y asistemáticas.

De este modo, fenómenos de tanta trascendencia social como el acoso moral en el trabajo u otros de similar naturaleza han venido poniendo en cuestión la idoneidad de un marco de protección jurídica que, tradicionalmente, ha sido diseñado para afrontar la prevención y reparación de daños estrictamente derivados de riesgos físicos. Una muestra significativa de las deficiencias existentes al respecto la encontramos en el sistema de protección social, donde el tratamiento de este tipo de patologías en el contexto de las contingencias profesionales dista mucho de ser coherente con las exigencias específicas planteadas por las mismas. Por su parte, tampoco en el plano preventivo, a pesar de la amplitud con la que se configuran conceptualmente los riesgos laborales (lo que daría lugar a entender comprendidos en ellos a los de naturaleza psicosocial), podría decirse, sin embargo, que ello haya fructificado en el desarrollo en la práctica acciones preventivas específicas, debido quizá a la falta de explicitud legal al respecto.

Con todo, y a pesar de que, el grado de juridificación de fenómenos de esta naturaleza es variable, se aprecia un interés creciente en distintas instancias supranacionales que ha fructificado en regulaciones legales específicas en determinados ordenamientos nacionales, especialmente, en el ámbito europeo y en el latinoamericano. Sería conveniente, por tanto, realizar un repaso al modo en el que se han llevado a cabo tales experiencias pues, en última instancia, serán los referentes a tener en cuenta para acometer adecuadamente una futura regulación de la materia en nuestro país.

II. El tratamiento de los riesgos psicosociales laborales en el Derecho Internacional, Comunitario y Comparado

1. Panorama general

En un contexto de creciente interés en torno a la problemática relativa a la violencia en el trabajo, los riesgos psicosociales y, principalmente, el

mobbing o acoso moral en el trabajo ha sido, sin duda, uno de los focos de atracción preferente en el ámbito de las relaciones laborales, fruto de su indudable trascendencia social como se refleja en el importante eco mediático suscitado al respecto. No en vano, estamos ante conductas que suponen un ataque frontal a las más básicas reglas de convivencia humana, donde se ponen en cuestión bienes tan relevantes como la dignidad humana y la preservación de la integridad física, psíquica y moral del individuo y donde, por otra parte, se proyecta sobre la víctima y todo su entorno laboral un intolerable modo de concebir las relaciones en la empresa, carente de toda ética y desconocedor de la consideración debida al trabajador como persona. Las diferentes manifestaciones de violencia laboral provocan consecuencias demoledoras para la salud psíquica de los trabajadores. Por ello, desde instancias internacionales especializadas, como la OIT, se han adoptado iniciativas tendentes a promover la existencia de mecanismos preventivos y de tutela para hacer frente a esta problemática. En esta línea, a aún con un alcance limitado, merece reseñarse el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre Violencia en el Trabajo en el Sector de los Servicios (2003), donde se incluyen medidas específicas para combatir este tipo de conductas. A pesar de se trata de un documento sin fuerza jurídica, se configura como un válido referente para el legislador nacional a la hora de afrontar una eventual ordenación de la materia. Entre las medidas concretas que promueve destacan las relativas a la identificación y delimitación del fenómeno, la evaluación del mismo como riesgo laboral y la necesaria adopción de medidas preventivas y asistenciales.

Asimismo, claramente favorable a esta intervención se manifiestan diversas iniciativas planteadas a nivel comunitario. Entre ellas, destaca la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo de 20 de septiembre de 2001 que, partiendo de la incipiente regulación de la materia en algunos de los Estados miembros, insta a una generalización de la intervención normativa en toda la UE, incluso a través de la utilización de sus propios instrumentos normativos (v. p. nº 13). En la misma línea se pronuncia el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo, publicado en febrero de 2003, tras constatar que el acoso moral constituye el fenómeno de violencia más extendido en el mundo del trabajo. De hecho

un estudio cuantitativo realizado por ese mismo organismo en el año 2000, contenido en la Tercera Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo establece una tasa de incidencia media del 8% en el conjunto de la población laboral de la UE.

En este sentido, partiendo de los resultados obtenidos en la estrategia comunitaria anterior (desarrollada durante el período 2002-2006)¹⁸¹, donde se hacía referencia a la necesidad de “promover un verdadero bienestar en el trabajo –físico, moral y social-, que no se mida únicamente por la ausencia de accidentes o enfermedades profesionales”, la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)¹⁸² afronta con mayor decisión la problemática de la promoción de la salud mental en el trabajo (ap. 7.2) y, consecuentemente, incluye la identificación y estudio de los riesgos psicosociales como una de las líneas de investigación prioritarias en el marco de la UE (ap. 7.1).

No puede decirse, sin embargo, que hasta la fecha la intervención normativa de las instancias comunitarias al respecto haya respondido adecuadamente a las exigencias planteadas por esta problemática. En efecto, lejos de afrontar la construcción de un marco normativo que abarcara el fenómeno en toda su dimensión, dicha intervención ha quedado limitada a la regulación del llamado “acoso discriminatorio”, lo que supone, sin duda, un tratamiento tangencial del mismo, pues sólo tiene en cuenta su incidencia desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, dejando al margen los supuestos, más frecuentes, donde no se aprecie una vulneración del mismo. Ello se explica por el hecho de que el referido tratamiento no afronta directamente la problemática del acoso como tal, sino que se efectúa en el contexto de las recientes directivas sobre igualdad. Nos referimos, concretamente, a la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a un Marco General para la igualdad de trato en el empleo; y la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del

181 V. Informe sobre la evaluación de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006 (SEC(2007) 214).

182 Comunicación de 21/02/07 (COM(2007) 62 final), de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, dirigida a mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012).

Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Por su parte, en el ámbito del Derecho Comparado se observa, en general, una creciente sensibilidad sobre la necesidad de intervenir normativamente en la ordenación de esta materia. Así, a nivel europeo, al margen de los países que ya cuentan con una regulación al respecto, como Suecia¹⁸³, Noruega¹⁸⁴, Finlandia¹⁸⁵, Reino Unido¹⁸⁶, Francia¹⁸⁷ o Bélgica¹⁸⁸, nos encontramos con otros, como Italia¹⁸⁹, donde van surgiendo algunas iniciativas legislativas de interés. Finalmente, hay países, como España, en los que el tratamiento normativo específico no resulta satisfactorio, pues queda circunscrito al acoso discriminatorio, de modo que la protección frente a este tipo de riesgos depende del modo en el que se proceda, en cada caso, a su integración en el marco general existente¹⁹⁰.

Particularmente interesantes resultan, asimismo, los ensayos de regulación jurídica llevados a cabo en Latinoamérica, donde, de forma paulatina, se va tomando conciencia de la necesidad de proteger a los trabajadores frente a fenómenos de esta índole. Especial atención merece, por su carácter integral, el caso de Colombia, donde mediante la legislación recientemente aprobada¹⁹¹ se trata de incidir sobre las distintas esferas en las que se proyecta el fenómeno del acoso moral, especialmente, la preventiva y la sancionadora. En el mismo sentido, es destacable la experiencia venezolana, concretada en la Ley de Prevención,

183 Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21 de septiembre de 1993.

184 V. *The Working Environment Act*, modificada por ley de 17 de junio de 2005.

185 V., en este sentido, la reforma de la *Occupational Safety and Health (OSH Act)*, en vigor desde el 1 de enero de 2002.

186 Ley de 21 de marzo de 1997, de Protección frente al Acoso (*Protection from Harassment Act*), que establece sanciones penales; junto a ella, también constituyen referentes en la materia, la *Dignity at Work Act* y, en general, la *The Management of Health and Safety at Work Regulations* de 1999.

187 Ley 2002-73 de 17 de enero de 2002, de Modernización Social, Cap. IV.

188 Ley de 4 de agosto de 1996, relativa al bienestar de los trabajadores con ocasión de la ejecución de su trabajo, completada y desarrollada por el Decreto de 12 de junio de 2002, relativo a la protección contra la violencia, el acoso moral y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo, modificada, a su vez, por Decreto de 16 de junio de 2007.

