



LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

EXTRACTO

La carencia de una regulación específica del acoso moral en el trabajo (AMT) no ha impedido el despliegue de una tutela jurídica de este tipo de acoso desde distintos planos del ordenamiento (laboral, de Seguridad Social, administrativo y penal). Pero esa tutela presenta notables insuficiencias. De un lado, no ha podido zafarse del lastre de la indefinición legal, lo que se traduce en una indeseable falta de homogeneidad y de seguridad de la respuesta protectora. De otro, ha mutilado la función que habría de cumplir la negociación colectiva, complementando y suplementando las prescripciones de aquélla, desde la óptica protectora y desde el indispensable ángulo preventivo.

El estudio ofrece un concepto de AMT que pueda colmar su falta de noción legal, contribuyendo a reconducir con criterios homogéneos la lógica dispersión que arroja la jurisprudencia y la negociación colectiva, actuando al tiempo como técnica de protección extrajudicial frente a esta clase de acoso. Todo ello teniendo en cuenta que este acoso conforma una conducta pluriofensiva severamente dañosa de bienes jurídicos cardinales del trabajador, que erosiona su dignidad y su integridad moral, sin perjuicio de la eventual producción de otros daños psíquicos y físicos, frecuente aunque no necesaria para conformar aquel concepto.

Tras ello, el estudio se adentra en el análisis de las mencionadas técnicas, bajo la convicción de la insuficiente tutela, tanto contractual como estructural, proporcionada por sí sola mediante la vía jurisdiccional para evitar o atajar la conducta antijurídica en esta modalidad del acoso, sin que esta tutela sea incompatible con la que brindan aquellas otras técnicas. Se examina, en primer lugar, la técnica preventiva en cuanto mecanismo primario óptimo para evitar o mitigar la protección extrajudicial frente al AMT, considerando la prevención su fundamento teórico y su asiento normativo, las principales medidas preventivas a adoptar y el tratamiento que la negociación colectiva dispensa. Las técnicas reactivas para articular la referida protección son estudiadas en segundo término, puesto que éstas se activarán cuando los mecanismos preventivos no hayan dado los resultados apetecidos. Estas técnicas extrajudiciales de orden reactivo actuarán de consuno en la mayor parte de las ocasiones.

ÍNDICE

1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO PARA SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL
 - 1.1. El plano de la norma legal: elementos integrantes del concepto de acoso moral en el trabajo
 - 1.1.1. Elemento objetivo
 - 1.1.2. Elemento subjetivo
 - 1.1.3. Elemento finalista
 - 1.4. Elemento locativo
 - 1.2. El plano de la norma legal: la incidencia de determinadas situaciones en el concepto de acoso moral en el trabajo
 - 1.3. El plano de la norma convencional: las carencias del concepto de acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva
2. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO EN RELACIÓN CON SUS CAUSAS Y EFECTOS
 - 2.1. Las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial del acoso moral en el trabajo: su necesidad
 - 2.2. Las causas y los efectos del acoso moral en el trabajo desde la óptica de las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial
3. LA TÉCNICA PREVENTIVA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO MECANISMO IDÓNEO PARA ELUDIR O ATEMPERAR SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL
 - 3.1. La prevención del acoso moral en el trabajo como riesgo laboral
 - 3.1.1. Fundamento conceptual y acomodo formativo
 - 3.1.2. Principales medidas preventivas
 - 3.2. La prevención del acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva
 - 3.2.1. Necesidad e indolencia de la regulación convencional
 - 3.2.2. La adopción de códigos de conducta
4. LAS TÉCNICAS REACTIVAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO
 - 4.1. La técnica solutoria: los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto
 - 4.2. La técnica reparadora
 - 4.2.1. La modificación y restitución de condiciones de trabajo
 - 4.2.2. La restauración de la salud del trabajador
 - 4.2.3. La indemnización de daños y perjuicios
 - 4.3. La técnica sancionadora
 - 4.3.1. Las sanciones laborales
 - 4.3.2. Las sanciones administrativas

1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO PARA SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL

1.1. El plano de la norma legal: elementos integrantes del concepto de acoso moral en el trabajo

Pese a su ya antigua y renovada presencia en la relación de trabajo asalariado, el acoso moral en el trabajo (AMT) carece hasta el momento de una regulación expresa en el ordenamiento laboral, como viene señalando la ju-

risprudencia con reiteración¹, tanto en la norma legal interna como en la comunitaria o en la internacional. Tan sólo un número escaso de convenios colectivos se aventuran, en nuestro ordenamiento, a aportar una noción heteróclita de la figura con finalidad básicamente sancionadora y ocasionalmente preventiva.

La carencia de una regulación específica de la figura no ha impedido, sin embargo, el despliegue de una tutela jurídica de aquel tipo de acoso desde distintos planos del ordenamiento (laboral, de Seguridad Social, administrativo y penal). Pero esa tutela presenta notables insuficiencias. De un lado, porque no ha podido zafarse del lastre que la indefinición legal de la figura comporta, lo que se traduce en el terreno sociolaboral en una indeseable falta de homogeneidad y de seguridad de la respuesta protectora. De otro, habida cuenta de que la ausencia de esa delimitación conceptual desde la ley laboral ha mutilado, al tiempo, la función que, a este respecto, habría de cumplir la negociación colectiva, complementando y suplementando las prescripciones de aquélla, no sólo desde la óptica protectora, sino desde el paralelo e indispensable ángulo preventivo, respecto de una conducta severamente lesiva de bienes jurídicos cardinales del trabajador asalariado.

Estas insuficiencias de la ley laboral aconsejan que el análisis de los distintos cauces que este sector del ordenamiento ofrece para prevenir y tutelar por vía extrajudicial el AMT, haya de ir precedido de la delimitación dogmática del concepto de este tipo de acoso, así como de la consecuente identificación de los bienes jurídicos cuyo menoscabo acarrea la conducta acosadora.

Al socaire de este orden de consideraciones, los enfoques conceptuales desde los que se pueden abordar la noción de AMT son, sin duda, múltiples. Bajo la perspectiva jurídico-laboral, dicha noción, aunque tenga un indudable sustrato psicosocial, no es intercambiable con la que suministran otras ciencias, como la Psiquiatría, la Psicología o la Sociología. Las respuestas que en clave preventiva y protectora brinda el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social cumplen una función jurídica, impregnada sin duda de eticidad, pero dirigida a ahormar las conductas a unas reglas básicas de convivencia instauradas democráticamente por los poderes públicos y por los agentes sociales. Para coadyuvar a esa convivencia, las reglas jurídicas no pueden acoger en todo caso de forma mimética los conceptos y el tratamiento que otras ramas del saber dispensan a figuras o instituciones cuyo estudio comparten. Con alguna frecuencia se sirven de ellos, pero lo hacen para acotar sus propias nociones facilitando así la aplicación e interpretación de aquellas reglas. El olvido de esta elemental considera-

¹ SSTSJ/Cataluña de 21-12-2004 y de 6-9-2005; STSJ/Madrid, de 18-4-2005.

ción metodológica ha supuesto la aceptación en el Derecho del Trabajo de categorías que utilizan otras ciencias a fin de delimitar el concepto de AMT.

De lo anterior se deriva que, en el marco del ordenamiento laboral, el concepto de AMT, aun siendo parcialmente deudor de las aportaciones de otras ciencias sociales, presenta, por las razones a las que luego se acudirá, un perfil propio. En tal sentido, dicho concepto se identifica, a mi juicio, con la conducta de violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y de la integridad moral del trabajador, asalariado o autónomo, que se manifiesta de forma sistemática y reiterada, buscando bien su autoexclusión de la empresa, bien su postración profesional, mediante la degradación de sus condiciones de trabajo. En esta noción pueden apreciarse hasta cuatro elementos básicos, en los que el análisis debe detenerse y que, atendiendo a su complementaria función, pueden calificarse como elementos objetivo, subjetivo, finalista y locativo.

1.1.1. *Elemento objetivo*

Acotar el tipo de conducta calificable como AMT es la función que cumple este elemento. En la definición propuesta, dicha conducta se traduce en la violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y la integridad moral del trabajador, que se manifiesta de forma sistemática y reiterada. Como puede verse en su misma formulación, estamos aquí ante un elemento complejo, integrado, a su vez, por una pluralidad de rasgos, que, aun estando próximos entre sí, son susceptibles de un análisis separado.

A. *Violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y de la integridad moral del trabajador*

a) *Alcance conceptual*

La primera consideración que este rasgo suscita es que la conducta típica del AMT encierra en todo caso una violencia comúnmente psicológica, cualesquiera que sean las plurales manifestaciones en que esa conducta se exteriorice. En este sentido, se han pronunciado tanto la doctrina científica², como un sector de la jurisprudencia³. Esta esencial determinación ob-

² CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence at work*. <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.pdf>, pág. 2.

³ STS (3.ª) de 10-2-2005, STSJ/Navarra de 31-3-2005 y STSJ/Castilla-La Mancha de 14-4-2005.

jetiva permitiría, desde cierto planteamiento doctrinal, rehusar la expresión AMT y utilizar, en su lugar, la de acoso psicológico laboral, ya que, conforme a ese planteamiento, la intención que persigue el acosador es la de desestabilizar psíquicamente al acosado en el ámbito del trabajo, quedando fuera de su propósito erosionar o corromper su moral⁴, esto es, dismantelar sus convicciones morales.

Ciertamente, si la conducta acosadora tuviera sólo un impacto en el terreno de las convicciones morales nos encontraríamos ante otro tipo de acoso, el discriminatorio, que, en mi opinión, no puede considerarse como una especie del género acoso moral o psicológico⁵, puesto que, pese a compartir algún rasgo con éste, no exige necesariamente una conducta de violencia psicológica, sino la presencia, por determinados motivos, de un trato desigual injustificado o de una desventaja particular derivada de una disposición, criterio o práctica revestidos de aparente neutralidad⁶.

Ahora bien, es importante no perder de vista que la violencia habitualmente psicológica, aunque abrigue la intención de desestabilizar psíquicamente al acosado en el ámbito del trabajo y utilice para ello, de modo usual, modos o vías de maltrato psicológico, supone jurídicamente, ante todo, un atentado a su condición de sujeto moral. Por ello, hay que tener en cuenta que, desde el ángulo de la Psiquiatría, cuando se hace notar que el término «moral» alude más a las consecuencias del acoso que a los medios psicológicos empleados⁷, el foco definitorio de la figura está emplazado en el terreno de la patología psíquica de la persona del trabajador, dejando en un plano secundario, la erosión que esa conducta produce en su dignidad e integridad moral. Como más tarde ha de verse, esa dimensión patológica no

⁴ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España». En DE ELENA Y PEÑA, J. (Ed.). *Desigualdad social y relaciones de trabajo*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 189. AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico». En CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, M. (Coordinadores): *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Comares. Granada, 2000, pág. 142.

⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico en el trabajo». En: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*. La Ley. Madrid, 2006, pág. 809.

⁶ Véase, a este respecto lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva 200/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, en relación lo prescrito en el artículo 4.2, e, ET) sobre las causas que desatan el acoso discriminatorio, elenco causal que no ha concurrir de forma necesaria en el AMT.

⁷ GONZÁLEZ DE LA RIVERA Y REVUELTA, J. L.: «El acoso psicológico y sus dinámicas». En GONZÁLEZ DE LA RIVERA Y REVUELTA, J. L.: *Las claves del mobbing. El acoso psicológico en el trabajo (APT) visto por los expertos*. Ed. EOS. Madrid, 2005, págs. 17-18.

puede dejar de tener relevancia jurídico-laboral en el plano preventivo, resarcitorio y sancionador de la conducta acosadora. Pero, al tiempo, tampoco es posible desconocer la primaria e inesquivable afectación moral que supone la conducta de violencia psicológica en el plano jurídico, lo que se traduce en el ataque al respeto debido al trabajador acosado en cuanto sujeto moral. Un sujeto que está dotado, por tanto, de una conciencia moral susceptible de ser dañada no sólo desde el ángulo de la presencia de una patología psicológica, sino también desde la óptica de la esfera moral, que dota a dicho sujeto de la posibilidad de actuar libremente, adecuando las dimensiones normativa y fáctica aparejadas al acto moral⁸ y que la conducta lesiva desconoce por principio.

Como es evidente, no se trata de calificar la conducta de acoso como moralmente valiosa, puesto que su inmoralidad es incuestionable, tanto desde el punto de vista de las éticas teleológicas, como de las éticas deontológicas⁹. La función del adjetivo moral no es aquí tanto gramatical como semántica¹⁰, buscándose de este modo destacar la finalidad o el efecto degradatorio y humillante que ese comportamiento pretende producir en la conciencia moral del sujeto acosado, al margen de la virtualidad lesiva de dicha conducta, reflejada con frecuencia en la producción de daños psíquicos y físicos. A este respecto, se ha planteado el inconveniente de la desmesurada amplitud semántica del término «moral» con que se encuadra este tipo de acoso en el trabajo, lo que, según este criterio, remite a un entendimiento puramente subjetivo del concepto de AMT y a la consiguiente inseguridad jurídica que de ello se deriva¹¹.

En ese enfoque late, sin embargo, a mi parecer, el error analítico derivado de la confusión de planos que acaba evocarse entre convicción moral y esfera moral. Desde ese planteamiento se considera, por tanto, que el AMT supone un ataque a la moral del sujeto acosado, lo que implica la previa determinación de lo que haya de entenderse por moral. De este modo, se está confundiendo el AMT con el acoso discriminatorio. Este último vulnera el derecho a ostentar unas determinadas convicciones morales, a abrazar una determinada moral o a no adherirse a ninguna (cuando menos formalmente, aunque materialmente ello resulte inviable). Pero en el plano de la esfera moral, el AMT comporta un ataque al derecho a que se respete la condición de sujeto moral de la persona, es decir, al igual derecho de todo

⁸ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A.: *Ética*. Crítica. Barcelona, 1978, págs. 61-63.

⁹ Una clarificadora aportación sobre las diferencias y concomitancias de dichas éticas en GUIJÓN, E.: *Introducción a la ética*. Cátedra. Madrid, 1995, págs. 37-42.

¹⁰ Sobre las distintas funciones del adjetivo *ver*, por todos, ROCA PONS, J.: *Introducción a la gramática*. Teide. Barcelona, 1971, 2.ª ed., págs. 172-175.

¹¹ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa. (El mobbing desde la óptica de un juez)*. Lex Nova. Valladolid, 2005, pág. 63.



ser humano a no ser tratado de modo humillante o vejatorio, sin que, por tanto, su dignidad resulte menoscabada, al margen, por tanto, de la opción moral por la que el sujeto se haya decantado. De ello se desprende, en suma, que para identificar el AMT no es en modo alguno necesario indagar o esclarecer la idea que de la moral tenga el sujeto acosado, ni tampoco cuál sea el concepto de la moral como sistema¹². Basta para ello con determinar si la conducta acosadora vulnera o no objetivamente la dignidad del trabajador y su integridad moral, al margen de que tal conducta pueda también afectar a otros bienes jurídicos, como, en efecto, suele hacerlo.

Cuestión distinta, aunque estrechamente relacionada con la anterior, es la de delimitar el contenido objetivo de la dignidad y la integridad moral del trabajador en cuanto bienes jurídicos lesionados desde la perspectiva jurídico-laboral por la conducta acosadora. En la delimitación de ese contenido, determinados aspectos de la moral como sistema aparecen involucrados en cuanto fundamento ético de los derechos afectados. Pero esa tarea analítica no supone una indecisa remisión al concepto de la moral como categoría sistémica, sino una concreción legal y jurisprudencial de los bienes jurídicamente relevantes que, por ello, son objeto de protección ante el AMT

Desde esta perspectiva, conviene precisar en este punto que la dignidad de la persona puede ser entendida en dos sentidos. En una primera significación, la dignidad se presenta como forma de comportamiento de la persona. Desde este entendimiento, se afirma que una persona se comporta digna o indignamente. Por ello, cabrá apreciar una actitud indigna cuando se desconozcan elementales principios éticos-jurídicos de convivencia (por ejemplo, la solidaridad o la buena fe). Éste es un sentido contingente o relativo de la dignidad, ya que no todas las personas actúan de acuerdo con ella¹³.

Desde una segunda comprensión, la dignidad aparece como un valor ético-jurídico central que se reconoce a toda persona, al margen de cuál sea su comportamiento y, por tanto, de sus méritos o capacidades. Estamos aquí ante un sentido inmanente, necesario y absoluto de la dignidad, que refleja la igualdad básica de todos los seres humanos y que, por ello, no admite transacción. De este entendimiento deriva la imposibilidad de considerar a los seres humanos como una mercancía a la que se asigna un precio, pues esa óptica permitiría su sustitución por algo de equivalente valor¹⁴. No será

¹² Para la distinción entre los planos normativo y fáctico de la moral, cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A.: *Ética*, ob. cit., págs. 61-63

¹³ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 421.

¹⁴ KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa-Calpe. Madrid, 1983, 8.ª ed., págs. 92-93. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: *Autonomía...*, ob. cit., págs. 421-422. GÓMEZ PIN, V.: *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*. Paidós. Barcelona, 1995, pág. 19.

ocioso recordar ahora, a este propósito, que, de acuerdo con el apartado I, a, de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT —Declaración de Filadelfia—, acompañado como anexo a su Constitución OIT de 1919, un principio fundamental de esta organización estriba en proclamar que el trabajo no es una mercancía. De ahí que el TC haya señalado, en un plano más general, la imposibilidad de mercantilizar a la persona, lo que es incompatible con su dignidad, pues aquella es sujeto pero no objeto de contratos patrimoniales¹⁵.

Ambas dimensiones de la dignidad humana están involucradas en el concepto de AMT. La primera atañe al acosador, que mantiene siempre una conducta indigna, aunque algunos de los actos aislados de acoso no puedan calificarse en todo caso de ilegales. La segunda al acosado, cuya condición de sujeto moral resulta invariablemente afectada por la conducta acosadora, que desconoce, no su concreta moral, sino su derecho, de alcance universal, a un trato no humillante o vejatorio. De esta segunda dimensión se infiere que la violencia psicológica presenta siempre, en el concepto que aquí se acoge, una necesaria relación causal con el atentado a la dignidad y a la integridad moral del trabajador, de forma que la expresión AMT resulta idónea como síntesis reveladora de esa relación.

En este orden de ideas, cabe apuntar, adicionalmente, que la expresión AMT es preferible a la de *mobbing*, ya que este vocablo, al tener un origen extrajurídico y pese a que algunos autores se refieren al sustrato ético esencial de aquella expresión¹⁶, se centra en la situación psicológica del acosado que comienza a traducirse, psiquiátrica o psicosomáticamente, en condiciones patógenas¹⁷. De ahí que, como ya se ha apuntado, *el mobbing* aluda más a los medios empleados y a ciertos efectos psíquicos buscados (terror psicológico, en la calificación de Leymann) que a la intención o resultado último perseguido desde la perspectiva ético-jurídica: no otro que lesionar la dignidad y la integridad moral del trabajador.

En la línea de desbroce conceptual del elemento objetivo, no parece tampoco que el término presión tenga suficiente consistencia definitoria del tipo de que acoso que aquí se examina, incluso aunque se adjetive como «laboral tendenciosa»¹⁸. El empleo del término presión a fin de poder incluir en el mismo la violencia física, no permite subrayar la mayor entidad, cualitativa y cuantitativa, que presenta la violencia psicológica respecto de la física en este tipo de acoso. En este sentido, debe recordarse que los es-

¹⁵ Cfr. la STC 212/1996, de 19-12.

¹⁶ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing...», ob. cit., pág. 188.

¹⁷ LEYMANN, H.: «The Content and Development the Mobbing at Work». En *European Journal of Work and Organizacional Psychology* núm. 5/1996, pág. 6.

¹⁸ Así lo hace GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., págs. 81-82.

pecialistas subrayan lo infrecuente de las conductas de violencia física en el AMT, ya que sus manifestaciones prototípicas son sibilinas y sofisticadas¹⁹. Por tanto, aunque la violencia psicológica pueda ir acompañada ocasionalmente de violencia física, el núcleo del concepto se identifica por lo común con la primera clase de violencia, no siendo necesario para la apreciación del AMT —y esto es determinante— que exista comportamiento alguno de agresión o violencia física²⁰. Ello no implica, sin embargo, que esta última haya de descartarse absolutamente en esta modalidad de acoso²¹, pues la realidad enseña su esporádica apreciación junto a la violencia psicológica²². Esta categorización facilita, en suma, subrayar el carácter habitual de la violencia psicológica en el concepto de AMT, permitiendo así que encuentre acomodo en esta noción la eventual violencia física que pueda acarrear este tipo de acoso.

En definitiva, el AMT debe caracterizarse en relación con la violencia habitualmente psicológica, porque la ocasional identificación en la conducta hostigadora de la violencia física sólo viene a reforzar de modo instrumental, como propósito o resultado, la devastación psíquica de la víctima, siendo pues esa inusual violencia física tan sólo un medio más para lograr la bancarrota de su dignidad y de su integridad moral como trabajador²³.

b) *Encaje en la norma constitucional*

Aunque, como ya se advirtió, el concepto de AMT no está expresamente recogido en la ley laboral, la dignidad de la persona del trabajador y su integridad moral, en cuanto bienes jurídicos vulnerados siempre en este tipo de acoso, son objeto de protección en nuestro ordenamiento, ya sea en el plano constitucional, ya en el plano de la legalidad ordinaria. La protección jurídica del AMT encuentra un primer y basilar anclaje en la Ley Funda-

¹⁹ LEYMANN, H.: «The Content... ob. cit., pág. 4.

²⁰ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral en el trabajo*. Paidós. Barcelona, 2001, pág. 32.

²¹ Con excesivo esquematismo, excluye del AMT los actos de violencia física o de amenaza de hacer uso de ella VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo*. Gestión 2000. Barcelona, 2005, pág. 62.

²² Algunos pronunciamientos judiciales incluyen la violencia física en la catalogación del AMT (ver, por ejemplo, la STSJ/Murcia de 2-9-2003). Inclusión que también realiza, en su correspondiente ámbito, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (cfr. su Hoja Informativa núm. 23/2000, sobre Acoso Moral en el Trabajo, pág. 1).

²³ LICARI, S.: «De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail». *Droit Social* núm. 5/2000, pág. 493. MAZEAUD, A.: «Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation». *Droit Social* núm. 3/2002, pág. 321. BOUTY, C.: Q. «Harcèlement moral et droit común de la responsabilité civil». *Droit Social* 7-8/2002, pág. 696.

mental, al contemplarse la dignidad de la persona como un principio constitucional en el artículo 10.1 de la Constitución (CE)²⁴. Sobre esta sólida peana se apoya el doble carácter de valor y de principio que posee la dignidad de la persona, puesto de relieve por el TC al calificarla como un «valor moral y espiritual inherente a la persona»²⁵ y, asimismo, como un principio constitucional²⁶.

Esta dual calificación tiene una indudable coherencia interna. En cuanto principio constitucional, el de dignidad de la persona es el reflejo del principio fundamental del Derecho que exige el respeto recíproco, la indemnidad de la persona tanto en su existencia exterior (vida, integridad física) como interior (libertad, honor...) ²⁷. Considerado como principio jurídico, este principio constitucional nuclear contiene una predeterminación sobre los valores que deben identificarse y preservarse en la acción normativa y judicial, desplegando tanto una función positiva, que exige incorporar y proteger tales valores en dicha acción, como una función negativa, excluyente de los valores opuestos y de las normas en que éstos reposan²⁸.

Pese a su carácter basilar, al configurarse la dignidad de la persona como un principio jurídico asentado en el artículo 10.1 CE y en ningún caso como un derecho constitucional²⁹, no es posible reclamar la tutela judicial de la dignidad del trabajador mediante una pretensión autónoma que combata el

²⁴ SSTSJ/Murcia, 23-6-2003 y 2-9-2003; SSTSJ/Cataluña, 23-7-2003, y 22-12-2004.

²⁵ STC 53/1985, de 11-4.

²⁶ Cfr. las por ejemplo, SSTC 231/1988, de 2-12 y 192/2003, de 27-10.

²⁷ LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, 1993, pág. 57; HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Edhasa. 1988, pág. 103.

²⁸ LARENZ, K.: *Derecho justo...* ob. cit., pág. 33.

²⁹ La tónica dominante en la norma internacional y en la comunitaria es, también, la de acoger la dignidad de la persona como principio y no como derecho. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948, o, pese a carecer aún de eficacia jurídica vinculante, en el artículo II-61 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29-10-2004, que, como es sabido, se integra en su Parte II, relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Esta tendencia es la que acoge, asimismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) al considerar que «el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho» (STJCE de 14-10-2004, C-36/02, motivación núm. 34); afirmación compatible con el entendimiento de la dignidad humana como derecho fundamental, integrado en el Derecho de la Unión, pero cuyo alcance normativo se ciñe a normas concretas del Derecho comunitaria derivado; Véase., a este propósito, la STJCE de 9-10-2001, asunto C-377/98, motivaciones núms. 70 y 71. Con innegable dosis de voluntarismo, en alguna ocasión se ha identificado en el artículo 10.1 CE el derecho a la dignidad de la persona. Cfr., por ejemplo, DE VICENTE PACHÉS, F.: «La configuración de acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales». *Tribuna Social*, núm. 180/2005, pág. 56.

AMT con base en dicho precepto, ni por el cauce del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales³⁰, ni, por ende, a través del recurso de amparo³¹.

El reparo tutelar no es infranqueable, pues ha de tenerse en cuenta que la conducta agresora inherente al AMT tiene un carácter pluriofensivo, susceptible por ello de afectar a distintos bienes y derechos constitucionales tutelables a través de aquellas vías, como sucede, a guisa de ejemplo, con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), el derecho a la integridad física y a la salud (arts. 15 y 40.2 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el derecho al honor (art. 18.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1, a, CE), el derecho a la libertad de comunicación (art. 20.1, d, CE) o el derecho al trabajo o a la promoción profesional (art. 35.1 CE). La sola mención de estos derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados mediante el AMT, denota que constituyen proyección necesaria de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. O, dicho en términos de la propia doctrina del TC, el valor y el principio de la dignidad de la persona es —junto al derecho a la vida— *el prius* lógico y ontológico que permite crear y especificar los derechos fundamentales que la CE reconoce³². Presenta, por tanto, la dignidad de la persona un carácter dinámico, derivado del conjunto de los derechos fundamentales³³, en los que se plasma la función positiva o reguladora, consustancial a todo principio jurídico.

La pluralidad de derechos fundamentales que el AMT puede infringir, no impide constatar, empero, que la prevención y protección frente a este tipo de acoso —incluyendo, desde luego, la de orden extrajudicial— encuentra siempre su fundamento primario en el artículo 15 CE.³⁴ pues el derecho a la integridad moral reconocido en el referido precepto resulta invariablemente lesionado, aunque, de ordinario, puedan transgredirse otros derechos, fundamentales o no.

En este sentido, no es ocioso señalar que el bien jurídico objeto de protección mediante del derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE es la inviolabilidad del ser humano, sostenida por la estimación de que su espíritu —al igual que su cuerpo— no debe profanarse³⁵. Conse-

³⁰ STS/Canarias/Las Palmas, de 28-4-2003.

³¹ STC 64/1986, de 21-5.

³² STC 53/1985, de 11-4.

³³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, 2005, págs. 97-98.

