

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. FASES DE INTERVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL	6
1.1. Identificación de los factores psicosociales y sus medidas preventivas	6
1.2. La evaluación de riesgos y sus medidas preventivas	8
1.3. Implantación de medidas destinadas a la protección y prevención	10
1.4. Supervisión de la eficacia en las medidas implantadas	11
2. CONSECUENCIAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE	12
3. VÍAS JUDICIALES PARA EJERCITAR LA ACCIÓN ANTE EL ACOSO LABORAL	16
3.2. Acción laboral.....	16
3.2.1. Acción ordinaria del artículo 50 ET: extinción contractual por voluntad del trabajador.....	16
3.2.2. La carga y los medios de prueba ante el acoso laboral. ...	18
3.3. Acción penal.	21
3.3.1. La responsabilidad penal por acoso laboral.	21

3.3.2. El carácter doloso en la vía penal como elemento subjetivo.	24
3.3.3. La responsabilidad por daños y perjuicios derivados de delitos de acoso laboral.....	25
3.4. Acción Civil.....	28
3.4.1. La reclamación de indemnización en la vía civil por acoso laboral: requisitos.....	30
3.4.2. Las sanciones administrativas.	37
3.4.3. La regla del “Non bis in idem”	39
3.5. Acción en lo contencioso-administrativo por acoso laboral en la Administración Pública.	42
3.5.1. El acoso laboral en lo contencioso-administrativo: particularidades respecto con el orden social.	42
3.5.2. El procedimiento disciplinario en los funcionarios públicos.	45
4. EL ACOSO LABORAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA	46
5. CONCLUSIONES	56
6. BIBLIOGRAFÍA.....	58
7. ANEXOS.....	60

Abreviaturas

AMEVA	Acuerdo Marco Europeo sobre Violencia en el Trabajo
ART/ARTS	Artículo/Artículos
CA	Contencioso Administrativo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LO	Ley Orgánica
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
NTP	Nota Técnica de Prevención
P.	Página
PP.	Páginas
REC.	Recurso
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJS	Sentencia Juzgado de lo Social
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
S.F.	Sin fecha
SS.	Siguientes
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Probablemente se está ante un fenómeno social que aunque sea de actualidad novedosa, puede que sea igual de antiguo como el trabajo. El nombre que recibe este fenómeno es el de acoso. Se trata de una forma específica de agresión de los derechos fundamentales pudiendo producir lesión, además de una grave desconsideración al trabajador y hacia su persona. Incluso, se trata de un comportamiento negativo producido en un centro de trabajo entre personas con diferentes niveles jerárquicos como son los subordinados, jefes u otras personas pertenecientes a la organización pudiendo llegar al trabajador víctima del acoso graves consecuencias psicológicas, como por ejemplo la depresión.

En las relaciones laborales siempre han existido en mayor o menor medida conductas como la intimidación, amenazas, violencia y otros comportamientos abusivos. Pero esto no quiere decir, que el acoso laboral se deba normalizar puesto que hay muchas maneras de manifestar la violencia.

Es indudable de que este fenómeno ha crecido de manera muy rápida y parece bastante asentado en las relaciones laborales por los casos recientes que se dan en la Jurisprudencia, pero la pregunta es... ¿y si ha venido para quedarse? La respuesta no está clara todavía.

Debido a este crecimiento exponencial se han elaborado multitud de investigaciones que tratan de mostrar que es el acoso laboral, para tratar de desenmascarar este fenómeno y cuál es su tratamiento en el Derecho.

A pesar de la amplia legislación laboral, que directa o indirectamente, exige unas obligaciones y derechos, con independencia de quien sea el sujeto de la relación contractual, cuesta todavía creer que no existan programas de intervención, tanto en el sector público y privado, para prevenir el acoso y sus efectos desencadenantes.

Nuestro ordenamiento jurídico, además de la Doctrina y Jurisprudencia, prevé estos comportamientos de abuso a través de las vías judiciales en los distintos órganos jurisdiccionales. Aunque sí es cierto que la Jurisprudencia ha tenido un papel más activo durante estos últimos años a través de Sentencias sirviendo de precedente para los próximos casos de acoso. Llegando incluso a establecer unas pautas o parámetros característicos del acoso laboral, pero también dejan a entrever que no hay un camino fijo y continuo para tratarlo, puesto que no hay una regulación específica a diferencia de otros países que sí la tienen incorporada en su Ordenamiento Jurídico.

En el Código Penal, en su artículo 173.1, se describe este fenómeno como un tipo de delito y que se contempla este tipo penal como "actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima", dentro de un ámbito laboral o funcional.

Igualmente, en la Ley 31/ 1995 de PRL, su artículo 15 se recogen los principios de acción preventiva a nivel general a adoptar por el empresario durante la jornada laboral y en el centro de trabajo.

La lesión que se pudiera sufrir no solamente se puede ceñir al rol del trabajador, aunque sea allí donde se materialice, por lo que las compensaciones y reparaciones que arbitra el Derecho no solamente deben limitarse a las consignadas para aquellos supuestos ordinarios de incumplimiento contractual. Cuando dicha lesión afecte a uno o varios derechos fundamentales o incluso la disputa con otros derechos e intereses, se aplicarán las garantías de dichos derechos fundamentales que se recogen en el Ordenamiento Jurídico, concretamente en su artículo 53 CE.

Para poder constituirse el delito, se exige un daño físico o psíquico a la víctima producido por el comportamiento de quien lo produzca. Por lo tanto, se establece la necesidad

de acreditar el nexo causal entre ambos, como puede ser un informe médico o una prueba pericial.

La elección de las acciones judiciales por parte de la defensa jurídica constituye una piedra angular para recibir respuesta ante el acoso, evitando así que dichas acciones puedan quedar desamparadas de manera parcial o total.

1. FASES DE INTERVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL

1.1. Identificación de los factores psicosociales y sus medidas preventivas

En este momento preventivo que se suele denominar prevención primaria se buscan los factores organizativos y personales que pueden originar riesgos laborales como el acoso, la violencia o el estrés laboral. Dada la naturaleza de las relaciones entre los factores y los riesgos psicosociales (y aún de estos con las consecuencias lesivas) la indagación de las causas tiende a ser reactiva; esto es, se procede a indagar las causas una vez se ha producido algún tipo de situación hostil, lo que nos situaría de hecho en el siguiente momento preventivo. Aún así, se trata de evaluar la relación entre los factores y sus consecuencias potenciales y medir el daño potencial. (Urrutikoetxea Barrutia, 2014, p.333)

Velázquez López (2005) citado en (Urrutikoetxea Barrutia, 2014) presenta un listado de factores psicosociales:

- I. Características personales de los trabajadores.
2. Cultura de organización y gestión.
3. Cambios en la organización.
4. Papel o rol en la organización del trabajo.
5. Desarrollo de la carrera profesional.
6. Participación y transparencia.
7. Recursos humanos y materiales.

8. Trabajo en equipo.
9. Relaciones con supervisores del trabajo.
10. Relaciones interpersonales con clientes y personal externo.

Urrutikoetxea Barrutia (2014) señala que:

La propia NTP 476, postergando las explicaciones basadas en los rasgos personales, señalaba dos factores favorecedores del acoso que de alguna manera resumen todos los anteriores; la organización del trabajo y la gestión (habría que decir la mala gestión o la falta de la misma) de los conflictos por parte de la jerarquía de la empresa⁸⁶⁰. Dentro de la organización de trabajo se pueden incluir los aspectos relacionados con la ambigüedad del rol o de las tareas, así como los cambios en la organización especialmente significativos, por ejemplo, cuando tiene lugar una subrogación empresarial, donde convergen dos culturas empresariales y, a menudo, se produce un solapamiento estructural entre los organigramas de cada empresa. En la misma línea, tanto el modelo de gestión pasivo como el autoritario pueden propiciar que surjan conflictos innecesarios y que los mismos no se solventen de manera adecuada. Esta falta de cauces para dirimir los conflictos, la estrategia del avestruz como solución a los problemas, suscita en los temas de acoso, que lo que ha podido nacer como un conflicto entre trabajadores, se convierta en un acoso empresarial.

En el mismo sentido, la Resolución del Parlamento europeo señalaba como causas del acoso las deficiencias en la organización del trabajo, en la información interna y en la gestión, así como la existencia de problemas organizativos irresueltos y duraderos. Entre estas deficiencias se han resaltado como especialmente significativas: el bajo control sobre el contenido y las condiciones del contrato, las altas exigencias psicológicas, el bajo apoyo social de superiores y compañeros y la escasez de recompensas (NTP 703).

Para identificar los factores de riesgo psicosocial se pueden utilizar indicadores objetivos como, por ejemplo, el nivel de absentismo, la alta rotación voluntaria, el mayor

número de solicitudes de traslado en determinada sección, el número de bajas voluntarias, etc. La indagación en los propios trabajadores puede ser otro método para conseguir información, a través de tomas de opinión periódicas. También es posible, rastrear los efectos en la salud que producen el estrés o las situaciones de acoso, esto es, deducir la existencia del acoso o del estrés y de las causas que lo propician, por medio de la constatación de sus efectos. En la NTP 476 se recoge una metodología para la evaluación de los factores psicosociales que analiza los siguientes factores: carga mental, autonomía temporal, contenido del trabajo, supervisión-participación, definición de rol, interés por el trabajador, relaciones personales (Martín Daza y Pérez Bilbao, 1997, NTP 443).

En esta fase, lo que se pretende es no solo designar los posibles focos de riesgos laborales, sino también intervenir en origen para erradicar o, al menos, disminuir la eficacia las causas objetivas del estrés o de la violencia, esto es, intervenir en los factores o estresores que propician un clima hostil y violento en la empresa, esta intervención se realiza mediante un protocolo o elenco de actuaciones que puede incluir desde la procedimentalización del ejercicio del poder en la empresa, articulando al menos un sistema de audiencia a los trabajadores y de verificación del comportamiento de los superiores jerárquicos (con un sistema de queja confidencial y garantía de no represalia), hasta una búsqueda de mayor control sobre el propio trabajo que por lo menos, suponga la eliminación de las fricciones competenciales. En este sentido, sobre el acoso puede ser especialmente significativo difundir la Política de la empresa al respecto así como la formación de los trabajadores con respecto a los riesgos psicosociales, y desarrollar una preparación específica en resolución de conflictos para todos los mandos de la empresa. (pp. 334-335)

1.2. La evaluación de riesgos y sus medidas preventivas

Una vez identificados los factores de riesgo y haberse adoptado las medidas oportunas dirigidas a su eliminación o disminución, es el momento de la prevención

secundaria que pretende sucintamente evaluar los riesgos posibles que permanecen y adoptar medios eficaces para prevenir la ductilidad y ambigüedad de los mismos, la identificación y la evaluación de los riesgos tiende a solaparse y confundirse.

El art. 5.1 del RSP estipula la posibilidad de pactar con los delegados de los criterios de evaluación, lo que sin duda puede redundar en su eficacia y aceptación por parte de los trabajadores. Igualmente el procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa deberá ser objeto de consulta con los representantes de los trabajadores (art. 3.2 del RPS).