189 Ley de la Región del Lazio de 14 de marzo de 2001 y varios proyectos de ley a nivel nacional.

190 Que, en nuestro caso, se sustentaría sobre la base de los arts. 4, 15.1 d) y g) de la LPRL.

191 Ley n° 1010 de 2006.

Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo¹⁹². En ella, partiendo de un concepto omnicompresivo de los riesgos laborales, se apuesta claramente por incluir, además de los físicos, a los de naturaleza psicosocial, imponiendo la correspondiente obligación a trabajadores y empresarios de adoptar medidas para prevenir y evitar prácticas como el acoso moral en el trabajo. De forma complementaria, las lesiones psíquicas causadas por este tipo de patologías van a tener la consideración de accidentes de trabajo, siempre y cuando quede acreditada su etiología laboral. En cualquier caso, al encuadrarse la protección frente al acoso en el ámbito de las obligaciones preventivas a cargo de la empresa, no sería necesaria la producción del daño para constatar la existencia de un incumplimiento de las mismas, bastando con la mera exposición de los trabajadores a cualquiera de los factores de riesgo de esta naturaleza.

Este proceso de juridificación no está exento de dificultades, como lo demuestra la experiencia argentina, en donde tras un largo debate acaba de fructificar una regulación general al respecto, la Ley de Violencia Laboral¹⁹³. En contraste con ello, sin embargo, habían logrado aprobarse con anterioridad regulaciones específicas en el ámbito provincial, tales como la Ley sobre Violencia Laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁹⁴, la Ley de la Provincia de Buenos Aires¹⁹⁵, la Ley de la Provincia de Misiones¹⁹⁶, la Ley de Provincia de Tucumán¹⁹⁷ o la Ley de la Provincia de Santa Fe¹⁹⁸. El alcance limitado de estas leyes (que en ocasiones se dirigen a ámbitos específicos como el empleo público) no obsta para que sea destacado el grado de perfeccionamiento técnico de sus respectivos contenidos.

Algo similar ha ocurrido en Brasil, donde se constata la existencia de algunas iniciativas de interés, pero de alcance limitado, como la Ley del Estado de Sao Paulo¹⁹⁹, la Ley del Estado de Río de Janeiro²⁰⁰, o la Ley

192 Ley Orgánica n° 38.236, actualizada y publicada el 26 de julio de 2005.

193 Ley n° 12.434 (2005).

194 Ley n° 1.225, de 5 de enero de 2004.

195 Ley n° 13.168

196 Ley n° 4.148, de 9 de diciembre de 2004.

197 Ley n° 7.232 (2002)

198 Ley n° 12.434, de 7 de julio de 2005.

199 Ley n° 13.288, de 10 de enero 2002, sobre la aplicación de penas por acoso moral en las dependencias de la Administración Pública, y, más recientemente, la Ley Contra el Asedio Moral de 2007.

200 Ley n° 3921, de 23 de agosto de 2002, contra el acoso moral en el trabajo.

de Río Grande de Sul²⁰¹. Ello no supe, sin embargo, el inconveniente derivado de la ausencia de una norma federal en esta materia debido a la no aprobación de los proyectos presentados hasta la fecha. Por último, hay un grupo de países, como Chile, México, Puerto Rico o Uruguay, donde se perciben ensayos de regulación de cierto interés. En este último país, sin embargo, el Proyecto de Ley sobre Faltas Laborales Graves de 12 de abril de 2000, a pesar de su propósito de buscar fórmulas con las que atajar este tipo de fenómenos, en la medida en que tipifica como falta grave la violencia moral en el trabajo, su incidencia, sin embargo, queda limitada al plano sancionador. Por otra parte, entre los diferentes riesgos psicosociales susceptibles de ordenación, en este país sólo ha sido objeto de regulación específica hasta la fecha el acoso sexual²⁰².

Finalmente, hay que hacer mención a otras experiencias en las que la protección frente a los riesgos psicosociales ha tenido distinto alcance, como la australiana, donde tras realizar diversos estudios gubernamentales en la materia²⁰³, se ha completado la normativa preventiva general²⁰⁴, mediante la actividad normativa desarrollada en algunos estados²⁰⁵ dirigida a incluir a aquéllos en su ámbito de protección; la de Nueva Zelanda, donde la legislación general²⁰⁶ ha sido reformada a tales efectos²⁰⁷; o, finalmente, la de Quebec (Canadá), donde se ha realizado una completa regulación de los aspectos preventivos y paliativos ligados a esta problemática²⁰⁸.

2. Los instrumentos de regulación frente a la violencia en el trabajo

Aparte de los instrumentos de naturaleza heterónoma, es decir, de las distintas manifestaciones normativas del poder estatal que han regulado en menor o mayor medida los aspectos vinculados a determinados riesgos psicosociales, nos encontramos con otros, de carácter autónomo, que coadyuvan de forma notable en el proceso de juridificación de los

201 Ley n° 12.561 de 2006.

202 V. Ley 18.561, de 18 de agosto de 2009, sobre Acoso Sexual. Normas para su prevención y sanción en el ámbito laboral y en las relaciones docente-alumno.

203 Como el informe "Mental Health and Work" de 2002.

204 Es decir, la Workplace Health & Safety Act de 1995.

205 Por ejemplo, en Victoria, con la Occupational Safety and Health Act de 2004, o en South Australia, mediante una ley de 15 de agosto de 2005.

206 Ley de Empleo, Salud y Seguridad (HSE Act) de 1992.

207 Mediante una nueva legislación aprobada en el año 2002.

208 V. la Workplace Psychological Prevention Act de 2004.

mecanismos de tutela frente a estos fenómenos. De este modo, y teniendo en última instancia como referentes comunes a las normas y estándares supranacionales en materia de Seguridad y Salud Laboral y de igualdad de trato y prohibición de discriminación, nos encontramos con experiencias concretas donde el protagonismo regulador ha sido asumido, bien por la negociación colectiva, bien por las propias empresas a través de los distintos instrumentos vinculados a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Indudablemente, se trata de iniciativas de enorme interés, no sólo porque permiten adaptar los mecanismos de protección a las particularidades de cada empresa o sector de actividad, sino porque propicia la toma de conciencia de los agentes sociales y de las propias empresas respecto a la necesidad de afrontar la problemática generada por los riesgos psicosociales, implicándose directamente en la búsqueda de soluciones al respecto.

En este sentido, como ejemplos cualificados de las iniciativas adoptadas en el ámbito del diálogo social europeo, destacan, por un lado, el Acuerdo Comunitario sobre Estrés Laboral de 8 de octubre de 2004²⁰⁹, y por otro, el Acuerdo sobre el Acoso y Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007²¹⁰. Asimismo, hay que señalar en esta línea que la transposición a los respectivos ordenamientos nacionales de estos acuerdos se ha llevado a efecto, en la mayoría de los casos, mediante instrumentos colectivos, principalmente, acuerdos interprofesionales negociados al más alto nivel²¹¹ y con vocación de extender sus efectos de manera generalizada en todos los ámbitos de negociación. De este modo, en las diferentes experiencias comparadas de nuestro entorno, se aprecia un creciente interés al respecto por parte de los interlocutores sociales, lo que se plasma, tanto en la progresiva incorporación de esta materia al contenido de los convenios colectivos, como en la adopción de acuerdos específicos²¹²

209 Publicado como anexo al AINC de 2005 (BOE de 16/03/2005).

210 Publicado como anexo al AINC de 2007 (BOE de 14/01/2008). Un comentario sobre el mismo, en CAVAS MARTINEZ, "El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo", AS-II/2007, pp. 9 ss. Igualmente, un detenido análisis del mismo, en MOLINA NAVARRETE, *El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo: Claves para su aplicación práctica en el ANC*, Bomarzo, Albacete, 2008.

211 En nuestro país, dicha transposición se ha llevado a efecto mediante los Acuerdos Interfederales para la Negociación Colectiva de 2005 y de 2008, respectivamente. Asimismo, en Italia el instrumento utilizado a tales efectos ha sido el "Accordo Interfederale per il recepimento dell' Accordo Quadro Europeo sullo Stress Lavoro", de 8 de octubre de 2004.

212 De este modo, en la experiencia francesa, destacan significativos ejemplos, como el Acuerdo sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de marzo de 2010, o las referencias contenidas al respecto en el Acuerdo relativo a la salud en el trabajo de 26 de enero de 2010 y en el Acuerdo relativo a los trabajadores mayores de 4 de diciembre de 2009.