³⁴ SSTSJ/Cataluña 23-7-2003, 10-6-2005 y 6-9-2005; SSTS/Murcia 2-9-2003, STSJ/Madrid, de 18-4-2005.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas, 2003, pág. 202.

cuencia de esa valoración ético-jurídica sustentada en la dignidad del ser humano y su incolumidad personal³⁶, es el reconocimiento a toda persona del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, comprensivo de la interdicción de un amplio espectro de conductas antijurídicas³⁷. En lo que toca al AMT, esta conducta de violencia habitualmente psicológica vulnera el derecho a no sufrir tratos degradantes, esto es, aquellos que inflingen a la persona un sufrimiento psíquico humillante ante los demás o ante sí misma³⁸. En discrepancia con este entendimiento, se ha propuesto la utilidad de sustituir el concepto de tratos degradantes por el de denigración, con la finalidad básica de obtener una mayor protección frente al AMT. A mi modo de ver, dicha propuesta no resulta aceptable por distintas razones. Haré referencia tan solo a las que, de modo principal, avalan su desestimación.

La primera es de orden filológico y alerta acerca de la marcada sinonimia del campo semántico habitual de los verbos denigrar y degradar³⁹, lo que convierte en bizantino el intento de distinción, como lo prueba el hecho de que, para lograrla, haya de acudirse a una subjetiva y vagarosa diferencia entre el género (tratos degradantes) y la especie (denigración). Carácter vaporoso de la distinción que se acentúa aún más si cabe al identificar la propuesta sustitutoria denigración con vejación.

La segunda razón se vincula a los efectos del AMT. La referida propuesta sostiene que el daño moral no es un requisito estructural del AMT, pues sólo se precisa para el mobbing devastador que sanciona el artículo 173 del CP, de modo que el término denigración acotaría más adecuadamente el concepto de AMT, entendido como presión laboral tendenciosa. Sin embargo, como seguidamente ha de verse, la existencia del daño moral es inherente al concepto de AMT porque la dignidad y la integridad moral del trabajador resultan siempre afectadas con este tipo de asedio.

Una tercera razón atiende al contenido protector que ha de reservarse al AMT. A este propósito, la mencionada propuesta sustitutoria formula dos objeciones. La primera arguye que, de no utilizarse el término denigración en lugar de la expresión tratos degradantes para definir el AMT, resultaría difícil evitar la aplicación del delito recogido en el artículo 173 del Código Penal (CP) a todas las conductas de mobbing, al definirse la acción delictiva en este precepto como trato degradante que menoscaba gravemente la inte-

³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Artículo 15. Derecho a la vida». En ALZAGA VILLAMIL, Ó.: *Director: Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*. Tomo II, pág. 317.

³⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coordinador): *Derecho Constitucional. Vol. II*. Tecnos. 2003, 2.ª ed., pág. 97.

³⁸ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...* ob. cit., págs. 202-203.

³⁹ MOLINER, M.: *Diccionario de uso del español*. Vol. I. Ed. Gredos, 2.ª ed. 1999, págs. 879 y 890.



gridad moral de la persona. Empero, este reparo encierra, según creo, una notoria contradicción, pues, como la propia propuesta admite, el artículo 173 CP sólo castiga, entre otras conductas, la modalidad más grave de AMT —que la citada propuesta califica como mobbing devastador—, lo que guarda coherencia con el principio de intervención mínima, rector del Derecho Penal, de suerte que este sector del ordenamiento sólo se activa ante las infracciones de mayor gravedad perpetradas contra los bienes jurídicos de entidad superior⁴⁰. La principal consecuencia de esa necesaria distinción, es que no siempre la conducta propia del AMT podrá integrar el tipo penal contemplado en el artículo 173 CP, como la misma práctica jurisprudencial corrobora reservando la aplicación de ese tipo punitivo a supuestos de extrema gravedad, sean o no calificables como AMT, dado que la violencia psicológica habitual que identifica esta conducta acosadora no agota, ni mucho menos, el elenco de comportamientos susceptibles de integrar los tratos degradantes a que se refiere el citado precepto al configurar la acción objetivamente típica. Adviértase, por lo demás, que el sometimiento al principio de subsidiariedad o intervención mínima exige, en dicho precepto, que para calificar como degradante la conducta punible no baste la mera existencia de la acción, sino que sea necesaria su imposición al sujeto pasivo⁴¹, lo que no siempre es indispensable para identificar el AMT desde la óptica laboral.

La segunda objeción de la propuesta sustitutoria sale al paso de las que considera consecuencias desprotectoras de determinadas conductas propias del AMT, de no admitirse el cambio terminológico ofrecido. A este respecto, se señala la dificultad de incluir en el AMT el ejercicio inmotivado y reiterado de la potestad disciplinaria por el empresario con finalidad de signo acosador, dado que tal potestad no es en sí misma una conducta degradante. Este óbice desconoce, no obstante, que la potestad disciplinaria, aunque no integre en todo caso esa conducta, puede desde luego utilizarse torticeramente con el objetivo de ejercer violencia psicológica laboral, infligiendo, con ese fin, un trato degradante, esto es, humillante o vejatorio para el acosado, como la jurisprudencia ha puesto de relieve de forma repetida, vinculando ese trato con el artículo 15 CE⁴².

En suma, puede afirmarse que entre las distintas manifestaciones de los tratos degradantes a que se refiere el artículo 15 CE se integra de forma idónea la conducta propia del AMT. Ahora bien, debe insistirse en que la le-

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 1998, 3.^a ed, págs. 79, 84 y 88.

⁴¹ TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Artículo 173». En QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador): *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi, 1996, pág. 860.

⁴² Cfr., por ejemplo, STSJ/Comunidad valenciana de 1-3-2004; SSTSJ/Madrid, de 11-2-2003 y de 20-3-2003.

sión de otros derechos fundamentales mediante la conducta acosadora, de forma aislada o en concurso, constituye tan sólo una posibilidad y no un requisito configurador de la noción de este tipo de acoso, que sólo exige, como ya se ha señalado, la vulneración del derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE en relación con el principio basilar de la dignidad de la persona en el art. 10 CE. Por ello, no puede compartirse el criterio de que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE) sean también siempre transgredidos con el comportamiento de acoso moral e integren de modo indefectible aquella conducta⁴³.

A este respecto, se ha considerado que el AMT vulnera en todo caso el derecho al trabajo, sobre la base de un concepto a mi juicio insuficiente del AMT, que lo delimita como una presión laboral tendenciosa dirigida a la autoeliminación del trabajador mediante su denigración⁴⁴. Pero, como ya se adelantó y luego habrá ocasión de puntualizar, la noción de AMT no integra únicamente la pretensión de que el trabajador abandone su trabajo, aunque éste sea el supuesto más frecuente. También puede buscar su postración profesional a fin de lograr una actitud obsecuente y servil, esto es, extirpadora de la necesaria autonomía con la que, en distinto grado, la actividad laboral ha de desarrollarse, traspasando de este modo el lindero que marca el correcto cumplimiento contractual de su prestación de trabajo, pero sin la pretensión de que aquél abandone la empresa. Siendo esto así, el derecho al trabajo no resulta siempre vulnerado con la conducta acosadora, pues los que integran el contenido de ese derecho constitucional complejo no han de verse necesariamente afectados por la misma⁴⁵.

Tampoco el derecho al honor resulta siempre violado con la conducta acosadora. No es dudoso que el atentado contra el derecho al honor choca de pleno con la dignidad humana puesto que, como ya se vio, ésta forja un principio constitucional que se proyecta sobre los derechos fundamentales. Pero no es jurídicamente admisible mantener la afirmación contraria, esto es, que todo atentado contra la dignidad de la persona vulnera el derecho al honor. En cuanto aquí importa y como ya se ha reiterado, el atentado contra la dignidad humana que tiene lugar mediante el AMT infringe en todo caso el derecho del trabajador a su integridad moral (art. 15 CE), pero no necesariamente su derecho al honor (art. 18.1 CE). Como es bien sabido, este último tiene un ámbito objetivo de aplicación distinto al primero, puesto que los bienes jurídicos objeto de protección mediante tales derechos no son inter-

⁴³ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión...* ob. cit., págs. 181-182.

⁴⁴ *Ibidem...*, pág. 182.

⁴⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Derecho al trabajo y políticas de empleo». En SEMPERE NAVARRO, A. V.: (Director): *El modelo social en la Constitución española de 1978*. MTAS, 2003, págs. 1334-1341.



cambiables entre sí, aunque el principio de la dignidad de la persona constituya el cimiento común de ambos.

En efecto, como ya se apuntó, el derecho a la integridad moral protege a la persona física frente a ataques a su derecho a no sufrir tratos degradantes, lo que veda someterla a un sufrimiento psíquico humillante ante los demás o ante sí misma. Piénsese, por vía de ejemplo, en el hecho de encomendar al trabajador una actividad laboral innecesaria, o en mantenerle en una situación de ambigüedad de rol, hurtándole información sobre ciertos aspectos de su trabajo⁴⁶.

En el derecho al honor también puede apreciarse sin duda la lesión a la dignidad de la persona, ya que, conforme señala el TC, su titular goza del derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás⁴⁷. Pero esta humillación y afrenta —que puede exteriorizarse de palabra o de obra— sólo comprende —excluyendo cualquier otra conducta lesiva de la dignidad del trabajador— la que incide en la reputación de la persona o en su reputación como trabajador (reputación profesional), sin que, en consecuencia, cualquier crítica a la actividad profesional pueda ser considerada por principio como un atentado al honor, sino solo la que sobrepase la libre crítica a la labor profesional y que por su naturaleza, características y forma la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona⁴⁸.

De ello cabe deducir que, sin que quepa desconocer la dificultad de delimitar en la práctica el contenido de los derechos en juego, el AMT podrá violar también el derecho al honor del acosado tan sólo si afecta objetivamente a aquella reputación personal y/profesional del trabajador, ya sea de forma directa o indirecta. El variado mosaico de conductas que a este respecto pueden producirse, queda por tanto diferenciado de aquellas otras que vulneran el derecho a la integridad moral sobre la base del elemento finalista de la conducta lesiva. Es ese elemento el que permite calificar como violación del derecho al honor en el plano laboral, con finalidad acosadora o en ausencia de ella, las multiformes expresiones que esa vulneración pueden revestir, tales como la pública y falsa atribución al trabajador de la realización incompetente de sus funciones, de modo que se exterioriza así el menosprecio o animosidad respecto del desarrollo de su trabajo, o bien, de

⁴⁶ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing». <http://www.mobbing.nu/index.htm>.

⁴⁷ STC 219/1992, de 3-12.

⁴⁸ SSTC 40/11992, de 30-3, 76/1995, de 22-5 y 282/2000, de 27-11; STSJ/Navarra de 30-11-1996, STSJ/C. Valenciana de 21-6-2002.

forma más soterrada, la conducta empresarial consistente en la sistemática exclusión del trabajador de las reuniones relativas a la organización del trabajo en el área laboral bajo su supervisión, poniendo así en tela de juicio su capacidad profesional ⁴⁹.

c) *Acomodo en la norma legal: la insuficiente cobertura del acoso moral en el trabajo*

El carácter motriz del principio de dignidad de la persona no sólo insufla hálito vital a los derechos fundamentales. Alcanza también al plano de la legalidad infraconstitucional, permitiendo reconocer a los trabajadores asalariados el derecho a la consideración debida a su dignidad (artículo 4.2, e, del RDL 1/1995, de 24 de marzo, ET), cuya vulneración también acaece mediante la conducta integradora del AMT, conforme la jurisprudencia viene señalando con reiteración ⁵⁰. La impregnación que produce el reconocimiento de ese derecho en todos los aspectos de la relación de trabajo ⁵¹ como consecuencia de la proyección expansiva del artículo 10.1 CE, en congruencia con los principios constitucionales que el mismo enuncia «a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho...» ⁵², ha permitido, en efecto, a la jurisprudencia alcanzar esa conclusión y crear la figura del AMT ante la carencia de un específico reconocimiento de la misma en la norma legal. Se trata, ciertamente, de una solución judicial necesaria en el orden protector, que ha debido utilizar ciertos criterios interpretativos, colmando así la inexistente regulación específica de este tipo de acoso.

En este punto es necesario subrayar que el AMT puede también afectar al trabajador autónomo, como sujeto activo o pasivo del mismo, aunque esta última posición pueda ser la más frecuente, en especial por lo que hace al autónomo dependiente. La primaria tutela respecto de esa conducta encuentra ya respuesta en el marco constitucional, habida cuenta del amplio espectro subjetivo que cubren los artículos 10.1 y 15 CE al proscribir todo atentado a la dignidad e integridad moral de la persona, con independencia de la que brindan otros derechos y bienes constitucionales susceptibles de ser vulnerados mediante aquella forma de acoso. Consecuente con ese fun-

⁴⁹ Véase, a este respecto, el Informe Explicativo, STE núm. 163, del contenido del artículo 26.2 de la Carta Social Europea, reformada el 3-5-1996.

⁵⁰ STSJ/Cataluña de 28-11-2001; STSJ/Galicia de 12-9-2002, STSJ/Madrid de 1-2-2003; SSTSJ/Cataluña de 10-6-2005 y de 6-9-2005, STSJ/Castilla La Mancha de 20-4-2006).

⁵¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. Thomson-Civitas. Madrid, 2006, 24.ª ed., pág. 439, con cita de la STC 192/2003, de 27.10.

⁵² STC 192/2003, f. j. núm. 7.

damento constitucional, la acción legislativa recuerda, en el plano propositivo, que el trabajador autónomo es titular del «derecho al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia», con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 del Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (PLETA)⁵³. De modo más concreto y en paralelo con el trabajador asalariado, frente al AMT del trabajador autónomo éste también exhibe, en el ejercicio de su actividad profesional y en el plano infraconstitucional, el derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad,...», conforme previene el art. 4.3, b, del PLETA, para cuya específica protección judicial y extrajudicial habrá que aguardar a la aprobación de dicho Proyecto de Ley por las Cortes Generales.

Entre tanto y situándonos en el terreno del trabajo asalariado, la jurisdicción del orden social ha establecido una clara conexión causal vinculando el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE) con el derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador del art. 4.2, e, ET, que permite proteger a éste frente a la conducta constitutiva de AMT. Sentada esa conexión, la jurisprudencia laboral ha manejado una interpretación finalista del artículo 4.2, e, ET, en la redacción dada al mismo por el artículo 37, dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que permite rechazar el AMT entendiendo que la conducta hostil y vejatoria propia del mismo desconoce de plano el derecho contemplado en el art. 4.2, e, ET. Esa interpretación no es, con todo, indisputada. Un sector de la doctrina científica, inclinándose por un entendimiento literal del referido precepto estatutario, considera que el mismo acota tan sólo el acoso sexual y el acoso discriminatorio⁵⁴.

Debe admitirse, sin embargo, que la hermenéutica finalista de ese precepto cuenta a su favor con razones de mayor peso. Una primera consiste en advertir que el inicio de la segunda cláusula del art. 4.2, e, ET, mediante el participio «comprendida», revela con nitidez la finalidad aclaratoria de la misma, dirigida a incluir en el contenido de los derechos a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del trabajador la protección frente a determinadas conductas que el legislador entiende necesario identificar dado el reproche social al que las mismas son acreedoras. Se trata de una finalidad meramente explicativa y en modo alguna limitativa, que surge para conferir mayor seguridad jurídica a posición del trabajador en la relación labo-

⁵³ BOCG, CD de 1-12-2006.

⁵⁴ AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Thomson-Aranzadi, 2005, 6.^a ed., págs. 50-51.

ral, pero que no pretende derogar ni excluir la primera cláusula de aquel precepto, en la que sigue incólume el reconocimiento de los mencionados derechos y su amplio contenido tutelar. Por ello, resulta inaplicable aquí el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, puesto que, como es sabido, su alcance se ciñe a situaciones o materias antinómicas, cuya admisión conjunta es, por tanto, incompatible o inconciliable. Por el contrario, no existe contradicción alguna entre las dos partes del mencionado precepto estatutario, sino complementariedad o desarrollo.

Esta interpretación finalista aparece reforzada por una interpretación sistemática, que pone en relación los arts. 10.1 y 15 CE y el art. 181 de la LPL, precepto este último que, mediante la redacción que al mismo proporcionó la Ley 62/2003 (art. 40.1), incorpora de modo genérico la prohibición del acoso, sin adjetivación alusiva a ninguna modalidad del mismo, como una de las situaciones que gozan de una especial protección a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales⁵⁵.

A esta interpretación sistemática del art. 181 LPL no puede oponerse con éxito otra de igual signo pero ceñida al plano de la legalidad ordinaria, en virtud de la cual dicho precepto, pese a su genérica dicción literal, sólo dispensaría tutela judicial al acoso discriminatorio, ya que el objetivo de la Ley 62/2003 consiste en trasponer al ordenamiento interno los mandatos contenidos en la Directiva 2004/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda dicho principio en diversos ámbitos, así como en la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En lo que aquí interesa, esa transposición se concreta en la definición que del acoso proporciona el art. 28,1, d, de la Ley 62/2003. Una definición referida tan sólo al acoso discriminatorio, pues, aunque el precepto dice acotar conceptualmente el acoso a secas, sólo alude realmente a esa modalidad y, además, lo hace de forma limitada, sin cubrir todas las circunstancias que la pueden generar, lo que es consecuencia de su fiel seguimiento de las determinaciones que las normas comunitarias a transponer acogen a este respecto.

Siendo incuestionable que es el acoso discriminatorio el contemplado en este precepto, hay que observar, frente a esa interpretación reductora, que la modificación operada en el art. 181 LPL por la Ley 62/2003 no guarda coherencia con esa delimitación conceptual previa. Con anterioridad a dicha modificación, este precepto procesal ya daba cabida en el marco de la

⁵⁵ STSJ/Castilla La Mancha 20-4-2006.

modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, a «la prohibición de tratamiento discriminatorio». Resultaría por tanto redundante y, en consecuencia, absurdo, que la interdicción del acoso se limitase únicamente al discriminatorio tras aquella modificación legislativa en la que se acoge al acoso sin incorporar ninguna precisión adjetivadora.

Esta necesaria labor hermenéutica desplegada por los órganos judiciales con la finalidad de afincar sólidamente la protección ante el AMT no parece, con todo, suficiente, como algún sector de la doctrina científica ha considerado⁵⁶, a efectos preventivos y de protección, tanto en ese mismo plano judicial como en el extrajudicial. Como podrá comprobarse con posterioridad, pese al notable esfuerzo desplegado en los últimos años, la jurisprudencia no utiliza siempre criterios homogéneos a la hora de calificar la conducta como AMT y, por tanto, de dispensar la correspondiente tutela en ese sede. Esta disparidad viene propiciada por la inexistencia de una específica regulación de aquella clase de acoso, así como por la ausencia hasta el momento de doctrina judicial unificadora del Tribunal Supremo en esta materia. Tal falta de tratamiento uniforme perjudica también, por vía refleja, a los ámbitos preventivos y tutelares de carácter extrajudicial, ya que su activación resulta objetivamente dificultada ante el silencio que guarda la ley laboral en punto a la específica regulación del referido acoso.

La falta de uniformidad de los criterios judiciales en torno al concepto de AMT viene adicionalmente dificultada por la plural morfología con la que se manifiesta la conducta que lo integra, demostrativa de su carácter subrepticio y escurridizo y, por ello, más difícilmente aprehensible, tanto en el plano conceptual como en el probatorio.

Ciertamente, si bien puede afirmarse que la vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador que contempla el art. 4.2, e, ET es un ingrediente insoslayable del elemento objetivo del concepto del AMT, la transgresión de ese derecho puede exteriorizarse mediante una pluralidad de formas, reconducibles, sintéticamente, a dos. De un lado, en una forma genérica, cuando la conducta de AMT afecta a la dignidad del trabajador mediante el ejercicio ilícito por el sujeto activo de un poder jurídico genérico, vulnerándose así aquel derecho estatutario. De otro, en una forma específica, al traspasarse el límite del respeto a la dignidad del trabajador que otros preceptos de desarrollo del artículo 4.2, e, ET imponen con-

⁵⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Dignidad del trabajador y acoso moral». En BORRAJO DACRUZ, E., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (Coordinadores): *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González. La Ley. Madrid, 2003, págs. 95-96. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico...», ob. cit., pág. 821.

cretamente a los poderes empresariales directivo (en materia de vigilancia y control de los trabajadores: arts. 18 y 20.3 ET) y modificativo (en punto al cambio de funciones y de otras condiciones de trabajo: arts. 39.3 y 41.3 ET), siempre que estas contravenciones obedezcan a una conducta integrante de AMT.

A mayor abundamiento y en similitud con lo que sucede en el plano constitucional, la potencialidad pluriofensiva del AMT no sólo afecta al derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador que el ET protege de forma genérica y específica. También se plasma a través de vulneraciones de otros derechos contemplados en la ley laboral y cuya titularidad aquél ostenta, no siendo por lo demás infrecuente que esas transgresiones se produzcan. Tal acontece, de modo paradigmático, con el derecho a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 4.2, d, y 19 ET; art. 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y con el derecho a su intimidad (art. 18.1 ET). Pero, conviene insistir en ello, la vulneración de estos derechos no es consustancial al concepto de AMT, bastando para su identificación que se infrinja aquel derecho estatutario en el que se ancla de forma directa el reconocimiento a la dignidad del trabajador.

Atendiendo a la pluralidad de bienes jurídicos que la AMT puede lesionar, habida cuenta de la diversa morfología con la conducta acosadora se manifiesta, la jurisprudencia ha debido trazar la protección desde la ley laboral, sustantiva y procesal, frente a dicha conducta. Pero esta tutela se alza sobre una construcción judicial no compacta de la figura, insuficiente para suplir el abstencionismo del legislador, cuya función definitoria resulta por ello indispensable en aras al principio de seguridad jurídica.

En el ámbito estatal, el legislador sólo ha sido consciente de la insuficiencia definitoria que lastra la figura del AMT en escasas ocasiones y desde el plano propositivo. Entre las distintas propuestas formuladas a este respecto en sede parlamentaria, destaca por su tratamiento protector más acabado la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo de 23-11-2001⁵⁷, cuya tramitación fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 5 de marzo de 2002⁵⁸, y que propugnaba la modificación, entre otros preceptos, del art. 4.2, e, ET en el sentido de incluir dentro del derecho al respeto de la intimidad del trabajador y del derecho a la consideración debida de su dignidad «la protección... frente a las conductas constitutivas de acoso moral» (art. primero, núm. 1). Esa coherente operación inclusiva iba

⁵⁷ DOCG núm. 175.

⁵⁸ DOCG núm. 175-2, de 12-3-2002.

acompañada de la necesaria —aunque técnicamente cuestionable— definición del AMT como «toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática sobre 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» (art. primero, núm 4). En paralelo, el citado Grupo Parlamentario presentaba una Proposición de Ley Orgánica por la que se incorporaba en el Código Penal un nuevo artículo 314 bis, tipificando el acoso moral en el trabajo⁵⁹ y cuya tramitación fue también rehusada en sesión plenaria del Congreso de los Diputados⁶⁰.

Esta insuficiencia reguladora del AMT por parte de la norma estatal es, en la actualidad, mucho más visible en el ámbito de la Unión Europea (UE). Es cierto que la UE no ha adoptado hasta el presente una norma a este respecto, pues la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, de 20-9-2001, mediante la que se «exhorta a la Comisión a ofrecer a más tardar en marzo de 2002, en un Libro Verde, un análisis detallado del estado actual del problema del acoso moral en el lugar de trabajo en cada Estado miembro y a presentar, a más tardar en octubre de 2002 y basándose en este análisis, un plan de acción sobre las medidas comunitarias contra el acoso moral en el lugar de trabajo» (punto 24), no ha sido todavía atendida. Pero, por otra parte, no puede desconocerse que, paulatinamente y con distinto perfil conceptual y alcance, la figura ha sido recibida por el legislador de distintos países europeos⁶¹.

Pese a la innegable realidad que supone la paulatina extensión de este tipo de acoso en la empresa y a la reacción de otros ordenamientos para atajarlo, por ahora nuestro legislador estatal no considera necesario abordar la regulación específica de esta figura, considerando, probablemente, que la misma ya recibe respuesta adecuada por parte de los órganos judiciales del orden social a partir de los preceptos constitucionales y estatutario anteriormente evocados. Esta pasividad reguladora continúa siendo el criterio que sume el legislador estatal. Así lo revela la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, omite por completo toda referencia expresa al AMT en su regulación, tanto en la nueva

⁵⁹ DOCG de 23-11- 2001, núm. 176-1.

⁶⁰ DOCG de 3-6-2002, núm. 176-2.

⁶¹ Son de destacar, a este respecto, Suecia, con la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21-9-1993 (su texto puede consultarse en <http://www.bullyonline.org/action/victwork.htm>), Francia, mediante la Ley 2002-73, de 17-1-2002, de Modernización Social (JORF de 18-1-2002), que incorpora la figura en el Código de Trabajo francés, y Bélgica a través la Ley de 11-6-2002, sobre la protección contra la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo.

definición que su disposición adicional undécima uno proporciona del derecho contemplado en el art. 4.2, e, ET y en el que se alude ahora expresamente al acoso sexual y al acoso (discriminatorio) por razón de sexo, como en otros aspectos en los que dicha igualdad ha de promoverse y combatirse todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo, algunos de los cuales se aludirá más adelante.

La errónea creencia del legislador de que la actual normativa laboral proporciona cumplida respuesta al AMT, le hace perder una ocasión de oro para introducir una regulación protectora frente al mismo. En primer lugar, porque las mujeres constituyen el colectivo en el que incide con mayor frecuencia el AMT⁶². En segundo término porque los hombres, aun en menor medida, también son sujetos pasivos de esta clase de acoso y la Ley Orgánica 3/2007, si bien muestra una preferente orientación hacia la promoción de la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, dicha norma también extiende su regulación protectora a estos últimos, pues su ámbito de aplicación comprende a «Todas las personas» en cuanto «a los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo», siendo, asimismo, aplicables las obligaciones establecidas en la misma a «toda persona, física o jurídica, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia» (art. 2).

B. *La producción de un daño moral*

Como ya se ha señalado con insistencia, la violencia habitualmente psicológica que caracteriza el AMT tiene el propósito o el efecto de socavar la dignidad y la integridad moral del acosado. Lo que significa que la conducta hostigadora y humillante que lo integra puede calificarse tanto por el objetivo perseguido —y es usual que así suceda—, como por el resultado alcanzado⁶³, a diferencia del ilícito contemplado en el artículo 173.1 C.P., cuyo tipo configura un delito de resultado. Pero, ya se trate de un propósito, ya de un efecto, en todo caso ha de existir la lesión a la dignidad y, por tanto, a la integridad moral del acosado. De ahí que la activación de esta clase de acoso sólo requiera que se produzca un daño moral, sin que sea exigible la causación de un daño material de carácter físico o psíquico cuando no se alcanza tal resultado dañoso mediante la conducta acosadora.

Si los daños de carácter material, psíquico o físico, se exigieran en todo caso para calificar jurídicamente el AMT, quedaría sin amparo legal —ya

⁶² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...* ob. cit., págs. 88-89.

⁶³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «El acoso moral en el trabajo. ¿Una nueva forma de discriminación?». *Revista de Derecho Social* núm. 19/2002, pág. 59.

sea extrajudicial ya judicial— una conducta que objetivamente constituye un atentado a la dignidad de la persona del trabajador y, junto a ello, con frecuencia, a algunos de sus derechos laborales y/o fundamentales, habida cuenta la virtualidad pluriofensiva que la conducta acosadora llevada aparejada. La presencia de daños de orden psíquico o físico tiene su repercusión en el plano resarcitorio (daños y perjuicios), reparador (prestaciones por incapacidad temporal o permanente) y sancionador (infracciones laborales, administrativas y penales). Pero tales daños, debe insistirse, no integran de forma necesaria el elemento objetivo definitorio de esta clase de acoso.