Para la evaluación de los riesgos psicosociales se pueden usar diversos instrumentos, procediéndose a la utilización combinada tanto de métodos cualitativos (como la entrevista o el grupo de discusión como métodos específicos), como cuantitativos (el más significativo es la encuesta con cuestionario pre-codificado).

Gimeno et al. (2009) citado en Urrutikoetxea Barrutia (2014) señala que: *‘Dentro del procedimiento de solución de conflictos de violencia laboral se utiliza con la misma finalidad un cuestionario de clima de violencia laboral de baja intensidad, que se concreta en una encuesta de escala Likert de 60 ítems’*.

Urrutikoetxea Barrutia (2014) señala que:

En cuanto a las medidas de prevención, se pretende en este momento actuar de manera especial sobre las personas sometidas al riesgo, intentando modificar las respuestas individuales a las exposiciones a los factores de riesgo psicosocial. Para ello es necesario, por ejemplo, disponer de procedimientos para identificar los síntomas de las condiciones del trabajo persecutorias, la existencia de problemas inherentes a la organización del trabajo, o eventuales carencias relacionadas con la cooperación que permitan adoptar medidas eficaces y abrir, a la vez, un procedimiento de investigación al respecto. Otras técnicas que se suelen mencionar en este apartado, incluyen la formación de los distintos sujetos (mandos pero también el resto del personal) para sensibilizar y detectar las situaciones potencialmente

violentas, el diálogo y la discusión frente a la negativa del conflicto como forma de afrontarlo, la elaboración de técnicas de apoyo social mediante el adiestramiento en mecanismos y formas de afrontar las situaciones de conflicto que potencialmente pudieran originar estos riesgos.

1.3. Implantación de medidas destinadas a la protección y prevención

Urrutikoetxea Barrutia (2014) señala que:

El tercer momento de intervención tiene lugar cuando el riesgo se ha consumado y comprende técnicas que, en sentido estricto, son de protección y rehabilitación que preventivas. Dentro de la caracterización del mobbing de Leymann, el acoso es un proceso Progresivo compuesto de diversas fases desde un inicial conflicto hasta la lesión del trabajador. Dicha caracterización es generalmente aceptada por el resto de los autores, y extrapolable al resto de soluciones de violencia psicológica laboral.

Otros autores confeccionan una escala trifásica de este proceso: un estadio inicial, la fase de instauración propiamente dicha de la problemática y la fase de formalización del problema. (Menchón Sánchez y Manzano Sanz, 2004, p.30)

Normalmente es en la tercera fase cuando al intervenir (mal) la dirección de personal, produciéndose un error de atribución, pues se culpabiliza a la víctima de su estado, se agudiza la estigmatización social del acosado, se convierte en un problema de empresa y los resultados lesivos para la víctima se incrementan.

Por tanto, la intervención adecuada y pronta en esta fase, si bien ya no evita el acoso, puede minimizar los daños y repercusiones tanto para el trabajador acosado como para la empresa. El que la empresa posea sistemas de detección de estas situaciones, mediante sistemas de quejas o por consejeros confidenciales, posibilitará la intervención con carácter previo a la exclusión laboral. Esta intervención temprana puede ser uno de los factores clave en la ralentización y disminución de los efectos perversos del acoso.

Entre las medidas de protección y rehabilitación propias de esta intervención terciaria se menciona en primer lugar, la rapidez en la puesta en contacto por parte de la dirección ante un fenómeno de este tipo. Por otro lado, el servicio de Prevención, tras ponerse en contacto con el acosado debe recabar información e indagar sobre lo evaluar las posibles causas. Una medida de protección específica con amparo en el art. 25 de la LPRL puede ser el separar al trabajador del foco, en este caso persona o personas que han originado la m. una medida cautelar y con consentimiento del acosado, para que no se vea como un castigo para la víctima.

En sentido opuesto, el empresario puede modificar funcional o geográficamente el puesto de trabajo del agresor en base a los arts. 39 y 40 de la LET y, por supuesto puede llegar a al agresor utilizando el poder disciplinario.

Con respecto a la víctima, se deben ofertar técnicas de rehabilitación específicas, puede ser oportuno mantener una cierta flexibilidad en la reincorporación al trabajo del acosado, contemplándose tanto la reincorporación gradual como el desarrollo de las funciones desde el propio domicilio, si fuera posible en su caso. Los cambios de puesto de trabajo, ya sean permanentes o provisionales, pueden ser una medida más, siempre y cuando se tenga en cuenta la voluntad de la víctima y no se pueda visualizar como una represalia añadida.

De manera paralela se debe proceder a una investigación interna sobre las causas cómo actuar de manera más eficaz y precisa para el futuro.

1.4. Supervisión de la eficacia en las medidas implantadas

Como colofón necesario de la actividad preventiva y tal y como se enuncia en el art. 6 del RSP se debe proceder a una verificación de la evaluación y de las medidas adoptadas en función de los resultados producidos. Dado el carácter no mecánico de la relación que enlaza los fact01vs psicosociales con los riesgos ante la constatación de que han tenido lugar episodios de acoso es pertinente proceder a la revisión de todo el plan de prevención.

Se busca un efecto feed-back, indagando sobre las medidas que hubieran disminuido el riesgo o propiciado una intervención más temprana.

La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (2003, 117), tras presentar una serie de iniciativas de distintos países y empresas en torno a la prevención de riesgos psicosociales presenta los Caracteres que debe poseer una buena práctica en la prevención del estrés y otros riesgos psicosociales para ser efectiva. Un análisis idóneo de los riesgos, planificación minuciosa y un enfoque gradual, combinación de medidas enfocadas al trabajo y a los trabajadores, soluciones específicas al contexto, médicos y personal cualificado con experiencia e intervenciones basadas en pruebas, diálogo social, participación e implicación de los trabajadores, prevención sostenida y respaldo de la dirección.

2. CONSECUENCIAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE

Tal y como dispone el art. 42.1 de la LPRL el incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención puede originar tanto responsabilidades administrativas, como penales y civiles por daños y perjuicios. Aquí solo queremos referirnos a los efectos que se derivan del incumplimiento de las obligaciones preventivas aún sin producirse el acoso o la lesión. En todo caso, baste señalar, por ahora, que producido el acoso, la negligencia en el cumplimiento de la obligación preventiva puede ser sopesada tanto en la determinación del recargo de las prestaciones derivadas del hostigamiento, como en cualquier otro efecto posible que se derive del acoso. Así, por ejemplo, es frecuente que la desidia en la reacción ante una situación de acoso se tenga especialmente en cuenta para determinar la responsabilidad del empresario dando lugar a extinción indemnizada del contrato.

Procedemos, por tanto, a presentar un listado de las consecuencias de los incumplimientos preventivos:

1) Resolución indemnizada del contrato por decisión judicial a instancias del trabajador. Existen varias sentencias que han considerado que el incumplimiento del empresario de sus obligaciones preventivas se debe considerar causa bastante para la extinción del contrato ex art. 50 de la LET aún sin considerar la existencia de una situación que culmina en acoso. Así, la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005, valida la decisión del tribunal inferior de, aún no apreciando la existencia de acoso, dar por extinguida la relación por considerar que la pasividad ante la situación estrés laboral, producto claramente del exceso de trabajo y responsabilidades del trabajador era un contravención de sus obligaciones tanto legales como contractuales.

2) La Inspección de Trabajo puede, en función de las circunstancias, utilizar como procedimiento complementario al sancionador por incumplimiento de las medidas preventivas, actuaciones de requerimiento o advertencia encaminadas a que se adopten las medidas oportunas y especialmente que se proceda a la evaluación de los riesgos para dirimir el origen del problema y las soluciones al mismo (art. 43.1 de la LPRL). Estos requerimientos o advertencias poseen una naturaleza compleja, ya que pueden cumplir una triple función: recomendaciones al empresario para que corrija omisiones o deficiencias preventivas, aconsejar medidas para prevenir daños o advertencia en sentido estricto de una posterior sanción. La propia inspección puede realizar actuaciones de mediación y arbitraje, siempre y cuando ambas partes asuman esta posibilidad.

3) Diversas sanciones administrativas por infracción de las normas preventivas. A nuestro juicio, el incumplimiento de las distintas obligaciones que se derivan de las normas preventivas puede dar lugar a las siguientes infracciones:

a. La falta de evaluación de los riesgos psicosociales, obligación recogida en el art. 16. 3 de la LPRL, da lugar a un infracción grave del art. 12.1 LISOS.

b. El incumplimiento de medidas previstas en la evaluación, como por ejemplo la adopción de un procedimiento de resolución conflictos, ocasiona una infracción grave del art. 12.1 LISOS en relación con el art. 16.2 de la LPRL.

c. La falta de planificación adecuada de la actividad preventiva con respecto al acoso puede considerarse infracción grave fundamentada en el art. 12.6 de la LISOS en relación con los artículos 8 y 9 del Reglamento de los servicios de prevención.

d. De producirse una situación de acoso, si no se procediese a la reubicación del trabajador a un puesto distinto para sustraerle a esa situación se contravendría lo dispuesto en el art. 25 de la LPRL, y la infracción sería grave o muy grave (art. 13.7 y 13.4 respectivamente en función de las circunstancias)

e. Si dentro de las medidas derivadas de la evaluación se contemplase la necesidad de formación específica a los trabajadores y no se diese, se contravendría lo dispuesto en el art. 18 de la LPRL originándose una infracción grave del art. 12.8 de la LISOS.

f. La falta de información, consulta y participación de los trabajadores vulneraría sus derechos a esa participación y supondría un incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 33 de la LPRL y 5 del RPS, dando lugar a una infracción grave del art. 12.11 de la LISOS.

g. El no recurrir a técnicos ajenos a la empresa, cuando fuere necesario, o no designar a trabajadores de la empresa para realizar funciones de prevención relacionados con estos temas, piénsese por ejemplo, en que la posibilidad de utilizar consejeros credenciales sea bloqueada por la propia empresa, será una contravención de lo establecido los artículos 30 y 31 de la LPRL produciéndose una infracción grave del arts. 12 y 15 de la LISOS.

h. Como supuesto específico en el caso de formas complejas de organización empresarial cuando el acoso sucede entre personas de empresas ajenas pero prestan servicios en el mismo lugar de trabajo, la contravención del deber de cooperación y coordinación

contemplado en el art. 24.1 de la LPRL y desarrollando por el RD 171/2004 se considera una infracción grave del 12.13 de la LISOS.

i. Un último grupo de infracciones son las constituidas por incumplimientos de la normativa de prevención que originen un riesgo leve (infracción leve del art. 11. 4 de la LISOS), grave (infracción grave del art. 12.16 de la LISOS) y grave e inminente para la salud del trabajador (infracción muy grave del art. 13 de octubre de la LISOS).

Todos los incumplimientos expuestos se pueden producir sin generación de una situación de acoso. Producido un acoso, sea empresarial o por un compañero de trabajo, la negativa empresarial a reubicar en un puesto de trabajo donde no sufra el acoso es una conducta diferente a las que han originado el acoso y, por tanto, puede ser sancionada de manera independiente a aquellas.