Por su parte, la potencialidad ordenadora de los instrumentos de RSC está fuera de toda duda²¹³, en la medida en que es la propia empresa la que asume el compromiso de adoptar medidas para afrontar esta problemática, y no sólo respecto de sus trabajadores, sino también de aquellos otros vinculados a las empresas con las que mantiene relaciones mercantiles, tales como subcontratistas, proveedores o fabricantes. De este modo, mediante los instrumentos más tradicionales, como los Códigos de Conductas²¹⁴, Códigos Éticos o Códigos de Buenas Prácticas²¹⁵, o los más novedosos, como los Acuerdos Marco Globales o los Pactos Mundiales, se propicia la extensión de las medidas adoptadas en la materia, especialmente, en aquellos ámbitos territoriales caracterizados por la inexistencia o inoperancia de una regulación estatal o colectiva que pudiera garantizar la efectividad de unos estándares mínimos de protección.

III. Los riesgos psicosociales protegidos de modo específico

1. El acoso moral en el trabajo

289

El acoso moral en el trabajo constituye, sin duda, el fenómeno que mayor atención ha suscitado en la experiencia comparada, siendo en ocasiones el único riesgo psicosocial, junto con el acoso sexual, que ha merecido un tratamiento normativo específico (bien, mediante leyes especiales, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos ya reseñados de Bélgica, Reino Unido o Colombia, bien a través de reformas de la normativa

213 En este sentido, v. el Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa, de 25/07/2001 (COM (2001) 366), especialmente, el apartado 2.1.2, referido a la dimensión interna de la RSC y dedicado específicamente a las medidas a adoptar en materia de salud y seguridad en el trabajo.

214 Como referentes al respecto para las empresas, pueden citarse el "Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en los lugares de trabajo", incluido como anexo en la Recomendación de la Comisión 92/131, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

215 Sobre el tema, vid. RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., "Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso", en la obra CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 121-154. Un exhaustivo estudio de este tipo de instrumentos desde la óptica comparada, en ZARZALEJO CARBAJO, "El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): Concepto y responsabilidad jurídica", en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada, 2007; págs. 1 ss., (esp. pp. 7-8).

general, como es el caso de Francia²¹⁶, Suecia²¹⁷, Irlanda²¹⁸, Dinamarca²¹⁹, Holanda²²⁰, Noruega²²¹, Suiza²²², Finlandia²²³, Australia²²⁴ y Quebec²²⁵ en Canadá), sin contar con el hecho de que existen muchos países donde éste no se ha llevado a efecto o se ha hecho de modo parcial e incompleto (entre ellos, y de forma significativa, España e Italia²²⁶). Con todo, no puede decirse que este interés se haya traducido siempre en una regulación satisfactoria desde la perspectiva de la efectividad de las medidas adoptadas para afrontar adecuadamente el problema. Antes al contrario, nos encontramos con regulaciones más o menos incisivas al respecto en función, principalmente, del carácter más o menos completo con el que se ha afrontado el tratamiento de las diferentes esferas de normatividad sobre las que se proyecta el fenómeno.

216 V. Ley 2002/73, de 17 de enero, de modernización social, esp. su Capítulo IV ("Lutte contre le harcèlement moral au travail") modifica el Código de Trabajo (concretamente, en los arts. 122-49 a 122-53) e incluye un nuevo tipo delictivo en el Código Penal francés (art. 222-33-2), denominado "Du harcèlement moral".

217 Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21 de septiembre de 1993.

218 V. la Ley de Seguridad, Salud y Bienestar en el trabajo de 1989, la Ley de Relaciones Laborales de 1990 y la Ley de Igualdad en el empleo de 1998.

219 V. Ley de Medio Ambiente Laboral danesa, modificada en junio de 200 con el objeto de establecer la proscripción de conductas de acoso moral y sexual.

220 Además de la normativa general (la Ley sobre Condiciones de Trabajo, reformada en 1999 e inspirada en la legislación sueca), destacan las Recomendaciones del Consejo Común del Trabajo Industrial de 1990 y 1999, relativas a la interposición de quejas por parte de los trabajadores y la elaboración de códigos de conducta empresariales.

221 V. Ley de protección de los trabajadores y medio ambiente laboral de 1997, modificada por las leyes de 17 de junio de 2005 y de 23 de febrero de 2007.

222 En cuyo ordenamiento jurídico resultan de aplicación los arts. 321 y 328 del Código de Trabajo, al menos, hasta que se apruebe definitivamente el proyecto de ley contra el mobbing, presentado el 5 de octubre de 2000 (Loi contre le mobbing. Initiative parlementaire déposée par Josef Zisyadis [PdT] le 5 octobre 2000 au Conseil national). En línea: <http://www.svmep.ch/mobbing4.html>

223 V. la Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo de 2002.

224 V. Ley de Salud y Seguridad en el lugar de trabajo de 1995 (Workplace Health & Safety Act 1995), disponible en <http://www.whs.qld.gov.au>.

225 V. La Ley de reforma de la normativa laboral de 2003, cuya entrada en vigor se ha hecho efectiva el 1 de junio de 2004 (disponible en <http://www.cnt.gouv.qc.ca/en-cas-de/hacelement-psychologique/index.html#c8471>).

226 En la experiencia italiana, la ausencia de una regulación a nivel nacional (a pesar de las innumerables propuestas presentadas) ha sido suplida parcialmente, y no sin dificultad (v. Sentencia de la Corte Costituzionale n° 359 de 19/12/03), en el ámbito regional (v., entre otras, la Legge regionale di Lazio di 11 luglio 2002, n. 16. Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del "mobbing" nei luoghi di lavoro; y la Legge regionale di Umbria di 28 febbraio 2004, n. 18. Tutela della salute psicofisica della persona sul luogo di lavoro e prevenzione e contrasto dei fenomeni di mobbing).

1.1.- *El concepto de acoso moral en el trabajo*

En lo que se refiere a la definición o aprehensión jurídica del fenómeno (aspecto esencial para articular una correcta respuesta normativa), se aprecia una falta de homogeneidad que viene marcada por el bien jurídico protegido que, en cada caso, sirve de referente para el diseño de los respectivos mecanismos de tutela²²⁷. A nivel comunitario, y a pesar del reconocimiento al más alto nivel de los derechos a la dignidad humana, a la integridad personal y a condiciones de trabajo justas y equitativas (arts. 1, 3 y 31 respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el acoso moral en el trabajo no ha sido aún objeto de una regulación jurídica propiamente dicha, quizás, por entender que se trata de una responsabilidad que debe ser asumida por cada uno de los ordenamientos nacionales. En este sentido, apostando por esta intervención se manifiestan diversas iniciativas planteadas a nivel comunitario. Entre ellas, destaca la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo de 20/09/01 que, partiendo de la incipiente regulación de la materia en algunos de los Estados miembros, insta a una generalización de la intervención normativa en toda la UE, incluso a través de la utilización de sus propios instrumentos normativos (v. p. n° 13). No establece, sin embargo, una noción de acoso moral en el trabajo que pudiera servir de referente en ese proceso de ordenación jurídica que alienta, remitiendo a los Estados la labor de perfilar un concepto homogéneo²²⁸. En la misma línea promocional se pronuncia el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo, publicado en febrero de 2003, tras constatar que el acoso moral constituye el fenómeno de violencia más extendido en el mundo del trabajo.

En cualquier caso, se pone de relieve que, en aquellas experiencias donde dicho referente está conectado con la dignidad personal y la in-

227 *De ahí que, en el ámbito europeo, se apueste por la búsqueda de un concepto uniforme para todos los países como premisa para articular adecuadamente su regulación jurídica (v. Res. Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo de 29 de septiembre de 2001, p. 10).*

228 *Lo que no ha sido óbice para que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas y, concretamente, el Tribunal de Primera Instancia, haya tenido que partir de una elaboración conceptual de acoso para apreciar su concurrencia en diversos supuestos que les habían sido sometido a enjuiciamiento. V. al respecto las SSTJCE-TPI de 23/02/01 (as. ac. T-7/08, T-208/08 y T-109/09, Carlo de Nicola/Banco Europeo de Inversiones) y de 23/01/02 (as. T-237/00, Patrick Reynolds/Parlamento Europeo).*

tegridad psicofísica, como es el caso del Reino Unido²²⁹, Quebec²³⁰, la articulación de los medios de tutela resulta más efectiva, habida cuenta de la relevancia del derecho fundamental afectado, que en aquellos otros casos en los que, sin perjuicio de la idoneidad de esta perspectiva, sólo aparece vinculada a la protección de la salud, como ocurre en Suecia²³¹ o en Holanda²³².