Aunque este planteamiento se admite sin esfuerzo por la jurisprudencia respecto de otras materias⁶⁴ o, de forma ocasional, del propio AMT⁶⁵, la jurisprudencia mayoritaria, siguiendo a la doctrina especializada, considera este acoso como un ilícito de resultado, inclinándose, así, por la presencia de un daño cierto de carácter material, básicamente de orden psíquico, para admitir tal clase de acoso. El principal reparo que cabe oponer a esta línea judicial es que la exigencia de un resultado lesivo de orden material no parece coherente con la admisión por parte de los órganos judiciales de un amplio catálogo de manifestaciones del AMT, tales como «la implantación de medidas organizativas —no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.—, medidas de aislamiento social —impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.—, medidas de ataque a la persona de la víctima —críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.—, medidas de violencia física, agresiones verbales —insultos, amenazas, rumores sobre la víctima...»⁶⁶.

Parece evidente que no todas estas conductas de acoso —u otras muchas que la realidad muestra— desembocan de modo ineluctable en la producción de un daño psíquico o físico —aunque esto sea frecuente— y que, pese a ello, pueden menoscabar la dignidad y a la integridad de la persona mediante el AMT si concurren los restantes elementos que lo configuran. Influida en exceso por la dimensión psicológica y psiquiátrica que suele presentar el AMT, así como por los efectos reparadores del mismo en el plano de la protección social, la aceptación judicial de un dilatado elenco de me-

⁶⁴ El daño moral no se identifica en la Jurisprudencia del Tribunal Constitución (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con la integridad física o psíquica, sino con un trato degradante que humilla y envilece (SSTC 57/1994, de 28.2 y 215/1994, de 14-7), con un sentimiento prolongado de inseguridad y angustia (STEDH de 6-4-2000, As. Thlimmenos c. Grecia) o de dolor y sufrimiento psíquico (STEDH de 14-3-2002, As. Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni).

⁶⁵ STSJ/Andalucía/Sevilla, de 26-12- 2002.

⁶⁶ STSJ/Madrid, 20-3-2003 y STSJ/Galicia 27-1-2005.

canismos acosadores, diferenciados por su carácter activo, omisivo o permisivo⁶⁷, va acompañada de forma no siempre coherente, de la exigencia de la producción de un daño material, de índole psíquica o física, aun partiendo de la base de que el AMT constituye una vulneración de la dignidad y de la integridad moral del acosado⁶⁸.

A este respecto, conviene advertir que la inexigencia conceptual de un daño psíquico o físico en el acosado, no implica, sin embargo, que haya de prescindirse de la objetivación del daño, es decir, de la verificación de la conducta con propósito de atacar la dignidad e integridad moral del trabajador. Entre otros motivos, para evitar que las eventuales simulaciones por parte del acosado puedan confundirse con una real y efectiva conducta de acoso, ya que, aun teniendo estas simulaciones un carácter ocasional, no puede descartarse su presencia en el entorno laboral, tal como subraya la doctrina especializada⁶⁹.

La referida objetivación del daño tiene, asimismo, la relevante consecuencia de que la realidad de la conducta dañosa no pueda quedar al albur de su apreciación por el acosado, aunque sea lógico presumir que nadie en su sano juicio desea o admite de buen grado ningún tipo de hostigamiento o humillación psicológicos en el trabajo. De ahí que se rechace por la jurisprudencia la valoración subjetiva del daño por parte de aquél, como elemento configurador del concepto de AMT y se requiera su objetivación probatoria, lo que es compatible con la exigencia jurisprudencial de la percepción por la víctima de las manifestaciones del acoso⁷⁰. Ahora bien, el hecho de que el sujeto acosado haya de percibir la conducta hostil y vejatoria que se desencadena en su contra, no significa que haya de exigírsele una actitud de repulsa de esa conducta. Al contrario de lo que sucede con el acoso sexual, la objetivación del AMT hace inexigible el explícito o implícito rechazo por parte del sujeto acosado para poder apreciar la conducta acosadora. Ello es coherente con la valoración de la dignidad de la persona y su integridad moral como un bien jurídico consustancial a la misma, cuya identificación y repulsa jurídico-laborales no precisan que dicho sujeto despliegue actividad alguna, negativa, positiva o indiferente.

⁶⁷ STS/Canarias, Las Palmas, 28-4-2003.

⁶⁸ STSJ/País Vasco de 26-2-2002; STSJ/Castilla-La Mancha de 26-6-2002, STSJ/Andalucía/Sevilla, de 19-12-2002, SSTSJ/Madrid, 21-3-2006 y 31-3-2006.

⁶⁹ LÓPEZ GARCÍA SILVA, J.A. y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L.: «La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo». En <http://mobbingopinion.bpweb.net/cgi-bin/artman/exec/search.cgi>.

⁷⁰ STSJ/Galicia de 27-1-2005. Siguen aquí los tribunales laborales la doctrina sentada en materia de acoso sexual por el TC. Véase, en este sentido, las SSTC 224/1999, de 13-12 y 136/2001, de 18-6.

C. *La sistematicidad y la reiteración de la conducta acosadora*

La conducta acosadora que integra el AMT no puede ser identificada sobre la base de hechos aislados. Es necesario que la misma venga delimitada por un conjunto de actos que evidencien la existencia de una cierta planificación o urdimbre de hostigamiento y humillación de porte básicamente psicológico hacia el acosado, es decir, que dichos actos obedezcan a un plan de acoso, plasmado en la reiteración de la referida conducta. Algunas precisiones de interés conviene realizar sobre esta adicional delimitación de la conducta de acoso.

Una primera apunta al carácter relativo con que ha de considerarse el rasgo de la sistematicidad en la conducta acosadora. En efecto, la exigencia de un plan de acoso no supone que éste haya de responder a un proyecto «metódicamente organizado»⁷¹, con un diseño inicial de plena trabazón o ensamblaje a fin de que pueda calificarse la conducta como acosadora. Para ello es suficiente con que exista un designio acosador, aunque el mismo se ponga en práctica con cierta desorganización, sin obedecer a una trama de actos predeterminados de forma plena en su concepción y ejecución. A este propósito, ha de tenerse en cuenta que, por su propia naturaleza, la conducta de AMT puede presentar ingredientes de cierta improvisación en cuanto a la clase y contenido de las acciones u omisiones que el acosador lleve a cabo.

Una segunda precisión advierte de que los actos delimitadores de la conducta constitutiva del AMT no han de valorarse desde el prisma de su íntegra licitud. En este sentido, no puede perderse de vista que dichos actos no tienen que conformar en su totalidad comportamientos ilícitos, pudiendo exteriorizarse algunos de ellos como formalmente ajustados a Derecho⁷². Por tanto, lo relevante no es aquí la calificación jurídica de dichos actos aisladamente considerados, sino la significación que en su conjunto muestran en la secuencia de la conducta acosadora.

En tercer lugar, una precisión relativa a la duración del acoso. La reiteración y continuidad de las acciones y omisiones que integran la conducta acosadora constituyen el precipitado natural del plan de acoso, pues acosar ha de entenderse en el entorno laboral en su primario significado de «perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos»⁷³. Pero

⁷¹ Segunda acepción del sustantivo planificación en el diccionario de la RAEL, 22.ª ed, 2001.

⁷² Cfr., a modo de ejemplo, la STSJ/Galicia, de 8-4-2003.

⁷³ En su 3.ª acepción en el Diccionario de la RAEL, 21.ª ed. El término acoso tiene un significado de mayor adecuación para definir el AMT que el también cercano de «asedio», pues «asediar» presenta un menor alcance semántico, ciñéndose a «Importunar a alguien sin descanso con pretensiones» (2.ª acepción en el citado Diccionario).

la prolongación en el tiempo del acoso no requiere una determinada duración del mismo, como se ha propuesto con cierto apresuramiento en algún caso por la doctrina laboralista⁷⁴ bajo la directa influencia de criterios derivados de la Psicología⁷⁵. Cualquier delimitación temporal precisa a este respecto resulta arbitraria y abre la puerta a una calificación jurídica de base cuantitativa, inadecuada para unos derechos que, como sucede con los que tutelan la dignidad de la persona y su integridad moral, no protegen prioritariamente un bien patrimonial, sino una cualidad personal dotada de un fundamento ético inmanente al ser humano, sin perjuicio, claro es, de que de su vulneración puedan también derivarse daños materiales. De ahí que el dato relevante no sea una determinada duración y frecuencia de la conducta lesiva, sino la gravedad que muestre la misma objetivamente, lo que supone una específica valoración en cada caso de la secuencia de actos que configuran aquella conducta⁷⁶.

1.1.2. *Elemento subjetivo*

La consideración de la violencia habitualmente psicológica como laboral, pretende destacar la dimensión subjetiva anudada a este adjetivo, a fin de evidenciar que esa violencia afecta a sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el entorno de las relaciones laborales de la empresa. De este modo, el empresario, el trabajador asalariado, el trabajador autónomo, dependiente o no⁷⁷, y cualquier otro sujeto que mantenga alguna relación o vínculo comercial o económico con la empresa pueden ocupar, en línea de principio, las posiciones de sujetos activo y pasivo de dicha conducta, si bien la respuesta protectora hacia el sujeto acosado no provendrá siempre ni tan sólo del ordenamiento laboral. El diverso emplazamiento en esas posiciones está condicionado, como es lógico, por la modalidad de AMT que en aquel entorno laboral puede producirse: vertical, horizontal o mixto.

El acoso vertical puede realizarse en un sentido ascendente o descendente. Los estudios especializados demuestran que el AMT suele ser de carácter vertical descendente⁷⁸, apareciendo un superior jerárquico o el pro-

⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: «El acoso psicológico en el derecho del trabajo». *Tribunal Social* núm. 145/2003, pág. 17.

⁷⁵ LEYMANN, H. «The content...», ob. cit., cifra esa frecuencia en una vez por semana durante más de seis meses MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...» ob. cit., parecen asumir también este lapso temporal.

⁷⁶ STS/Aragón, de 30-6-2003 y STSJ/Cataluña de 1-10-2004.

⁷⁷ Para la distinción legal de esas dos figuras, ver los arts. 1.1 y 11 del PLETA.

⁷⁸ PIÑUELY ZABALA, I.: *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Sal Terrae, Santander, 2001, pág. 55. HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.



pio empresario como sujetos activos del acoso respecto del trabajador o trabajadores, ya sea de forma activa cuando es el propio empresario el que provoca la conducta ya sea por vía omisiva, cuando éste tolera o permite la conducta acosadora sin intervenir para atajarla⁷⁹. El acoso vertical ascendente muestra, por el contrario, una frecuencia mucho menor, sin que ello aminore la intensidad de sus efectos perniciosos sobre la víctima⁸⁰. Como es fácil comprender, el menor índice de frecuencia de esta modalidad reposa en el hecho de que el acoso se dirige aquí por parte del trabajador o trabajadores hacia el superior jerárquico, circunstancia que, aunque no la impide, dificulta objetivamente la conducta acosadora, inhibiéndola las más veces dado lo improbable de que la misma alcance su finalidad, especialmente si se realiza de forma individual.

Pese al mayor protagonismo del acoso vertical descendente, los sujetos del AMT no siempre están situados en esa posición de jerarquía. Las formas de acoso horizontal por parte de trabajadores de la empresa que no ocupan un opuesto jerárquicamente superior a otro u otros trabajadores acosados, aunque presentan una frecuencia inferior que la registrada en el acoso vertical descendente, no son tampoco insólitas⁸¹. Menos comunes son las situaciones de AMT en las que el sujeto acosador es un tercero, distinto del empresario o de los trabajadores de la empresa, pero practica este tipo de acoso sobre algunos de estos trabajadores. En este caso se encuentran, por vía de ejemplo, las empresas de contratas o subcontratas, las empresas usuarias respecto de las empresas de trabajo temporal o los proveedores, distribuidores y clientes de la empresa en la que se produce el acoso.

La realidad laboral de la violencia psicológica muestra, asimismo, formas de acoso mixto. Éstas suelen originarse en un acoso horizontal que, desde su comienzo o partir de un determinado momento, cuenta con el apoyo expreso o con el consentimiento tácito del superior jerárquico o del empresario⁸². Estas formas mixtas de acoso evidencian que el componente subjetivo del mismo puede ser individual o plural, tanto por parte del acosador. En este sentido, la utilización en inglés del vocablo *mobbing* como equivalente al AMT evoca la dimensión colectiva del término, utilizado por vez primera en el terreno de la etología para referirse a un grupo de animales pequeños amenazando a un animal solitario mayor y trasladado después al ámbito laboral para identificar un tipo similar de conducta⁸³. Este uso se

⁷⁹ STS/Madrid, de 30-9-2004.

⁸⁰ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.

⁸¹ PIÑUELY ZABALA, I.: *Cómo sobrevivir...*, ob. cit., pág. 55. HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.

⁸² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 102.

⁸³ LEYMAN, H.: *The content...*, ob. cit., pág. 4.

corresponde bien en aquella lengua con el sustantivo *mob* (multitud, muchedumbre) y con el verbo *to mob*, traducido en nuestra idioma como acosar o atacar en masa. Con todo, la realidad laboral enseña que aquella dimensión colectiva del AMT no es la predominante en el entorno laboral, siendo, por el contrario, la versión con sujeto acosador único más común que aquella otra en la que existe una pluralidad de acosadores, habiéndose subrayado, asimismo, lo inusual del acoso a un solo trabajador por parte de un equipo de trabajo en su integridad ⁸⁴.

Cualquiera que sea la forma que el AMT adopte, desde el punto de vista psicológico se ha apreciado en el mismo la existencia de una relación asimétrica de poder, jerárquica o de hecho, como ingrediente necesario de ese acoso ⁸⁵. Siendo un dato adquirido por la literatura especializada que las fuentes de poder sobre las personas no emanan en exclusiva de relaciones de jerarquía laboral, la presencia de una relación asimétrica de poder, aunque contribuya a explicar en el ámbito psicológico los comportamientos de acoso en el trabajo, no constituye, en mi opinión, un elemento configurador autónomo de este tipo de acoso en el plano jurídico-laboral ⁸⁶. Como ya se ha explicado con anterioridad, para apreciar el AMT no es necesario, aunque sea frecuente, que exista un daño físico o psíquico, de modo que, aun dándose la intención de acosar, la víctima no ha de experimentar en todo caso ese tipo de daño, pues no resulta inconcebible, aunque no sea lo más frecuente, que aquélla mantenga su estabilidad emocional, sin sufrir ninguna patología física o psíquica, aunque en todo caso se produzca un daño moral. Esta posible entereza de carácter de la víctima muestra que la relación factual de asimetría no tiene que producirse siempre ni, por tanto, es jurídicamente exigible. Otra cosa es que, en los supuestos de acoso vertical descendente, la posición categorial o funcional del acosador se valore como una circunstancia reveladora de la mayor gravedad del acoso, al prevalerse aquél de una posición de superioridad jerárquica en el entorno laboral.

⁸⁴ *Ibíd.*... pág. 16.

⁸⁵ RODRÍGUEZ PULIDO, F. y TALLO ALDANA, E.: «El método epidemiológico en el estudio del estrés laboral». En GONZÁLEZ DE LA RIVERA, J.L.: *Las claves del mobbing*. Ed. EOS. Madrid, 2005, págs. 86-87.

⁸⁶ Traslado en este punto la dimensión psicológica del AMT a su faceta jurídico-laboral, considera la asimetría de poderes como ingrediente necesario del que denomina elemento organizacional de ese acoso, CORREA CARRASCO, M.: «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo». En CORREA CARRASCO, M.: (Coordinador): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*. Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 63-64. En este línea también se sitúa MELLA MÉNDEZ, L.: «El acoso psicológico...», *ob. cit.*, pág. 16. Rehúsa, sin embargo, la relevancia conceptual de la citada asimetría, aunque sin dar razón alguna del rechazo, SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*. Consejo Económico y Social, 2005, pág. 45.

Una última precisión es oportuno realizar. En el concepto de AMT que aquí se utiliza, el acoso tiene siempre como sujeto pasivo al trabajador, asalariado o autónomo, individual o pluralmente considerado. Un clásico entendimiento formalista del principio de especialidad regulativa ha conducido a un tratamiento independiente de la relación individual de trabajo para el personal funcionario y asimilado de las Administraciones Públicas que, como se sabe, queda excluido del ámbito de aplicación del ET (art. 1.3, a). Exclusión que no impide advertir, sin embargo, que el AMT de dicho personal también vulnera de plano su dignidad e integridad moral, chocando así tanto con el genérico fundamento tutelar que brindan los arts. 10.1 y 15 CE, como con el específico ofrecido por el art. 63.1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, aprobatorio de Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (en la redacción dada al mismo por el art. 3.1 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo).

Como es evidente, esa formal separación jurídica proyecta sus efectos en el ámbito protector, ya sea judicial, ya extrajudicial. Al margen de la común tutela punitiva que para trabajadores y empleados públicos sujetos pasivos del AMT brinda el ordenamiento penal, la tutela judicial en el ámbito profesional de estos últimos frente a esta clase de acoso encuentra una vía genérica hábil en la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública empleadora de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, lo que permite reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, entre otras conductas, por las encuadrables en aquel acoso⁸⁷. La protección extrajudicial de este personal frente a este acoso resulta, sin embargo, más problemática, dado que la regulación de los medios de solución extrajudicial de conflictos en la función pública está dirigida básicamente hacia los de carácter colectivo vinculados con la determinación colectiva de las condiciones de empleo, al cumplimiento de los instrumentos negociales y a las impugnaciones en materia de elecciones a órganos de representación unitaria, conforme a lo previsto en los arts. 8 del Convenio 151/1978, de 27 de junio, de la OIT, 28,29 y 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio. Pese a ello, no existe obstáculo alguno para que la negociación colectiva funcional pueda establecer mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje en orden resolver en vía extrajudicial los conflictos individuales que puedan surgir entre dicho personal y la Administración Pública empleadora —lo que incluye también los derivados de la situación de AMT—, al amparo de la amplia habilitación reconocida a las partes negociadoras para determinar el contenido de los Acuerdos y Pactos por el art. 32, k, de la Ley 9/1987, en su redacción modificada mediante la Ley 7/1990, de 19 de julio.

⁸⁷ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo. Cfr., en este sentido, la STS (Sala 3.ª), de 23 de julio de 2001,

1.1.3. *Elemento finalista*

Como ya se ha venido subrayando, la violencia psicológica que mediante el AMT se ejerce usualmente contra el trabajador busca, en primer término y de modo inmediato, lesionar su dignidad personal y profesional, así como su integridad moral. Pero este objetivo es tan sólo funcional, pues sirve de medio o instrumento a una doble finalidad sustancial aunque indirecta, puesta de relieve en algunas resoluciones judiciales y en determinados convenios colectivos que han captado bien la compleja realidad de este tipo de acoso. Tal finalidad consiste en crear un ambiente laboral hostil al trabajador, bien poniendo en peligro su empleo, bien degradando el ambiente o medio de trabajo⁸⁸, o bien dirigiendo su conducta hacia ambos objetivos.

De ahí que el concepto de AMT no esté vinculado en exclusiva a un objetivo de autoeliminación o expulsión del trabajador de la empresa, como se sostiene por algunos autores⁸⁹ y cierta jurisprudencia⁹⁰. Junto a esa autoexclusión o eliminación, la conducta de acoso puede dirigirse también a su postración profesional, mediante la degradación de sus condiciones de trabajo⁹¹. Con este objetivo no se pretende que el trabajador abandone la empresa, sino que se ajuste a un comportamiento sumiso y acrítico, impidiendo, a guisa de ejemplo, que ponga en tela de juicio, sin sobrepasar los límites de la libertad de expresión, los criterios o los modos de dirección del trabajo, que cuestione los métodos de trabajo implantados en la empresa o forzándole a determinados cambios de condiciones de trabajo⁹². La pretensión empresarial de lograr esa actitud obsecuente puede buscarse desplegando con esa finalidad una conducta de AMT, que el recto ejercicio del poder directivo empresarial no puede legitimar en ningún caso, tal como ha sentado con firmeza la doctrina del TC afirmando que «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradi-

⁸⁸ STS (Sala 3.ª) de 23-7-2001, STSJ/Navarra, de 30-4-2001 y STS/Castilla y León de 28-2-2005. Ver, también, en este sentido, el art. 43.C, c.11 del CC para Acuicultura Mariana de Andalucía (BOJA de 4-4-2006).

⁸⁹ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., pág. 81. CORREA CARRASCO, M.: «El concepto jurídico...», ob. cit., pág. 61.

⁹⁰ Cfr., por vía de ejemplo, STSJ/Galicia, de 16-1-2004.

⁹¹ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 19. GARCÍA CALLEJO, J. M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. Ed. Federación de Servicios Públicos de UGT. Madrid, 2003, pág. 56.

⁹² PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico...», ob. cit., págs. 192-193. SEBASTIÁN HERRAZ, J.: «Aspectos clínicos del acoso laboral» En GONZÁLEZ DE RIVERA, J. L. *Las claves del mobbing*. Ed. EOS, pág. 112.

cho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional»⁹³.

Esta segunda finalidad sustancial de la conducta acosadora quedaba de relieve en la referida Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista relativa al derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo. En ella se incluía, al definir esta figura, los comportamientos, palabras o actitudes que pusieran en peligro o degradaran las condiciones de trabajo del sujeto acosado. Esta referencia a las condiciones de trabajo es necesaria para integrar ese tipo de acoso desde el ángulo finalista que ahora se considera. Y no porque siempre haya de estar presente en el AMT un cambio de tales condiciones de trabajo con propósito o efecto de hostigamiento psicológico, pues esa alteración puede o no existir. Tal alusión ha de entenderse en el sentido de que las circunstancias en que se presta el trabajo a partir la conducta dañosa, trufada en general de manifestaciones pluriofensivas de la dignidad del trabajador y, con frecuencia, de su salud física y/o psíquica, crean un clima de inseguridad o degradación del ambiente o entorno laboral que incide en las condiciones en que el mismo se presta, ya sea para que el trabajador abandone la empresa, ya sea con la finalidad de que se someta a unas determinadas pautas en su prestación laboral, que en ningún caso vienen exigidas por la relación de trabajo que le vincula con aquélla.

1.1.4. *Elemento locativo*

La calificación jurídico-laboral del AMT ha de contar, asimismo, con el entorno en que esta conducta se produce. La identificación de ese entorno no debe realizarse bajo un criterio restrictivo, pues obrando de este modo quedarían al margen de la figura conductas que objetivamente la integran y su prevención y protección resultarían ineficaces o menoscabadas. En consecuencia, será conceptualmente erróneo considerar que este tipo de acoso ha de producirse únicamente en el puesto de trabajo o en el lugar de trabajo, aunque esto sea lo usual. La realidad sociolaboral enseña que puede también desarrollarse fuera del recinto de la empresa o del centro de trabajo⁹⁴. Y no sólo porque los comportamientos que integran la conducta acosadora se lleven a cabo cuando la actividad laboral se presta de forma itinerante. También en las ocasiones en que tales comportamientos se ejecuten fuera del puesto de trabajo o del lugar en que el trabajador acosado presta sus servicios, pero en conexión causal con su trabajo. A modo de ejemplo, pue-

⁹³ STC 120/1983, de 15-12.

⁹⁴ SAGARDÓY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico...», ob. cit., págs. 815-816.

de invocarse ahora la situación en que el empresario cuestiona la profesionalidad del acosado con intención humillante o vejatoria y difunde esa valoración no sólo en el ámbito estricto de la empresa, sino entre otros empleadores y/o clientes de la misma. De ahí que peque de reduccionismo identificar el elemento locativo con el lugar de trabajo⁹⁵ o al puesto de trabajo en que la víctima del acoso desempeña su cometido laboral. Resulta conceptualmente más exacto aludir al entorno sociolaboral del acoso, considerándolo como una realidad material intra y extraempresarial, aunque vinculada siempre en este último ámbito a la relación laboral del acosado a fin de que la noción de esta clase de acoso no se dilate con desmesura y pierda todo nexo de causalidad con ese contexto.

Este entendimiento cuenta con una fundamentación normativa de indudable solidez. En efecto, al hallarse anclado el derecho estatutario a la consideración debida a la dignidad del trabajador (art. 4.2, e, del ET) en el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15. CE), la interpretación de este último exige acudir, en clave sistemática y en virtud del mandato del art. 10.2 CE, a los acuerdos internacionales ratificados por España que regulen el AMT. De conformidad con este canon hermenéutico, el artículo 26.2 de la Carta Social Europea, en su versión reformada, enmarca el elemento locativo de la conducta calificable como AMT «en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo». No ofrece duda, por tanto, que dicho elemento ha de delimitarse con la amplitud material derivada de este precepto, al acoger el mismo de modo más acabado y eficaz la realidad social que se pretende atajar y proteger.

1.2. El plano de la norma legal: la incidencia de determinadas situaciones en el concepto de acoso moral en el trabajo

La previa tarea delimitadora del AMT a fin de poder encarar su debida protección, judicial o extrajudicial, no concluye con el trazado de los elementos que caracterizan la figura. Requiere, asimismo, un deslinde conceptual que permita distinguirla de otros supuestos con los que tiene ciertos puntos de contacto, de mayor o menor intensidad.

Estos puntos de conexión se establecen con situaciones, conflictivas o no, que se producen en la relación de trabajo, ya sea de forma independiente del AMT, ya sea en concurso con esta figura, dado que dichas situaciones pueden surgir con carácter instrumental respecto de la conducta acosadora, lo que, en ocasiones, acentúa la dificultad de establecer la ade-

⁹⁵ Participa de ese enfoque reductor DE VICENTE PACHÉS, F.: «La configuración...», ob. cit., pág. 56.

cuada distinción. En todo caso, el criterio que permite trazar con claridad esa diferencia reposa sobre el elemento finalista integrante de la noción de esta clase de acoso.

Ese elemento teleológico del AMT está ausente en las vejaciones de índole sexual, que pueden acompañar a aquél como medio de hostigar psicológicamente a la víctima en conjunción con otros, pero que no comparece siempre como instrumento necesario del tipo de acoso aquí estudiado, presentándose con mayor frecuencia de modo independiente bajo el tipo de acoso sexual en el trabajo (arts. 4.2, e, y 54.2, g) ET). Su finalidad estriba en «un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y artículo 1.º de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo)»⁹⁶. Es esta finalidad de orden sexual la que separa claramente el acoso sexual del objetivo de autoexclusión o de postración laboral que el AMT persigue.

La misma pauta brindada por el elemento finalista muestra que el AMT no obedece tampoco a una presión laboral derivada de un trabajo estresante o de una situación conflictiva provocada por controversias de orden laboral que pueden enfrentar a las partes de las relaciones individual y colectiva de trabajo⁹⁷. Pero, al tiempo, conviene recordar que tampoco es necesario para poder apreciar la conducta acosadora el ejercicio de una violencia psicológica extrema, tal como se exige desde una perspectiva psicológica. Baste dejar apuntado ahora que el ataque a la dignidad y a la integridad moral del trabajador no ha de revestir en todo caso el nivel de gravedad aparejado al ilícito penal tipificador del trato degradante (art. 173 C.P.) o de otros delitos que pueden tener al trabajador como sujeto pasivo, tales como las lesiones (art. 147 C.P.), las amenazas (arts. 169 y ss. C.P.) o las coacciones (art. 172 C.P.), pues el principio de intervención mínima que caracteriza ese sector del ordenamiento no rige en el ámbito laboral. La finalidad autoexcluyente o de sometimiento propia del AMT permitirá aquí también diferenciarla de otras situaciones conflictivas que, si bien pueden aflorar instrumentalmente en el marco de una conducta acosadora e incluso ser su antesala, actúan de modo autónomo obedeciendo a otras circunstancias relacionadas con ritmos, jornadas o condiciones de trabajo exigentes o inapropiados, o con contenedores consustanciales a un sistema normativo de relaciones de trabajo⁹⁸ que

⁹⁶ STC 224/1999, de 13-12.