4) Indemnización por daños y perjuicios. Es preciso resaltar que el art. 42.2 de la LPRL estipula que las responsabilidades administrativas son compatibles con las indemnizaciones que por daños y perjuicios pudieran ordenarse y con el recargo de las prestaciones en su caso. Si consideramos que tras la prevención existe como bien jurídico el derecho fundamental a la vida y a la integridad, del incumplimiento absoluto de las normas preventivas aún sin lesión e la salud, pudiera argumentarse la posibilidad de una indemnización por daños por la conculcación de ese derecho, pero sospechamos que esta posición no tendría un eco demasiado favorable en la jurisprudencia.

5) Imposibilidad de contratar con la Administración. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 20.d establece que, en ningún caso, podrán contratar con la Administración las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme, entre otras causas, por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social o en Materia de Seguridad y Salud

en el Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Prevención de Riesgos Laborales.

6) Publicidad de las sanciones. El Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, prevé en el artículo 40.2 que las sanciones impuestas por infracciones muy graves, en materia de prevención de riesgos laborales, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente. Esta previsión legal proviene del derogado artículo 49 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y, finalmente, ha sido desarrollada por el RD 598/2007, de 4 de mayo.

7) Sanción penal. Los artículos 316 y 317 del CP sancionan la infracción de normas de prevención de aquellos que no faciliten medios de protección adecuados con peligro de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, estableciendo que serán castigados a penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Aun cuando sea un delito de riesgo y, que por tanto no exija la producción del resultado y ser por consiguiente aplicable por incumplimiento de las normas de prevención, la falta de normas específicas sobre el acoso. (Velázquez, 2004, citado en Urrutikoetxea Barrutia, 2014, p.345)

3. VÍAS JUDICIALES PARA EJERCITAR LA ACCIÓN ANTE EL ACOSO LABORAL

3.2. Acción laboral

3.2.1. Acción ordinaria del artículo 50 ET: extinción contractual por voluntad del trabajador. Molina Navarrete (2018) señala que:

La ‘‘autoexclusión’’ de la empresa mediante el recurso a la acción extintiva del art. 50 LET ha seguido siendo el ‘‘remedio’’ más practicada por quienes se sienten víctimas de acoso, pese a que se haya reducido-tras la reforma de 2012-la indemnización tasada, si bien se ha consolidado la procedencia de la indemnización adicional. De esta debilidad tutelar ha

venido siendo consciente la doctrina judicial (ej.: STSJ Madrid, Sala Social, 5 diciembre 2006), pero la asume por criterios de realismo pragmático (cuando el clima de hostilidad se crea por el empresario es difícil su "descontaminación psicosocial"), análogos a los que justifican el art. 286.2 LRJS (la nulidad del despido por acoso da derecho de opción por la resolución indemnizada reforzada).

El primer escollo significativo a salvar, el carácter constitutivo tradicionalmente atribuido a la sentencia, dejaría de serlo a partir del año 2012, tras la radical, y polémica, rectificación jurisprudencial sobre esta cuestión general. Si hasta ese momento las opciones de "auto-tutela inmediata" eran restrictivas (STCO 225/2002, para la resolución por un periodista de su derecho a la cláusula de conciencia; en esta línea también estaría la STCO 160/2007), la jurisprudencia consolidada que asume la legitimidad a la resolución extrajudicial del contrato ex art. 50 ET habría allanado el camino a su normalización (STS, Sala General, 20 de julio de 2012, con voto particular; reiterada en SSTs 28 de octubre de 2015, rec. 2621/2014 y 3 de febrero de 2016, rec. 3198/2014, entre otras).

Reconocida esta posibilidad de auto-tutela emergía un segundo obstáculo: no quedaba claro el régimen jurídico que amparará al trabajador en tal situación, pues ni la suspensión le garantiza el cobro de renta, ni se aceptaba judicialmente -STSJ 27 noviembre 1989-, sí doctrinalmente, que estemos ante una interrupción de la prestación de trabajo imputable al empleador ex art. 30 LET. Para solventar este gran inconveniente estaba la vía de las medidas cautelares que anticiparan el resultado extintivo, protegiendo la seguridad económica del trabajador acosado. Esta solución doctrinal, científica y judicial, se recogería de modo expreso en los arts. 79.7 y 180.4 LRJS. El problema seguirá en los casos en los que el ejercicio extrajudicial no se complementa con la petición judicial de medidas cautelares, asumiendo el trabajador los riesgos de una eventual sentencia desestimatoria (vid. STS,

737/2016, de 15 de septiembre). A mi juicio, la tutea cautelar es la vía más satisfactoria hasta tanto se cuente con una sentencia firme, más que la ejecución provisional.

La tercera valla, la superación de la jurisprudencia social sobre el carácter tasado de la indemnización ex art. 50 LET hace tiempo que se produjo (SSTS, 4a, 13 de junio de 2011, rec. 2590/2010, y 9 de mayo de 2011). El acoso (moral, sexual, sexista) *siempre tiene una dimensión de derechos fundamentales*. El art. 184 LRJS reforzará esta jurisprudencia, en virtud de la regla general de exportación de todas las garantías del procedimiento especial de tutela a todo proceso en que se ventilen derechos fundamentales (ej.: STSJ Madrid 581/2014, 10 de septiembre).

Para finalizar este repaso por la práctica judicial conviene llamar la atención sobre la necesidad no sólo de evitar los prejuicios conceptualistas sino también los reduccionismos protectores. Así, que no se califique una situación de acoso no excluye la vía del art. 50 ET, pudiéndose aplicar por otro tipo de incumplimientos (ej.: STSJ Galicia 28 de julio de 2017, rec. 1651/2017, destruye los indicios de acoso, pero asume el impago continuado de salarios; también STSJ Andalucía/Sevilla 2297/2017, 19 de julio), como el *estrés laboral* por inobservancia preventiva (*STSJ Madrid, 5 octubre 2005*)⁹, al tiempo que cabría imponer indemnización adicional, pues siempre está afectada (STSJPV 1608/2017, cit.) la integridad en relación al art. 14 LPRL (ej.: STSJ PA 3 marzo de 2006; contra STSJ Islas Canarias 17 de febrero de 2017, rec. 1128/2016, *que estima incumplimiento preventivo pero no acoso, sin indemnización adicional*). *Es jurisprudencia consolidada que todo daño psíquico lesiona, per se, el art. 15 CE* (STS 20 de septiembre de 2011, rec. 4137/2010 y ATS de 18 de abril de 2017, rec. 1144/2016; para la STC 160/2007 basta con un peligro concreto, no el mero riesgo).

3.2.2. La carga y los medios de prueba ante el acoso laboral. Molina Navarrete (2018) señala que:

Ayer como hoy, el problema central para la efectividad de la tutela judicial contra el acoso laboral es el relativo a su prueba. La doctrina judicial mayoritaria viene siendo plenamente consciente, desde antaño (ej. *STSJ Madrid 12 diciembre de 2006*), de las dificultades probatorias (a veces no deja huella objetivada; esfera privada mayor cuando se trata de acoso sexual-*STSJ Galicia 9 de noviembre de 2017, 2778/2017*- muchos acosos se concretan en actuaciones anodinas si se valoran de forma aislada, complicidad silente de compañeros y el medio en sí. .). De ahí que enfatizan la importancia teórica de la "prueba indiciaria" ex art. 181.2 LRJS (ej.: *STSJ PV 1670/2017, 5 de septiembre*). Pero la realidad práctica es bien diferente, y opuesta.

Las dificultades fácticas y el rigor judicial se han impuesto, lo que explicaría una de las principales razones de la bajísima estimación de pretensiones de acoso en estos años, de modo que la teórica "inversión de la carga de la prueba" apenas ha servido para superar los obstáculos principales, entre otras cosas por la gran severidad, a veces incluso la incorrección, con que es aplicada de forma concreta (ej. *STSJ 1670/2017, 5 de septiembre*). En este tiempo, no habría podido corregir esta deficiencia probatoria:

Ni la normalización de la prueba Por grabaciones audiovisuales (*STC 201/2004, de 15 de noviembre*).

Ni la mejor práctica pericial en materia de prueba médica, a la que se le sigue negando, con buen criterio, capacidad calificadora (el acoso no es una enfermedad, por tanto no derivará nunca de una pericia médica solo, sino una conducta jurídica; *STSJ Baleares 17 noviembre 2006*).

Ni el incremento de los informes periciales, instados a modo de prueba anticipada (*STSJ Madrid 10 octubre 2006*), por los organismos autonómicos con competencias en materia de prevención de riesgos a fin de evidenciar si la situación es indicativa o no de eventual acoso moral laboral.

Ni la intensificación, por la LRJS, de las posibilidades de intervención judicial- Diligencias para mejor proveer, médico forense, pericias de organismos especializados..., pues el juez social no ha querido involucrarse en esta labor de complementación de oficio de la defensa de las víctimas.

En definitiva, en la década que va desde la primera edición de esta obra, mientras que los diversos criterios indiciarios tenidos inicialmente como tales se han ido devaluando en la práctica judicial (pericias médicas, relaciones conflictivas, pruebas de grabaciones..), ha ido en aumento la rigurosidad, incluso la deficiencia, aplicativa de la prueba indiciaria, exigiéndoles a los indicitos aportados tanto una especial clarividencia indicativa de la lesión del derecho (sin que baste la mera probabilidad, como exige la construcción teórica) cuanto una entidad significativa para fiar en ellos la posibilidad de que exista el acoso alegado. El resultado es que, diez años después, su invocación apenas cambia la posición probatoria del acosado pese a poner en juego un amplio número de indicios (la STCO 41/2006, que anuló la *STSJ Cataluña 27 junio 2003, para un caso de acoso por orientación sexual, es testigo de ese rigor de la doctrina judicial y la improbabilidad de unificación jurisprudencial ordinaria*). De ahí que siga siendo excepción los casos en los que el imperativo de prueba indicaría permita la tutela efectiva de la persona trabajadora víctima de acoso moral laboral (ej.: *SSTSJ Andalucía/ Sevilla 1094/2017, 5 de abril, Galicia 2750/2017, 22 de mayo, cit. y 9 de noviembre de 2017, cit., en la que también concurría acoso sexual, dando valor al testimonio fiable de la víctima*).

En realidad, buena parte del problema sigue estando en la errónea configuración que se ha venido haciendo del acoso moral en el traba. jo. Si la doctrina judicial sigue empeñada en exigir prueba tanto de la finalidad de socavar la personalidad del trabajador (enfoque clínico-psíquico del ánimo de destrucción personal; *STSJ Madrid 716/2017 5 de julio, entre muchas más y recientes*), cuanto un daño a la salud psíquica (ej.: la *STSJ Galicia 4232/2017,*

8 de septiembre, reafirma su precedente doctrina sobre la necesidad de una "clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología"), y no sirve ni el conflicto, ni las tensiones, ni los ambientes degradados, ni tampoco la existencia de bajas, entonces se está pidiendo una suerte de "prueba diabólica" (psicopática), una prueba en extremo difícil de conseguir. Pero este grado de exigencia no está en la Ley, sino en la práctica judicial de autodefensa contra el exceso de alegación de conductas de acoso.