Por su parte, la integración conceptual de los diferentes elementos estructurales que conforman la dimensión fáctica del fenómeno es, asimismo, variable. De este modo, en lo que se refiere a la conducta acosadora, las opciones basculan desde aquellas experiencias en las que se recoge, con mayor o menor precisión, el variado elenco de actos constitutivos de acoso (casi todos ellos, reconducibles a ataques contra la dignidad personal²³³), a aquellas otras que sólo efectúan una caracterización genérica de las mismas (como la legislación sueca²³⁴ o venezolana²³⁵), enfatizando o no sobre la exigencia de reiteración²³⁶. Por otra parte, la determinación de los sujetos activos y pasivos de la conducta acosadora, condiciona la tipificación de las modalidades de acoso, seleccionando alguna o todas las posibilidades que se verifican en la práctica²³⁷. Por otra parte, la presencia

229 V. *al respecto*, la *Dignity at Work Act 2001*, que viene a completar en este sentido a la *Protection from Harassment Act 1997*.

230 V. art. 81.18 de la ya citada *Ley sobre Normas de Trabajo*.

231 V. la *Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral*, adoptada el 21 de septiembre de 1993 (*Ordinance of the Swedish Nacional Borrad of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimisation at Work*, disponible en <http://www.bullyonline.org/action/victwork.htm>).

232 V. la *Ley de 18 de marzo de 1990*, por la que se modifica la *Ley de Condiciones de Trabajo* (WCA).

233 Es el caso, entre otras, de la ley belga o de la colombiana.

234 Nos estamos refiriendo a la *Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral* de 21/09/93, relativa a la adopción de medidas contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo.

235 V. art. 56.5 de la ley de 2005.

236 Favorables a tal exigencia, se muestran las legislaciones de Argentina, Francia, Suecia y Bélgica. En relación con esta última, las interpretaciones judiciales no ofrecen dudas sobre el carácter esencial de este requisito (v. entre otras, la sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas de 30/06/2006 (RG 48916/03). Por el contrario, en el caso de Quebec, no es necesaria esa reiteración, bastando con un solo acto especialmente ofensivo.

237 Por su carácter omnicompreensivo, destacan, entre otras, las legislaciones de Quebec o de Colombia.

de intencionalidad lesiva²³⁸ o la necesaria producción del daño como factores determinante para verificar la concurrencia de la conducta acosadora, constituye, asimismo un elemento diferencial en la configuración jurídica del fenómeno en uno u otro país. Ciertamente, la primera opción parece la más adecuada, ya que extiende el ámbito objetivo de la protección dispensada en cada caso, y ello sin perjuicio de que la efectiva producción del daño sea relevante para propiciar una adecuada reparación jurídica a las víctimas. Este tipo de construcciones permiten, además, acentuar la efectividad de las acciones preventivas, anticipando la puesta en marcha de los mecanismos de tutela que, de este modo, no exigiría un resultado lesivo en la esfera de la salud de la víctima, bastando únicamente con la verificación de una conducta dirigida a lesionar la dignidad personal y a poner en peligro la integridad psicofísica de la misma.

1.2. La prevención del acoso moral en el trabajo

Indudablemente, concebido como un riesgo psicosocial de primer orden, la esfera de la prevención de riesgos laborales constituye una de las llamadas a tener mayor protagonismo en la regulación jurídica del acoso moral. Especialmente significativa a tales efectos, es la modificación producida en la legislación belga²³⁹, en la que la protección de los trabajadores contra la violencia y el acoso moral y sexual se inserta en un ámbito más general, como es el comprendido en la prevención frente a la denominada “carga psicosocial ocasionada por el trabajo”.

El deber empresarial de prevenir este tipo de conductas suele aparecer vinculado a la obligación general de prevención²⁴⁰. En los ordenamientos europeos, dicha conexión tiene como argumento de apoyo el diseño establecido en la Directiva Marco 89/391/CEE, referente de indudable importancia para articular un adecuado sistema de protección jurídica frente a los riesgos psicosociales²⁴¹, y ello con independencia de que, de forma complementaria se establezca una regulación específica de todos

238 *Es el caso de la legislación sueca o de Ley de la Región de Lazio (Italia). Por el contrario, este elemento teleológico está ausente en las legislaciones belga y francesa.*

239 *Ley de 11 de junio de 2002, modificada por la Ley de 16 de junio de 2007.*

240 *En Suiza, esta conexión se formula de forma explícita en los arts. 321 y 328 del Código de Trabajo.*

241 *Destacando este dato en relación con la experiencia francesa, LEROUGE, “Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés”, TS-233/2010, pp. 25 ss.*

o algunos de ellos, como el acoso (es el caso, entre otros, de la legislación belga²⁴², holandesa²⁴³, y alemana²⁴⁴). En otras experiencias, sin embargo, las medidas preventivas frente al acoso aparecen más estrechamente ligadas al derecho a la dignidad y la integridad psicofísica, lo que propicia la activación de la respuesta jurídica ante la mera puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos por tales derechos.

En cuanto al contenido de las medidas preventivas diseñadas de forma específica para el acoso, y partiendo de la base de que la problemática del acoso tiene una innegable base en las carencias de índole organizativo²⁴⁵, las legislaciones nacionales oscilan entre las que se limitan a elaborar códigos de buenas prácticas o guías orientativas²⁴⁶ y, en su caso, remiten la materia a la negociación colectiva²⁴⁷, limitándose a incluir este riesgo entre los susceptibles de ser evaluados por el empresario²⁴⁸, y aquellas otras que contemplan acciones concretas, como protocolos o procedimientos externos²⁴⁹ o internos de solución de conflictos²⁵⁰ y programas formativos²⁵¹. En el ámbito europeo, este tipo de obligaciones deberían ser objeto

242 Vid. la Ley de 11 de junio de 2002, sobre la prevención de la violencia psicológica en los lugares de trabajo, modificada por la Ley de 16 de junio de 2007.

243 V. Ley de 18 de marzo de 1999, por la que se modifica la Ley de Condiciones de Trabajo (WCA) para proteger a los trabajadores de todo tipo de violencia y acoso, en especial del acoso sexual.

244 V. *Mobbing am Arbeitsplatz, 1998* y *Psychosoziale Faktoren am Arbeitsplatz unter Berücksichtigung von Stress und Belastung, 1995*.

245 Significativa a la hora de enfatizar este hecho, es la legislación sueca.

246 Es el caso, por ejemplo de Australia, donde, por esta vía se extiende la legislación preventiva general (*The occupational health and safety act* de 1995).

247 La experiencia alemana constituye un cualificado ejemplo del papel asumido por los instrumentos convencionales. En este sentido, y teniendo como referente el modelo elaborado por el sindicato DGB, destacan los acuerdos colectivos para la mejora del clima en el lugar de trabajo celebrados en empresas como Volkswagen (1996) y Opel (2001), entre otras. Experiencias similares las encontramos también en el Reino Unido e Italia (sobre el tema, v. SANTOS FERNÁNDEZ, "El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (II): prevención, reparación y represión de la conducta", en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, cit., págs. 46 ss.).

248 Lo que no siempre se establece de forma explícita (v. gr. la legislación italiana).

249 Como la mediación contemplada en la ya citada Ley sobre Normas de Trabajo de Quebec.

250 Ejemplo ilustrativo de este tipo de protocolos, que suelen articularse a modo de "crescendo procedimental", es el elaborado como modelo por el sindicato DGB alemán (SANTOS FERNÁNDEZ, art. cit., p. 52). Igualmente, en la experiencia noruega es interesante la "Guía de procedimientos internos" anexada a la Ley de 17 de junio de 2005. Por su parte, estableciendo una obligación empresarial a tales efectos, v. la legislación colombiana (art. 10).

251 Es el caso, entre otras, de la legislación alemana.

de regulación por parte de los ordenamientos nacionales tras la adopción del Acuerdo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo que, expresamente, las contempla como tales. En este sentido, medidas como la apertura de investigaciones internas en la empresa por parte de la dirección tendrían una indudable efectividad práctica para atajar los supuestos de acoso en sus fases más tempranas y, consecuentemente, evitar que los daños psíquicos ocasionados a las víctimas devengan irreversibles.

Por último, en cuanto a los mecanismos de control establecidos para verificar el cumplimiento de estas medidas preventivas antiacoso, son especialmente interesantes aquellas legislaciones que contemplan la intervención de la inspección de trabajo a instancias del trabajador, si bien, supeditada en ocasiones a la inoperancia de los procedimientos internos establecidos por la propia empresa²⁵².