⁹⁷ STSJ/Murcia de 2-9-2003 y STSJ/ Madrid, de 31-3-2006.

⁹⁸ STSJ/Murcia de 23-6-2003.

acepta los valores del pluralismo social y del consecuente conflicto laboral, aunque esa aceptación no llegue a cuestionar en profundidad el fundamento ético-jurídico del sistema económico sobre el que aquel otro de orden normativo se alza.

El AMT debe deslindarse también, sin intención de exhaustividad, del abuso de derecho, pues no estamos aquí ante figuras intercambiables. La presencia de una conducta abusiva no es ingrediente esencial del AMT, ya que no todo abuso de derecho puede considerarse violencia comúnmente psicológica, aunque esa conducta pueda servirse, con relativa frecuencia, de comportamientos abusivos. Ha de recordarse, a este propósito, que el abuso de derecho supone la producción de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica⁹⁹, en tanto que frente a la conducta acosadora el trabajador queda primariamente protegido a través del derecho a la consideración debida a su dignidad y de otros derivados del mismo o conexos con él, aunque la eficacia de esa protección aconseje, como pudo verse, una regulación legal específica de esta figura.

La jurisprudencia se ha hecho eco de esta necesaria distinción, señalando que «no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral», por lo que no debe identificarse el acoso moral con el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, «pues mientras que con éste el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra, imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso moral lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano, pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables o repetitivas»¹⁰⁰.

Bajo la probable influencia de criterios de índole psicológica¹⁰¹, propiciaba una indeseable mezcla de planos conceptuales la precitada Proposición de la Ley sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, de 23 de noviembre de 2001, al calificar como acoso moral toda conducta abusiva o de violencia psicológica (art. primero, núm. 4). Establecer esta disyuntiva es conceptualmente incorrecto, porque «toda» conducta abusiva no desemboca de modo necesario, como ya se dicho, en el AMT. Es de nuevo el elemento teleológico de esta figura el que autoriza a establecer la indispensable distinción entre esta clase de acoso y el ejercicio abusivo del

⁹⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I.* Tecnos. Madrid, 1989, pág. 460.

¹⁰⁰ STSJ/Cataluña 11-2-2004 y STSJ/Canarias de 14-3-2005.

¹⁰¹ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 19.



poder empresarial, dado que, si bien éste es susceptible de ser utilizado al servicio de ese acoso, también puede acudirse a él de forma autónoma bajo el designio de lograr una mayor productividad por vía torticera, sin pretender la humillación o vejación del trabajador buscando su autoeliminación de la empresa o su sometimiento incondicional a determinados métodos directivos u organizativos establecidos por aquélla.

1.3. El plano de la norma convencional: las carencias del concepto de acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva

En el ámbito de la negociación colectiva, sobresale, como principal característica del tratamiento que los convenios proporcionan al AMT, la escasa atención que éstos dispensan a esta figura. Bajo ese criterio de parquedad reguladora, las cláusulas convencionales que afectan a la misma pueden encuadrarse en dos tipos, obedientes a la finalidad que las alienta: preventivas y sancionadoras.

Dejando para un momento posterior las cláusulas de corte preventivo, puede observarse que la identificación convencional del concepto de AMT suele hacerse con más frecuencia en el marco del régimen disciplinario como presupuesto para el establecimiento de la infracción tipificadora de esa conducta. En ese ámbito material, la disparidad reguladora es el denominador común en la delimitación convencional del referido concepto, lo que no puede sorprender teniendo en cuenta que el AMT carece de regulación específica por la norma legal.

El carácter heteróclito de esa regulación, dificulta, ciertamente, el señalamiento de las carencias más prominentes en el tratamiento convencional del concepto de AMT. Con todo, observando con cierto pormenor el diseño que los convenios colectivos dispensan al AMT y por lo que hace a los de ámbito supraempresarial vigentes, en los que, con distinta extensión, intensidad y acierto, se presta atención a la figura, se aprecian algunos problemas comunes en esa regulación. Estos problemas se presentan de ordinario como deficiencias reguladoras, objetivamente impeditivas de la adecuada protección extrajudicial frente a la conducta acosadora en la definición que de dicha figura aquí se ha propuesto.

Sin considerar ahora el tratamiento que el convenio brinda al régimen disciplinario de la figura en estudio, las deficiencias reguladoras más notorias en la definición de la figura se localizan en dos tipos de cláusulas: unas son de carácter programático, otras de orden definitorio. Entre las primeras destacan aquellos convenios que se limitan a realizar meras alusiones genéricas a la figura, asumiendo las partes negociadoras el compromiso de actuar con criterios de prevención y solución del AMT, pero sin abordar en

ningún momento su definición y, en consecuencia, remitiendo a un momento posterior la delimitación de dichos criterios ¹⁰².

En lo tocante a las cláusulas que abordan la definición de la figura, las deficiencias de la regulación afectan a los distintos elementos objetivo, subjetivo, finalista y locativo que conforman el concepto de AMT aceptado en este trabajo. Las que con mayor frecuencia introducen variables que distorsionan la deseable homogeneidad de dichos elementos pueden sintetizarse como sigue.

Las cláusulas que versan sobre el elemento objetivo muestran dos tipos de deficiencias. De un lado, la ampliación del contenido de la conducta de acoso, calificando la violencia psicológica de extrema, excluyéndose tácitamente de este modo los comportamientos que, aun revistiendo suficiente gravedad, no alcance ese nivel máximo de violencia ¹⁰³. De otro, la reducción de dicho contenido tan sólo a la conducta abusiva, dejando fuera de la misma la violencia psicológica ¹⁰⁴.

El deficiente tratamiento del elemento subjetivo del AMT es visible en las cláusulas convencionales que establecen la indeterminación de los sujetos pasivos del acoso, calificados, a un mismo tiempo, de «personas» y de «trabajador» ¹⁰⁵, así como en aquellas otras que introducen un componente volitivo inexigible en el sujeto pasivo del acoso, al calificarse como tal «toda conducta no deseada» ¹⁰⁶.

Lastre compartido en el acotamiento del elemento finalista por la negociación colectiva examinada, es el de limitar la finalidad de la conducta de acoso al logro del abandono del trabajo por parte del trabajador ¹⁰⁷, orillando el objetivo de someter al trabajador, mediante aquella conducta, a unas pautas directivas u organizativas que no se sujetan a un fundamento normativo y razonable, buscando así la postración profesional de aquél. En lo to-

¹⁰² Art. 36, A, CC del Comercio de Alimentación de Jaén (BOP 8-10-2005); art. 35 CC del Comercio del Calzado de Jaén (BOP 16-11-2005), o el art. 50 del CC del Comercio de la Piel en general de Madrid, (BOCM 4-11-2005).

¹⁰³ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24-4-2006), art. 50 del CC del Comercio de la Piel en general de Madrid (BOCM 4-11-2005).

¹⁰⁴ Art. 43.C, c.11 del CC para Acuicultura Mariana de Andalucía (BOJA de 4-4-2006), art. 46 CC del Comercio e Importaciones de Artículos fotográficos, vídeo y sonido de Barcelona (DOGC 27-1-2004), art. 46 del CC del Comercio e Importadores de Artículos Fotográficos, vídeo y sonido (DOGC 27-1-2004).

¹⁰⁵ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24- 4-2006), art. 35 del CC del Comercio del Calzado de Jaén (BOP 16-11-2005).

¹⁰⁶ Art. 53 del CC Interprovincial de Administraciones de Loterías (BOE 27-7-2004), art. 37.3, n, del CC interprovincial del Comercio de Flores y Plantas (BOE 26-10-2005).

¹⁰⁷ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24- 4-2006).



cante al elemento locativo, en fin, es habitual restringir el ámbito de afectación material del acoso al lugar de trabajo o al centro de trabajo, con el inmediato efecto de expulsar tácitamente de dicho elemento aquellas conductas de acoso acaecidas en el entorno sociolaboral del trabajador y vinculadas a su prestación de trabajo¹⁰⁸.

En suma, la regulación convencional del concepto de AMT que aquí se ha considerado está alejado, como puede verse, de acomodarse a deseables pautas de homogeneidad. Pero el balance que esa regulación arroja no obedece a un inadecuado uso de la autonomía normativa por parte de los interlocutores sociales. Responde a la ausencia de una norma estatal específica de apoyo, que proporcione suficiente cobertura y seguridad jurídica a la acción convencional a fin de que la misma pueda cumplir en este terreno esenciales funciones de complementariedad y suplementariedad, desplegadas no en el ámbito definitorio de este tipo de acoso, sino en los primordiales aspectos de su prevención y protección extrajudicial.

2. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO EN RELACIÓN CON SUS CAUSAS Y EFECTOS

2.1. Las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial del acoso moral en el trabajo: su necesidad

Como ya ha quedado de manifiesto, la tarea legislativa encaminada a delinear el concepto de AMT es un presupuesto necesario para encarar con mayor seguridad y eficacia la protección frente a este tipo de acoso, en el plano extrajudicial, lo que también reza, aunque aquí no se aborde, para el plano judicial. El acierto con el que esa tarea definitoria se realice, exige, a su vez, un conocimiento objetivo sobre las causas y los efectos de esta clase de acoso. La ausencia de esa tarea normativa y de la consecuente incorporación a la norma legal de los elementos derivados de ese conocimiento previo, ayudan a explicar que las respuestas brindadas por el ordenamiento laboral frente a aquel tipo de acoso se hayan centrado básicamente en la tutela judicial, bien como autodefensa del sujeto acosado mediante la acción rescisoria del art. 50.1, c, ET o de las acciones de tutela de los arts.

¹⁰⁸ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid; (BOCM de 24- 4-2006); art. 37.17 del CC del sector de Almacenistas de alimentación de Navarra (BON 3-12-2004), art. 25 del CC del Comercio de Materiales de la Construcción de Cantabria (BOC 26-8-2004).

180 y 181 LPL (inhibitoria, restauradora y resarcitoria), bien como tutela del interés empresarial al mantenimiento del orden en la empresa y, de forma indirecta, del trabajador acosado, a través del despido disciplinario del trabajador sujeto activo del acoso que incurra, por tanto, en un incumplimiento contractual, grave y culpable de sus obligaciones (art. 54.2, ET) Pero, aun siendo necesaria, esta clase de protección resulta a todas luces insuficiente a poco que se reflexione sobre el particular. Y lo es, al menos, por dos razones.

En primer lugar, por una insuficiencia de tipo contractual, ya que a la degradante situación de acoso moral que sufre el trabajador acosado, se puede sumar la negativa afectación a su estabilidad en el empleo si éste se ve obligado a solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, al amparo del artículo 50.1, c, del ET, cuando éste no ejercita su poder disciplinario a fin de atajar la situación o cuando es él mismo quien lleva a cabo la conducta de acoso.

En segundo término, por una insuficiencia de orden estructural. Es evidente que la continuidad en el empleo del trabajador acosado queda asegurada si, de forma conjunta o alternativa, por un lado, éste reclama la tutela de su derecho fundamental a la integridad moral y demás derechos fundamentales eventualmente vulnerados por la vía de la correspondiente modalidad procesal (arts. 175 y siguientes de la LPL) y, de otro, el empresario hace uso de su poder disciplinario imponiendo la correspondiente sanción al acosador que, dada la gravedad de este tipo de conducta, alcanzará con frecuencia la de despido disciplinario, apoyado comúnmente en las causas previstas en el artículo 54. 2, c, y d, del ET.

Ahora bien, pese a respetar la estabilidad en el empleo del trabajador víctima del acoso moral, esta doble tutela adolece, ciertamente, de una insuficiencia estructural. Por un lado, porque si la forma en que se ejerce el poder directivo y organizativo propician un clima laboral áspero, tenso o generador de condiciones de trabajo deficientes, permanecerá el caldo de cultivo para que el acoso moral se reproduzca. Por otra parte, porque las causas de despido disciplinario contempladas en el art. 54.2, apartados c y d, ET no comprenden la plural morfología con que se manifiesta este tipo de acoso o no la integran con suficiente precisión.

Las insuficiencias que aquejan a las respuestas normativas aprestadas para la protección judicial del AMT aconsejan acudir, en la medida de lo posible, a las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial frente a este tipo de acoso, dado que, si éstas son adecuadamente utilizadas, pueden contribuir a soslayar esas insuficiencias, siendo, por ello, más recomendables aunque actúen en momentos distintos y no sean en todo caso incompatibles de suyo con la tutela judicial.



Bajo esta perspectiva de actuación, no debe perderse de vista que el recurso a las técnicas de protección reactiva extrajudicial frente al AMT entra en juego cuando este tipo de acoso se ha activado y cuando todos o algunos de los efectos del mismo ya se han desatado y proyectado sobre la víctima de esta conducta. Ello es así porque estas técnicas, centradas en la solución del conflicto, en su reparación y sanción, ofrecen medidas que, aunque en ocasiones pueden contribuir a la solución de aquél y, en el mejor de los casos, resolverlo, presentan una finalidad de orden paliativo de una situación de hostigamiento y humillación laboral que ya se ha desatado y que incluso puede proseguir a pesar de la adopción de algunas de medidas protectoras.

Esta limitación de las técnicas y medidas de protección reactiva extrajudicial frente al AMT revela ciertamente la resistencia de las causas que lo provocan a un tratamiento jurídico-laboral que se ciña únicamente al terreno de la intervención posterior al surgimiento de la conducta acosadora. De aquí deriva la indudable necesidad de que, junto a los mecanismos propios de esta intervención, se diseñe y ponga en práctica la técnica preventiva de esta conducta acosadora que, actuando sobre las causas que la provocan, establezca dispositivos jurídico-laborales dirigidos a suprimir o a reducir y controlar las situaciones de riesgo en cuyo caldo de cultivo puedan germinar tales causas en el entorno laboral, a fin de evitar así, en la medida de lo humanamente posible, la aparición del acoso y la utilización de aquel tipo de intervención reactiva.

En todo caso las respuestas preventivas y de protección extrajudicial reactiva que el ordenamiento laboral puede prestar frente al tipo de acoso que nos ocupa, han de partir, como ya quedó dicho, de un claro y fiable conocimiento de sus causas y efectos, aunque esta necesaria tarea tenga un carácter metajurídico y una marcada complejidad. Pero, como es fácil comprender, este conocimiento fidedigno aparece como condición necesaria a fin de poder articular de forma adecuada aquellas respuestas.

2.2. Las causas y los efectos del acoso moral en el trabajo desde la óptica de las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial

Por lo que a las causas del AMT se refiere, los estudios más solventes llevados a cabo sobre esta clase de acoso coinciden en negar que las distintas formas de violencia en el trabajo, incluida la psicológica, puedan explicarse sobre la base de un solo factor. Aceptado este punto de partida, la plural etiología que muestra aquel acoso es susceptible de reconducirse a la presencia de factores subjetivos, factores socio-económicos y factores

organizativos ¹⁰⁹. Todos ellos pueden comparecen conjunta o alternativamente, aunque su presencia integrada o combinada sea lo más usual, en especial por lo que se refiere al comportamiento individual y al entorno laboral ¹¹⁰.

La frecuente interacción de estos factores entre sí no significa que su relevancia causal sea semejante. Los factores subjetivos suelen surgir y proliferar con mayor facilidad cuando determinadas causas de orden socio-económico y organizativo están ya presentes en el entorno laboral. Puede decirse, en este sentido, que estos dos últimos factores constituyen el caldo de cultivo o el substrato sobre el que se gesta el primero ¹¹¹.

De este modo, la envidia, los celos profesionales, el egoísmo exarcebado o la personalidad aquejada de patologías psicóticas, son algunos de los factores subjetivos que pueden originar el acoso moral, pero que, a su vez, están claramente favorecidos por un contexto social de globalización de la actividad económica, de precariedad en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como por un substrato empresarial organizativo deficiente. Los factores que alimentan este contexto organizativo presentan una variedad reacia al esquematismo. Entre ellos pueden evocarse la carga excesiva de trabajo, los niveles extremos de exigencia laboral, el consecuente sometimiento a un intenso estrés, el marcado autoritarismo en la dirección de personal, el obturamiento de los cauces de comunicación o la falta de reconocimiento de la valía profesional. El denominador común de todos ellos es su marcada impregnación por los valores de la eficacia económica y de la competitividad desbocada, con preterición o menoscabo sistemáticos de la dignidad de la persona del trabajador ¹¹², de forma que el viejo ideal de la liberación de la mano de obra por la máquina y la tecnología viene a considerarse como un objetivo obsoleto y subordinado al incremento de la eficacia en la producción ¹¹³.

Pese al combinado papel que suelen jugar en el surgimiento del AMT los mencionados factores, conviene subrayar que ninguno de ellos se sitúa en el terreno de su definición jurídico-laboral como elementos configuradores de dicho acoso ¹¹⁴, sino en calidad de causas o coadyuvantes de su apari-

¹⁰⁹ FONDATION EUROPÉENNE POUR L'AMELIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE TRAVAIL: *Prévention et de harcèlement et de la violence sur le lieu du travail*. Dublin, 2003, págs. 2-3.

¹¹⁰ CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence at work*. <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.pdf>. págs. 6-7.

¹¹¹ CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence...*, ob. cit., pág. 7. MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...» ob. y lug. cit.

¹¹² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., págs. 39-42 y 165-180. MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento psicológico...», ob. y web cit. PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución sobre el acoso moral en el trabajo*. 20-9-2001. (núm. 2001/2339).

¹¹³ ARENDT, H.: *La condición humana*. Paidós. Barcelona, 1998, págs. 169-170.

¹¹⁴ STSJ/Madrid, de 31-3-2006.

ción, siempre que los elementos que integran aquel concepto puedan ser identificados en el caso concreto. La consideración jurídico-laboral de dichos factores habrá de revertir en la debida utilización de las técnicas preventiva y de protección extrajudicial reactiva, pero esto no significa que hayan de integrar de modo necesario el concepto de este tipo de acoso. Por lo demás, la presencia de los referidos factores como origen de la conducta acosadora puede ser autónoma o concurrente. Piénsese, por vía ejemplar, en que la presencia de los celos profesionales, derivados una excelente valía laboral del acosado como origen de la conducta acosadora ¹¹⁵, no tiene que estar siempre vinculada de forma inevitable a la deficiencia organizativa de la empresa, sino que pueden deberse únicamente al específico psiquismo del acosador, al margen de que determinadas formas de organización de la empresa faciliten y acentúen este tipo de actitudes ¹¹⁶.

La etiología multifactorial a que obedece el AMT, genera, como es lógico suponer, una pluralidad de efectos, estudiados en profundidad por la Psicología y la Psiquiatría, pero que, sin duda, interesan sobremanera al Derecho del Trabajo a fin de ofrecer unas respuestas idóneas a esta forma de conflicto laboral, en cuanto aquí importa, desde el punto de vista de la intervención preventiva y reactiva de orden extrajudicial que este sector del ordenamiento puede prestar con eficacia.

Recordemos ahora, a este respecto, que, si bien para calificar la conducta típica del AMT basta con la presencia de un daño moral, no siendo necesaria la producción de un daño de orden material, físico o psíquico, en el sujeto pasivo, en un elevado porcentaje de casos obedientes a esta clase de acoso ese resultado materialmente dañoso está presente. La concreción de este resultado no es única, sino que se expresa en una panoplia de efectos que no deben confundirse con las manifestaciones de la conducta acosadora más arriba apuntadas. Esas otras expresiones conforman la conducta típica del acosador (violencia habitualmente psicológica, moralmente dañosa, sistemática y reiterada) y hacen acto de presencia de forma simultánea o posterior a la aparición de los factores que las originan.

Los efectos del AMT presentan una fenomenología con incidencia en distintos sujetos y ámbitos, lo que implica que no todas esas consecuencias puedan ser tratadas con el instrumento de la norma laboral. Al margen de la

¹¹⁵ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico...», ob. cit., pág. 191.

¹¹⁶ Por vía de ejemplo, postula el contexto organizativo empresarial como elemento concurrente del AMT CORREA CARRASCO, M.: (Coordinador): *Acoso moral...* ob. cit., págs. 63-64) Se confunden así los planes definitorio y causal de esta clase de acoso. Una organización del trabajo tributaria de una visión economicista de la competitividad y la flexibilidad en el trabajo no está siempre presente en el AMT, aunque constituye un excelente substrato en el que puede y suele brotar este tipo de acoso.

misma quedan, en general, los efectos que este acoso puede desplegar en el ámbito familiar y de relación social del sujeto acosado. La respuesta del ordenamiento laboral se centra, por tanto, en los efectos del acoso tanto para dicho sujeto como para la organización empresarial, sirviéndose en este terreno de las técnicas preventivas y reactivas de protección extrajudicial.

Como ya se ha señalado, uno de los principales y frecuentes efectos de este acoso para el trabajador víctima del mismo es el impacto sobre su salud. La gravedad de los efectos en esta esfera varía en función del tipo de acoso (son más graves cuando impactan sobre la persona aislada que sobre el grupo), de su duración, intensidad y vulnerabilidad de la víctima¹¹⁷. Como es lógico suponer y luego ha de verse, la distinta incidencia de estas variables en los efectos psíquicos (tales como ansiedad, sentimientos de fracaso, impotencia, apatía, desmotivación, baja autoestima, distorsiones cognitivas, irritabilidad o depresión) y físicos (patología psicósomática que suele plasmarse en dolores y trastornos funcionales y en alteraciones orgánicas)¹¹⁸ del acoso sobre aquél, tiene diversas consecuencias en las respuestas que brindan las técnicas reactivas extrajudiciales en los planos resarcitorio, reparador y sancionador que tratan de afrontar los daños de carácter moral, psíquico y físico del trabajador, así como de atajar y corregir los eventuales incumplimientos empresariales en materia laboral y de salud en el trabajo.

Por otra parte, y desde una visión holística de la empresa, interesa destacar que la organización y funcionamiento de aquélla pueden verse afectados, si no lo estaban con anterioridad, o bien resultar acentuados en el supuesto de que ya se vinieran detectando deficiencias en el entorno laboral. La distorsión de la comunicación y colaboración entre los trabajadores, la disminución del rendimiento, el incremento del absentismo, el impedimento o la obstrucción del trabajo en grupo, el mayor riesgo de accidentabilidad en el trabajo, son, entre otros, efectos que inciden en este ámbito organizativo y funcional de la empresa como consecuencia de la conducta de acoso moral¹¹⁹.

En todo caso, ya se trate de factores subjetivos, socioeconómicos u organizativos, es necesario ser consciente de que, por lo común, las principales dificultades para la adecuada utilización tanto de la técnica preventiva como de las técnicas reactivas extrajudiciales derivarán del tipo de acoso moral que se practique, del sujeto activo del mismo y de la existencia o

¹¹⁷ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 105.

¹¹⁸ SEBASTIÁN HERRANZ, J.: «Aspectos clínicos...», ob. cit., pág. 104.

¹¹⁹ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...», ob. cit.



no de órganos en el seno de la empresa con facultades para abordar los conflictos suscitados. En el supuesto de que estemos ante un acoso moral individual promovido, realizado o consentido por el empresario estas variables aparecerán como obstáculos relevantes para utilizar dichas técnicas, puesto que su protagonismo directo o en la penumbra relevará su falta de disposición para aplicarlas. Por otra parte, la inexistencia en tal supuesto de órganos de representación legal de los trabajadores (sindical, unitaria y/o en materia de seguridad y salud laborales) y/o de otros órganos competentes en la materia en el ámbito empresarial contribuirá, asimismo, a dificultar una solución eficaz y equitativa del conflicto mediante el uso de aquellas técnicas.

3. LA TÉCNICA PREVENTIVA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO MECANISMO IDÓNEO PARA ELUDIR O ATEMPERAR SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL

3.1. La prevención del acoso moral en el trabajo como riesgo laboral

3.1.1. *Fundamento conceptual y acomodo normativo*

Como está acreditado, el AMT conlleva altas dosis de agresividad psíquica, junto a las eventuales agresiones físicas que pueden acompañarle. Los estudios solventes sobre el tratamiento de las distintas formas de violencia en el trabajo han ido haciendo énfasis de modo paulatino en una prevención de las mismas orientada a la eliminación de sus causas, más que a la priorización de los mecanismos reactivos de signo paliativo¹²⁰, llegando a considerarse la actividad preventiva de aquel tipo de acoso como «un elemento básico para mejorar la vida laboral y evitar la exclusión social»¹²¹. En el ámbito de la UE, pese a la exigua atención institucional que se le ha dedicado al citado acoso, el Parlamento Europeo no ha dejado de hacer oír su voz recomendado «a los Estados miembros que obliguen a las empresas y los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces»¹²², para lo cual, y según ha señalado la Comisión Europea, «La política comunitaria de salud y seguri-

¹²⁰ DI MARTINO, V. y MUSRI, M.: *Guidance for the prevention of the stress and the violence on the workplace*. Department of Occupational Safety and Health. Malaysia. Kuala Lumpur, 16-10-2001, pág. 8.

¹²¹ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. «Acoso moral en el trabajo». *FACTS* núm. 23/2002, pág. 2.

¹²² PARLAMENTO EUROPEO: «Resolución...», ob. cit. punto núm. 12.

dad en el trabajo debe tener como objetivo la mejora continua del bienestar en el trabajo, un concepto que integra dimensiones físicas, morales y sociales»¹²³.

La idea básica que late en la preferencia por la utilización de la técnica preventiva en el ordenamiento laboral para combatir las distintas formas de violencia en el trabajo, tiene su origen en la convicción de que la agresividad humana puede ser prevenida, ya que las conductas violentas son producto de un aprendizaje de la violencia, rechazándose de este modo la tesis de las raíces naturales y espontáneas de la misma¹²⁴. Desde este fundamento psicosocial se considera por tanto errónea la tesis, sustentada por algunos etólogos y adoptada luego por una vertiente del pensamiento psicológico y psicoanalítico, de que la pulsión de la agresividad surge de manera instintiva en el ser humano y resulta inmodificable o tan sólo mitigable mediante el aprendizaje¹²⁵. Lejos de este enfoque, la óptica preventiva afirma que la persona nace tanto con una potencialidad agresiva como con capacidad para la compasión y la generosidad, lo que viene a acreditarse, entre otras consideraciones, por el hecho de que la evolución humana hubiera sido imposible sin la cooperación entre los individuos¹²⁶. Sin negar la contribución genética en la evolución humana, se entiende que la forma de conducta que la persona adopte «depende en gran medida de la socialización y el condicionamiento sufridos desde la infancia»¹²⁷. De ello puede deducirse que la eficaz prevención ante la violencia ha de comenzar en los primeros años de la vida y ha de continuar posteriormente en todos los ámbitos sociales en los que la persona interactúa, acompañada de su consustancial dignidad y, por tanto, desarrolla su personalidad, incluido, naturalmente, el ámbito del trabajo. Se asume, así, la convicción de que la dignidad de la persona y, por ende, la naturaleza moral del ser humano han evolucionado a expensas del progreso de sus facultades racionales, fortalecidas, entre otros factores, por la instrucción y la reflexión¹²⁸.