Hoy, como ayer, la doctrina judicial (a diferencia de la flexibilidad en otros ámbitos, como en materia de indemnidad: STS 345/2016, 27 abril) exige *acreditar exhaustivamente la conducta de acoso con todos sus pormenores, destruyendo uno a uno, en vez de valorarlos globalmente, los indicios, cuando lo que se precisaría es sólo un sustrato mínimo de hechos sobre los que articular un relato fáctico razonablemente creíble*. Creada la probabilidad de acoso, corresponde al empleador prueba plena de que no lo es (vid. SSTSJ Andalucía/Sevilla, 1662/2017, 1 de junio, cit. y 1728/2017, 8 de junio, esta respecto del acoso sufrido por una lesbiana, despedida por represalia ante la reivindicación pública de tutela). (pp. 48-50)

3.3. Acción penal.

3.3.1. La responsabilidad penal por acoso laboral. Urrutikoetxea (2009 y 2014) señala que:

A nuestro juicio la intervención penal no es una panacea ni la existencia de un tipo delictivo específico es una condición imprescindible para abordar el acoso laboral. Asistimos a un cierto rigorismo punitivo que entiende que solo la sanción penal es la expresión idónea para expresar el repudio a un comportamiento social inadecuado, cuando en realidad la intervención penal debe ser subsidiaria y complementaria, al menos en temas como éste que se insertan en medio de las relaciones laborales y que allí deberían de encontrar su primera solución. Por supuesto que entendemos que una respuesta penal al acoso laboral es lógica, deseable e inevitable al tratarse de conductas violentas que lesionan bienes y derechos

fundamentales como la integridad moral y la dignidad de la persona. La ausencia de sanción penal pudiera sostener la impresión tradicional de que este tipo de violencia es un asunto meramente privado. Además, es posible que el proceso penal produzca un estigma social que otro tipo de intervenciones incluso sancionatorias no posee lo que le dota de cierta relevancia como factor pedagógico.

De entrada la responsabilidad penal solo se extiende a los autores o a los cómplices (art. 27 CP), esto es, la imputación penal siempre es personal. En este ámbito el empresario será responsable de ser el autor, o al menos, el cómplice de los acosos, pero no cabe una responsabilidad penal vicaria.

Aunque el principio *Societas delinquere non potest*, que suponía remarcar que la responsabilidad penal solo atañe a las personas físicas, ha sido cuestionado por el art. 31 bis CP, ni el acoso sexual ni el laboral se encuentran dentro de los delitos por los que responden criminalmente las personas jurídicas.

De todas formas, entendemos que es posible la aplicación del art. 31 CP en los supuestos de acoso empresarial por parte de una entidad que es una persona jurídica y no sea posible identificar a quién efectúa las órdenes concretas constitutivas del acoso; en estos casos de acuerdo con el art. 31 CP podría procederse contra el administrador.

Por otro lado, según el art. 16 CP precisa que la extinción de la acción penal no lleva la de la acción civil, salvo que se declare que los hechos de los que derivarían la responsabilidad no han existido. Sin embargo, dada la diferencia entre la dicción del acoso sexual y laboral en orden penal y los empleados en el laboral parece posible que se declare la inexistencia de esos acosos en el ámbito penal sin que constriña la decisión de los órganos laborales y al revés. Así por ejemplo, en la SAP Zamora 97/2011, de 9 de diciembre, se deja constancia que los órganos de jurisdicción social (SJS 1 de Zamora 30 de junio de 2007 y STSJ Castilla y León 14 de julio de 2008) habían considerado los hechos como constitutivos

de acoso y por eso resolvieron la relación laboral. A pesar de ese dato y de considerar el tribunal penal que los hechos enjuiciados atentatorios de la integridad moral a su juicio no constituyen un ilícito penal.

En la actualidad existen dos delitos específicos respecto al acoso. El acoso sexual, y, el que tras la reforma del 2010, recoge expresamente el acoso laboral.

Es de subrayar una cierta asimetría con la conducta laboral; el tipo penal se circunscribe a la mera solicitud de favores sexuales, extremo que no es imprescindible en el ilícito laboral, por lo que la figura laboral posee perfiles más amplios.

Además del tipo básico el art. 184 CP contiene dos tipos agravados: con abuso de superioridad (laboral o jerárquica en el ámbito que nos atañe) o de chantaje sexual, es decir mediante amenazas de represalias en las expectativas laborales. En este caso la pena a imponer va de 5 a 7 meses y la multa de 10 a 14 meses.

El art. 184 CP contiene una circunstancia agravante, que la Víctima posea una *especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad o situación, que puede concurrir tanto con los tipos agravados como en el tipo básico, endureciendo la penas en ambos casos.*

Por medio de la Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 de Reforma del Código Penal se adicionó en el art. 173.1 una referencia expresa a las conductas de acoso: Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Con anterioridad algunas sentencias ya habían condenado el acoso laboral como un delito contra la integridad moral. Algunas otras resoluciones habían utilizado otras vías de punición como las coacciones, el delito contra los trabajadores o la falta de vejaciones.

Su ámbito incluye tanto las relaciones laborales como de función pública. Es cuestionable la afirmación de la adicción de que estas conductas graves de acoso no

ocasionan trato degradante (Carmona, 2011, citado en Urrutikoetxea Barrutia, 2014, p. 400) cuando en realidad se considera que el delito de acoso laboral consiste en un trato degradante (Trabado, 2011, citado en Urrutikoetxea Barrutia, 2014, p. 400). En cualquier caso se debe entender que las conductas aisladamente no deben de constituir trato degradante porque de serlo se penaría directamente por el primer párrafo) del art. 173.1 CP. El tipo se circunscribe a las relaciones de superioridad, esto es, al acoso jerárquico o vertical descendente. Tal vez, hubiera sido más correcto tipificar de manera específica el acoso con superioridad con una pena adicional, inhabilitación sugiere Carmona (2011), más que reservar el acoso horizontal a la sanción administrativa laboral. La conducta de acoso no se define si bien en la exposición de motivos de la Ley se caracteriza al acoso como "*...el hostigamiento psicológico U hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad*". En la dicción de texto normado se especifica una graduación de la conducta penada 'grave acoso', por lo que en pura teoría sería factible que se pareciera una situación como motivo de acoso leve o no grave y no proceder a la condena por ese mismo motivo.

El artículo 177 CP regula un concurso real de delitos para el caso de que los delitos contra la integridad moral dañasen otros bienes, penándose por separado y acumulándose luego las penas.

3.3.2. El carácter doloso en la vía penal como elemento subjetivo. Molina Navarrete (2018) señala que:

A diferencia de lo que sostengo para el ámbito laboral (y contencioso), para el penal, el acoso solo puede ser doloso. Se excluye, la forma culposa. Se trata de un dolo directo - quiere causar el daño- o eventual -se representa y acepta el resultado-. pero, a diferencia del delito de tortura-incluso del acoso inmobiliario-, no requiere un dolo específico, una disposición específica de ánimo. Bastaría un dolo genérico o "neutro", por lo que es suficiente

con probar que el autor quería -elemento volitivo- y sabía -elemento cognitivo- que se realiza una vejación grave (STS, 2 a, 325/2013, cit.; STS, 5ª, 3 mayo 2006, para el orden militar).

Conviene aclararlo porque pudiera pensarse, a partir de la lectura de un significativo número de decisiones de doctrina judicial penal, que inciden mucho en el concepto clínico-psíquico (NTP 476/1998), en línea con la concepción del orden laboral, que sí existe ese dolo específica Desde esta perspectiva, se condene por un delito de acoso laboral -10 que sucede ocasionalmente-o no-lo que acaece generalmente- sede ll le poner el acento en el "fin" de *"destruir las redes de comunicación de víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicossomáticas de ansiedad y lograr que finalmente esa persona, al no poder soportar el stress al que se encuentra sometida, acabe abandonando el lugar de trabajo"* (SAP 460/2017, cit.; Auto AP Vizcaya, 438/2010, IO de junio; SAP Madrid 14/2016, 4 de abril; SAP Burgos 187/2016, 11 de mayo, etc.). Sin embargo, aunque se insista una y otra vez en el móvil específico de la "destrucción personal" de la víctima, a través de la degradación profesional y en el "extrañamiento socio-laboral", el tipo específico requiere, como el básico, sólo la clara convicción de estar ocasionando un daño a la integridad personal del trabajador (o funcionario), siendo irrelevante el móvil específico, pues no se trata de un juicio de intenciones, sino de conductas y resultados típicos legalmente. Otra cosa será que sí puedan influir en la de la gravedad de la conducta y en la fijación de las sanciones (pena privativa de libertad, inhabilitaciones, indemnizaciones). (pp. 100-101)

3.3.3. La responsabilidad por daños y perjuicios derivados de delitos de acoso laboral. En el marco del procedimiento penal es posible ejercer de manera complementaria una acción para exigir la responsabilidad civil por los daños derivados del acoso laboral o sexual en el trabajo. Ahora bien, este ejercicio es opcional para el demandante, quien puede requerir las responsabilidades pertinentes a los autores o responsables en el marco de otra jurisdicción (laboral para el empresario, civil para el autor con el que no se posee vinculación

laboral). Eso sí, de acuerdo con el art. 183.4 de la LRJS no cabe el ejercicio simultáneo en el ámbito penal y en laboral.

Dado el mayor rigor del ámbito penal, la absolución en el ámbito penal no vincula al juez laboral ya que no existe una identidad de objetos procesales, la no culpabilidad penal es compatible, por ejemplo, con el origen profesional de la incapacidad del trabajador (STSJ Cantabria, 1095/2006, de 23 de noviembre) o con la existencia de un ilícito laboral.

De acuerdo con el art. 109 CP la comisión de un delito (o falta) conlleva la obligación de reparar los perjuicios causados por el mismo, señalándose en el siguiente art. 110 las tres vías para la compensación de los daños: restitución, reparación o indemnización. Dado el tipo de bienes lesionados con el acoso, integridad moral según el propio Código, la indemnización es la vía más accesible para reparar los perjuicios en este caso. Según señala el art. 116 CP los responsables criminalmente también lo son civilmente.

Debe advertirse que el art. 109.2 CP precisa que el perjudicado puede ejercer la acción de responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, expresión que ha sido comprendida como inclusiva del uso de la indemnización por lesión de derechos fundamentales del antiguo 181 LPL (actual 183 LRJS).

Además de la responsabilidad de los autores directos el art. 120.4 CP estipula la responsabilidad civil subsidiaria de los empresarios *por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios*. A nuestro juicio, esta responsabilidad del empresario es independiente de la que posea por razones contractuales en el ámbito laboral, pues no deriva de la que posea por los propios actos en ese ámbito, ya que se trata de una responsabilidad vicaria, subsidiaria a la del autor material; la responsabilidad por la falta de protección y prevención frente al acoso puede justificar la extinción indemnizada del contrato y una indemnización del art. 184 LRJS, sin que se elimine la responsabilidad del autor material del

delito de acoso. Desde antiguo la doctrina ha considerado que se trata de una responsabilidad "in re ipsa", objetiva (Alonso Olea, 1990, citado en Urrutikoetxea Barrutia, 2014, p. 402) 39) pero solamente indirecta, es decir, solo es operativa de no responder el autor penal de la cuantía fijada como indemnización por daños. El Código penal se aparta así de la responsabilidad por daños de la norma laboral y civil, donde la responsabilidad del empresario por el acoso cometido por otras persona se vinculada con la culpa propia, *in vigilando* o *in eligendo* o por el riesgo, pero que siempre es necesario apreciar algún tipo de culpa en el empresario. Además al tratarse de una responsabilidad vicaria Y directa, no cabe la exculpación por la acreditación de una determinada diligencia.