1.3. Las responsabilidades derivadas del acoso moral en el trabajo

Una de las principales vías de tutela jurídica frente a las conductas acosadoras viene dada por el establecimiento de un régimen de responsabilidades aplicable a los autores de las mismas. Tales responsabilidades pueden ser de diversa índole en función del sujeto acosador y de la entidad de la conducta acosadora, pudiendo reconducirse, tanto al ámbito del poder disciplinario (privado) del empresario (en caso de que se configure la conducta como falta laboral), como al del poder sancionador (administrativo o penal) del Estado²⁵³. La efectividad preventiva o inhibitoria de estos mecanismos dependerá, en gran medida, de la claridad con la que aparezcan descritos en los respectivos tipos infractores o penales dichas conductas y, asimismo, la graduación de la responsabilidad de los sujetos activos, que será distinta en función de la modalidad de acoso (vertical, ascendente o descendente, u horizontal) de que se trate.

En la experiencia comparada, nos encontramos con legislaciones que, habida cuenta de los bienes jurídicos susceptibles de resultar afectados

252 *Es el caso de la ley belga, tras la modificación operada por la Ley de 16 de junio de 2007, donde se contempla incluso la presencia de un "Consejero de prevención psicosocial" que estudia la denuncia del trabajador y formula pertinentes recomendaciones a la empresa.*

253 *Curiosamente, las leyes brasileñas contemplan además como sanción la exigencia de que el acosador realice un curso de perfeccionamiento profesional.*

por las conductas acosadoras, apuestan claramente por la represión penal de las mismas, estableciendo a tales efectos un tipo específico (en este grupo se integrarían Bélgica²⁵⁴, Francia²⁵⁵), donde se seleccionarán los supuestos de acoso subsumibles en el mismo²⁵⁶. En otros casos, sin embargo, la eventual responsabilidad penal dependerá de la posibilidad de reconducir este tipo de conductas a determinados tipos generales, principalmente, relativos a delitos de resultado (lesiones, maltratos)²⁵⁷, pero también a otros específicos dirigidos a castigar atentados contra la integridad moral.

En todo caso, y de forma concurrente, se articula el establecimiento de una responsabilidad administrativa, principalmente dirigida a penalizar los incumplimientos empresariales en materia preventiva, y que pueden condicionarse o no a la efectiva materialización del riesgo.

1.4. La reparación de los daños derivados del acoso moral en el trabajo

La pluriofensividad de la conducta acosadora es un elemento que dificulta la correcta articulación de los mecanismos de reparación jurídica de los daños ocasionados a las víctimas, máxime si tenemos en cuenta que en la experiencia comparada no suele ser habitual que las respectivas legislaciones contemplen un tratamiento autónomo, integral y unificado de la materia. En cualquier caso, los mecanismos de reparación se deberían proyectar sobre dos planos distintos, el de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y el de la protección social, y de forma conjunta habrían de propiciar el resarcimiento íntegro de los daños ocasionados.

Ello no obstante, la experiencia comparada nos pone de manifiesto que este objetivo de política del derecho está lejos de lograrse, siendo habitual que en la mayoría de las ocasiones haya solapamientos, totales o

254 En este sentido, v. el nuevo tipo delictivo (art. 442 bis) incorporado al Código Penal belga.

255 V. Ley 2002/73, de 17 de enero, de modernización social, esp. su Capítulo IV ("Lutte contre le harcèlement moral au travail") que incluye, a tales efectos, un nuevo tipo delictivo en el Código Penal (art. 222-33-2).

256 Pudiendo, por tanto, dejar fuera determinados supuestos, como ocurre en el caso español (v. art. 173.1 CP).

257 Es el caso, por ejemplo, de Italia (v. arts. 672, 682 y 590 Cp).

parciales²⁵⁸, entre una y otra vía reparadora. Por otra parte, y salvo contadas excepciones²⁵⁹, no existen previsiones especialmente concebidas para recabar la reparación de los daños ocasionados por el acoso, debiendo reconducirse las correspondientes reclamaciones por el proceloso cauce de la genérica responsabilidad civil.

En el ámbito de la protección social, las dificultades se ciernen en torno a la etiología laboral de las patologías derivadas de acoso (tales como el trastorno adaptativo, el estrés postraumático o agudo) y, en su caso, su calificación como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. El problema se plantea por el hecho de que, en la mayoría de las legislaciones nacionales, el acoso moral carece de autonomía tipológica a tales efectos. En todo caso, parece evidente que la existencia de una situación de necesidad exige la puesta en marcha de los oportunos mecanismos prestacionales, tanto económicos (derivados de incapacidad temporal o permanente) como asistenciales (asistencia sanitaria y rehabilitación profesional).

2. El acoso sexual en el trabajo

2.1. *Concepto y bienes jurídicos protegidos*

El acoso sexual en el trabajo constituye un fenómeno de naturaleza pluriofensiva, siendo diversas las esferas de la personalidad sobre las que puede incidir. Entre los bienes jurídicos susceptibles de resultar afectados por este tipo de conductas, destacan la intimidad personal, dignidad, libertad sexual, derecho a la igualdad y no discriminación por sexo y, por supuesto, la salud laboral. Desde esta última perspectiva, y enfatizando sobre la incidencia de la conducta acosadora sobre el bienestar psicofísico y la integridad moral de la víctima, el acoso sexual se concibe como uno de los principales riesgos psicosociales.

Su similitud con el acoso moral se verifica, precisamente, en la creación de un ambiente de trabajo intimidatorio, humillante y hostil para la víctima que, en última instancia, le ocasiona daños psíquicos de impor-

258 V. al respecto, la legislación de Quebec.

259 Por ejemplo, la legislación belga tras la modificación practicada por la Ley de 16 de junio de 2007.

tancia que terminan alterando su salud de modo más o menos irreversible. Ciertamente, el acoso sexual y, en concreto, el llamado “ambiental” (conceptualmente diferente del chantaje sexual o acoso *quid pro quo*), presenta similitudes, tanto en lo que se refiere a aspectos propios de su dinámica, como en los efectos, con los que aparecen asociados al acoso moral. Así, en ambos casos, la víctima, situada en el contexto de una asimetría de poder que le resulta desfavorable, se encuentra sometida a un ambiente laboral ofensivo y humillante, que afecta a su dignidad personal y su integridad moral y que, eventualmente, puede producirle dolencias psíquicas relevantes que le lleven finalmente al abandono del trabajo. Sin embargo, no puede decirse que sean fenómenos parangonables desde el punto de vista teleológico, ni que, en consecuencia, el acoso sexual sea una especie dentro del género acoso moral.

En todo caso, no ha sido ésta la perspectiva desde la que tradicionalmente se ha juridificado el fenómeno, pues el diseño del marco de protección normativa se ha construido, de forma generalizada²⁶⁰, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, como se aprecia en las iniciativas adoptadas en esta materia a nivel internacional²⁶¹. Por su parte, y en el ámbito más restringido de la UE, las legislaciones nacionales se hacen eco del tratamiento normativo que las instancias comunitarias han dado tanto al acoso sexual como al acoso discriminatorio, incluyendo ambos fenómenos en las directivas sobre igualdad. La razón última que justifica esta opción, como se sabe, viene dada por el hecho de que esa fue, precisamente, la perspectiva con la que se afrontó inicialmente la protección jurídica frente al acoso sexual en la experiencia norteamericana de los años setenta. En efecto, y como consecuencia de la toma de conciencia del fenómeno²⁶² y de su vinculación a la asimétrica distribución de poder entre los sexos, surgió la necesidad de diseñar mecanismos de protección jurídica frente al fenómeno tomando como referente el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

260 Salvo alguna excepción, como la que representa el caso peruano (v. Ley n° 27.942, de 27 de febrero de 2003, sobre Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual).

261 V., entre otras, las Resoluciones de la Conferencia General de OIT sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los Trabajadores y las Trabajadoras en el Empleo (1985), sobre la Acción de la OIT para las Trabajadoras (1991). Asimismo, en esta línea, v. Igualdad en el Empleo y la Ocupación, Oficina Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1996.

262 Principalmente, desde el conocido caso “Anita Hill”, lo que propició que, desde mediados de los años setenta, las conductas acosadoras se consideraran contrarias al Título VII del Civil Right Act de 1964.