¹²³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)*. COM 2202/118 final. Bruselas, 11-3-2002, pág. 8.

¹²⁴ ROJAS MARCOS, L.: *Las semillas de la violencia*. Espasa, 1995, págs. 25-26.

¹²⁵ En esta órbita del pensamiento se sitúan, a guisa de ejemplo, LORENZ, K.: *Sobre la agresión: el pretendido mal*. Siglo XXI. 8.ª ed. 2005, págs. 60-62. STORR, A.: *La agresividad humana*. Alianza, 2004. FREUD, S.: *El malestar en la cultura y otros ensayos*. Alianza. 2004. págs. 55-56 y 65-66.

¹²⁶ ROJAS MARCOS, L.: *Las semillas de la violencia*. Espasa, 1995, pág. 25. MONTAGU, A.: *La naturaleza de la agresividad humana*. Alianza, pág. 119.

¹²⁷ MONTAGU, A.: *La naturaleza...*, ob. cit., pág. 247.

¹²⁸ DARWIN, CH.: *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*. EDAF, 1989, págs. 133 y 515.

La convicción de que la conducta humana violenta no es instintiva, sino que se aprende y puede por tanto evitarse, permite recordar ahora la incidencia que tienen los factores subjetivos en el surgimiento del AMT. Como ya se vio, estos factores pueden forjarse al margen del entorno laboral, pero su manifestación en la conducta acosadora suele venir propiciada y estimulada por el factor organizativo, esto es, por una deficiente dirección y organización del trabajo en la empresa que brinda el terreno abonado sobre el que este acoso puede germinar y propagarse con mayor facilidad.

Es precisamente el terreno organizativo de la empresa en el que opera con mayor énfasis el ordenamiento del trabajo, acogiendo la técnica preventiva para combatir los riesgos laborales a través, básicamente, de las medidas articuladas por la ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL) y sus normas de desarrollo. Al margen de otros obstáculos más generales, una de las principales dificultades que puede plantear la aplicación de la LPRL a este propósito estriba en el silencio que guarda esta norma sobre el AMT como riesgo laboral. Ahora bien, este silencio no puede considerarse como exclusión tácita de este tipo de acoso del ámbito aplicativo de esta norma. Una interpretación integrada de los números 2.º y 3.º del art. 4 de la misma permite sostener una conclusión bien distinta.

La definición que del riesgo laboral proporciona el art. 4.2.º de dicha norma, se identifica con «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo». Conectando esta definición con el concepto de daños derivados del trabajo que suministra la LPRL como «las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo» (art. 4, 3.º LPRL), puede concluirse sin temor a errar que este tipo de acoso ha de calificarse como riesgo laboral de índole psicosocial, ya que, si bien el AMT tan sólo exige la causación de un daño moral en cuanto efecto o resultado de la conducta de violencia habitualmente psicológica sobre trabajador, ya se ha reiterado anteriormente la alta probabilidad de que un resultado dañoso se materialice mediante la producción de un daño físico y/o psíquico.

La aceptación de que existe esta sólida base normativa para considerar el AMT como riesgo laboral, tiene una consecuencia jurídica del máximo interés en el terreno preventivo: dicho riesgo queda encuadrado en el marco del deber general del empresario de protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). Este deber de protección presenta un alcance extenso, tanto por lo que se refiere al ámbito material objeto de protección como en lo tocante a las medidas a adoptar para llevarla a cabo.

Respeto del ámbito material objeto de protección preventiva, el cumplimiento del deber del empresario de protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos laborales exige que garantice la seguridad y la salud de

los mismos «en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2 LPRL), integrando la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa (art. 16.1 LPRL). Esta extensión material es coherente con el significado específico que la LPRL atribuye a la «condición de trabajo», entendiendo por tal «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador» (art. 4, 7.º LPRL).

En lo que hace a las medidas a adoptar por el empresario en cumplimiento de su deber de protección de los riesgos laborales, la norma se refiere «a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» (art. 14.2 LPRL). Como puede verse, la obligación empresarial dirigida a obtener una eficaz protección en esta materia abarca una conducta de contenido complejo que puede comprender todo tipo de deberes de carácter instrumental (de hacer, de dar y de no hacer)¹²⁹, no ceñidos, por lo tanto, a los previstos de modo específico en la norma, sino a todos aquellos que sean funcionales a la obtención de aquel resultado y que deriven de los poderes empresariales directivo y organizativo.

3.1.2. *Principales medidas preventivas*

Entre la amplia panoplia de medidas preventivas que establece la LPRL con la finalidad de que el empresario cumpla su deber de protección eficaz en materia de seguridad y salud laborales, algunas de ellas tienen una particular relevancia por lo que al AMT en el trabajo se refiere. En concreto la evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva (arts. 14.2 y 16), la formación de los trabajadores (art. 19) y la vigilancia de su salud (art. 22).

A. *La evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva*

La eficaz prevención de los riesgos laborales encuentra en la evaluación de los mismos una medida indispensable. Constituye una obligación empresarial, inicial y sucesiva, con un contenido comprensivo de cuantos factores o elementos productivos pueden condicionar la prestación laboral desde el ángulo de la seguridad¹³⁰, viniendo a configurarse como el presu-

¹²⁹ VV.AA.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. 2001, 3.ª ed., pág. 154.

¹³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, 1996, pág. 120.

puesto e instrumento esencial para que el empresario cumpla con su deber de planificar la acción preventiva en la empresa (art. 16.1 y 2 LPRL).

El contenido general de la evaluación de riesgos y su procedimiento, regulados, respectivamente, en los arts. 4 y 5 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), evidencia la doble vertiente, objetiva y subjetiva, de dicha evaluación que, en consecuencia, tiene en cuenta tanto las condiciones de trabajo existentes o previstas como la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido.

Desde la vertiente objetiva de la evaluación de riesgos y a efectos del acoso que aquí se trata, dicha evaluación no se centra únicamente en el puesto de trabajo, como podría deducirse de una interpretación a la letra del art. 4.1 RSP. Esa evaluación extiende su objeto, afectando, en interpretación sistemática del art. 4.1, a) RSP con el art. 4, 7.º LPRL, a las condiciones de trabajo, tal como se definen en este último precepto, esto es, a cualquier característica del trabajo —no sólo, por tanto, las del puesto de trabajo— que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador.

En este sentido, tienen singular relieve aquellas características del trabajo relativas a su organización y ordenación, que influyen en la magnitud de los riesgos a que está expuesto el trabajador, consideradas también como condiciones de trabajo a efectos preventivos (art. 4.7. d, LPRL). En esa esfera directiva y organizativa, la evaluación de los riesgos generadores del AMT ha de ceñirse, en consecuencia, a todas aquellas características no sólo del puesto de trabajo, sino también del entorno organizativo que, conectadas con algunos de los factores que provocan este tipo de acoso, pueden propiciar su aparición en el caso concreto; pudiendo evocarse aquí, entre otras, los cometidos monótonos o repetitivos, las actividades sometidas a un volumen excesivo de trabajo, a una distribución inequitativa del mismo, la falta de una clara determinación de las funciones o tareas asignadas, la realización de jornadas de trabajo extenuantes o la ineficacia o la ineptitud en la coordinación de tareas o en la dirección de personal.

La multiplicidad y la complejidad de las características susceptibles de ser evaluadas como riesgos laborales en el ámbito organizativo de la empresa y que pueden generar conductas de acoso moral, no sólo derivan del amplio contenido con el que la LPRL se refiere a las condiciones de trabajo. La amplitud de ese contenido es consecuencia directa del principio general de planificación de la prevención de los riesgos laborales, configurado bajo un criterio de coherencia que persigue integrar la técnica, la organización del trabajo, las condiciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15.1, g, LPRL). Recuérdese, a este respecto, que la Comisión Europea ha subrayado la necesidad de que los servicios de

prevención sean «auténticamente multidisciplinarios, incluyendo los riesgos sociales y psicológicos»¹³¹.

Cuando esta evaluación integrada de los riesgos laborales concluya con la identificación de situaciones de riesgo, conectadas aquí con el acoso moral, dicha evaluación ha de desembocar en la realización de las actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos (art. 16.2, b, LPRL). Sobre este extremo, conviene resaltar que la adopción de decisiones empresariales relacionadas con las actividades de evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva está condicionada en la LPRL por ciertos derechos de consulta y funciones de participación de los trabajadores y sus representantes.

Bajo este prisma, ha de subrayarse que entre los deberes instrumentales que la normativa asigna al empresario, en cuanto sujeto obligado a cumplir la deuda en materia de seguridad y salud laborales, se encuentra el deber de consulta a los trabajadores que, con la debida antelación a la adopción de las correspondientes decisiones vinculadas a aquellos dos instrumentos preventivos, habrá de canalizarse por la vía la representación colectiva general y especializada cuando éstas existan o, directamente, con los propios trabajadores en caso contrario. En cuanto aquí atañe al acoso moral, este deber comprende la planificación y la organización del trabajo en la empresa en todo lo relativo a los efectos que las mismas puedan tener sobre la seguridad y salud de los trabajadores como consecuencia de la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y del impacto de los factores ambientales en el trabajo (art. 33.1, a LPRL).

No reviste menor relevancia en el plano del condicionamiento a las mencionadas decisiones preventivas a adoptar por el empresario, la competencia atribuida al Comité de Seguridad y Salud en cuanto representación especializada en esta materia, a fin de participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de los riesgos en la empresa, lo que incluye, entre otros aspectos, los proyectos de planificación, organización del trabajo, y organización y desarrollo de las actividades de evaluación y prevención de riesgos (art. 39.1, a, LPRL).

B. *La formación de los trabajadores*

El deber de protección del empresario en materia de prevención de riesgos laborales ha de cumplirse asimismo mediante su obligación de garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente, en sus facetas teó-

¹³¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Cómo adaptarse a los cambios...* » ob. cit., pág. 12.



rica y práctica (lo que incluye su calidad, intensidad y duración) y adecuada (conforme con la clase de riesgo y de trabajo y con las características personales o profesionales del trabajador) en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo (arts. 19.1 LPRL y 19.4 ET).

El cumplimiento de esta obligación empresarial formativa respecto de cada trabajador individualmente considerado, encuentra un obstáculo de envergadura, desde el ángulo del AMT, en el objeto al que se ciñe tal obligación. La adecuación y la suficiencia de dicha obligación formativa presenta en la ley un ámbito material muy preciso al establecerse que dicha formación «deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador», y, en el radio de acción delimitado por esa base material, que debe «adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente si fuera necesario». (art. 19.1 LPRL). Esta determinación legal deja, por tanto, al margen de dicha obligación formativa generalizada otros aspectos derivados del trabajo en la empresa, vinculados a las condiciones de trabajo y a la persona del trabajador objeto de acoso moral que no estén focalizados de modo específico en su puesto de trabajo o función.

La insuficiencia del art. 19.1 LRPL respecto de la formación de los trabajadores en materia preventiva en relación con el AMT es, así, notoria. Esta carencia, no puede salvarse, a mi juicio, con una interpretación sistemática de dicho precepto en relación con el art. 16 LPRL y con el art. 4.1 RSP, destinados a regular la obligación empresarial de evaluación de riesgos con un ámbito material de aplicación que, como se dejó anotado, afecta también a las condiciones de trabajo, tal como se definen en el art. 4, 7.º LPRL y, por ello, a cualquier característica del trabajo —y no sólo del puesto de trabajo— que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Esta interpretación no es factible porque se trata de obligaciones empresariales no intercambiables que, aunque comparten una finalidad preventiva y muestran una relación instrumental, presentan un significado, un contenido y un procedimiento específicos que no permiten una interpretación integradora de esa naturaleza.

Este entendimiento del art. 19.1 LPRL, centrando de modo exclusivo en la formación preventiva de los trabajadores en el puesto de trabajo o en su función, viene a confirmarse cuando el legislador aborda la formación específica correspondiente a las funciones de nivel intermedio y superior a las que se encomiendan tareas de evaluación y prevención de los riesgos laborales. El contenido mínimo de los programas de formación para el desempeño de dichas funciones, incluye, entre otras, materias relativas a los factores psicosociales y organizativos de los riesgos laborales, así como a la Psicología aplicada (Anexos V, II, 3.º y VI.II, C) del RSP). La in-

corporación de dichas materias revela que la formación específica propia de las referidas funciones técnicas abarca tanto los aspectos objetivos como los subjetivos de la evaluación de riesgos y de la actividad preventiva, lo que afecta, como ya se señaló, no sólo las condiciones de trabajo existentes o previstas, sino a la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido.

Desde luego, es lógico que quienes tengan encomendadas funciones de evaluación y prevención de riesgos laborales posean una formación cualificada superior a la que se suministre al resto de los trabajadores. Pero esta necesaria diferencia formativa no justifica que la formación de estos últimos en esta materia se centre tan sólo en el puesto de trabajo o en la función a desempeñar y no se extienda también a las condiciones de trabajo, con el amplio alcance a que a las mismas asigna el art. 4.7.º LPRL. Se limita así la eficacia de la acción formativa de cada trabajador, incrementando las posibilidades de que el acoso moral eche sus raíces en el entorno laboral.

Por el momento, la insuficiencia de la norma en este aspecto que ahora se examina habría de ser reparada por el cauce de la negociación colectiva, que, partiendo del carácter de norma mínima que la propia LPRL se autoatribuye (art. 2.2), ampliase el objeto del contenido formativo de los trabajadores de la empresa que no tuvieran encomendadas específicas funciones de formación en la materia, a las condiciones de trabajo tal como aparecen definidas en aquella disposición legal. Ampliación formativa que, conviene subrayarlo, reviste una especial importancia respecto de los trabajadores que tiene asignadas funciones directivas¹³², ya que, desde esa posición, pueden contribuir de modo significativo a detectar y prevenir los riesgos susceptibles de forjar situaciones de acoso moral. En este orden de ideas, la Ley Orgánica 3/2007 faculta a las empresas para establecer, previa negociación con los representantes de los trabajadores, acciones de formación dirigidas a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y a arbitrar procedimientos específicos en orden a su prevención (art. 48.1). Es probable que el silencio que sobre el AMT guarda también aquí dicha norma no favorezca la acción negociada colectiva en este aspecto formativo, por entenderse que el silencio es sinónimo de suficiencia reguladora por parte de la norma estatal a este respecto. Pese a ello, el contenido de la negociación colectiva, al amparo de lo dispuestos en los arts. 37.1 CE y 85.1 ET, sigue contando con un radio de acción amplio para dar cobertura al AMT, incluyendo este concreto aspecto de la acción formativa a fin de prevenir este riesgo psicosocial.

¹³² LEYMANN, H.: *The content...*, ob. cit., págs. 22-23.

C. *La vigilancia de la salud de los trabajadores*

El principio general de la acción preventiva que instituye la adaptación del trabajo a la persona (arts. 36.5 ET y 15.1, d) LPRL) tiene un instrumento básico para asegurar su cumplimiento en la obligación empresarial de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, vigilancia que se instrumenta a través de los correspondientes reconocimientos médicos (art. 22.1 LPRL). La amplia dicción de este precepto permite, sin duda, incluir en el contenido de esa obligación los riesgos derivados del AMT, tanto físicos como psíquicos.

Sin embargo, uno de los principales obstáculos con los que puede tropezar el cumplimiento de esta obligación es el derivado del límite que impone a la misma el derecho fundamental a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE). En cuanto aquí importa, tal límite se concreta en la necesidad de consentimiento del trabajador para que la vigilancia de su salud pueda llevarse a cabo (art. 22.1 y 2 LPRL).

El carácter voluntario que, como regla general, tienen para el trabajador los reconocimientos médicos destinados al cumplimiento de la obligación empresarial de vigilancia de la salud de sus trabajadores, puede suponer, en efecto, una dificultad añadida en el supuesto de AMT. Este obstáculo cobra verosimilitud cuando se considera que uno de los efectos típicos provocados en la víctima por la conducta acosadora consiste en su temor ante las posibles reacciones negativas por parte de terceros que lleguen al conocimiento de esta situación, lo que puede propiciar que la víctima adopte, en estos casos, actitudes de aislamiento, evitación o retraimiento, favorecedoras de su negativa a realizar aquellos reconocimientos.

Esta dificultad sólo recibe una parcial solución a través de los concretos supuestos en que la ley permite exceptuar la necesidad del consentimiento del trabajador, obligándole a realizar el oportuno reconocimiento médico a efectos de prevención de riesgos laborales. En estos casos se exige siempre el previo informe de los representantes de los trabajadores que, si bien no posee carácter vinculante, puede tener relevancia en la determinación objetiva de las circunstancias que activan aquellos supuestos, dada la situación de aislamiento en que se suele encontrar el trabajador víctima del acoso moral (art. 22.1 LPRL). Atendiendo a la causa o circunstancia que los origina, estos supuestos exceptuados pueden ser de índole material o de carácter personal.

Una primera excepción de índole material que funda la necesidad de prestar aquel consentimiento se refiere a aquellos supuestos en que «la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores». La remi-

sión al amplio concepto material de condiciones de trabajo que utiliza el art. 4, 7.º LPRL, permite incluir aquí el AMT. En todo caso, la empresa ha tener elementos o indicios suficientes de que dichas condiciones pueden repercutir negativamente en el estado de salud del trabajador y que, por tanto, resulta ineludible llevar a cabo el reconocimiento. A este propósito, conviene advertir que la evaluación de riesgos, inicial o sucesiva, puede ser un instrumento útil y adecuado para que la empresa pueda obtener esos elementos de juicio.

De índole material es también el segundo supuesto exceptuado, que se activa «cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad». Tal es el caso de lo previsto en el art. 196.1 del RDL 1/1994, de 20 de junio (LGSS), al preceptuar el carácter obligatorio para la empresa y para el trabajador de los reconocimientos médicos previos a la ocupación y periódicos cuando se hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales. Este supuesto no resulta por el momento de aplicación al AMT, ya que, como luego se verá, la contingencia que provoca la incapacidad del trabajador acosado se califica por los órganos judiciales como accidente de trabajo, pero no como enfermedad profesional al no estar incluido este tipo de acoso en la lista que de dichas enfermedades proporciona el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, en relación con el art. 116 LGSS.

Una tercera y última excepción aparece con carácter personal en el caso de que «realización de los reconocimientos sea imprescindible... para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para otros trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa». El encaje de este supuesto en el AMT no ha de resultar controvertido si se piensa en que los efectos psíquicos y físicos que suelen acompañarle pueden hacer zozobrar, con distinta intensidad, la salud del acosado. Del mismo modo que en el primer supuesto, en éste la empresa ha tener elementos o indicios suficientes de que el estado de salud del trabajador hace presumir razonablemente ese riesgo y que, por tanto, es imprescindible llevar a cabo el reconocimiento médico. Por lo común, el peligro que el estado de salud derivado del AMT puede originar afectará al trabajador sujeto pasivo del acoso. Con todo y aunque revista un carácter más excepcional que, en base a ese tipo de acoso, el estado de salud del acosado pueda constituir un peligro para otros trabajadores o terceras personas que mantengan alguna relación con la empresa, de forma que pueda imponerse a aquél el correspondiente reconocimiento médico, no debe tampoco descartarse esta posibilidad dada la incontenible casuística que ofrece el AMT y la pluralidad de efectos psíquicos y físicos que el mismo puede provocar en la víctima y, por ello, en su conducta con terceros dentro el entorno laboral.



3.2. La prevención del acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva

3.2.1. *Necesidad e indolencia de la regulación convencional*

La intervención de la negociación colectiva en el terreno de la prevención del AMT se revela necesaria, por distintas razones. En primer término, atendiendo a la falta de una regulación expresa de este acoso en la normativa laboral de orden legal (LPRL y reglamentos de aplicación), lo que repercute en unos pronunciamientos judiciales no siempre homogéneos, con debilitación del principio de seguridad jurídica. Ciertamente, la negociación colectiva no puede suplir la función ordenadora que ha de llevar a cabo la norma legal tipificando la figura y regulando las líneas básicas por las que ha de discurrir la prevención de este riesgo laboral. Una vez trazada la regulación legal básica de la figura, los instrumentos negociales de orden colectivo habrían de asumir el insustituible papel de acomodar y especificar las previsiones legales a los distintos ámbitos de negociación.

En segundo lugar, por el carácter transaccional de la negociación colectiva, que la configura como un instrumento idóneo para instaurar mecanismos y medidas preventivos frente al AMT, al tratarse de una conducta que impacta en un ámbito tan sensible como es el de la dignidad de la persona y que, por ello, está mucho más necesitado de soluciones normativas consensuadas y planificadas que de formulaciones impuestas y/o improvisadas. En tercer lugar, considerando el signo necesariamente protector que ha de tener la negociación colectiva en esta materia, dada la condición de Derecho necesario mínimo que tienen en todo caso las disposiciones de carácter laboral de la LPRL y de sus normas reglamentarias, susceptibles por tanto de mejora y desarrollo en los convenios colectivos (art. 2.2 LPRL).

Pero al amplio campo regulador de que dispone la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales, está todavía desaprovechado por los interlocutores sociales. Esta inactividad negocial, que, como ya se señaló, contribuye a explicar la exigua atención que los convenios colectivos dedican al AMT desde el punto de vista conceptual, desemboca, de forma congruente, en el muy reducido espacio que aquéllos dedican a esta clase acoso —en claro contraste con el acoso sexual— desde la óptica preventiva de los riesgos laborales, lo que, ciertamente, discurre en paralelo a la posición secundaria que ocupa en la negociación colectiva la prevención de tales riesgos ¹³³.

¹³³ De una muestra de 236 convenios colectivos de ámbito supra e infraempresarial con vigencia en el período 2004-2005, un tercio ignora la materia o se limita a remitir a la norma legal. Ver, a este respecto, LOZANO LARES, F.: «Conclusiones intersectoriales». En *La negociación colectiva en España. Una mirada crítica*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 603.

Dejando ahora al margen las cláusulas que recogen medidas paliativas o sancionadoras del AMT, el parvo espacio regulador que se destina cuantitativamente a la prevención frente al mismo en cuanto riesgo psicosocial, no resulta tampoco roturado de modo cualitativamente destacable, lo que arroja como resultado un contenido generalmente opaco y elusivo, que evidencia la falta de interés de las partes negociadoras en esta materia. La consecuencia de ese enfoque, explica que la práctica negocial colectiva esté caracterizada, básicamente, por tres tipos de cláusulas. Las más frecuentes son, de un lado, las cláusulas de actuación indeterminada o de compromiso genérico, huera de obligaciones concretas respecto de la determinación de órganos, procedimientos y medidas preventivas que aborden este tipo de acoso¹³⁴, y de otro, las cláusulas de remisión o regulación delegada, en cuya virtud las partes negociadoras facultan a la comisión paritaria u otro órgano específico para la fijación de procedimientos de vigilancia, control y evaluación del AMT, así como de medidas orientadas a paliar los efectos de las situaciones derivadas del mismo¹³⁵.

Junto a las anteriores, pero con una presencia mucho menor, se detectan cláusulas admonitorias, que, aunque, dando un paso adelante, encomiendan a la dirección de las empresas la vigilancia y la garantía de un ambiente de trabajo libre de la conducta de AMT, considerada como un riesgo de etiología psicosocial que previamente se define, no articulan procedimientos para canalizar ese deber, ni tampoco extraen consecuencia sancionadora alguna de su posible incumplimiento¹³⁶.

Algunos factores no parecen ajenos a esta falta de implicación de los agentes sociales en la regulación de esta clase de acoso. Entre ellos descuelan una inercia negocial orientada hacia la regulación de materias en las que late un interés económico u organizativo más inmediato respecto de aquellas otras en las que, como sucede con el AMT, los derechos o bienes jurídicos invariablemente implicados giran en torno a un interés de orden moral, aunque otros derivados también suelen estar presentes; un entendimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales centrado en el puesto de trabajo o en la función desempeñada, con preterición de las consecuencias lesivas que para la salud de trabajador pueden originar ciertas condiciones de trabajo que no tiene su origen en ese puesto o en esa función sino en la misma concepción del trabajo y de la organización pro-

¹³⁴ A modo de ejemplo, ver el art. 29 del CC de de Fabricantes de Galletas de Tarragona para los años 2005-2006 (DOGC 18-1-2005).

¹³⁵ Véase, por ejemplo, la Disposición adicional quinta del CC del Comercio de las Islas Baleares, (BOIB 15-11-2003); Disposición final quinta del CC del Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM 24-4-2006).

¹³⁶ Ver, por ejemplo, el art. 24 del CC de Oficinas y Despachos de Ávila (BOP 7-7-2004).

ductiva o prestadora de servicios, o, en fin, la renuencia por parte del empresario a abordar los problemas relativos a la organización del trabajo desde una óptica integral y realmente participativa, invocando para ello la tradicional visión férreamente blindada del poder directivo.

3.2.2. *La adopción de códigos de conducta*

Una medida especialmente recomendable a fin que la negociación colectiva acoja el cauce preventivo frente AMT es la que brinda la adopción de códigos de conducta en esta materia. Estos códigos de conducta o de buenas prácticas en materia de acoso en el trabajo constituyen instrumentos de utilidad cuya finalidad estriba en establecer principios y reglas de garantía para evitar que se produzca dicho acoso y, en caso de que tenga lugar, disponer de los procedimientos adecuados para tratar el problema y procurar que no se repita.

Tal como se señala en la Recomendación de la Comisión 1992/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, al que se acompaña como anexo un Código de conducta para combatir el acoso sexual en ese medio¹³⁷, la adopción de este tipo de códigos en materia preventiva y de solución del conflicto de acoso sexual en el trabajo podría ser contemplada en algunos aspectos por la negociación colectiva. En este orden de cosas, ningún impedimento legal existe para que los instrumentos convencionales incorporen ciertos contenidos de estos códigos de buenas prácticas en relación con el AMT y, en cuanto ahora interesa, en punto a la prevención de este riesgo psicosocial.

No cabe desconocer, empero, que esta posibilidad abierta a la negociación colectiva aparece dificultada por la postura abstencionista que mantiene la Ley Orgánica 3/2007 en punto al AMT. Porque esta pasividad puede interpretarse fácilmente como innecesariedad de la acción negociada colectiva, considerando que dicha norma, centrándose en otros tipos de acoso, establece la posibilidad de que las empresas establezcan medidas, previa negociación obligada con los representantes de los trabajadores, relativas a la adopción y difusión de códigos de buenas prácticas con la finalidad de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y que arbitren procedimientos específicos para su prevención (art. 48, núms. 1 y 2).

Esta tácita invitación al abstencionismo normativo respecto del AMT difícilmente puede suplirse por la acción individual del empresario. No es

¹³⁷ DOCE L 049, de 24-2-1992.

dudoso que éste, en virtud de su poder de dirección y organización del trabajo en la empresa (arts. 5, c, y 20.2 ET) está facultado para adoptar códigos de conducta que incluyan la prevención de este tipo de acoso, a modo de enseña o divisa indicativa de que la empresa promueve y ampara determinados criterios de prevención y protección de la dignidad y de los derechos de sus trabajadores también en materia de AMT. No es probable, sin embargo, que el empresario aborde por sí mismo esta tarea si no existen, a este respecto, determinaciones normativas y/o propuestas de negociación por parte de los representantes de los trabajadores.