Nos parece erróneo el criterio de la SJP Valencia no 8 de 21 de abril de 2005 donde no se fija indemnización por la responsabilidad civil con el argumento de que ya fue indemnizada por despido improcedente. Obviamente la indemnización por despido no responde a la misma finalidad que la indemnización por la comisión de un delito de trato degradante, pues se trata de la lesión de un diferente bien jurídico y, aunque los hechos se relacionen son independientes y el trato degradante no se agota en el despido sin causa, son conductas distintas, de autores distintos y que generan daños distintos, por lo que las responsabilidades no se solapan.

Por su parte, de acuerdo con el art. 121 CP, el estado y otros entes públicos poseen responsabilidad civil subsidiaria respecto de los delitos cometidos cuando quienes los cometen sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren En este caso se especifica que esta responsabilidad no interfiere en la que le correspondiese a la administración por el funcionamiento normal o normal de los servicios.

3.4. Acción Civil.

La acción civil, paralela y excluyente a la acción laboral, tiene una doble vertiente, ya que podríamos hablar de dos tipos de responsabilidades: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Por un lado, la responsabilidad contractual estaría regulada en los arts. 1089 y 1101 del CC y, por otro lado, la responsabilidad extracontractual en los arts. 1902 y ss. CC.

Por lo tanto, puede ser que la responsabilidad civil quede resarcida cuando estemos ante una misma acción penal, aunque si se tratasen de situaciones-actuaciones, juzgadas por la vía penal, podría proceder la responsabilidad penal.

La reclamación ante la vía civil es posible siempre y cuando se produzca un daño mayor, deberá ser resarcida en la misma acción penal, aunque si se dan aquellas situaciones o actuaciones distintas de lo reclamado hasta ahora, se podrá proceder a la reclamación civil, con independencia de proceder a la responsabilidad penal.

Molina Navarrete (2018) señala que:

Una vez más, las opciones procesales, cuando hay una diversidad acciones, como sucedería también en el ámbito civil, no son irrelevantes para la probabilidad de éxito de la defensa emprendida. Al respecto, y dejando de lado la cuestión de la compatibilidad de la acción d, responsabilidad extracontractual ex art. 1902 y ss. CC y la de defensa de derechos fundamentales, problema no infrecuente en este orden³⁵, interesa destacar las ventajas procesales que concede, no sólo conforme a la ley civil sino también, y sobre todo, por su recepción en la jurisprudencia de este orden, la vía de tutela de derechos fundamentales. En este sentido, *junto al principio de facilitación de la carga de la prueba*, que exige de la Sala Civil del TS una mayor atención a la valoración jurídica realizada en la instancia, emerge la

especial tutela indemnizatoria, que prohíbe indemnizaciones meramente simbólicas o de cuantía reducida. Claro ejemplo de casación por no atender a este principio aparece en la citada *STS, 1ª, 65/2015, 12 de mayo* (la Audiencia Provincial sólo reconoció 9.000 € para las dos personas lesionadas; el TS reconoció 10.000 € para cada una).

En todo caso, y si bien la realidad siempre ofrece más posibilidades que incluso las atisbadas en el plano teórico, ante la prácticamente nula experiencia de demandas de responsabilidad extracontractual en el orden civil, desde la primera edición, de personas perjudicadas por situaciones de acoso laboral, frente a la relativa frecuencia de mandas por vulneración del derecho al honor profesional de quienes aparecían en las demandas laborales como responsables, hemos decidido en la segunda edición prescindir de recordar los aspectos procesales de aquella acción civil (para sus presupuestos básicos incluida también la cuestión de la prescripción, de interés la citada *STS, la, 639/2015, 3 de diciembre*). En cambio, se ha considerado especialmente oportuno hacer un mayor balance de esta segunda tipología de acciones civiles asociadas a problemas de acoso moral en el trabajo, que ofrece una especial conflictividad y también una diversificada gama de conflictos de derechos ligados, de un modo u otro, a tales situaciones y cuya práctica ofrece una perspectiva de interés notable para comprender globalmente las estrategias de defensa judicial en relación al acoso moral laboral. La clave de bóveda se situará en conocer el juego que ciertos derechos fundamentales de la persona, como el derecho al honor y a la propia imagen (art. 18 CE, LO 1/1982, de

5 de mayo), tienen en el orden civil como defensa frente a las demandas por acoso laboral. (p. 78-79)

3.4.1. La reclamación de indemnización en la vía civil por acoso laboral: requisitos. Antes de proceder al análisis de estos requisitos, debemos resaltar que de nuevo nos encontramos aquí ante una escasa jurisprudencia civil analizadora de la materia objeto de estudio, con lo cual se nos dificulta notablemente esta tarea de análisis, cuyos resultados los hemos obtenido básicamente a través del estudio de aquella jurisprudencia civil dictada en materia de indemnizaciones civiles derivadas de accidentes de trabajo por falta de medidas de seguridad, perfectamente aplicable, entendemos, en materia de mobbing, que también deriva de una contingencia laboral, y de igual modo se ha incurrido aquí en incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales.

Procedemos a continuación a desglosar los requisitos necesarios para que un trabajador pueda hacer uso de esta jurisdicción, distinta de la laboral.

A) Requisitos

En primer lugar, deben reunirse aquí los tres requisitos objetivos de fondo:

1. ° Acción u omisión imprudente por parte del sujeto activo.
2. ° Producción de un resultado dañoso en el sujeto pasivo.
3. ° Nexo causal o relación entre la actuación del primero y daño del segundo.

Estos requisitos ya han sido analizados en la primera parte de nuestro trabajo, siendo comunes con los requeridos en la jurisdicción laboral.

B) Amparo jurídico de la acción rescisoria en sede civil

Por lo que respecta al amparo jurídico de la acción rescisoria en sede civil, debemos aclarar con carácter previo que quedarán siempre fuera de esta jurisdicción aquellas pretensiones que no trasciendan de las fronteras del contrato de trabajo, como por ejemplo la obligación de abonar el salario o dar ocupación efectiva al trabajador, que sería exclusiva

competencia de la jurisdicción laboral. Así pues..., ¿en qué casos podría el trabajador o sus causahabientes acudir a la jurisdicción civil? La respuesta es que, al igual que en las indemnizaciones reclamadas en accidentes laborales por falta de medidas de seguridad, en el acoso moral también nos hallamos ante dos posiciones doctrinales, cuya diferencia sustancial radica en el amparo jurídico y la fuente de la que procede el tipo de responsabilidad, a saber:

1. ° Por un lado, los que defienden que la obligación reparadora procede de la responsabilidad contractual, en virtud de lo preceptuado en el art. 1089 CC que establece que «... las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», en relación con el art. 1091 CC que prescribe que «... las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos».

El fundamento jurídico de este posicionamiento descansa pues en la existencia de una relación contractual entre las partes, el contrato de trabajo, cuyo incumplimiento trasciende mucho más allá del mero ámbito contractual, por ser de tal gravedad que conculca directamente derechos fundamentales del trabajador como persona, haciendo extensiva la competencia para el conocimiento del incumplimiento a la jurisdicción civil. Sucede lo mismo en aquellos casos en los que el incumplimiento contractual laboral es tan grave que está tipificado en el Código Penal como delito, y en tal caso, es diáfana la competencia de la jurisdicción penal para su conocimiento. De este modo, es posible interponer una acción resarcitoria por vía civil ante aquellas conductas graves atentatorias de los derechos constitucionales que, como persona, tiene reconocidos el trabajador, y que no están conectados directamente con los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, debemos destacar que son habituales los conflictos entre la jurisdicción civil y laboral producidos hasta el momento, sobre todo en materia de acciones de indemnización de daños y perjuicios derivadas de accidentes de trabajo, hasta el punto de ser

habitual la alegación de la excepción dilatoria de «incompetencia de jurisdicción» indistintamente en ambas jurisdicciones, que han generado pronunciamientos judiciales resolviendo puntualmente dicho problema por parte de la Sala de Conflicto del Tribunal Supremo, como lo son los Autos de fecha 23 de diciembre de 1993 y de 4 de abril de 1994, en los que se modifica una doctrina constante de la Sala Primera del Alto Tribunal que establecía la competencia de los juzgados y tribunales civiles para decidir todas las demandas asentadas en el art. 1902 y siguientes del Código Civil, y establecieron la competencia de los Juzgados de lo Social para resolver de las reclamaciones apoyadas en un incumplimiento del contrato laboral, así como de las medidas de seguridad en el trabajo.

Asimismo, con posterioridad la Sala 1 .a se pronunció negativamente a tal postura en SSTTS de fechas 15 de febrero, 15 de marzo, 12, 17, 18 y 20 de julio de 1995, o de 22 y 24 de enero, 5, 12 y 26 de febrero y 5 de marzo de 1996, que si bien no entraron expresamente en la cuestión de la jurisdicción, resolvieron el fondo dando por válida la competencia de los Juzgados civiles y las Audiencias Provinciales en segunda instancia para cuestiones de incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. Y tal criterio ha venido siendo mantenido por numerosas sentencias posteriores del orden civil en las que se entraba en el fondo de las peticiones indemnizatorias por incumplimientos en materia de accidentes laborales, aceptándose la competencia de la jurisdicción civil. Un ejemplo claro sería la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.a, de 17 de febrero de 1998, n. ° 115/1998, recurso 747/1995, Ponente Sr. Hipólito Hernández Barea, en la que se reclamaba una indemnización civil por el fallecimiento de un trabajador en su puesto de trabajo en el que no se habían respetado las medidas de seguridad legales. La acción la interpone la hermana, y causahabiente, del operario fallecido. Pues bien, tras ser expresamente alegada por la empresa la excepción de incompetencia de jurisdicción civil y las

resoluciones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993 y de 4 de abril de 1994, decide la Audiencia desestimarla:

‘... Esta Sala entiende, siguiendo también al Tribunal Supremo, como no podía ser de otra forma, que hay compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles derivadas del mismo hecho, que es lo que pretende la parte apelante...

Considerando que tampoco puede olvidarse, entrando ya a resolver sobre la competencia, que la sentencia de la misma Sala I. del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 1995, llegó a negar el valor de jurisprudencia de las resoluciones de la Sala de Conflictos resaltando sin embargo, la condición de fuente complementaria en el orden civil que tiene la doctrina que, de modo reiterado, establezca la propia Sala I.ª, conforme al art.1.6.º del CC...