En definitiva, la protección frente al acoso sexual se articula sobre la base de la legislación antidiscriminatoria, de ahí que las diferentes definiciones se integren en este tipo de normativa²⁶³. En lo que aquí interesa, sin embargo, debe subrayarse el hecho de que en todas ellas se integra como factor decisivo la incidencia de estas conductas sobre la degradación del entorno laboral y las repercusiones que de ello se derivan para el bienestar y la salud psíquica de la víctima. Desde esta perspectiva, es decir, vinculando esta problemática a deficiencias en la organización del trabajo que, a la postre, repercuten en la salud de los trabajadores, podríamos otorgar mayor relevancia a su consideración como riesgo psicosocial.

2.2. La protección frente al acoso sexual

Precisamente este dato, es decir, la configuración del acoso sexual como riesgo psicosocial, va a permitir la adopción de mecanismos de protección complementarios a los propiciados por la tradicional tutela antidiscriminatoria, siendo especialmente relevantes los que pueden articularse en el plano preventivo. En este sentido, el tratamiento normativo del acoso sexual puede diseñarse de modo conjunto con el previsto para el acoso moral²⁶⁴, habida cuenta de la afinidad existente entre uno y otro fenómeno, tanto en lo que se refiere a su vinculación con los déficit organizativos de la empresa, como en lo relativo a las consecuencias patológicas que se derivan para las víctimas.

Ello explica que, incluso cuando el tratamiento entre uno y otro fenómeno se efectúa de modo separado²⁶⁵, las medidas específicas de respuesta para prevenir el acoso sexual suelen ser similares, y se plasman en el establecimiento de procedimientos de denuncia²⁶⁶ y la elaboración, abierta a la participación de los representantes de los trabajadores, de

263 V., por ejemplo, la contenida en el art. 7.1 LOI, muy similar a la adoptada en otros países europeos como Bélgica (v. art. 32ter de la Ley de 4 de agosto de 1996) o latinoamericanos, como Uruguay (art. 2 de la citada Ley 18.561)

264 Es el caso de la legislación belga.

265 Como ocurre, por ejemplo, en nuestro país, donde, a diferencia de lo que ocurre con el acoso sexual (v. art. 48 LOI), no existe propiamente una regulación específica del acoso moral. Igualmente, es el caso otros países como Luxemburgo.

266 V. art. 7 de la Ley uruguaya.

códigos de buenas prácticas, protocolos de intervención²⁶⁷, así como de acciones formativas y divulgativas. En definitiva, se trataría de integrar la prevención del acoso sexual en el conjunto de obligaciones empresariales²⁶⁸ (evaluación del riesgo, diagnóstico, adopción de medidas, auditoría) derivadas del genérico deber general de seguridad que le vincula respecto a los trabajadores y que, como hemos visto, constituía el referente de la política preventiva frente al acoso moral. Lo mismo cabe decir respecto de los mecanismos arbitrados para la depuración de responsabilidades y la posterior reparación de los daños ocasionados, habida cuenta de que, tanto en el acoso sexual como en el acoso moral, las causas, la dinámica mediante la que se generan y su propia naturaleza son idénticas.

En algunas legislaciones, sin embargo, esta perspectiva preventiva no tiene una relevancia específica y la regulación del acoso sexual en el trabajo se limita a la tipificación de las conductas y determinación de sanciones administrativas, penales o disciplinarias²⁶⁹.

3. El acoso discriminatorio

Como ocurre con el acoso sexual, en el contexto de la UE, el fenómeno del acoso moral como tal ha sido contemplado en las últimas Directivas comunitarias sobre igualdad²⁷⁰, donde, desde este prisma, ha sido objeto definición normativa. Desde esta perspectiva, “el acoso moral es un comportamiento indeseable ligado a uno de los motivos de discriminación contemplados por las directivas (a saber, raza, origen étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual) que tiene por objeto o por efecto atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

267 V., en este sentido, la previsión contenida en el art. 62 LOI, si bien restringida en su aplicación al ámbito de las Administraciones públicas.

268 V., por ejemplo, las contempladas en el art. 6 de la ley uruguaya (L. n° 18.561).

269 Es el caso de Chile (v. Ley 20.005, de 8 de marzo de 2005), Brasil (Ley 10.224/01).

270 Nos estamos refiriendo a las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29/06/00, relativa a la aplicación del principio de igualdad de tratamiento entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico, y 2000/78/CE de 27/11/00, relativa a la creación de un marco general a favor de la igualdad de tratamiento en materia de empleo y de condiciones de trabajo. También, la D. 2002/73/CE de 23/09/02, por la que se modifica la D/76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Por tanto, en contraste con lo acaecido en relación con el acoso moral en el trabajo, se ha procedido a adoptar una noción uniforme de acoso discriminatorio en el ámbito europeo. Como puede apreciarse, se trata de una concepción del acoso moral estrechamente vinculada a la protección antidiscriminatoria que, por tanto, presupone la concurrencia de alguna de las causas de discriminación explícitamente señaladas en la conducta acosadora. No puede decirse, en consecuencia, que estemos ante una regulación protectora frente al acoso moral como fenómeno específico²⁷¹. En la definición transcrita, el acoso se concibe como un instrumento de discriminación que, eventualmente, puede concurrir con otros en la puesta en práctica de la voluntad o intención de discriminar, que es la finalidad última del autor de la conducta.

Bien es cierto que este “acoso discriminatorio” puede propiciar que la víctima padezca una situación parangonable, de algún modo, a la resultante de un proceso de acoso en sentido estricto. La creación de un entorno hostil, humillante, degradante u ofensivo y el hecho de que la dignidad personal se encuentre entre los bienes jurídicos protegidos, son aspectos que acercan ambos fenómenos. Pero ello no es óbice para concluir que estamos ante fenómenos claramente diferenciados y conceptualmente distintos entre sí.

Por lo demás, la definición contenida en las Directivas, lógicamente, no puede hacer abstracción de los objetivos de las mismas, de modo que, como no podría ser de otra manera (pues, en sentido estricto, no estamos ante una regulación antiacoso), en el tratamiento del acoso moral está presente el “sesgo” de la protección antidiscriminatoria. Ello explica que, en la configuración normativa del acoso, no se abunde en la caracterización de la conducta acosadora, ni se enumeren los actos más típicos de expresión de la misma y, finalmente, se prescinda de integrar el elemento intencional (utilizando una fórmula muy similar a las de las legislaciones francesa y belga). Y es que, en realidad, estamos ante fenómenos distintos a pesar de la aparente similitud de la dinámica de los mismos.

Como no podría ser de otra manera, habida cuenta de la necesidad de proceder a su trasposición, las legislaciones nacionales del ámbito

271 Ya que “el ‘mobbing’ no es un conducta intrínsecamente vinculada a las diferencias discriminatorias” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS-19/2002, pág. 67).

europeo se hacen eco de esta caracterización del acoso discriminatorio efectuado desde las instancias comunitarias. Fuera de este ámbito, sin embargo, no se aprecia una regulación autónoma y específica de esta figura, siendo reconducible cualquier manifestación al respecto a la protección antiacoso que, en su caso se haya diseñado.

4. El estrés profesional

La evidencia empírica de que el estrés constituye uno de los más importantes riesgos de naturaleza psicosocial y que, entre sus factores desencadenantes se encuentran las deficiencias en materia organizacional y las conectadas con un inadecuado entorno de trabajo²⁷², ha traído consigo la necesidad de adoptar medidas que hagan factible una reducción de su incidencia en la salud de la población trabajadora y, consecuentemente, atenúe también su importante impacto socioeconómico²⁷³. Dicha incidencia, que se verifica en enfermedades de diversa índole, tanto físicas (principalmente, cardiacas y músculo-esqueléticas), como mentales (depresión, ansiedad) refuerza la conexión de las políticas preventivas frente al estrés con el deber general de prevención a cargo del empresario (facilitada en el ámbito europeo por la Directiva Marco 89/391²⁷⁴), y propicia la puesta en marcha por parte de éste del conjunto de acciones (evaluación²⁷⁵, diagnóstico y prevención) dirigidas a disminuir o eliminar su presencia en los lugares de trabajo.

A pesar de todo ello, el tratamiento jurídico del estrés laboral o de fenómenos conexos como el síndrome de desgaste profesional (born-out) dista mucho aún de resultar satisfactorio. De este modo, en el plano

272 V., en este sentido, la Resolución del Consejo UE sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2007-2012 (art. 2.e).

273 Un estudio al respecto, en HOUTMAN, *Work-related stress*, Eurofound, 2007; también, KOUKOULAKI, "La prevention du stress au travail en Europe: aperçu des activités syndicales, obstacles et stratégies futures", *BTS 19-20/2002*; pp. 4 ss.