Las determinaciones normativas para incorporar aquellos códigos con inclusión del AMT pueden derivarse, con todo, de la propia Ley Orgánica 3/2007 a través de los planes de igualdad en las empresas, introducidos novedosamente por dicha norma y cuya elaboración e implantación resulta obligatoria para algunas de ellas, en distintos supuestos, de acuerdo con el art. 45 de la misma. Todos los supuestos se articulan sobre la base de la previa y obligatoria negociación o, en su caso, consulta de tales planes con los representantes de los trabajadores (art. 45 y disposición adicional decimoprimer, dieciocho). Pues bien, para la consecución de los objetivos de dichos planes, cifrados en alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y en eliminar la discriminación por razón de sexo, se citan, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46. núms. 1 y 2). El carácter abierto o meramente ejemplar de las materias que los planes de igualdad pueden acoger permite, de seguro, incluir entre las mismas la materia del AMT, pese a que la Ley Orgánica 3/2007, no lo mencione de forma expresa. De este modo, el AMT puede contemplarse en dichos planes negociados bajo la fórmula de códigos de conducta, sin perjuicio de su tratamiento específico en el marco de la prevención de riesgos laborales.

Por lo demás, resulta ciertamente aconsejable que tales códigos se incorporen a la negociación colectiva, pues de esta forma los representantes de los trabajadores tienen la oportunidad de contribuir al trazado de la política de prevención de riesgos de la empresa en esta materia, incluyendo los códigos de conducta, así como de responsabilizarse más directamente en la aplicación, control y vigilancia de los principios y reglas que guían esa política.

Siguiendo su línea de contención, por el momento la práctica de la negociación colectiva se limita a abordar, en punto al AMT, aspectos concretos de los códigos de conducta frente al acoso en el trabajo, tales como el firme rechazo por la empresa de toda forma de acoso moral¹³⁸; el señala-

¹³⁸ Disposición adicional quinta del CC de mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos de Madrid (BOCM 29-1-2005) y art. 48 del CC de Hostelería de Segovia (BOP 4-8-2006).

miento de los órganos que pueden buscar soluciones a dicha situación, atribuyendo esa tarea al Comité de seguridad y salud, así como a la dirección de la empresa¹³⁹, o la declaración de principios precedida de la definición del acoso moral, que el propio instrumento convencional tipifica y sanciona como falta muy grave¹⁴⁰. Sólo por vía excepcional, los convenios adoptan códigos de conducta, en ocasiones con un cierto pormenor e implicación de las partes negociadoras¹⁴¹, pero, generalmente, con un contenido sucinto, justificado tácitamente, en alguno de ellos, por la falta de regulación legal de la figura¹⁴².

No parece controvertible que la inexistencia de un código semejante en el ámbito de la UE para el AMT desemboca en una menor receptividad de la negociación colectiva a este respecto. De aquí que la acción negociadora colectiva sistemática y extensa en punto a la prevención del AMT sea una de las tareas pendientes que aquélla no habría de demorar. Al margen de otros extremos más concretos en los que no procede entrar aquí, sería necesario que la acción negociadora colectiva incorporase, a modo de criterios preventivos generales de ese riesgo psicosocial, códigos de conducta para combatir el AMT desde un prisma principalmente ético-jurídico, compatibles con la dimensión sancionadora de este acoso pero no menos decisivos a la hora de fomentar una cultura empresarial de respeto a la dignidad de la persona y a su integridad moral, estimulando, así, un entorno laboral lo más depurado posible de polución mental hostil, intimidatoria o vejatoria

Entre los criterios de orden preventivo que dichos códigos habrían de contemplar existen algunos cuyo carácter básico suscitaría probablemente un mayor consenso para su adopción. El primero de ellos estriba en elaborar una declaración de principios, en la que se asuma el compromiso del empresario y de los representantes de los trabajadores a fin de afrontar resueltamente el problema del acoso moral, se explicita el terminante rechazo de toda conducta susceptible de provocarlo, inducirlo, apoyarlo o tolerarlo¹⁴³

¹³⁹ Art. 40 del CC de Masas Congeladas de Cataluña de 31-5-2006, (DOGC 31-5-2006).

¹⁴⁰ Arts. 55, 57 y 64.16 del CC estatal de Grandes Almacenes (BOE 27-4-2006).

¹⁴¹ Ver, en este sentido, el art. 54 del CC sobre el Tiempo Libre Educativo y Sociocultural de Cataluña (DOGC 1-6-2005), regulador de un «Código de Conducta Laboral» sobre el acoso sexual y moral.

¹⁴² Así, el art. 47 del CC de Limpieza de Edificios y Locales de Melilla (BOME 15-7-2005), que adopta un «Código de conducta para la prevención del acoso psicológico en el trabajo», instando, al tiempo, «a las administraciones con capacidad normativa a que lleven a cabo las modificaciones oportunas para que el acoso laboral demostrado sea tipificado como delito y que sea contemplada (sic) en el Estatuto de los Trabajadores».

¹⁴³ Ver, en este sentido, el art. 12 del CC estatal para las Cajas de Ahorros (BOE 15-3-2004).

y se ofrezcan cauces internos a los trabajadores para que puedan denunciarlo si el mismo no ha conseguido evitarse inicialmente ¹⁴⁴.

Un segundo criterio se refiere a la necesidad de incorporar la formación preventiva de los trabajadores respecto de este riesgo psicosocial. Esta formación, como ya se señaló, resulta especialmente indicada para los directivos y demás trabajadores que desempeñen funciones de mando, ya que su posición en la empresa les permite llevar a cabo, bien que en distinta medida, una tarea preventiva por la vía de la información y difusión de la política de personal, orientada, en esta materia, a crear un entorno laboral, si no inmune, al menos refractario a este tipo de conductas. En fin, un tercer criterio básico estriba en subrayar la obligación de todos los trabajadores de colaborar en la política de personal de trato digno y, por ello, de no admitir pasivamente conductas de sus compañeros atentatorias a la integridad moral de las personas, ya que en el AMT no es inusual que un espeso manto de silencio cubra el comportamiento de violencia psicológica, a pesar de que una parte de la plantilla conozca la situación e incluso la repudie para su coeto.

Como parece evidente y al margen ahora del relevante papel que pueden jugar aquí la técnicas reactivas, la efectividad de estos dos últimos criterios exige la aceptación y desarrollo del primero conforme a las pautas de la buena fe, ya que sin un compromiso firme y leal por parte del empresario y de los representantes de los trabajadores —o, cuando menos, de aquél cuando éstos no existan— a fin de rechazar toda conducta de acoso, no es posible crear el necesario clima de confianza y apoyo que permita al personal tomar conciencia de la importancia del problema y participar en su prevención.

Con todo, la incorporación de estos criterios preventivos por la negociación colectiva puede quedar fácilmente desvirtuada si no se cuenta con una previa y precisa definición del acoso moral. Ya se ha apuntado que la negociación colectiva, en la escasa medida en que interviene en esta materia, lleva a cabo esa tarea definitoria de forma exigua y con resultados heterogéneos, lo que no ayuda precisamente a clarificar el perfil de los comportamientos jurídicamente reprochables. Ello permite afirmar ahora que la eficacia de los códigos de conducta que puedan adoptarse sobre esta forma de acoso está condicionada, también en este punto, por la regulación preliminar en la ley de su concepto y sanción laboral. Sin la necesaria intervención del instrumento legal en este punto, no es aventurado vaticinar que el progreso en la lucha contra el AMT será mucho más lento, costoso e ineficaz.

¹⁴⁴ Ley Orgánica 3/2007, establece, a este propósito, el deber de las empresas de arbitrar procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 48.1).



4. LAS TÉCNICAS REACTIVAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

4.1. La técnica solutoria: los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto

La utilización de la vía preventiva ante el AMT no siempre dará los frutos apetecidos. Como es obvio, el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de los riesgos laborales lo puede impedir, pues no debe olvidarse que los mejores resultados de la actividad formativa y preventiva de los riesgos laborales durante los últimos cinco años no han podido evitar que el índice de siniestralidad supere entre nosotros en 2004 el detectado en 1995 ¹⁴⁵.

Pero un obstáculo aún mayor, previo al anterior, se alza a través de una concepción individualista de la empresa, renuente a organizarla sobre la base de la lícita competencia en calidad y servicio, y proclive a encararla hacia una competencia basada en la reducción de costes —entre ellos los de personal— y en la ampliación y concentración del poder económico, con directo menoscabo de una distribución equitativa de la riqueza en cuanto criterio inherente al Estado social, así como de los valores de la solidaridad y de la dignidad humana sobre los que aquella distribución ha de erigirse. Bajo la omnipresencia de un modelo económico insolidario, se echan las bases para que el proceso de socialización de las personas esté taraceado por pautas egocéntricas y despiadadamente competitivas, conductas que se trasladan al terreno de las relaciones laborales en la empresa dificultando sobremanera la tarea preventiva frente al conflicto en el trabajo en general y, por ende, frente a los comportamientos de acoso moral en este medio.

En ese entorno adverso a la convivencia, no es infrecuente que la gestión del AMT por parte del empresario o de los directivos se aborde desde dos posiciones igualmente recusables: bien negando la existencia del conflicto, bien participando activamente en el mismo con la finalidad de sumarse a la estigmatización de la persona objeto del acoso ¹⁴⁶. Frente a la ineficacia y la irracionalidad de dichas actitudes, existe una tercera postura, factible y deseable. Consiste en contribuir a la solución del conflicto en el propio ámbito empresarial, activando y utilizando mecanismos extrajudiciales que lo solventen antes de que se cronifique y se desplace al terreno judicial,

¹⁴⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2005*. CES, 2006, págs. 444-445.

¹⁴⁶ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: *NTP 476. El hostigamiento psicológico...*, ob. cit.,

en el que una solución adversa al acosado puede abocarle aún a una tesitura de mayor indefensión, jurídica, moral y psíquico-física.

Como es bien conocido, el ordenamiento laboral brinda distintos procedimientos para llevar a cabo la solución extrajudicial de los conflictos que se suscitan en el marco de las relaciones de trabajo, tanto individuales como colectivas. En línea de principio, la conciliación, la mediación y el arbitraje son procedimientos de solución extrajudicial aptos para solventar el AMT cuando la técnica preventiva no haya dado sus frutos, tanto si el acoso afecta a un solo trabajador como si son varios los afectados. En cuanto pretenden lograr una solución equitativa del problema, dichos procedimientos resultan de preferible utilización a la vía judicial, ya que, al margen ahora de una posible resolución adversa, si el trabajador acciona ante el juez de lo social en solicitud de la extinción indemnizada de su contrato, bien debido a una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo que implique un perjuicio cualificado en menoscabo de su dignidad (art. 50.1, a, ET) —al margen de que pueda también afectar a su formación profesional u a otras condiciones de trabajo—, bien cuando se produzca un acoso moral que no esté acompañado de dicha modificación sustancial pero sea lesivo de su dignidad, como sucede siempre en ese tipo de acoso (art. 50.1, c, ET)¹⁴⁷, hay que tener en cuenta dos consideraciones.

De un lado, que el trabajador tendrá que probar el incumplimiento contractual culpable del empresario, así como la realidad y gravedad del perjuicio, lo que en esta materia no siempre resulta una tarea fácil, habida cuenta de que no se seguiría aquí el proceso de tutela de los derechos fundamentales, sino el de extinción del contrato conforme dispone de forma inexcusable el art. 182 de la LPL. De otro, que si consigue obtener una sentencia estimatoria con la correspondiente indemnización legal y, en su caso, la adicional que pueda fijarse por el juez en virtud de los perjuicios moral y, en su caso, psíquico y físico causados, el trabajador acosado perderá su puesto de trabajo sin justa causa. No siempre será ésta la solución más apetecible para el trabajador. Cosa distinta es que, en determinados supuestos de intenso deterioro del ambiente de trabajo, la extinción indemnizada del contrato del contrato de trabajo sea la alternativa que mejor proteja su dignidad y su salud. Pero ello no tiene por qué ser así en todos los casos como se ha afirmado por algún autor¹⁴⁸. En primer lugar, dado que el empresario no siempre es el sujeto activo del AMT, registrándose también supuestos de

¹⁴⁷ Considera, a mi juicio bajo una interpretación de los mencionados preceptos no ajustada a su tenor literal, que el cauce más adecuado para solicitar la extinción del contrato de trabajo en el supuesto de «presión laboral tendenciosa» es el que brinda el art. 50.1, c, ET, GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...*, ob. cit., págs. 229-230.

¹⁴⁸ *Ibidem...*p. 227.



acoso horizontal por parte de otros trabajadores, de forma que el trabajador acosado podría contar con el apoyo de la empresa para continuar prestando sus servicios y restaurar sus derechos. En segundo lugar, habida cuenta de que, en ciertos supuestos de acoso moral por parte del empresario, no cabe descartar que el trabajador acosado pueda disponer del apoyo y defensa de los representantes de los trabajadores y del soporte de otros compañeros para los que el valor de la conciencia solidaria tenga un significado real y práctico.

Si la solución judicial no se considera por el trabajador como la mejor en el caso concreto, la eficacia en la utilización de los procedimientos extrajudiciales precisa del concurso de ciertos requisitos. Todos ellos parten de la general constatación de que el trabajador se encuentra en una especial y delicada situación con frecuentes repercusiones en su salud psíquica y, probablemente, física, teniendo en cuenta que la fase denominada de estigmatización suele tener un largo período de desarrollo ¹⁴⁹.

Un primer requisito viene dado por la voluntariedad. Se trata, en efecto, de una condición indispensable para que pueda alcanzarse una solución satisfactoria de la situación de AMT. Es muy dudoso que tenga utilidad en esta materia el obligado sometimiento previo de las partes en conflicto a los procedimientos extrajudiciales de solución previstos legal o convencionalmente. Añádase a ello que si el trabajador acosado no presta su consentimiento a este propósito, no resulta jurídicamente admisible imponérselo, habida cuenta, entre otras consideraciones, de que están aquí en juego derechos personalísimos del mismo como son la consideración debida a su dignidad y a su integridad moral.

La conciliación, la mediación o el arbitraje pueden ser mecanismos adecuados y suficientes en los supuestos en que la situación de acoso no haya alcanzado un alto nivel de enquistamiento, ya que, de ser así, es probable que el deterioro de la misma conduzca a las partes a adoptar posiciones enconadas de difícil composición. Especialmente por lo que respecta al acosador y a la simulación con la que pretenda enmascarar su conducta y eludir las responsabilidades jurídicas aparejadas a la misma. La intervención temprana en el conflicto provocado por el AMT aparece así como un segundo requisito, en este caso de orden temporal, a fin de lograr una solución adecuada.

La utilización de los citados procedimientos extrajudiciales habría de graduarse, como tercer requisito, atendiendo a una escala objetiva de dificultad que tomara en cuenta distintos parámetros, tales como la duración del acoso, su reiteración, la gravedad de los hechos y los efectos de la con-

¹⁴⁹ LEYMANN, H. la fijaba, para Suecia, en 1,3 años por término medio. Cfr. ¹⁴⁹ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: NTP 476. *El hostigamiento psicológico...*, ob.y lug. cits.

ducta acosadora sobre el sujeto o sujetos acosados. Haciendo uso de estos criterios, amén de otros de semejante jaez, el tercero interviniente, habría de desenvolver sus funciones con una razonable perspectiva de alcanzar una solución satisfactoria, sobre la base de que ésta diese cima a estos tres objetivos: ser equitativa para la víctima, ejemplarizante para el victimario y correctora de las causas o circunstancias que hayan propiciado aquella conducta.

Bajo la común aspiración de alcanzar dichos objetivos, los criterios a utilizar para establecer la citada escala objetiva de dificultad determinarían, a su vez, la elección del medio de solución del conflicto atendiendo al distinto grado de intervención del tercero. En este sentido, la conciliación y la mediación habrían de activarse en situaciones en las que conducta acosadora estuviera en sus prolegómenos o aún no reviste gravedad, reservándose el arbitraje para una fase más avanzada del acoso si es que ello es aún posible, dada su mayor utilidad como sistema extrajudicial de resolución del conflicto en atención a la eficacia ejecutiva del laudo arbitral.

La eficacia de la graduación interventora en el conflicto supone la adecuada identificación de la fase en que se encuentre la situación de acoso moral. Los especialistas han distinguido tradicionalmente a este respecto cuatro fases: fase inicial del conflicto, fase de estigmatización, fase de intervención y fase de exclusión¹⁵⁰, si bien esta última fase debería ampliar su rubro, alcanzado no sólo a la exclusión del trabajador, sino también a su sometimiento o postración profesional, de acuerdo con el concepto de AMT que aquí se propone. En principio, los procedimientos extrajudiciales habrían de estar dispuestos para activarse en la fase de intervención, una vez que se tiene conocimiento del conflicto por el empresario o por el órgano que tenga atribuidas facultades en esta materia, siendo ya probablemente ineficaces en la última fase, en especial si ha recaído sentencia estimatoria de la solicitud de extinción indemnizada del contrato de trabajo del trabajador acosado.

No obstante, hay que tener en cuenta, a este propósito, dos consideraciones. En primer lugar, que la fase de estigmatización se desarrolla de acuerdo con las circunstancias específicas que remiten a la citada escala objetiva de dificultad y, por tanto, al módulo concreto en que quepa ubicar la conducta acosadora, de suerte que, como ya señaló respecto del requisito temporal, la fase de intervención habría de ser lo más temprana posible atendiendo al conocimiento que la empresa o el órgano competente en la materia tenga de aquellas circunstancias, pues el transcurso del tiempo enrarece la situación y aleja la posibilidad de utilizar los procedimientos extrajudiciales para solventarla. En segundo término que, como también se apuntó, si

¹⁵⁰ LEYMAN, H.: *The content...*, ob. cit., págs. 10-11.

la situación de acoso reviste ya una intensidad alta y nos encontramos en la cuarta fase o en sus aledaños, es muy improbable que los sujetos involucrados (acosador y acosado, así como el empresario cuando se trata de un acoso horizontal consentido por éste) accedan a someter el conflicto a una solución extrajudicial, de modo que, lo más verosímil es que, en esta tesitura, la víctima del acoso haya optado o esté en trance de optar por la vía judicial.

Un cuarto requisito para la utilización de los mencionados procedimientos estriba en la confidencialidad que debe presidir las actuaciones previstas sobre el particular. Se trata de un aspecto esencial considerando la lesión de la dignidad e integridad moral del acosado y, como suele acontecer, el desequilibrio emocional en que se encuentra inmerso. La baja autoestima, la ansiedad y la depresión que, por lo común, hacen mella en el acosado, pueden intensificarse si no se observa por el tercero o terceros intervinientes el más escrupuloso carácter confidencial en su actuación.

Este carácter reservado no ha de ser, sin embargo, incompatible con la limitada publicidad de la solución del conflicto, cuidando por tanto de que la misma se efectúe sin revelación de datos o situaciones relativos a la intimidad o al honor del acosado, al tratarse de bienes jurídicos que deben ser preservados dada su privilegiada situación y protección constitucional. Por el contrario, bien utilizada la publicidad puede ser conveniente si el conflicto se solventa de modo satisfactorio para el trabajador acosado, ya que se alcanzaría así un doble efecto instructivo. De un lado, se afirmaría la voluntad empresarial de atajar este tipo de conductas, en el supuesto de que el empresario no sea el sujeto activo del acoso o, de no serlo, lo haya consentido. De otro, se transmitiría un mensaje de confianza al resto de trabajadores respecto de la conveniencia de utilizar estos procedimientos en otros casos de acoso. Esta limitada publicidad que, se insiste, sólo habría de afectar a los términos en que el conflicto se ha solventado, podría pactarse con este carácter en convenio colectivo, siendo, por lo demás, independiente en cuanto a su naturaleza, finalidad y efectos del ejercicio del derecho que asiste a la representación colectiva de los trabajadores para ser informada de las sanciones laborales impuestas al acosador cuando la infracción o infracciones derivadas del AMT merezcan la calificación de muy graves (arts. 62.2 y 64.1, 7.º ET y 10.3, 1.º LOLS).

Un quinto y último condicionante de los procedimientos que ahora centran nuestra atención se refiere a la necesaria imparcialidad del tercero o terceros intervinientes en la solución del conflicto. Este requisito resulta también clave, ya que si el tercero ha tomado previamente partido la solución será, además de injusta, ineficaz para la protección extrajudicial del acosado. La fórmula más aconsejable a este respecto es que el tercero sea una persona ajena al entorno de la empresa. En este sentido, es necesario distinguir entre las personas que pueden proporcionar asesoramiento al trabajador acosado (entre otros, el facultativo de la empresa y/o del sistema sanita-

rio, abogados, representantes de los trabajadores, técnicos en prevención de riesgos laborales o, en el mejor de los casos, el propio empresario) y aquellas otras que intervienen en el conflicto para lograr su solución. Entre estas últimas, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, tienen, respecto de otros profesionales que ejercen en el ámbito de las relaciones laborales, la innegable ventaja que les proporciona su carácter de autoridad pública independiente, así como la autonomía técnica y funcional de que gozan por ministerio de la ley en el ejercicio de sus funciones (art. 6.1 L 42/1997, de 14 de noviembre), pudiendo desempeñar, como es sabido, funciones de conciliación, mediación y arbitraje en conflictos laborales previa aceptación o a petición de las partes (art. 3 (Ley 42/1997)).

Todos estos condicionantes habrían de tenerse en cuenta también por la negociación colectiva al abordar medidas solutorias del AMT. Junto a ello, debe señalarse que la función a desempeñar por los convenios colectivos en lo que concierne a la solución extrajudicial de este tipo de acoso reviste la máxima importancia, al disponer estos instrumentos negociales de un amplio campo de actuación orientado a complementar el diseño que la ley trace de la figura y a establecer, a este propósito, con la mayor precisión y claridad posibles, el procedimiento a seguir por los trabajadores que sean objeto de acoso moral a fin de recibir el asesoramiento la ayuda y necesarios. Pero también en esta esfera procedimental de la solución del AMT escasean los convenios colectivos que la incorporan a su contenido y cuando lo hacen están lejos de abordarla con el pormenor garantista que exige la materia. Los contados que la tratan utilizan, en efecto, cláusulas generales que, en la mayor parte de los casos suelen remitir a la comisión paritaria o al Comité de Seguridad y Salud la regulación del procedimiento a utilizar en estos supuestos ¹⁵¹.

De aquí la inaplazable necesidad de que la negociación colectiva preste la mayor atención posible a esta materia. El interés regulador de dichos instrumentos convencionales habría de concretarse en el tratamiento de aspectos relevantes del cauce procedimental para resolver el repetido tipo de acoso, entre los que merecen destacarse la persona u órgano a quien el trabajador acosado ha de dirigir su reclamación; el plazo máximo para tramitarla, las personas habilitadas para intervenir en el procedimiento, tanto en calidad de tercero con facultades propositivas o resolutorias, como con funciones asesoras o informativas; el compromiso de que las denuncias se tra-

¹⁵¹ Así, el art. 37 del CC de Distribuidores Mayoristas de Alimentación de Barcelona (DPGC 28-11-2003). De forma más aislada, algunos convenios prevén un procedimiento más estructurado y garantista ante la situación de acoso moral. Cfr., a este respecto, el art. 22 del CC de Empresas de Televisión local y regional de Castilla y León (BOCL 14-7-2004), o el art. 35 del CC del Comercio de Cristal, Loza, Cerámica y Similares (DOGC 16-5-2006).



tarán con objetividad, independencia, rapidez y confidencialidad¹⁵², así como la garantía de que se protegerá a los trabajadores contra las represalias de que sean objeto por el hecho de haber presentado la denuncia, estableciendo el tratamiento corrector de estas conductas por vía disciplinaria cuando los sujetos activos de la mismas sean los trabajadores.

4.2. La técnica reparadora

4.2.1. *La modificación y restitución de condiciones de trabajo*

Los fines de equidad y eficacia anudados a la solución extrajudicial del AMT no podrían alcanzarse si tal solución no fuese acompañada, en ese ámbito, de medidas reparadoras, dirigidas, en esencia, a la modificación y restitución de las condiciones de trabajo en el caso de que ello sea necesario, a la restauración de la salud del trabajador y a la indemnización de daños y perjuicios. Exceptuando la situación de incapacidad laboral consecuen- te con la restauración de la salud del trabajador cuando ésta haya sido afectada, que se activa *ope legis* junto con la suspensión del contrato de trabajo por dicha causa, la adopción de las restantes medidas está condicionada al acuerdo que pueda alcanzarse en conciliación o en mediación o a la decisión que se adopte mediante arbitraje, teniendo en cuenta que, en términos generales, estas medidas contribuyen de forma principal a la satisfacción de aquellos objetivos.

Elemento necesario de estas medidas reparadoras es la expresa voluntad del acosador de cesar en su conducta ilícita, ya esté manifestada en el acuerdo que ponga fin al acoso, ya quede establecida mediante laudo arbitral, teniendo en cuenta que tal cese es el que habría de declararse por la resolución judicial que proporcionara esta tutela inhibitoria al acosado respecto del acto lesivo del derecho o derechos fundamentales vulnerados en el caso de haberse optado por la vía judicial y por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁵³. El acuerdo o decisión que ponga fin al acoso moral debe contener esa básica medida, pues la misma no sólo refleja el propósito de abstención futura, sino también —y ello es muy importante— el implícito reconocimiento por el acosador de la existencia de tal conducta y de su carácter ética y jurídicamente inexcusable.

¹⁵² En el exclusivo ámbito del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, la Ley Orgánica 3/2007 establece el deber empresarial de «arbitrar procedimientos específicos...para dar cauce a las denuncias y reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo» (art. 48.1).

¹⁵³ Cfr. SSTs de 14-7-1993 y 20-6-2000).

Sobre este soporte básico han de discurrir las medidas reparadoras. Por lo que respecta a la modificación de las condiciones de trabajo, ésta puede ser necesaria en algunos supuestos. Lo puede ser respecto del acosador en el caso de que éste sea otro trabajador de la empresa, si bien esa alteración contractual ha de situarse en el marco de la técnica sancionadora en su sentido estricto de corrección disciplinaria, separada por ello del esquema resarcitorio en la línea de la evolución histórica que experimenta el poder de disciplina empresarial en nuestro ordenamiento¹⁵⁴. Pero también puede ser aconsejable modificar alguna de las condiciones de trabajo del trabajador acosado, siempre que el acoso moral no haya alcanzado cotas de gravedad suficientes para que el acosador deba ser despedido, de modo que resulte todavía factible resolver internamente el conflicto antes de que se produzca el despido o, si éste no se decide, antes de que el acosado pueda verse en la tesitura de solicitar la extinción de su contrato de trabajo. Piénsese, por ejemplo, que, en estos casos, la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo al trabajador sujeto activo del acoso cuando el acoso no haya revestido aún tintes de suma gravedad, podría compaginarse con un cambio de puesto de trabajo del trabajador acosado si de este modo es posible evitar el contacto laboral de éste con aquél.

En función de las circunstancias del caso, la modificación de las condiciones de trabajo del acosado podrá ser sustancial o no. Parece lo más aconsejable que la modificación, tenga o no carácter sustancial, sea pactada, considerando que la modificación no atiende a un interés empresarial, cuando menos directo, sino al interés del trabajador acosado a la restitución de su dignidad. Va de suyo que dicha modificación en modo alguno habría de suponer perjuicio para el mismo, en el sentido de que con ella se produjera un cambio gravoso de sus condiciones de trabajo, determinante de la solicitud de extinción indemnizada del contrato al amparo del art. 50.1, a) del ET, pues esta sería no sólo una falsa solución, sino un fraude de ley al utilizarse una norma de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento. Así, no encontraría acomodo normativo una modificación, pactada o decidida por el empresario, que supusiera, a guisa de ejemplo, la asignación de funciones inferiores, con menoscabo de la dignidad del acosado, abocándole, por ello, a solicitar aquella extinción.