Así las cosas se llega a la conclusión de que debe desestimarse, tras la oportuna discusión, la posible incompetencia de la jurisdicción civil pues debe atenderse, con independencia del contenido contractual de la posible infracción a la dimensión aquiliana o extracontractual de la culpa definida en los artículos 1902 y siguientes del C. Civ. en que se apoya la demanda’.

También se pronunció favorablemente a la competencia civil la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de julio de 2000, n.º 236/2000, Ponente Sr. Vicente Magro Servet, dictada en materia de indemnización civil por los daños y perjuicios ocasionados a una trabajadora a la que se le practicaba acoso sexual y siendo codemandada Únicamente la empresa. Pues bien, la Sala recoge expresamente al resolver la excepción de «incompetencia de jurisdicción» alegada por la empresa, lo siguiente:

‘... En cuanto a la incompetencia de la jurisdicción civil hay que recordar, como tiene costumbre esta Sala la más reciente doctrina jurisprudencial centrada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de Abril de 1999, n.º 314/1999, recurso n.º 2934/1994,

posterior a la que refiere la parte apelante del año 1998, al determinar que se combate la sentencia de apelación en cuanto desestimó la demanda de la recurrente, al negarle derecho a reclamar en vía civil, conforme al art. 1902 pues se decidió que es la legislación laboral la que prevé prestaciones para los supuestos similares al objeto del pleito, y ha de evitarse la duplicidad de indemnizaciones. Hay que decir que no se aportó prueba alguna de que el padecimiento psíquico que afecta a la actora hubiera obtenido alguna calificación referida a accidente en el trabajo y por ello se hubiera reclamado o satisfecho alguna indemnización.

“Esta Sala Civil no acepta dicha conclusión decisoria. La responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio, operando al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones denunciadas y que le causaron perjuicios a la trabajadora en razón de la depresión que sufre; dicha relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de fecha 26 de noviembre de 1990, habiendo percibido la cantidad total de de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito y que hay que referir necesariamente al contrato de trabajo resuelto”.

“La competencia de la jurisdicción civil para conocer esta controversia judicial resulta así justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. No se excluye de manera tajante y plena dicha culpa aquiliana, cuando la actuación culpabilísticas generadora del daño rebasa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que, como dice la sentencia de 8 de julio de 1996, se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato y esa negligencia, en cuanto conforma culpa civil, despliega sus efectos propios y consecuentes en forma independiente y conforme al art. 1902 CC, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y de clase extracontractual y la subsistencia de ésta complementa a aquélla en cuanto integra todos los

efectos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne al patrimonio del perjudicado, por tratarse de actividades que exceden la específica órbita del contrato laboral, lo que es aplicable al caso que nos ocupa.

Son numerosas las sentencias de esta Sala que declaran la compatibilidad y procedencia de las indemnizaciones civiles en el ámbito de la culpa extracontractual (Sentencias de 2 de enero de 1991, de 27 de noviembre de 1993, de 7 de marzo de 1994, de 22 de julio de 1994, de 31 de mayo de 1995, de 21 de noviembre de 1995, de 15 de junio de 1996 y de 14 noviembre de 1996, entre otras).

En la misma línea debemos recordar la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de fecha 15 de julio de 1999 que recoge que no podemos sin embargo desconocer que después de los Autos de la Sala de Conflictos, la Sala 1.ª Del Tribunal Supremo ha venido manteniendo en esta materia la misma línea que antes había seguido, permaneciendo ajena a dicha solución y al criterio delimitador de la Sala de Conflictos. En tales resoluciones, se examinan supuestos de culpa extracontractual referida a accidentes de trabajo, en los que se alude la infracción de medidas de seguridad, y sin embargo no se cuestiona o se mantiene la competencia del orden jurisdiccional civil para enjuiciar dichos supuestos, afirmando, como antes ya hacía la compatibilidad entre las indemnizaciones que al trabajador pueden corresponder en vía laboral y en vía civil insistiendo en el carácter residual de esta jurisdicción y haciendo hincapié en que la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales excede la específica órbita del contrato de trabajo para incardinarse en el ámbito de los arts. 1902 y 1903 CC'.

Por último cabe destacar que este tipo de responsabilidad sólo sería alegable en la demanda civil respecto de la empresa contratante, pero no respecto al sujeto activo del acoso moral, cuando éste no coincida con la empleadora.

2. ° Por otro lado, se hallan los que defienden que la obligación reparadora civil deviene de la responsabilidad aquiliana o extracontractual del sujeto activo, en base a lo preceptuado en el ya transcrito art. 1089 CC, en relación con el art. 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. La responsabilidad, para este sector doctrinal, va mucho más allá de las que se podrían exigir contractualmente, y se basa en el derecho de resarcimiento de todo aquel al que se le ha producido un daño (principio general civilista de no causar daño a nadie, *«alterum non laedere»*), y con mayor amparo si se trata, como en el acoso moral, de un daño proyectado sobre derechos fundamentales. Este tipo de responsabilidad sería perfectamente alegable tanto por lo que respecta a la empleadora como respecto al mobber (no coincidente con la empresa formal), ya que es obvio que no existiría nexo contractual respecto de este último.

C) Necesidad del elemento culpabilista

Ello quiere decir que la responsabilidad civil siempre requiere de un elemento de culpa, puesto que no es una responsabilidad objetiva, sino que, para que opere el derecho civil a ser resarcido, se presenta como un elemento indispensable la negligencia en la actuación del sujeto pasivo. De hecho, el propio art. 1903 CC, al referirse a la responsabilidad extracontractual, dispone que *«La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. . . 1.”* responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Este requisito subjetivo civilista resulta insoslayable no sólo en las obligaciones amparadas en la responsabilidad aquiliana a la que refiere expresamente este art. 1903 CC, sino también en la contractual amparada en el art. 1091 CC. Se podría señalar no obstante,

aplicando dicho requisito a la doctrina del acoso moral, que el mismo sería de aplicación exclusiva respecto de la figura del empleador, cuando no haya coincidencia con la del acosador o psicoterrorista, ya que es obvio el elemento culpabilístico en el caso de este último.

3.4.2. Las sanciones administrativas. Es de subrayar que las infracciones por acoso poseen una doble característica. Por un lado comprende tanto los comportamientos de acoso empresarial como la responsabilidad empresarial por los acosos sufridos por sus ocasionados por otras personas. Se trata por tanto de una infracción que comprende dos responsabilidades, por los actos propios de acoso y por la no intervención ante los actos de acoso ajenos.

Por otro lado, contrariamente a lo que es habitual en el derecho administrativo sancionador, en las normas que regulan el acoso laboral de manera expresa nos encontramos con una conducta delimitada por el resultado, no por el riesgo, lo cual posee relevancia pues propicia que se puedan sancionar las infracciones preventivas de manera autónoma. Por tanto, las actuaciones de la administración sancionadoras en torno al acoso laboral pueden dirigirse tanto desde la perspectiva de la prevención de riesgos como desde el incumplimiento de la normativa sobre las relaciones laborales. A nuestro juicio el acoso es, a la vez, tanto una lesión de la integridad moral como un generador de una situación de riesgo que puede vulnerar la integridad física; esta doble virtualidad también debe de materializarse, en su caso, en la imposición de sanciones administrativas. Dejando a salvo el *non bis in idem* nada impide que actos empresariales conectados con la gestión del acoso puedan ser sancionados desde ambas perspectivas, evitando la doble concurrencia; así, por ejemplo, si no existe evaluación ni previsión alguna sobre los riesgos psicosociales, al margen de la sanción que corresponda por el acoso, se podrá sancionar tal omisión en relación con el artículo 12.1 de la LISOS. Dicho de otra manera, el acoso laboral se debe abordar también como un riesgo laboral previsible como se consta del Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General: que

considera de aplicación además la infracción muy grave del 13.10 LISOS por la falta de intervención una vez identificado el acoso. También para el supuesto de empresas con obligaciones de coordinación sus actividades, al ausencia de coordinación preventiva puede ser sancionada como sanción grave (art. 12.13 LISOS) o muy grave (13.7 art. LISOS). La ausencia de una protección adecuada a los trabajadores sensibles (art. 25 LRPRL) aplicable a las situaciones de acoso puede ser sancionada como una infracción grave o muy grave (art. 12.7 o 13.4 LISOS).

En cuanto a las infracciones en materias laborales el empresario es responsable en supuestos de acoso sexual contra sus trabajadores (art. 8.13 LISOS) cualquiera que sea el autor material siempre la violencia se haya producido "*ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial*", esto es, siempre que la conducta se produzca en conexión con la relación laboral, si bien puntualmente algunos actos pueden acontecer fuera del trabajo (llamadas por teléfono).

Es llamativo que con respecto al resto de acosos discriminatorios (incluido el acoso pro razón de sexo) el art. 8.13.bis LISOS estipula la responsabilidad del empresario frente a estas conductas sea cual sea el autor si las conductas ocurren dentro del ámbito de dirección del empresario y si conocido por él no hubiera intervenido. Es decir, en estos casos se trata de una responsabilidad por la gestión del acoso. Con respecto al acoso sexual, sin embargo, incluye un matiz preventivo.

El acoso laboral genérico no está recogido de manera expresa entre las infracciones laborales. Ahora bien, es posible insertar las conductas de acoso dentro del art. 8.1 LISOS, "*Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*". Sin embargo la dicción de párrafo solo incluye la responsabilidad por propios actos empresario, Y de ahí un parte de la doctrina concluye en caso solo se pueden sancionar en este artículo los acosos empresariales. Esto solo es cierto en

parte, pues podrían sancionarse directamente respuesta los acosos del empresario, pero también, creemos nosotros, la respuesta del empresario o su ausencia (en su caso) porque esa reacción también puede contribuir a la lesión de la dignidad e intimidad de los trabajadores, trabajador que denuncia acoso y es despedido, por ejemplo.

Por último con respecto a la concurrencia de infracciones, preventivas y laborales por ejemplo, se tener en cuenta algunas u omisiones aunque conectadas pueden ser autónomas entre sí; falta de evaluación y acoso, Solamente cuando de la comisión de una infracción se derive otra entonces solamente se deberá imponer la más grave, según art. 4.4 del RD 1398/1993. En este sentido El Criterio Técnico, 69/2009 entienden que deberían de aplicarse las preventivas porque contiene sanciones más gravosas. Por último entendemos que el acoso puede ser percibido como una infracción continuada pues se trata de *una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión* (art. 4.6 RD 1398/1993).

Obviamente esta responsabilidad administrativa es compatible con la responsabilidad contractual por esos mismos hechos, indemnizatoria por los daños y con el recargo como con respecto a los incumplimientos preventivos expresamente fija el art. 42.3 LPRL.

3.4.3. La regla del “Non bis in idem”. Una consecuencia de la no delimitación de las conductas objeto de sanción administrativa y de sanción penal es la posible concurrencia de ambas intervenciones en unos mismos hechos. Esta doble penalidad se considera contraria a derecho al ser común el poder público que reprime la conducta por dos veces, lesionando el principio de proporcionalidad de la pena. Por supuesto, que la doble penalidad en identidad de circunstancias en un mismo orden punitivo público, penal o administrativo, pero en procedimientos distintos tampoco es posible.