274 Esta norma es, precisamente, el referente jurídico de las acciones y medidas contempladas en el Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés ligado al trabajo.

275 Un interesante estudio sobre la metodología para la evaluación de los riesgos psicosociales y medición del estrés en la experiencia belga, en HERTEFELT, "La mesure de la charge psychosociale sur le lieu de travail en Belgique", *BTS 19-20/2002*; pp. 45 ss.; igualmente, es destacable al respecto el llamado "cuestionario de Copenhague" (v. un análisis sobre el mismo, en KRISTENSEN "Un nouvel outil d'évaluation des facteurs psychosociaux au travail: le Questionnaire Psychosocial de Copenhague", *BTS 19-20/2002*; pp. 52 ss.

internacional no existen acciones específicas dirigidas de forma explícita a atajar esta problemática, y ello sin perjuicio de la idoneidad a tales efectos de ciertas medidas propuestas, bien desde la OIT, bien desde la UE, relativas a la necesidad de racionalizar el tiempo de trabajo, como su ordenación flexible a favor de los intereses de los trabajadores (no sólo de la empresa), la promoción de trabajo a tiempo parcial y el establecimiento de medidas efectivas de conciliación de la vida familiar y laboral²⁷⁶, a las que habría que añadir aquellas otras tendentes a la reducción de la precariedad laboral, habida cuenta de la sensación de inseguridad que ésta genera en los trabajadores. Resulta ilustrativo al respecto, la ausencia de toda referencia a las dolencias de esta naturaleza en la actualización del listado de enfermedades profesionales practicada por la Recomendación OIT n° 194 de 20 de junio de 2002, sin que los intentos posteriores de incorporarlas hayan surtido efecto hasta la fecha²⁷⁷.

Ello explica, en parte, la falta de regulación de esta problemática que se observa en las legislaciones nacionales, lo que se deriva de su condición de “riesgo emergente” todavía en una fase previa a su correspondiente proceso de juridificación. En este sentido, cabe señalar que las primeras iniciativas que pueden constatarse se circunscriben al ámbito europeo, donde el grado de sensibilización se ha visto incrementado por la decidida labor de organismos especializados como la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, plasmada en la elaboración de estudios, informes o guías prácticas sobre esta materia²⁷⁸. Ciertamente, tampoco en este ámbito se ha logrado la incorporación de los trastornos de carácter psicosocial al listado de enfermedades profesionales, a pesar de las explícitas y reiteradas peticiones sindicales en este sentido y que, hasta el momento, sólo se han concretado en la proposición de estudios que, eventualmente, sirvan de base para una futura decisión al respecto²⁷⁹.

276 V. al respecto, el informe de la OIT “Working time around the World: principales hallazgos e implicaciones para las políticas” (2007), disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_082840.pdf. Asimismo, en el ámbito europeo es reseñable, desde esta perspectiva, lo dispuesto en el art. 13 de la Directiva 93/104/CE, sobre tiempo de trabajo.

277 Sin que ello suponga, desde luego, desdeñar las orientaciones contenidas en documentos de la OIT como la “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y trabajo decente” (2007) y otros de similar alcance y significado.

278 V., al respecto, http://osha.europa.eu/es/topics/stress/index_html.

279 V. Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, donde, a pesar del carácter minucioso de los listados que se contemplan tanto en el anexo I (enfermedades directamente relacionadas con la actividad ejercida) como en el anexo II (enfermedades cuyo origen profesional se sospecha), no figura mención alguna a las patologías derivadas de riesgos psicosociales, como el acoso o el estrés.

Con todo, el impulso más decidido para afrontar esta problemática se ha producido en el contexto del diálogo social y ha fructificado con la elaboración del, ya citado, Acuerdo Marco Europeo sobre Estrés Laboral de 2004²⁸⁰. La potencialidad ordenadora de este instrumento está en manos de los interlocutores sociales que son los encargados de transponer su contenido a los respectivos ordenamientos nacionales, utilizando para ello los instrumentos negociales que consideren oportunos (principalmente, acuerdos interprofesionales²⁸¹ y convenios colectivos sectoriales). En dicho acuerdo, además de proceder a su definición y tipificación, se apuesta decididamente por vincular este tipo de riesgos con la obligación general de prevención del empresario, lo que, como hemos señalado, propiciaría la aplicación a los mismos del conjunto de deberes preventivos específicos recogidos en las respectivas legislaciones nacionales²⁸². Al margen de la virtualidad de esta iniciativa para incrementar el grado de sensibilización al respecto, la consecución efectiva de estos objetivos requiere, sin embargo, de la necesaria intervención de la legislación estatal, habida cuenta de la naturaleza pública de las esferas de juridicidad afectadas (protección social, régimen sancionador, entre otras), por un lado, y de las dudas que pueden suscitarse en torno a la vinculabilidad de los compromisos asumidos, por otro.

IV. Conclusiones

A la luz de las consideraciones efectuadas, no puede decirse que el proceso de juridificación de los riesgos psicosociales haya alcanzado un nivel satisfactorio. Antes al contrario, los mecanismos de protección diseñados frente a los mismos, cuando existen, está aún muy alejado de las exigencias que, en coherencia con su incidencia en la salud mental de la población trabajadora, plantea su ordenación jurídica. Desde esta perspectiva, sería preciso desarrollar una labor más incisiva por parte de los organismos internacionales especializados que, inexorablemente,

280 *Sobre su incidencia práctica, v. TELIJOHANN, Informe conjunto sobre la aplicación del acuerdo de estrés laboral, IRES, Bolonia, 2009.*

281 *En nuestro caso, por ejemplo, se ha llevado a efecto dicha transposición mediante el AINC de 2005.*

282 *Que, lógicamente, son el resultado de la transposición de los contemplados en la Directiva Marco 89/391. Sobre el tema, v. ROMERO RÓDENAS, "El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre estrés laboral", JL-22/2005, pp. 13 ss.*

debería concretarse en la adopción de instrumentos normativos que establecieran unos estándares mínimos de protección que sirvieran de referencias para las respectivas legislaciones nacionales. Quizá así podría superarse, tanto la ausencia de tratamiento de este tipo de riesgos que se percibe aún en muchos países, como el carácter fragmentario o parcial con el que se afronta su regulación en aquellos otros que, de forma progresiva, van incorporando técnicas de protección jurídica a sus respectivos ordenamientos.

De este modo, hay que destacar que los riesgos que mayor atención han suscitado en el panorama comparado ha sido el acoso sexual y moral, respecto de los que se aprecia un creciente interés, tanto por parte de los países desarrollados como en vías de desarrollo. Las legislaciones europeas, principalmente, pero también las latinoamericanas, han ido incorporando paulatinamente mecanismos de protección jurídica para afrontar la problemática planteada por este tipo de fenómenos, una vez que el grado de concienciación social (facilitado, sin duda, por la labor informativa de los organismos internacionales, pero también por su impacto mediático) ha propiciado que, finalmente, adquieran la relevancia jurídica suficiente. Con todo, la articulación de dicha protección jurídica es bastante desigual, limitándose en ocasiones al establecimiento de medidas sancionadoras de diferente alcance (penal, administrativo o disciplinario). La esfera preventiva, sin embargo, a pesar de constituir el eje sobre el que debería bascular todo el entramado normativo diseñado al efecto, suele adolecer todavía de ciertas carencias, especialmente, en aquellos países que se sitúan fuera del entorno europeo. En este contexto, por el contrario, la influencia de la Directiva Marco 89/391/CEE y, sobre todo, el alcance con el que en esta norma se concibe la obligación general de seguridad del empresario, ha facilitado la integración de una respuesta específica frente a este tipo de riesgos en el sistema de prevención instaurado, con carácter general, por los respectivos ordenamientos nacionales.

En definitiva, incluso en los sistemas normativos más avanzados en esta materia, queda todavía un largo camino que recorrer en la ordenación jurídica de los riesgos psicosociales, una vez constatada su indudable trascendencia para la protección de la salud mental de la población trabajadora. Entre los retos pendientes, aparte de la mejora de los mecanismos preventivos, está, sin duda, el establecimiento de unos cauces adecuados de reparación jurídica de los daños ocasionados cuando aquéllos han fallado.

En este sentido, además de garantizar que tales daños, con independencia de su naturaleza, sean resarcidos en su integridad, habría que abordar de manera urgente, en el ámbito de la protección social, la tarea de integrar este tipo de patologías mentales, de indiscutible etiología laboral, en los respectivos listados de enfermedades profesionales.