Por otra parte, la restitución de las condiciones de trabajo del trabajador acosado —trasunto de la tutela restitutoria en el terreno judicial— se producirá usualmente en los supuestos de acoso moral vertical descendente, en los que bien el empresario, bien un superior jerárquico habrán realizado, con cobertura legal o sin ella, alguna modificación de las condiciones

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas. Madrid, 1991, pág. 242.



de trabajo del acosado, de orden sustancial o no, en la secuencia sistemática y reiterada de actos integrantes de la conducta de acoso. Como es obvio, en el acoso moral horizontal, la inexistencia de relación jerárquica impedirá apreciar aquella modificación. En esta modalidad de acoso, la posible alteración de dichas condiciones podría llevarse a cabo por vía de hecho por el trabajador acosado a fin de evitar la presencia o la comunicación que normalmente deba establecer con el acosador en cumplimiento de su prestación laboral, conducta en la que, aun pudiendo considerarse formalmente como incumplimiento contractual, no cabe apreciar culpabilidad alguna dada la situación de hostigamiento y vejación a la que el acosado estará siendo sometido.

Conviene señalar, con todo, que, en determinados supuestos, la restitución de las condiciones de trabajo puede resultar subjetivamente imposible. La imposibilidad suele producirse con mayor frecuencia cuando el sujeto activo del acoso es el empresario y el acoso moral ha creado un clima de degradación extremo para el trabajador acosado, de forma que éste no sólo no puede recuperar su estabilidad emocional mediante aquella restitución, sino que la reanudación de su prestación en las anteriores condiciones podría reactivar e incrementar la patología que le hubiera producido el acoso. En estos casos, una vez acreditada razonablemente en el procedimiento extrajudicial la imposibilidad subjetiva de restituir, la restitución sólo puede encontrar paliativo en la vía resarcitoria mediante la específica indemnización de los daños patrimoniales derivados de esta imposibilidad.

4.2.2. *La restauración de la salud del trabajador*

Operando como un mecanismo de protección extrajudicial obligada frente al AMT, la restauración de la salud del trabajador ha de considerarse como una medida reparadora, toda vez que con la situación de incapacidad laboral, temporal o permanente, derivada de la patología a que dé lugar el acoso moral se pretende hacer frente a los problemas de salud del trabajador, proporcionándole asistencia sanitaria y protegiendo su derecho a la integridad física y psíquica mediante la suspensión de su prestación de servicios, al tiempo que el correspondiente subsidio actúa como renta sustitutiva del salario¹⁵⁵, paliativa de la inexistente obligación de remunerar el trabajo y posibilitadora de la recuperación de la salud.

El carácter laboral de la causa que origina la patología determinante de la incapacidad del trabajador acosado ha permitido a la jurisprudencia cali-

¹⁵⁵ STSJ/País Vasco de 27-6-2003.

ficar dicha situación protegida como derivada de la contingencia de accidente de trabajo (art. 115 LGSS), cuando pueda apreciarse la conexión causal suficiente entre el trabajo y la lesión valorable¹⁵⁶, debiendo descartarse, por lo demás, su calificación como enfermedad profesional en base a lo dispuesto en el art. 116 LGSS, puesto que ni el AMT ni ninguna de las patologías asociadas al mismo figura en el cuadro de enfermedades profesionales recogido en la norma reglamentaria a la que remite dicho precepto, esto es, el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

La imposibilidad normativa de calificar la situación de incapacidad laboral provocada por el AMT como enfermedad profesional, determina, por tanto, que su encuadre conceptual se efectúe bajo la noción de accidente de trabajo. Este acomodo ha venido facilitado por la tarea jurisprudencial en torno a la delimitación de los elementos estáticos y dinámicos de este riesgo profesional.

Los elementos estáticos de dicho riesgo pueden, en efecto, apreciarse en la situación de incapacidad laboral surgida del AMT. En el supuesto común de este acoso, el sujeto del referido riesgo es el trabajador asalariado (art. 115.1 LGSS). El elemento referido a la lesión corporal que sufre al trabajador no comprende únicamente la de carácter físico, sino también la índole psíquica, lo que permite dar cobijo como accidente de trabajo, de acuerdo con este segundo elemento, al acoso moral¹⁵⁷. La identificación del tercer elemento estático conformador del concepto de accidente de trabajo, la fuerza lesiva, resulta más problemática en relación con el acoso aquí analizado, dada la doble forma con que tal componente puede manifestarse: súbita y violenta o lenta y progresiva. La existencia de esta segunda forma de expresión explica la asimilación como accidente de trabajo de ciertas enfermedades del trabajo delimitadas en el art. 115.2, apartados e), f) y g) de la LGSS¹⁵⁸ y referidas, respectivamente, a las enfermedades contraídas con motivo de la realización del trabajo, a las existentes con anterioridad a éste y las intercurrentes (complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente o con origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se coloque al paciente para su curación).

Pues bien, si la forma de expresión de la fuerza lesiva es súbita y violenta habrá de aplicarse la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, de suerte que la patología derivada del AMT (por ejemplo, caída con lesiones derivada del intenso estrés y falta de concentración provocados por el acoso moral) será calificada como accidente de trabajo o enfermedad de trabajo si tales contingencias han acaecido durante el tiempo y el lugar de tra-

¹⁵⁶ STSJ/Navarra 30-4-2001.

¹⁵⁷ Cfr. la STSJ/Navarra de 30-4-2001.

¹⁵⁸ STS de 18-6-1997.

bajo. Ello con la salvedad de que exista prueba en contrario, exigida por la jurisprudencia con plena y sólida suficiencia, lo que supone, a estos efectos, que «tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro; lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario»¹⁵⁹.

Es notorio que esta presunción de laboralidad favorece al trabajador, ya que, si bien la misma no exime de la necesaria concurrencia del nexo causal exigido por el art. 115.1 LGSS entre trabajo, fuerza lesiva y lesión, en cuanto elemento dinámico del accidente de trabajo, éste se presume respecto de las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo, de modo que se invierte así, en beneficio del trabajador, la carga de la prueba, con gran dificultad por cierto para demostrar que tales lesiones no se han producido dentro de esos parámetros temporal y locativo, habida cuenta de la extensiva interpretación judicial sobre la existencia del mencionado vínculo de causalidad.

Con todo, el supuesto en el que habitualmente la jurisprudencia encuadra la incapacidad laboral originada por el AMT es el de la enfermedad de trabajo contemplada en el art. 115.2, e) LGSS y considerada como accidente de trabajo, lo que es coherente con la forma de expresión lenta y paulatina con que la fuerza lesiva se presenta en la enfermedad de trabajo. Sin embargo, la exigencia en este caso de que el trabajador haya de probar que la enfermedad tuvo «por causa exclusiva» la ejecución del trabajo, dificulta la calificación de dicha incapacidad laboral como accidente de trabajo en el supuesto de acoso moral, toda vez que tal calificación sólo prosperará cuando no existan factores externos al trabajo, de forma que su ejecución sea la única causa determinante de la patología¹⁶⁰.

4.2.3. *La indemnización de daños y perjuicios*

En el terreno de las medidas reparadoras de orden extrajudicial, el acuerdo o decisión que ponga fin al acoso, habrán de contemplar la indemnización por daños y perjuicios tanto por responsabilidad contractual (arts. 1089 y 1101 C.C.), exigible en el acoso moral vertical, descendente o ascendente, como por responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.C.) apreciable en

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr. STSJ/Navarra 23-3-2004 y STSJ/la Rioja de 6-10-2005.

el acoso moral horizontal, es decir, cuando el acosador es otro trabajador de la empresa o un tercero distinto de los sujetos del contrato de trabajo con alguna vinculación o relación con la misma. Por lo demás, esta segunda responsabilidad puede concurrir con la primera cuando exista conocimiento de la conducta por parte del empresario sin oposición a la misma, no sólo por la vía civil del art. 1903, pár. 4 C.C., sino por la específica laboral como consecuencia de su posición de deudor y garante de seguridad y salud en el trabajo (art. 14. 1 y 2 de la LPRL) ¹⁶¹.

En principio, la reparación abarca tanto el daño patrimonial (daños materiales y corporales) como el extrapatrimonial o moral. La indicada salvedad pretende subrayar que, si bien todos estos daños pueden concurrir e incluso es habitual que ello acontezca, no siempre ha de ser así, pues la presencia de los dos primeros, aun frecuente, no wen ha de concurrir en todo caso, en tanto que la existencia del tercero es siempre obligada en el acoso que aquí se trata. Recuérdese que el daño moral es inherente al concepto de AMT, al resultar siempre lesionada la dignidad de la persona de trabajador y su integridad moral, al margen de la circunstancial, aunque probable, vulneración de otros derechos y bienes jurídicos.

Partiendo de esta distinción entre daños de acaecimiento contingente o necesario, pueden formularse algunas consideraciones sobre esta faceta indemnizatoria, de interés en orden a la protección extrajudicial frente al AMT. La primera de ellas atañe a la prueba de los daños. Salvando la menor exigencia probatoria que esa vía de tutela reclama para los mecanismos autocompositivos del conflicto (conciliación y mediación) respecto de los heterocompositivos (arbitraje), no es dudoso que los daños de índole material y corporal permiten allegar con mayor facilidad los medios probatorios por parte del acosado, sobre la base de que la existencia de tales daños está vinculada a la lesión de su derecho a la salud y a la necesaria relación de causalidad entre comportamiento dañoso y producción del daño. Así, el daño material puede comprender tanto el lucro cesante (por ejemplo, el derivado de la incapacidad para el trabajo) como el daño emergente (tales como gastos médicos o asesoramiento legal). De igual modo, el daño corporal (psíquico y/o físico) puede abrazar toda lesión de esta índole que en ese ámbito produzca la conducta acosadora.

Por su parte, la inclusión dentro del daño moral de todos aquellos que afectan a la dignidad de la persona y a su integridad moral y que se hayan producido en la esfera personal y familiar del trabajador afectado, comporta sin duda una mayor dificultad en el terreno de la prueba. Este óbice deriva del carácter inmaterial y sutil propio de esfera íntima de la persona en la

¹⁶¹ STSJ/Cantabria 19-6-2002.



que ese daño impacta. No obstante, esa condición incorpórea e interna no ha impedido a la jurisprudencia trazar el modo en que esta clase de daño puede identificarse a efectos de su posterior indemnización, al ser posible captar la esencia del mismo a través de la valoración de los hechos que lo exterioricen, no sólo inferidos de la lesión física que haya podido producirse, sino «por el seguimiento empírico de las reacciones, soluciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora, fundamento de su posterior reclamación por daños morales»¹⁶².

Este criterio de valoración judicial sobre la prueba del daño moral, al no estar exclusivamente anclado al perjuicio físico o psíquico, calibra de forma más coherente ese daño, puesto que, como se ha reiterado, la frecuente presencia de este perjuicio no implica su exigencia como requisito necesario para delimitar conceptualmente el acoso que centra nuestro interés. La solución extrajudicial que pueda alcanzarse respecto del mismo podrá servir sin duda del citado criterio. Pero tampoco podrá desconocerse en esta sede extrajudicial que la admisión judicial de aquel criterio revela la interpretación correctora de la tesis jurisprudencial en cuya virtud, y sobre la base de lo dispuesto en el art. 180.1 LPL, la vulneración de un derecho fundamental judicialmente declarada exime de la prueba del perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento, puesto que «una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente»¹⁶³. Adoptada probablemente esta tesis de la indemnización automática bajo el influjo de la presunción del perjuicio siempre que se acreditara la intromisión ilegítima del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, tal como prescribe el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de estos derechos, el Tribunal Supremo procederá con posterioridad a su necesaria matización, exigiendo en los procesos de tutela de derechos fundamentales la alegación y justificación de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, de modo que quede acreditada «una mínima base fáctica» que permita delimitar tal indemnización¹⁶⁴.

Una segunda observación emerge respecto de la cuantificación de los daños corporales y los morales en la vía de solución extrajudicial de este acoso. En este cauce solutorio nada impide que puedan tomarse en consideración los criterios que en el ámbito judicial se han manejado a este respecto. Para los de índole corporal, dada la ausencia de índices específicos en el ámbito laboral, rige la discrecionalidad en la fijación de la cuantía indemniza-

¹⁶² STS/Cantabria de 26-3-2003.

¹⁶³ STS 9-6-1993. En igual sentido, la STS 8-56-1995.

¹⁶⁴ Cfr., entre otras, las SSTS de 22-7-1996, 20-1-1997 y 9-11-1998.

toria, bien que orientada por la utilización de los baremos fijados en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, que establece criterios para la determinación de dicha responsabilidad y de su indemnización, tasando los perjuicios físico o psíquico sufridos. Ello al margen ahora de las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan al sujeto acosado en virtud de las situaciones de necesidad derivadas del acoso, que han de tomarse en consideración respecto de la compatibilidad de indemnizaciones, como ahora se verá.

La apreciación casuística del monto indemnizatorio es también la regla por lo que hace al daño moral derivado del acoso de esta naturaleza en el trabajo. Aunque el citado anexo del RDL 8/2004 incluye los daños morales entre los susceptibles de indemnización, los elementos correctores que el mismo maneja para determinar la cuantía indemnizatoria del conjunto de daños producidos (punto primero, 7) no alcanzan a comprender el complejo y plural abanico de circunstancias que rodean a ese tipo de acoso y que, por tanto, inciden en la apreciación de los daños morales. De ahí que los órganos judiciales del orden social hayan utilizado distintas variables para establecer su cuantía, sirviéndose tan sólo —bien con la norma anterior, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, bien con la actual— de los citados criterios y elementos a título orientativo. Todas esas variables se enderezan a modular la cuantía indemnizatoria de los daños morales sobre la base de la diversa gravedad que puede revestir la conducta de acoso, utilizando para calibrarla parámetros tales como el beneficio obtenido por el acosador, los bienes y derechos lesionados junto a la integridad moral, la duración de la conducta, su difusión, el prevalimiento de posición jerárquica o los efectos físicos o psíquicos producidos en el sujeto ¹⁶⁵.

Dos precisiones trasladables al ámbito de las medidas resarcitorias extrajudiciales del acoso han de realizarse a este propósito, pues conciernen a la lesión moral que el acoso de esta naturaleza siempre produce. De un lado, ha de advertirse que, cualquiera que sea la cuantía de la indemnización, su finalidad no puede calificarse en ningún caso de resarcitoria sino de compensatoria, pues el carácter inmaterial de los bienes jurídicos que, de modo invariable, son objeto de lesión, esto es, la dignidad y la integridad moral, no pueden ser estrictamente restituidos dada su naturaleza, operando aquí la indemnización como un lenitivo que sólo alcanza a paliar el daño producido por la conducta acosadora. Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la modulación de la cuantía indemnizatoria no se efectúa sobre la base de una diversa entidad axiológica de dichos bienes en cada

¹⁶⁵ Cfr. SSTS/Madrid de 23-5-2005 y 8-11-2005; STSJ/Cataluña de 30-3-2005 y STSJ/La Rioja de 6-10-2005.



supuesto de AMT, sino en función de la distinta censura a que se haya hecho acreedora la conducta lesiva, ya que, como se vio con anterioridad, toda persona física exhibe la titularidad de tales bienes merced a su igual condición humana. No es por ello casual que sea precisamente este reproche jurídico el que preste fundamento a la valoración del daño moral producido por la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, en consecuencia, el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 ciñe «a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida».

Una tercera observación alude a la compatibilidad de indemnizaciones. La solución extrajudicial del AMT habrá de tener en cuenta, como elemento de contraste, el giro jurisprudencial habido en este punto a partir de la sentencia del TS de 17-5-2006, dictada en unificación de doctrina. Con anterioridad a esta resolución, los Tribunales del orden social no admitían la compatibilidad con la indemnización derivada de la acción extintiva del contrato de trabajo por parte del trabajador como consecuencia del incumplimiento contractual grave por parte del empresario en base al artículo 50 ET, por entenderse que dicha indemnización legal era tasada y venía a compensar la pérdida del empleo al margen de la causa que originara la conducta empresarial incumplidora ¹⁶⁶.

La mencionada sentencia de Tribunal Supremo, haciéndose eco de una determinada línea judicial ¹⁶⁷, modifica ese criterio, sentando la tesis de la compatibilidad indemnizatoria. Haciendo uso de pautas interpretativas literales, sistemáticas y finalistas, dicha resolución señala, en su fundamento jurídico 4.º, que

«La clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación de derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como así se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado».

Partiendo de esa distinción entre cauce procesal a seguir e indemnización de los intereses jurídicos tutelables en el citado supuesto de extinción indemnizada del contrato de trabajo a causa de lesión de derecho fundamental, el TS reafirma el distinto tratamiento indemnizatorio de estos intereses

¹⁶⁶ STS de 11-3-2004 y STSJ/Madrid de 3-4-2002.

¹⁶⁷ Cfr. las SSTSJ/Murcia de 1-1-2002 y 2-9-2003.

a la luz de la modificación operada en el art. 181 LPL mediante el art. 40, dos de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, en cuya virtud «al incluir, expresamente, en el texto del mismo ‘la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso’ no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado».

Esta doctrina judicial sobre la compatibilidad indemnizatoria, ha sido recogida por la Ley Orgánica 3/2007, aunque con evidente incuria técnica. De acuerdo con el segundo párrafo del nuevo artículo 181 LPL, la indemnización que corresponda «por haber sufrido discriminación» en virtud de la sentencia que declare la existencia de vulneración «será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores» (disposición adicional decimotercera, seis). Pese al loable acogimiento de aquella doctrina, incurre aquí el legislador en el palmario defecto de limitar la indemnización compatibilizada únicamente al trato discriminatorio, olvidando que la sentencia que la reconoce con arreglo al citado precepto de la ley ríuaria se dicta como consecuencia de demandas de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas distintos de los derechos de libertad sindical y no tan sólo de las que accionan frente a la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso. En suma, la indemnización que se compatibiliza no sólo repara el tratamiento discriminatorio, sino cualquier otra vulneración de aquellos derechos y libertades, incluyendo la prohibición de acoso en sus distintas modalidades y, por tanto, la consecuente violación de la dignidad y del derecho fundamental a la integridad moral del acosado.

Es evidente que en los sistemas de solución extrajudicial del AMT no tiene cabida la extinción contractual del art. 50 ET y que, como ya se razonó, la pérdida del empleo por el trabajador acosado, aunque sea pactada en conciliación o en mediación, no es la solución más deseable para éste aunque, en ocasiones, resulte la única factible, ya que el recurso a esta acción resolutoria «está reservado para aquellos supuestos en que la defensa de los intereses del trabajador no puede realizarse o no es razonable exigir que se realice, por la vía de otras acciones o medios de defensa»¹⁶⁸. Pero no hay que perder de vista que el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo del acosado pueden verse afectados por la conducta acosadora durante la ejecución del contrato de trabajo, al calor de las vicisitudes por las que éste

¹⁶⁸ SSTS 3-12-1990 y 16-1-1991.

es susceptible de atravesar¹⁶⁹. De este modo y como punto de referencia la doctrina sentada por el TS en su citada sentencia de 17-5-2006, los episodios de interrupción, modificación y suspensión del contrato de trabajo derivados de dicha conducta¹⁷⁰ darán lugar a una doble indemnización: la derivada del daño patrimonial que experimente la estabilidad en el empleo del trabajador y la conexas con la violación, cuando menos, de su derecho a la integridad moral.

Adviértase, por lo demás, que si bien en el supuesto de extinción contractual del art. 50, ET es la voluntad formal del trabajador la que postula la declaración de efectos resolutorios de su contrato de trabajo, se trata de una voluntad materialmente condicionada por un previo incumplimiento contractual grave de las obligaciones empresariales, generador de aquella doble indemnización, al ser esos incumplimientos funcionales a la conducta de acoso. De este modo, no es irrazonable aplicar la citada compatibilidad indemnizatoria en los casos de utilización torticera y con intención lesiva de acoso del poder directivo y de variación respecto de bienes y derechos del trabajador, pues la contravención grave y reiterada de obligaciones contractuales por parte del empresario estará aquí también al servicio de la conducta acosadora.

Una última consideración habría de tener asimismo presente la vía extrajudicial de solución del acoso objeto de análisis en materia indemnizatoria de daños y perjuicios. Aunque las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del daño físico o psíquico que produzca el AMT no logran una reparación completa del perjuicio recibido¹⁷¹, es doctrina judicial asentada que tampoco ha de producirse un enriquecimiento injusto en el patrimonio del acosado como consecuencia del resarcimiento indemnizatorio, de suerte que «ha de mantenerse la proporcionalidad entre el daño y la reparación para evitar tanto que esta última sea inferior a aquél y no lo compense plenamente, como que lo exceda»¹⁷². En consecuencia, para la determinación de los daños y perjuicios de toda índole derivados de accidente de trabajo o de

¹⁶⁹ Para el desarrollo de la tesis de la afectación del derecho al trabajo no sólo en los momentos inicial y final del contrato de trabajo, sino también en la fase de ejecución del mismo, ver MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Derecho al trabajo...», ob. cit. págs. 1337-1338.

¹⁷⁰ La casuística, a este respecto, puede ser inagotable. Piénsese, a modo de ejemplo, en la unilateral concesión de permisos retribuidos a favor del trabajador con la finalidad embozada de no dar ocupación efectiva (STSJ/Cataluña de 10-3-1993); en la modificación de condiciones de trabajo vaciando las funciones que habitualmente se desempeñan y colocando al trabajador en una posición degradante (STSJ/Extremadura de 26-3-2004), o alterando sus funciones a otras de inferior categoría con finalidad vejatoria (STSJ/Murcia de 2-9-2003), o, en fin, en la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal consecutiva con un cuadro de ansiedad reactiva secundaria a AMT (STSJ/Castilla y León de 4-7-2002).

¹⁷¹ STSJ/País Vasco de 12-9-2000.

¹⁷² SSTs de 17-2-1999 y 2-10-2000.

enfermedad de trabajo encuadrable en el mismo en que el AMT haya desempleado, han de computarse todas las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social con este motivo, con excepción del recargo impuesto por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo¹⁷³, figura que, a estos efectos, es independiente de aquella indemnización¹⁷⁴.

4.3. La técnica sancionadora

Considerada de forma autónoma, la técnica sancionadora, ya se trate de sanciones laborales ya administrativas, es sin duda insuficiente para solventar por sí misma la conducta de AMT. Entre otras razones porque la inadecuada organización del trabajo constituye, como ya vio, un crucial obstáculo de partida para crear o alcanzar un entorno laboral que, aunque no quede por completo al resguardo de todo conflicto, esté imbuido de un clima cooperativo en el que no pueda germinar con facilidad ningún tipo de acoso. Sin embargo, no resulta dudosa la necesidad y obligatoriedad de la utilización de dicha técnica en concurso con las restantes técnicas extrajudiciales de intervención reactiva, ya que el mecanismo sancionador, junto a una inexcusable dimensión correctora y ejemplar, actúa, al tiempo, con efecto preventivo respecto de las infracciones cometidas.

4.3.1. Las sanciones laborales

Con fundamento directo en el poder disciplinario empresarial, las sanciones laborales están dirigidas a corregir la conducta infractora del sujeto activo del AMT cuando éste tiene, naturalmente, la condición de trabajador de la empresa. Dependiendo de la gravedad de la conducta lesiva, la respuesta sancionadora oscilará por lo común entre la máxima del despido disciplinario y las de menor entidad cifradas en la suspensión de empleo y sueldo y en la movilidad funcional o geográfica. El principal escollo para activar esta respuesta correctiva reside en la insuficiente regulación de las infracciones laborales en que puede encontrar acomodo este tipo de acoso, lo que de nuevo nos remite a la notoria carencia del vigente ordenamiento laboral a fin de disciplinar esta figura

En lo tocante a la aplicación del despido disciplinario ante el AMT, como es sabido la tipificación de esta clase de despido es tarea encomendada a la ley, de forma que el carácter tasado de las causas de despido impide su am-

¹⁷³ STS 1-6-2005 y STSJ/Cantabria de 16-1-2006.

¹⁷⁴ SSTs de 2-10-2000 y 21-2002.



pliación por el convenio colectivo, que tan sólo ha de ceñirse a su especificación. Sucede que, respecto del acoso en estudio, la tipificación legal de las causas de despido disciplinario en que el mismo podría subsumirse no se adecua siempre a la compleja morfología que esa clase de acoso suele presentar.

En primer término, porque las ofensas verbales o físicas inferidas al trabajador acosado, sobre las que puede fundarse este despido (art. 54.2, c, ET), no constituyen ni las únicas conductas ni las de mayor frecuencia en este acoso. En segundo lugar, porque el acoso discriminatorio introducido como causa de despido disciplinario en el art. 54.2, g, ET por la Ley 62/2003, no comprende el AMT, pues se trata, como ya se señaló, de dos modalidades distintas de acoso. Y en tercer lugar, dado que, si bien el AMT puede emplazarse en la causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2, d, ET), hay que tener en cuenta dos precisiones. De un lado, que la amplísima gama de incumplimientos contractuales que esta cláusula genérica puede albergar comporta una elevada dosis de incertidumbre respecto de la inclusión del referido acoso en la misma. De otro, que la falta de homogeneidad jurisprudencial en la admisión de la teoría gradualista por lo que hace a esta causa, puede desvirtuar el elemento objetivo integrado en el concepto de dicho acoso, ya que la sistematicidad y la reiteración propios del mismo serían innecesarias para el sector de la jurisprudencia que rechaza todo tipo de graduación de la gravedad de la conducta transgresora en base a la pérdida de confianza aparejada siempre a la vulneración de la buena fe contractual¹⁷⁵.

El amplio espectro de conductas transgresoras de la buena contractual que tienen cabida en el art. 54.2, d, ET, permite a los convenios colectivos, con respeto formal a la tipificación de esta causa de despido disciplinario conforme exige el art. 58.1 ET, concretar tales conductas cuando merezcan ese máximo reproche sancionador, pudiendo figurar entre ellas la constitutiva del AMT. Asimismo, la necesaria graduación que el instrumento convencional está llamado a establecer respecto de las restantes faltas y sanciones laborales le faculta para incluir ese tipo de acoso en ese otro nivel disciplinario de menor dureza, acomodando así, en aras del principio de proporcionalidad, la gravedad del incumplimiento contractual derivado de la conducta acosadora a la intensidad de la sanción que haya de imponerse.

Pese a la amplitud del campo de actuación con que cuentan los convenios colectivos a este respecto, el tratamiento disciplinario que los mismos dispensan en esta materia es desalentador, evidenciando, también aquí, el reducido interés de los agentes sociales por abordar esta específica forma

¹⁷⁵ SSTs de 29-11-1985 y de 16-7-1982; STSJ de Andalucía/Málaga de 18-4-1994 y STSJ/Galicia de 31-5-2001.

del conflicto laboral. Dicho tratamiento se caracteriza, en términos generales y ciñéndonos a los convenios de ámbito supraempresarial, por la escasez numérica y por el contenido insuficiente e incongruente.