En el ámbito laboral, la articulación entre los procedimientos administrativos y penales se realiza en el artículo 3 de la LISOS. En el primer párrafo de este artículo se enuncia

la regla *non bis in idem*, como criterio que impide la imposición de una nueva sanción si existe identidad de sujetos, hechos y fundamento. El principio prohíbe tanto la duplicidad de sanciones administrativas (aunque el texto de la LISOS luego no desarrolla esta posibilidad y hay que acudir al Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, artículo 4, para solventar esa opción 2), como la generación de una doble sanción en órdenes sancionadores distintos.

Se puede presentar este principio como una válvula de seguridad o mecanismo corrector de deficiencias normativas que posibilite la interdicción de la doble sanción que se considera injusta. El principio del *non bis in idem*, en la medida que exige la existencia de una sanción anterior, conecta con la institución de cosa juzgada, que exige para su acreditación la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Examinaremos brevemente la exigencia de esta triple homogeneidad con respecto a los supuestos de acoso.

En cuanto a la identidad subjetiva, es necesario subrayar que en el penal el elemento subjetivo de la culpabilidad es trascendente para la imputación del ilícito a un sujeto concreto y conlleva que solo puedan ser receptores de la condena penal las personas físicas, con matices que no hacen al caso. Sin embargo, en el orden administrativo esto no es así. Por tanto, no existirá concurrencia prohibida de sanción cuando se aprecie la existencia de delito de acoso sexual (artículo 184 CP) o de acoso laboral (173.1 CP) contra un agresor concreto y se sancione administrativamente a la empresa, persona jurídica mediante el artículo 8.11, 8.13 bis de la LISOS. Solamente en el supuesto de ser el empresario una persona física y el agresor del acoso laboral entraría en juego la prohibición de la doble sanción.

En cuanto a la identidad fáctica, al margen de que no se debe perder de vista la posible conceptualización diferente de los hechos que puedan realizar el orden penal y el

administrativo, hay dos aspectos que merecen atención en lo concerniente a la represión del acoso laboral.

Por un lado, la sanción administrativa no se dirige tan solo a la represión del acoso sino que reprende la respuesta inadecuada dada por el empresario a ese acoso. Aún cuando ya hemos visto que a través de la diferente identidad de los sujetos imputados se desbordaría la regla de *non bis in dem*, creemos que también bajo esta apreciación nos colocamos fuera de la doble concurrencia punitiva ya que puede ser que se sancionen hechos diferentes: el acoso y la inacción o la respuesta inadecuada ante esa conducta por parte del empresario. La vulneración de los derechos del trabajador afectado se produce de manera diferenciada y por dos tipos de conducta; una es el acoso (del cual puede ser además responsable el empresario por no haberlo evitado) y otra puede ser la gestión del acoso por parte del empresario que puede lesionar la integridad moral u otros derechos fundamentales. Desde este punto de vista, no vemos objeción para que esas conductas del empresario posteriores al acoso sean sancionadas administrativa o penalmente incluso (a través de los artículo 316 y siguientes del CP, por ejemplo, como generación de una citación de peligro por no reaccionar de ninguna manera ante el acoso).

Por otro lado, nos encontramos con las infracciones reiteradas y con las infracciones continuadas, aspectos diferentes de una posible pluralidad de hechos punibles. El primero son conductas lesivas que se reiteran en el tiempo y exigen tanto la identidad de un mismo hecho (no hechos de la misma naturaleza) como la repetición en las mismas para que las infracciones reiteradas puedan dar lugar a diversas sanciones. En el segundo, las infracciones continuadas suponen que la conducta del autor es indivisible y que la suma de los actos supone una infracción única (Monereo y Fernández, 2006, citado en Urrutikoetxea, 2014, p. 396). Personalmente; entendemos que el acoso laboral se debe considerar para su sanción administrativa como una infracción continuada. Ahora bien, Vallejo Dacosta (2005, citado en

Urrutikoetxea, 2014, p. 396) plantea que para el acoso moral es posible sancionar el conjunto de las acciones como un ilícito penal (artículo 173.1 CP, por ejemplo) y a la vez, proceder a la sanción como falta de vejaciones injustas de los diversos actos en que se concreta el comportamiento agresor.

En cuanto a la identidad de fundamento supone que la imposición de las sanciones responde a la misma causa. Es posible argumentar que en puridad si existen intervenciones punitivas administrativas y penales diferenciadas, el fundamento no puede ser unívoco ya que, en última instancia, se justifican en la propia existencia como sectores del ordenamiento diferenciados. En un plano menos general, podríamos afirmar que no existe identidad de causa y, por tanto no existe concurrencia prohibida de sanciones, cuando el fundamento de la tipificación y de la medida (Monereo y Fernández, 2006, 85); esto es, cuando los bienes jurídicos tutelados en cada ilícito sean distintos. Desde este punto de vista a nuestro entender los bienes jurídicos protegidos por las sanciones administrativas y por penales sobre el acoso son convergentes; La integridad moral y la dignidad.

Es de señalar que la STS penal 945/2010 de 28 octubre centra su in en la vulneración del principio de *non bis in idem* en un asunto que tras haber recibido una sanción administrativa por el acoso laboral son condenados los autores materiales por un delito contra la integridad moral. El tribunal considera que no se cumple la triple identidad pues de entrada el sancionado con la infracción es el empresario persona jurídica y los condenados en el ámbito penal son dos personas individuales. No hay por tanto identidad subjetiva y, consecuentemente, no se ha producido una vulneración de la garantía del *non bis in idem*.

3.5. Acción en lo contencioso-administrativo por acoso laboral en la Administración Pública.

3.5.1. El acoso laboral en lo contencioso-administrativo: particularidades respecto con el orden social. Tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público

(EBEP) el personal de empleo público, tiene reconocido legalmente un específico derecho a la protección eficaz frente al acoso en el trabajo (letra h) del art. 14 EBEP), en todas sus modalidades (moral y discriminatorias), hasta el punto de que su lesión constituiría infracción disciplinaria muy grave (art. 95.2, letras b) y o) EBEP). Sin embargo, pese a la larga década transcurrida desde su entrada en vigor, apenas si ha tenido repercusión:

Desde esta óptica, nocivamente, conservadora, la ausencia de concepto legal (la ley lo nomina, pero no lo define), incluso peor, su confusionismo (el EBEP diferencia formalmente entre acoso laboral, de un lado, y acoso moral, de otro, sin explicarlo), no ha ayudado a superar el errático acotamiento judicial, en términos análogos al orden social, al que terminó por remitirse (ej. SSTS, C-A, 10 de febrero de 2005, rec. 175/2003, 10 de marzo de 2010, rec. 2001/2009, 16 de febrero de 2011; STSJ Castilla-León/Valladolid, C-A, 2491/2011, 2 de noviembre, etc.). Consecuentemente, en el orden contencioso-administrativo seguimOS hallando los mismos reduccionismos conceptuales y tipológicos que en el orden social, sin que haya evolucionado ni un ápice en la referencia de la NTP 476/1998 (concepto psicológico-clínico), ignorando la NTP 849/2009. La referencia conceptual a aquella - desfasada Y errática- dominará también, como se verá, el ámbito material de los protocolos de gestión frente al acoso de la AGE —así como de varios protocolos análogos de AAPP autonómicas-, y de sus organismos autónomos. Por lo tanto, sin en la primera edición de esta obra constatábamos que la noción jurisprudencial contencioso exigía la finalidad de hostigar (plan sistemático dirigido a perjudicar) y el daño psíquico' la doctrina judicial y la jurisprudencia han continuado en la línea (ej.: STSJ 1C/Santa Cruz, 111/2011, 18 de mayo, firme por STS 24 de enero de 2014, rec. 3769/2011).

Nada práctico aporta la consideración teórica del acoso moral como "relación jurídica de conflicto nacida de un ejercicio ilegítimo, continuado y sistemático de un poder... "domesticador" sobre otra persona. . . con el propósito de domeñar su voluntad, haciéndole la

vida imposible en. ..la organización.. ." (ej.: STSJ C-L/Valladolid, 356/2017, 24 de febrero, con remisión a la STS, C-A, 10 de febrero de 2005). A favor de esta dilución de un problema de gestión-preventiva y correctora-en un conflicto individualizado (ej. STSJ IB 537/2016, 19 de octubre, que pone de relieve las dificultades en la práctica para deslindar el conflicto de - acoso de una conflictividad ambiental) jugarían dos factores típicos de este sector jurídico. De un lado, la tutela preferente del interés de auto-organización ínsito en tales potestades (relación de sujeción especial que haría soportable cierto umbral de daño). De otro, la presunción de legitimidad del actuar administrativo, por lo que a menudo la invocación del acoso no sería sino pura estrategia de defensa procesal para deslegitimar aquel actuar y aligerar su carga probatoria (ej.: SSTS, C-A-, 23 de noviembre de 2012, rec. 1020/2011 y 15 de noviembre de 2010, rec. 5226/2010: novación RPT; 24 de enero de 2014, rec. 3769/2011: responsabilidad patrimonial; también SAN, C-A, 11 de octubre de 2017, rec. 61/2017, etc.). En definitiva, el orden contencioso es aún más proclive que el social a aceptar la normalidad del malestar ambiental.

En lo que concierne a la preferente dimensión constitucional de la protección, también converge con el orden social, asumiendo como referencial el 15 CE, sin perjuicio de constatar la posibilidad de vulneración de los arts. 14 y 18, así como, dada la especificidad del empleo público funcional, del art. 23 CE (STS, C-A, 8 de marzo de 2017). Una cuestión hoy de gran trascendencia práctica, como se comentó, porque la eventual vinculación al art. 15 CE en su vertiente de protección del derecho a la seguridad y a la salud, llevaría a la falta de jurisdicción del orden contencioso-administrativo [art. 2. e) LRJSI. Aunque en la práctica difícilmente aceptará plantearlo como estricta cuestión preventiva (ej.: *STSJ Madrid 356/2017*, 16 de junio, que reconoce una vulneración del art. 15 CE en situación de ambiente perjudicial si adaptación de las condiciones a su situación psicofísica), en teoría sí ha asumido que la invocación de normas preventivas le privaría de competencia en favor del social (ej.:

STS de 8 de marzo de 2017, cit.). Recuérdese que este enfoque (exclusivo o complementario) preventivo también aseguraría la intervención de la ITSS en el ámbito funcional, excluida en otro caso.

3.5.2. El procedimiento disciplinario en los funcionarios públicos. Se trata de un procedimiento interno administrativo especial y exclusivo de los funcionarios, que puede ser solicitado por el funcionario acosado que deberá poner en conocimiento de sus superiores la situación de acoso que se le esté practicando, siempre que el acosador o acosadores se hallen también bajo el régimen especial de la función pública. De este modo, podemos encontrar normas, en materia sancionadora de funcionarios, en las que se aborda directa o el acoso moral. Tal sería el caso del art. 31 de la Ley 30/84, en el que se tipifican como faltas muy graves conductas que podrían encajar que pretenden erosionar la estabilidad psicológica de la persona, como podría ser la adopción de acuerdos manifestante ilegales, o actos limitativos de la libre expresión de ideas u opiniones, etc.