V. Bibliografía

- CAVAS MARTINEZ, “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS-11/2007, pp. 9 ss.
- Comunicación de 21/02/07 (COM(2007) 62 final), de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, dirigida a mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012).
- Documento OIT “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y trabajo decente” (2007).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS-19/2002, págs. 53 ss.
- HERTEFELT, “La mesure de la charge psychosociale sur le lieu de travail en Belgique”, BTS 19-20/2002; pp. 45 ss.
- HOUTMAN, Work-related stresses, Eurofound, 2007.
- Informe del Comité Mixto OIT/OMS sobre Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención, 1984.
- Informe de la OIT La salud mental en el trabajo, Ginebra, 2000.
- Informe de la OIT “Working time around the World: principales hallazgos e implicaciones para las políticas” (2007).
- Informe sobre la evaluación de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006 (SEC(2007) 214).
- KOUKOULAKI, “La prevention du stress au travail en Europe: aperçu des activités syndicales, obstacles et stratégies futures”, BTS 19-20/2002; pp. 4 ss.

- KRISTENSEN “Un nouvel outil d'évaluation des facteurs psychosociaux au travail: le Questionnaire Psychosocial de Copenhague”, BTS 19-20/2002; pp. 52 ss.
- Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa, de 25/07/2001 (COM (2001) 366)
- LEROUGE, “Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés”, TS-233/2010, pp. 25 ss.
- MOLINA NAVARRETE, El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo: Claves para su aplicación práctica en el ANC, Bomarzo, Albacete, 2008.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., “Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso”, en la obra CORREA CARRASCO, M. (coord.), Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 121 ss.
- ROMERO RÓDENAS, “El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre estrés laboral”, JL-22/2005, pp. 13 ss.
- SANTOS FERNÁNDEZ, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (II): prevención, reparación y represión de la conducta”, en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo, Comares, Granada, 2007; págs. 41 ss.
- TELIJOHANN, Informe conjunto sobre la aplicación del acuerdo de estrés laboral, IRES, Bolonia, 2009.
- ZARZALEJO CARBAJO, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): Concepto y responsabilidad jurídica”, en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo, Comares, Granada, 2007; págs. 1 ss.

Conclusiones generales

Del análisis jurisprudencial autonómico realizado, así como de la valoración inspectora y del estudio internacional comparado podemos sacar las siguientes conclusiones generales que pretendemos puedan servir de guía para la mejora de la gestión de los riesgos psicosociales y la protección jurídica de sus consecuencias:

- La necesidad de prevención de riesgos psicosociales en el ámbito laboral, y que la misma forme parte inherente del proyecto empresarial, debería ser hoy indiscutible desde las propias demandas del concepto integral de salud como bienestar físico, psíquico y social del trabajador, y desde la exigencia de los propios instrumentos jurídicos internacionales y nacionales. De lege ferenda sería conveniente, no obstante, la reforma de algunos artículos de la legislación laboral (4.2.e), 85.3 del ET o art. 12.16 de la LISOS), de prevención de riesgos (art. 14.2 de la LPRL) y de Seguridad Social (Concepto de accidente de trabajo o recargo de prestaciones) incluyendo referencias específicas a los riesgos psicosociales para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones respecto a los mismos; finalidad a la que ayudaría también una mayor implicación de distintas Instituciones, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con campañas sobre riesgos psicosociales o nuevos Criterios Técnicos, o las propias Autoridades Laborales e Institutos de Seguridad y Salud de las Comunidades Autónomas evitando que sus Planes específicos de Seguridad y Salud queden en papel mojado en relación con los riesgos psicosociales. Importante será, a su vez, la continuidad del Diálogo Social en esta materia haciendo visible la prevención de estos riesgos y la protección de sus daños en los distintos instrumentos de la Negociación Colectiva que deberán centrar sus esfuerzos en incorporar procedimientos que permitan a las empresas detectar y prevenir estos riesgos con más facilidad, así como corregir o paliar las consecuencias de los mismos, y a los trabajadores denunciar determinadas conductas o situaciones que afectan o pueden afectar a las distintas facetas de su salud. (Códigos de Acoso y Prevención de la violencia en el trabajo sobre la base de la Ley de Igualdad, por ejemplo).

· No obstante abogar por estos cambios o mejoras que pueden fomentar una mayor concienciación en la prevención de los riesgos psicosociales, es lo cierto que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con modalidades procesales y medios suficientes para plantear reclamaciones en materia de riesgos psicosociales. Si bien, no siempre se manejan adecuadamente. Así, a modo de ejemplo, como hacen constar varias conclusiones particulares de los estudios que anteceden, los profesionales jurídicos se empeñan en plantear la demanda de defensa frente a las consecuencias de un riesgo psicosocial para una determinación de contingencia, extinción de contrato de trabajo o cualquier otra pretensión procesal, desde la existencia de ese riesgo . Esto provoca que si no se reconoce esa existencia, la pretensión procesal se ve desestimada. Así, es necesario que al juez se le muestren todos los elementos necesarios para que pueda conocer el asunto sometido a su enjuiciamiento, pero sin añadirle ninguna calificación jurídica. Esto es, lo importante es que el juez llegue a valorar si una situación conflictiva derivada de una inadecuada organización y ordenación del trabajo ha podido llegar a producir daños y perjuicios al trabajador. No debemos olvidar el objetivo principal buscado: constatar la vulneración de los derechos fundamentales en juego o los derechos relativos a la salud y a la prevención de riesgos laborales, y el régimen de obligaciones que debió aplicarse.

Por otro lado, la relación que tiene la vulneración de la salud que produce la materialización de los riesgos psicosociales con derechos fundamentales del trabajador, como la dignidad, debe llevar a solicitar, de forma más frecuente, la adopción de medidas cautelares junto con la demanda. Sirva de recordatorio, a este respecto, lo señalado en el artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral en el que se permite que en el mismo escrito de interposición de la demanda por atentado contra derechos fundamentales el actor pueda solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado contribuyendo, así, a garantizar la salud de la persona demandante.

Esa relación con los derechos fundamentales debe llevar, a su vez, a dar cauce a lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley de Procedimiento Laboral de tal modo que las sentencias sobre derechos fundamentales sean ejecutivas desde el momento en que se dicten, con independencia del recurso que contra ellas pudiera interponerse. Todo ello con el fin de

evitar los perjuicios que puedan ocasionarse a los trabajadores que sufren esos atentados mientras la sentencia no sea firme, pues, de otro modo, se puede agravar el padecimiento y trastorno de los afectados.

Importante será, también, a este respecto, mayor implicación del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos de tal manera que los Fiscales, que deberían contar con mayor especialización en este tipo de asuntos en aras de una mayor eficiencia en su actuación, intervengan de forma personal y directa y no mediante un pequeño informe aportado a las actuaciones. Hay que recordar que, en virtud de la teoría de la exportación de garantías del Tribunal Constitucional, la intervención de la Fiscalía es preceptiva en todos los procesos laborales en los que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental, no sólo en el especial de tutela de derechos fundamentales.

· Debería, por un lado, valorarse la posibilidad de accionar, frente a los riesgos psicosociales, también a través del procedimiento ordinario en el que, como garantía adicional del trabajador, se podría alegar infracción de la legalidad ordinaria. Por otro lado, hay que señalar la importancia de impulsar el procedimiento de oficio, regulado en los artículos 146 a 150 de la Ley de Procedimiento Laboral, para el que se requiere la existencia de un acta de infracción previa, que haya sido impugnada por la empresa y en el que la legitimación activa corresponde siempre a la Autoridad Laboral, que dirige la demanda frente a la empresa impugnante, y en el que es siempre parte, el trabajador afectado. Esa importancia radica en que la prueba para la inversión de la carga de la prueba la aporta el relato de hechos de la Inspección de Trabajo que goza de presunción de certeza. Así, el proceso judicial se inicia con una prueba que procede de un órgano imparcial de la Administración y no de las partes interesadas en el procedimiento, lo que es una garantía de imparcialidad y objetividad.

· Por último, queremos hacer constar que debería fomentarse el uso de herramientas jurídicas poco utilizadas, a pesar de que ya son cuestiones unificadas, como el que se pueda acumular a un procedimiento de extinción o de despido la reclamación adicional de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales, o que se pueda dirigir la demanda no sólo contra la empresa, sino contra los acosadores. Este aspecto es especialmente relevante a los efectos de evitar que acudan al proceso en calidad de testigos imparciales.