Desde el punto de vista cuantitativo, tan sólo un porcentaje ínfimo de convenios, el 1,62 % sobre una amplia muestra de los vigentes en el ámbito supraempresarial establecen faltas y sanciones relacionadas directamente con el AMT. Este porcentaje contrasta con el superior del 8,48 % de los convenios que abordan el régimen disciplinario del acoso sexual que, sin alcanzar el nivel de atención deseable, permite conjeturar que el tratamiento convencional de esta materia resulta estimulado, entre otros factores, por la regulación legal de este último tipo de acoso mediante la Ley 3/1989. Es evidente que esta acusada inhibición del convenio colectivo respecto del régimen sancionador del AMT es un límite material que no facilita en absoluto el ejercicio del poder disciplinario empresarial, máxime si se tiene en cuenta que la actuación de este poder se ve obstaculizada con frecuencia por la dificultad de obtener la prueba del acoso, considerando que el aislamiento de la víctima y la indiferencia por parte del resto de los trabajadores no son actitudes infrecuentes en esta situación. De aquí la importancia y la necesidad de que, junto al tratamiento disciplinario de la conducta de acoso, los convenios establezcan procedimientos de denuncia que permitan dejar constancia de la misma y de las actuaciones que, a su abrigo, se hayan llevado a cabo.

Con la faceta cualitativa como telón de fondo, los principales problemas de regulación detectables en los convenios que encaran por la vía disciplinaria el AMT evidencian, como se ha dicho, un contenido insuficiente e incongruente. La insuficiencia puede apreciarse en aquellos convenios que definen la figura, califican el tipo de falta y la sancionan, pero sobre la base de una graduación de la conducta lesiva por lo común uniforme, calificada así de falta muy grave¹⁷⁶, siendo muy escasos los convenios que diferencian correctamente entre falta muy grave y falta grave a tenor de las circunstancias concurrentes en cada supuesto¹⁷⁷.

La incongruencia en la regulación convencional es visible en dos tipos de convenios. De un lado, en aquellos que se limitan a definir la figura, pero que, de modo incoherente, la desguarnecen de su protección disciplinaria sin tipificarla como falta y, por tanto, guardando también silencio sobre su

¹⁷⁶ Cfr. arts. 27.3, k, y 28 CC del Comercio de Alimentación de Ourense (BOP 7-8-2006); arts. 52 y 53 CC Oficinas y Despachos de Huesca (BOP 13-6-2006), y art. 43 CC de Peluquerías y Salones de Belleza de Álava (BOTH 28-6-2006)

¹⁷⁷ Cfr., los arts. 47 CC del Comercio de Alimentación de Pontevedra (DOP 8-9-2004); art. 46 CC del Comercio e Importaciones de Artículos fotográficos, vídeo y sonido de Barcelona (DOGC 27-1-2004)



sanción¹⁷⁸. De otra parte, en los convenios que no definen la figura pero, pese a ello, no tienen empacho alguno en tipificarla y sancionarla como falta laboral. Son los más numerosos¹⁷⁹. La incoherencia aparece también aquí ante la falta de delimitación conceptual de la figura, pues la inexistencia de definición legal expresa de la misma puede colmarse por el instrumento convencional, bien como falta acreedora del despido disciplinario, especificando así la genérica causa del art. 54.2, d, ET, bien como falta merecedora de una sanción de menor severidad al abrigo de la habilitación que a dicho instrumento reconoce el art. 58.1 ET. Desatendiendo de este modo la necesaria congruencia reguladora, el convenio deja un peligroso margen de indeterminación al poder disciplinario empresarial y una inconveniente y extensa zona de interpretación a la jurisprudencia.

Las conclusiones que estos rasgos generales permiten alcanzar no pueden ser, claro está, reconfortantes. En primer lugar, porque demuestran que la protección sancionatoria de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la negociación colectiva suele concentrarse en los índole sindical, advirtiéndose una evidente indiferencia respecto de los denominados derechos laborales inespecíficos de orden igualmente fundamental, ceñidos, en cuanto aquí importa, a la integridad moral, a la intimidad y al honor del trabajador víctima del acoso moral. En segundo término, dado que confirman la razonable hipótesis de que la indolencia del legislador en la regulación de esta clase de acoso había de desembocar en esta desidia y desorden normativo convencional, que, más allá de la necesaria diversidad que en la norma convencional ha de anidar, deja al trabajador víctima del acoso moral con un menor nivel de protección extrajudicial desde la perspectiva de la clara, suficiente y eficaz respuesta que la sanción laboral ha de proporcionar a la conducta acosadora.

4.3.2. *Las sanciones administrativas*

En el plano sancionador público del AMT se plantea un conjunto de cuestiones de indudable interés. Dado el carácter de este estudio, me limita-

¹⁷⁸ Cfr. arts. 48 y 6 y 7 del Anexo I del CC para las Industrias de Hostelería de Segovia (BOP 4-8-2006); los arts. 57, 62, 63 y 64 CC del Sector de Confeitería, Pastelería y Bollería de Barcelona. (DOGC 14-8-2006).

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, el art. 37.3, j, del convenio colectivo del Sector Agrario de Cantabria (BOC de 23-11-2004), el art. 33 del convenio colectivo del sector Detallistas y Autoservicios de Alimentación de Zaragoza. (BO. Zaragoza 27-6-2006), los arts. 49 y 54 del CC del Sector de Tiempo Libre y Sociocultural de Cataluña (DOGC 1-6-2005); el art. 29 del convenio colectivo del Sector de Industrias de Manipulación y Exportación de Frutos Secos de Alicante (BOAL 1-7-2006).

ré a considerar con brevedad las que, a mi juicio, revisten un mayor calado aplicativo. La primera de ellas es una consecuencia de la pasividad del legislador en la regulación concreta de este acoso y concierne a la falta de tipificación expresa del mismo como sanción administrativa, ora en el ámbito de las infracciones en materia de relaciones laborales, ora en el de la prevención de riesgos en el trabajo. La ausencia es más visible en la primera de esas materias desde el momento en que las otras dos modalidades de acoso en el trabajo, el acoso sexual y el acoso discriminatorio, están catalogadas como infracciones de carácter muy grave en los artículos 8.13 y 8.13 bis, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aunque debe señalarse que el acoso discriminatorio recogido en el último precepto resulta notoriamente incompleto en cuanto a su ámbito objetivo, dado que únicamente se circunscribe a las causas que en el mismo se contemplan.

La carencia de esa específica tipificación obliga a considerar si la conducta de AMT es subsumible en alguna de las infracciones reguladas en la LISOS, teniendo en cuenta que la pluralidad de bienes y derechos lesionados por la conducta acosadora habría de recibir una respuesta también diversificada por parte de la normativa sancionadora de orden laboral.

Por lo que respecta a las infracciones en materia de relaciones laborales, debe precisarse ante todo que la conducta de acoso moral puede servirse, indirectamente, de comportamientos dirigidos a hostigar o humillar al trabajador acosado, como son, a guisa de mero ejemplo, el cambio de funciones, de lugar de trabajo, de horario o de turnos. Estos comportamientos instrumentales a ese acoso encontrarán acomodo en las específicas infracciones que los tipifican, con independencia ahora de la aplicación del principio *non bis in idem* en el terreno sancionatorio. Pero, al margen de tales conductas infractoras del orden sancionador público laboral, es posible detectar dos tipos de infracciones en la referida materia en las que, de modo directo, puede encuadrarse el mencionado acoso, aunque éste no aparezca expresamente recogido en los mismos.

Una primera infracción, de carácter grave, queda tipificada en el art. 7.10 LISOS, catalogándose como tal los actos u omisiones contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 del ET, «salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente». Al vulnerar el AMT invariablemente el derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad, reconocido en el apartado 2, e, del referido precepto estatutario, la gravedad de la infracción administrativa derivada de dicho acoso ha de operar como regla mínima en este tipo de acoso, pese a la inconveniente carencia de regulación legal específica del mismo. La mayor gravedad de la conducta de acoso queda reservada, en el art. 8.11 LISOS, a una segunda infracción. Con arreglo al mismo, habrán de calificarse

como infracción muy grave los actos del empresario contrarios al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

La posibilidad alternativa de aplicar una de las dos citadas infracciones a la conducta acosadora ha de admitirse sin reparos¹⁸⁰, ya que, como ha habido ocasión de señalar, la gravedad de la conducta acosadora no ha de ser en todo caso uniforme, puesto que no lo son las circunstancias concretas en que la misma se desenvuelve, tanto subjetivas (tales como la posición jerárquica de los sujetos o el número de trabajadores afectados por el acoso) como objetivas (por ejemplo, la duración, la intensidad o los efectos de la conducta). Se trata, por tanto, de observar el principio de proporcionalidad en el ámbito de las infracciones y sanciones administrativas. La propia norma sancionadora en el orden social acepta este principio al establecer los criterios de graduación de las sanciones imponibles en el seno de cada infracción (art. 39 LISOS), lo que no es sino consecuencia específica de la genérica salvaguarda de dicho principio por el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPA).

A semejanza de las infracciones en materia de relaciones laborales, las que conciernen a la prevención de riesgos laborales y encuentran su causa en la conducta de acoso moral son también susceptibles de encuadrarse en varios de los tipos contemplados en los artículos 11 a 13 de la LISOS, habida cuenta de que algunos de los incumplimientos de las obligaciones derivadas del deber general de protección eficaz en punto a la seguridad y salud en el trabajo pueden estar vinculados, de forma instrumental, con el AMT. Tal sería el caso, a modo de ejemplo, del incumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud del trabajador víctima del acoso a través de los correspondientes reconocimientos médicos. (arts. 12.2 LISOS: infracción graves), o de la inobservancia del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores objeto de acoso (art. 13.5 LISOS: infracción muy grave).

Pero de nuevo la ausencia de una específica tipificación del AMT en el elenco de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales ha llevado a consideraciones de orden aplicativo sobre el particular de difícil comprensión. En este orden de cosas, se ha considerado que sólo en casos muy excepcionales y en función de la gravedad de la conducta podrían ser aplicables los artículos 12.7 y 13.4 LISOS, cuando el empresario adscribiera deliberadamente a trabajadores objeto de ese acoso «a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psicofísicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud, sin tomar en considera-

¹⁸⁰ Parece aceptar tan sólo la infracción contemplada en el art. 8.11 LISOS, GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., pág. 346.

ción su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo»¹⁸¹. Aun cuando se explicaran —cosa que no se hace— las razones que permiten establecer el carácter excepcional en la aplicación de dichos preceptos, la inteligencia de ese rasgo resultaría poco consecuente con la realidad abordada por la jurisprudencia respecto de este tipo de acoso, pues no resulta anómalo que una de las manifestaciones de la conducta acosadora consista precisamente en el cambio de puesto o de funciones con intención humillante o vejatoria, resultando así dicho cambio inconciliable con la situación de acoso de que es objeto el trabajador.

En esta misma línea de estimación aplicativa se ha entendido que el tipo obediente a esta conducta acosadora sería el contemplado en el art. 12.16 LISOS (infracción grave), cuando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y siempre que se acredite su similitud con los supuestos incluidos en el mismo tipo. Pero aquí surge la imposibilidad neta de aplicar ese tipo, ya que esta acreditación de semejanza integra un supuesto de analogía —aquí de analogía *legis*— y, como es bien sabido, las normas que definen las infracciones y sanciones administrativas no son susceptibles de aplicación analógica, conforme preceptúa el art. 129.4 de la LPA.

La segunda cuestión relevante se refiere a la concurrencia de sanciones administrativas en materia de relaciones laborales y de prevención de riesgos en el trabajo respecto de la conducta de acoso moral. El principio *non bis in idem* impide, de entrada, que puedan sancionarse por la Administración Laboral los mismos hechos que hayan sido sancionados administrativamente cuando concorra identidad de sujeto, hechos y fundamentos (arts. 7.4 del RD 928/1998, de 14 de mayo y 133 de la Ley 30/1992).

Ahora bien, la concurrencia de esa triple identidad y la consecuente aplicación del principio *non bis in idem* no se producirá en el AMT desde la óptica del concurso ideal de infracciones, puesto que la existencia de un solo hecho constitutivo de dos más infracciones administrativas no es la regla en esta materia a la luz de distinta tipificación de las acciones u omisiones que integran los hechos contemplados en la LISOS respecto de la conducta conformadora de dicho acoso. Siendo esto así, no entrará en juego el mencionado principio, al poder identificarse distintos hechos subsumibles en diversas infracciones, dando ello lugar a un concurso real de éstas en el que una misma resolución administrativa enjuiciará los distintos hechos imponiendo sanciones independientes para cada uno de ellos.

¹⁸¹ Punto 2.º, a) del *Criterio Técnico sobre mobbing (acoso psicológico o moral)*, adoptado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 14 de marzo de 2003.

Esta última situación de concurso real debe ser matizada, sin embargo, en el terreno de la concurrencia de las sanciones administrativas que dan respuesta a la conducta de AMT. Existen, a este respecto, algunos supuestos que comportan una modulación o una excepción normativa del *non bis in idem* y, que por ello, reducen la intensidad de aquella respuesta sancionadora pese a su formal acomodo normativo.

El primer supuesto supone una modulación de aquel principio y se articula en torno al concurso medial de infracciones, que surge, como se sabe, cuando una infracción administrativa es medio o instrumento necesario para cometer otra. Bajo el criterio de la Administración Laboral este concurso supondría la exclusión del *non bis in idem*, ya que, en tal caso, habría de aplicarse el art. 4.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, a cuyo tenor «En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida»¹⁸².

Este criterio debe ser puntualizado, toda vez que el supuesto de concurso medial del que parte, aun siendo frecuente no puede, sin embargo, generalizarse, ya se aplique a la comisión de infracciones administrativas tipificadas en distintas materias (relaciones laborales o prevención de riesgos en el trabajo), ya pretenda utilizarse en el ámbito de una sola de ellas. A este respecto, hay que tener en cuenta que la infracción catalogada como AMT puede presentarse de forma autónoma, no constituyendo siempre, por ello, medio necesario para cometer otras, pues ni conduce en todo caso, de forma ineluctable, a la vulneración de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (la conducta acosadora no desemboca en todo caso en un daño físico o psíquico de la gravedad exigible en este tipo de acoso y que, al tiempo, implique dicha vulneración), ni se vale ineludiblemente de otras infracciones laborales (cambio de puesto o función, traslado, falta de ocupación efectiva...).

El segundo de los supuestos que exige ser precisado es el relativo a la infracción continuada, identificable allí donde varias acciones u omisiones infringen el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 4.6, párr. 2.º RD 1398/1993). En este caso, y conforme a lo dispuesto en el último inciso del art. 7.4 del RD 928/1998, la aplicación del *non bis in idem* se exceptúa pese a la existencia de identidad de sujeto, hechos y fundamentos, siempre que el infractor persista «de forma continuada en los hechos sancionados» y la correspondiente resolución administrativa así lo establezca. La regla supone moderar la acumulación de sanciones que se derivaría de la considera-

¹⁸² *Ibidem.*..., punto 2.º, b).

ción independiente de las distintas infracciones a que darían lugar las acciones u omisiones infractoras —en nuestro caso la conducta de acoso moral—, utilizando para ello la ficción jurídica de que sólo existe una infracción continuada y, por tanto, de que ha de imponerse una única sanción, si bien la contumacia del sujeto acosador se valora sancionando la infracción en su grado máximo (art. 39.7 LISOS).

Ahora bien, si se admite que esta regla de atenuación del citado principio exige la homogeneidad del bien jurídico lesionado¹⁸³ dada la «unidad esencial» existente entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal¹⁸⁴, sin esfuerzo podrá concluirse que esa uniformidad no siempre está presente en el AMT. Junto a la dignidad y la integridad moral, como bienes jurídicos siempre infringidos en este acoso, otros como la salud, la formación profesional o la maternidad pueden resultar también conculcados por la conducta de acoso, de modo que su sanción habrá de reconducirse en tales casos a distintas infracciones administrativas imposibilitando la aplicación de aquella regla.

Por otra parte, en punto a la sanción administrativa del AMT debe matizarse la solución moderadora que la jurisprudencia brinda respecto de la excepción al *non bis in idem* introducida por la mencionada regla, al señalar, con relación a otras materias ajenas a la que aquí nos ocupa, que tal principio no resulta aplicable en el supuesto de infracción continuada al no sancionarse en realidad los mismos hechos, sino hechos similares, habida cuenta de que su realización se produce en momentos distintos¹⁸⁵. En el caso del AMT, en el elenco de infracciones susceptibles de aplicarse a dicha clase de acoso, la LISOS ha acotado distintas acciones u omisiones integrantes de los hechos constitutivos de esa conducta o directamente vinculados con ella, de modo que no cabe apreciar distintos hechos sobre la base de una infracción continuada, sino con arreglo al principio de tipicidad de las infracciones, aplicable sin duda al ámbito administrativo sancionador conforme ha sentado la jurisprudencia constitucional¹⁸⁶.

El tercer supuesto permite la exceptuación normativa del *non bis in idem* de la mano del recargo de prestaciones. Junto a las sanciones administrativas expresamente contempladas en la LISOS para corregir el AMT, hay que considerar también aplicable a éste el recargo de prestaciones económicas cuando el acoso dé lugar a la situación de incapacidad temporal o de invalidez permanente del trabajador que, por existir el nexo de causalidad entre

¹⁸³ Homogeneidad exigida como elemento objetivo en el delito continuado. Cfr. a este respecto, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989, págs. 198.-199.

¹⁸⁴ A ella se refiere la STS, 3.ª, de 8-2-1990.

¹⁸⁵ Ver, por todas, la STS (Sala 3.ª) de 4-1-1990.

¹⁸⁶ Véase, por todas, la STC 42/1987, de 7-4.

trabajo y lesión corporal, tenga su causa en la contingencia de accidente de trabajo, sea o no a título de enfermedad de trabajo, y el accidente derive del incumplimiento de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo o la de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las condiciones personales del trabajador (art. 123.1 LGSS)¹⁸⁷.

Dos observaciones principales suscita la aplicación de este recargo al tipo de acoso que se analiza. La primera de ellas incumbe a la naturaleza del recargo en relación con su compatibilidad respecto de otro tipo de responsabilidades. Para la jurisprudencia mayoritaria no resulta dudoso que el recargo «constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora»¹⁸⁸ Esta conceptualización sancionatoria del recargo de prestaciones, no permitiría, inicialmente, salvar el escollo del principio *non bis in idem*, puesto que esta sanción y las restantes de orden administrativo que en su caso correspondieran participarían de la misma naturaleza pública, lo que vedaría su conjunta aplicación. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.3 LPRL y 123.3 LGSS, el recargo es independiente y compatible con cualquier otra responsabilidad administrativa, civil o penal. Este aparente obstáculo puede sortearse si se admite que la controvertida y esquivada naturaleza del recargo le confiere el carácter de «una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas»¹⁸⁹, lo que conduce a su correcto encaje en la categoría de la cláusula penal de origen legal¹⁹⁰.

El recargo cumple bajo este marbete conceptual una irrefragable función sancionadora, de la que proporcionan cumplido fundamento, entre otras razones, la atribución de la responsabilidad del pago directamente al empresario infractor; la terminante prohibición de aseguramiento del recargo, la nulidad de cualquier acto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad; la graduación del porcentaje de incremento de las prestaciones económicas en función de la gravedad de la infracción empresarial (de un 30 a un 50%); o la inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia del empresario infractor¹⁹¹. Razones provistas de innegable coherencia con la finalidad del recargo, que

¹⁸⁷ SSTSJ/Navarra, 30-4-2001 y 18-5-2001, STSJ/La Rioja de 6-10-2005. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos, inicial o sucesiva, o de la obligación de vigilancia de la salud del trabajador víctima del acoso a través de los correspondientes reconocimientos médicos.

¹⁸⁸ SSTC 158/1985, de 26-11 y 81/1995, de 5-6, y SSTS de 20-3-1997 y 11-7-1997.

¹⁸⁹ STS de 2-10-2000.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. CEDECS. Barcelona, 1996, págs. 563- 578.

¹⁹¹ Cfr. el art. 123.2 LGSS y, entre otras, las SSTS 8-3-1993, 16-11-1993, 31-1-1994, 7-2-1994, 8-2-1994., 9-2-1994, 12-2-1994, 23-3-1994, 20-5-1994 y 22-9-1994.

«pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente»¹⁹².

La disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del recargo proviene, en buena medida, de un deficiente entendimiento de la cláusula penal de origen legal. En la doctrina especializada no ofrece duda alguna la función punitiva que puede cumplir dicha cláusula cuando ésta tiene origen convencional si las partes así lo acuerdan (art. 1152, párrafo 1.º del CC). Esto supone que, cuando la misma se incorpora mediante pacto al nexo contractual, desempeña una doble función: una función de garantía del cumplimiento exacto de la obligación principal y una función punitiva en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso. En el supuesto de que asuma estas funciones, la pena es exigible además de la indemnización de daños y perjuicios¹⁹³, de modo que no entra aquí en juego el principio general del Derecho de daños de que la indemnización no debe exceder del perjuicio reparado, limitándose al resarcimiento del daño efectivo a fin de evitar un enriquecimiento injusto del acreedor¹⁹⁴, pues el recargo no presenta en estos casos función sustitutiva alguna respecto de la evaluación y liquidación de los daños y perjuicios. No exhibe, por tanto, un cometido resarcitorio, sino claramente punitivo.

Sentado lo anterior, debe desvanecerse la inexacta idea de considerar que la cláusula penal sólo puede tener su origen en el contrato. Porque aunque no sea su forma más común, dicha cláusula encuentra también acomodo en la ley como fuente constitutiva de la misma¹⁹⁵. Sin que proceda ahora detenerse con mayor detalle en este punto, baste señalar que el interés social inherente al mandato dirigido a los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), se concreta aquí en la sanción civil del recargo, a imponer, como cláusula penal de origen legal, en el caso de incumplimiento del empresario de su deuda de seguridad y salud implícita en el contrato de trabajo en virtud del deber general contemplado a este respecto en el art. 14.1 LPRL. En la intervención heterónoma del INSS

¹⁹² STS 2-10-2000.

¹⁹³ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil II. Parte general*. Bosch. Barcelona, 1970, pág. 185. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Patrimonial Civil*. Vol. 1.º. Tecnos. Madrid, 1079, pág. 573.

¹⁹⁴ CASTÁN, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral. Tomo tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Ed. Reus. Madrid, 1992, 16.ª ed., pág. 285.

¹⁹⁵ LOBATO DE BLAS, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español*. EUNSA. Pamplona, 1984, págs. 119 y ss. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*. Montecorvo. Madrid, 1992, págs. 205 y ss.

en este terreno sancionatorio privado para resolver sobre la imposición del recargo no debe verse antinomia alguna, si se tiene en cuenta que la ambigüedad del concepto de sanción ha conducido a excluir legal y jurisprudencialmente del ámbito de las sanciones administrativas ciertas medidas que, sin embargo, son adoptadas por la Administración Pública con finalidad represiva de conductas ilícitas como sucede, por ejemplo, con las multas coercitivas¹⁹⁶. Por lo demás, el hecho de que no sean el Tesoro Público o el INSS los beneficiarios del recargo, sino el trabajador o sus derechohabientes, no ha de tenerse por argumento que dirima a favor de su naturaleza resarcitoria, ya que la función sancionadora de la pena convencional está admitida sin ambages, como se ha indicado, en el ámbito de las relaciones jurídicas entre privados, función cuya naturaleza afflictiva no se altera por el hecho de que la pena tenga su origen en la norma legal.

La segunda observación anunciada permite advertir que en el accidente de trabajo derivado del AMT no cabrá seguir siempre el dictamen judicial común y apreciar negligencia o imprudencia del trabajador accidentado susceptible de exonerar la responsabilidad empresarial y la consiguiente sanción de recargo de prestaciones por quiebra del nexo causal entre infracción y evento dañoso, cuando la conducta del trabajador sea la determinante en la producción del accidente¹⁹⁷. Porque, aun en la hipótesis de que la conducta negligente del trabajador objeto de acoso pueda considerarse la causa material inmediata del accidente, no podrá desconocerse que, en ciertos casos, dicha conducta puede estar marcadamente condicionada por la tensa y opresiva situación a que esté sometido aquél, con las consecuencias patológicas que los pertinentes informes médicos pongan de relieve, de modo que aquella conducta negligente resultará excusable, pues difícilmente podrá considerarse que, bajo tales circunstancias, el accidente se ha debido a dolo o imprudencia temeraria del trabajador conforme a lo dispuesto en el art. 115.4, b, LGSS. No siendo posible en estos casos exigir la diligencia debida en el desempeño de la actividad laboral, no podrá apreciarse la quiebra de aquel nexo causal, manteniéndose, por tanto, la responsabilidad empresarial derivada del accidente y la sanción del recargo.

Una tercera y última cuestión significativa en el orden práctico afecta a la determinación de los sujetos cuya conducta de AMT trata de corregirse con las sanciones administrativas. A la luz de la LISOS, sólo es posible identificar al empresario como sujeto responsable de dicha conducta, aunque el sujeto activo de la misma no siempre sea aquél. De acuerdo con esa dualidad de posiciones subjetivas, el empresario responderá en este ámbito ad-

¹⁹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel. Madrid, 2004, pág. 381.

¹⁹⁷ Cfr. STS 20-3-1985 y STSJ/Asturias de 23-1-2004.

ministrativo tanto si es él mismo el sujeto acosador, como en el caso de que dicha conducta se lleve a cabo por un trabajador o trabajadores de la empresa, o por terceros no vinculados con la misma por contrato de trabajo (clientes, proveedores...) y el empresario conozca la situación y no aplique las correspondientes medidas sancionadoras.

Como ya se vio en su momento, la conducta del empresario como sujeto activo del acoso moral podrá encuadrarse en el marco infractor de los actos u omisiones contrarios a la intimidad y a la consideración debida de la dignidad de los trabajadores (arts. 7.10 y 8.11 LISOS), o que supongan incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales (arts. 12 y 13 LISOS). Pero el acoso horizontal realizado por otros trabajadores asalariados vinculados a la empresa sólo puede tener una parcial acogida en la LISOS, por la vía de estos últimos preceptos, en aquellos casos en que la situación de acoso moral esté originada o facilitada por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laborales.

Cegada queda, sin embargo, la posibilidad de sancionar administrativamente al empresario cuando el acoso moral se realice por un tercero no vinculado a la empresa por una relación laboral. La carencia de una tipificación específica de este tipo de acoso como infracción administrativa, no puede suplirse mediante la aplicación analógica de los arts. 8.13 y el art. 8.13, bis, LISOS, como se ha sostenido por algunos autores¹⁹⁸, pues, como ya se ha reiterado, los supuestos de acoso sexual y de acoso discriminatorio que los mismos contemplan integran figuras distintas del acoso moral, aunque el género acoso sea común a todas ellas. La diversa realidad fáctica y jurídica que dichas figuras contemplan, hace impracticable la vía analógica en esta materia sancionatoria, por mucho que con su aplicación se lograra un nivel protector extrajudicial más eficaz para el trabajador acosado.

La insuficiente delimitación del empresario como único sujeto infractor en el AMT, condicionada sin duda la incompleta tipificación de esta figura en el ámbito de las infracciones administrativas en materia laboral y de seguridad y salud en el trabajo, constituye un obstáculo no desdeñable en orden a la utilización conjunta de este tipo de sanciones y de las restantes técnicas extrajudiciales de intervención reactiva. La razón de ello descansa en que dicha delimitación, al aminorar las posibilidades de acudir a la técnica sancionadora no sólo resta eficacia a las funciones preventiva y ejemplarizante anudadas a aquellas sanciones, sino que, al tiempo, desincentiva al empresario en la búsqueda de una solución extrajudicial al conflicto que brinde adecuada y equitativa protección al trabajador acosado.

¹⁹⁸ ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Protección frente al acoso en el trabajo». *Bomarzo*. Albacete, 2004, págs. 68-69. RIVAS VALLEJO, M. P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*. Thomson. Civitas., 2005, pág. 62.