Por otro lado, también debemos resaltar el Reglamento Disciplinario aprobado por el Real Decreto 33/86 tipifica como infracciones actuaciones como el abuso de autoridad e incluso la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados. Y también en el art. 7 del Reglamento Disciplinario aprobado por el Real Decreto 33/86 tipifica como infracciones actuaciones como el abuso de autoridad en el cargo, bajo la cual quedaría perfectamente reflejado el acoso moral practicado de forma descendente.

Pero desgraciadamente la realidad suele ser otra bien diferente, y toda esta normativa sancionadora pocas veces es usada a favor de la víctima, sino más bien queda a disposición del psicoterrorista, generalmente un superior jerárquico, que hace un claro uso abusivo de toda esta normativa sancionadora utilizándola en contra del funcionario acosado para erosionar más todavía su equilibrio psicológico y así poco a poco ir acercándose más a ese

propósito final de destrucción de la persona, desde un punto de vista psicológico, para que sea ésta quien abandone el cargo que ostenta en la función pública.

(Escudero Moratalla y Poyatos i Matas, 2005)

4. EL ACOSO LABORAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo, hemos querido analizar el tratamiento del acoso laboral por el Tribunal Supremo de la Social, a veces mediante auto y otras, mediante sentencias.

Encabezamiento del auto:

ATS 11642/2017

Fecha: 28/11/2017

Nº de Recurso: 606/2017

Tipo de Resolución: Auto

El art. 219 de la LRJS. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal.

Establece lo siguiente:

‘1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

Por lo tanto, dicho artículo exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en su número 2- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

‘‘2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado».

La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”.

Dicha contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. (Sentencias del TS 14 de mayo de 2013 (Rec. 2058/2012), 23 de mayo de 2013 (Rec. 2406/2012), 13 de junio de 2013 (Rec. 2456/2012), 15 de julio de 2013 (Rec. 2440/2012), 16 de septiembre de 2013 (Rec. 2366/2012), 3 de octubre de 2013 (Rec. 1308/2012), 4 de febrero de 2014 (R. 677/2013) y 1 de julio de 2014 (Rec. 1486/2013)

Dicha sentencia, analizada, viene a estimar la demanda del trabajador, declarando la lesión producida de un derecho fundamental del demandante a la salud y a la integridad física y moral, condenando a la parte demandada a reparar dichas consecuencias con una elevada indemnización económica.

Según el criterio del Tribunal Superior, hay una existencia de evidentes indicios relevantes sobre la situación de acoso denunciada, lo que imponía a la empresa aportar justificación objetiva, razonable, y probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, carga probatoria que no se ha cumplido en ningún momento.

Como hemos visto desarrollado en este trabajo, la carga de la prueba corresponde a la parte demandada, es decir, tendría que ser la empresa, en este caso, quien demostrase que aportase las pruebas correspondientes para demostrar que dicha situación de acoso laboral no se ha padecido. Pero, como hemos visto en el párrafo anterior, no ha sido así.

Además, en cuanto a la indemnización impuesta a la parte demandante, que también ha sido objeto de divergencia, cabe destacar que la imposición de esta indemnización se encuentra tipificada en la LISOS en el grado máximo, operando en esta sentencia como una referencia, que incluso, se valora el largo período de terapia en relación con la situación padecida por el trabajador.

Dicho trabajador, habría puesto en conocimiento de la empresa la situación que venía padeciendo, apreciable también debido a sus períodos de bajas laborales.

Por lo tanto, en esta sentencia se viene a condenar la conducta empresarial de aconsejar y restringir la comunicación a sus trabajadores con tales representantes, como hemos visto en los párrafos anteriores, y la patología del actor, sufriendo varias bajas por un problema psíquico. El Tribunal Superior, se pronuncia relacionando el acoso laboral sufrido por este trabajador con esa patología, además, considerando que sí hay indicios de lesión por acoso laboral y sin la aportación de la empresa necesaria para desvirtuarlos.

Como bien comentamos al principio del capítulo, aquí mostraremos el pronunciamiento del Tribunal Supremo mediante auto.

Encabezamiento del auto:

ATS 14060/2018

Fecha: 20/12/2018

Nº de Recurso: 2384/2016

Tipo de Resolución: Auto

Aquí, lo que se plantea es si la cuestión suscitada por la empresa en procedimiento de impugnación de actos de la Administración, se centra en decidir si la sanción impuesta por el acoso laboral que ha venido sufriendo una trabajadora constituye una conducta tipificada en el art. 8.11 de la LISOS, así como la proporcionalidad de la sanción impuesta y la culpabilidad de la conducta empresarial.

La sentencia recoge, además otras situaciones, que merecen mención especial:

‘El 10 de enero de 2011 la empresa comunicó por escrito a la actora que con efectos de 10 de febrero pasaría a realizar una jornada partida, con un horario de 11:30 a 13:30 horas y de 15:30 a 18:30 horas, alegando que necesitaba que alguien le cogiera el teléfono por la tarde, cuando hasta tres compañeros de oficina hacían jornada de tarde hasta las 18:30 horas. La trabajadora demandada interpuso demanda contra esa modificación horaria que fue estimada parcialmente por sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Vigo que anuló esa decisión. Ese pronunciamiento, recurrido por la trabajadora al considerar que era discriminatorio, fue ratificado por el TSJ de Galicia en grado de suplicación’.

‘El 28 de febrero de 2011 la actora causó baja con el diagnóstico de estado de ansiedad no especificado, constando que los empleados de la empresa tienen la impresión que la relación del gerente con la trabajadora demandada no era buena, ignorándola, sin dirigirle la palabra, creyendo que le estaba tratando claramente de hacer la vida imposible, mareándola de un sitio con el objetivo de que se fuera, y que tal conducta debía su causa a los embarazos y a la reducción de jornada’.

‘...El 3 de junio las inspectoras levantaron acta de infracción por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 8.1 de la LISOS, proponiendo la imposición de

una sanción de 25.000 euros...” y que “La empresa recurrió en alzada y la Consellería acogió parcialmente sus alegaciones, accediendo a moderar la sanción a la suma de 20.000 euros”.

“Agotada la vía administrativa, la empresa planteó demanda de impugnación de la sanción administrativa, que fue desestimada por la sentencia de instancia al entender que los hechos probados eran constitutivos de la infracción recogida en el artículo 8.11 LISOS y cometidos por el empresario y que la sanción impuesta era ajustada a derecho”.

La empresa, frente a la resolución adoptada, recurrió en suplicación alegando diversos motivos:

1. ° Considera la parte demandada que el art. 8.11 de la LISOS es nulo, al ser muy general y abstracto, tipificando de manera errónea la conducta empresarial. Además, vulnera los principios de legalidad y tipicidad al utilizar demasiadas expresiones no determinadas al caso.

2. ° La empresa alegaba que la sanción impuesta no respeta el principio de proporcionalidad al resultar excesiva. El art. 8.11 indica que son infracciones graves:

“11. Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores; y el art. 39 establece que las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida».

“La sentencia rechaza la denuncia porque la conducta está tipificada y la sanción impuesta recogida en la ley, razonando que de acuerdo con los hechos probados inalterados en

suplicación, existen datos suficientes para la confirmación de la sentencia de instancia. Así, los daños psíquicos se han acreditado con la baja médica de la actora que diagnostica un estado de ansiedad no especificado, y consta igualmente que su integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática, con menoscabo de su dignidad profesional y personal, y la vulneración de sus derechos (artículo 4.2). De lo que concluye que la conducta está tipificada y la sanción impuesta recogida en la ley, pues el demandante fue sancionado por su conducta mantenida a lo largo del tiempo con la trabajadora, que es constitutiva de acoso moral o mobbing y que la misma está tipificada en el artículo 8.11 LISOS, siéndole impuesta la sanción del tramo superior en su grado mínimo‘’.

La sentencia enlaza los hechos con una vulneración de los derechos fundamentales hacia la parte actora, en relación con las conductas que se han puesto de manifiesto anteriormente. Incluso, se hace referencia a la sentencia del JS nº 3 de Vigo y resuelta por sentencia firme, como puso de manifiesto la trabajadora debido al cambio de horario que sufrió como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, declarado como hecho probado.

En cuanto al art. 39 de la LISOS hace referencia a los criterios de graduación para la imposición de sanciones.

Por último, el art. 40 de la LISOS hace referencia a la cuantía de las sanciones.

El Tribunal se pronuncia estableciendo que:

‘‘La sentencia señala que la sanción se ha impuesto en el grado mínimo de las infracciones muy graves, teniendo en cuenta la intencionalidad del sujeto infractor y la cifra de negocios de la empresa, y ninguna de estas consideraciones han sido impugnadas de contrario, considerando por ello que no es una sanción inadecuada, ni irracional o desproporcionada, únicas razones que justificarían su revisión en vía de recurso extraordinario‘’.

«Por último la empresa recurrente adujo en suplicación la falta de prueba de la culpabilidad en la conducta sancionada. Frente a ello la sentencia argumenta que es evidente la culpabilidad, ya que son hechos deliberados y conscientes, pues de los hechos reseñados cabe concluir que no son inconscientes, sino deliberados, en consonancia con la interpretación alcanzada por los empleados de la empresa que albergan la convicción de que el gerente estaba tratando claramente de hacer la vida imposible a la trabajadora, con el objetivo de que se fuera».

Se establece por el Tribunal el criterio de la culpabilidad, al tratarse de conductas, comportamientos, actitudes adoptadas de forma deliberada, con el beneplácito de los compañeros de esta trabajadora.

Posteriormente, la parte demandada recurre en casación para la unificación de doctrina

“...esta Sala procedió a identificar, entre las citadas por la recurrente, la sentencia más moderna para cada punto contradictorio, y no existiendo datos suficientes para determinar la correspondiente al segundo, mediante diligencia de ordenación de 26 de febrero de 2018 la recurrente volvió a ser requerida para que aportara los datos necesarios para su concreción, sin que este segundo requerimiento fuera contestado, a la vista de lo cual debe tenerse por no citada sentencia de contraste para el segundo punto de contradicción, pues de acuerdo con lo que disponen los artículos 221.4 y 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente debe identificar en preparación la sentencia o sentencias que considera contradictorias con la recurrida, sin que puedan ser válidamente invocadas en el escrito de interposición las sentencias que no hayan cumplido previamente dicho requisito. Así lo establece la doctrina reiterada de esta Sala, según la cual "las únicas sentencias que sirven para acreditar la contradicción son las previamente citadas en el escrito de preparación, careciendo de idoneidad para actuar como sentencias de contraste las

resoluciones que no hayan sido mencionadas en el referido escrito" (por todas las sentencias del TS 22/12/2016 Rec. 469/2014, 26-9-17 Rec 3533/15 y las que en ellas se citan)“.

En primer lugar, el art. 221 en su apartado 4 de la LRJS en la forma y contenido del escrito de preparación del recurso.

“4. Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición”.

Por otro lado, el art. 224 en su apartado 3 de la LRJS haciendo referencia al contenido del escrito de interposición del recurso:

“3. Sólo podrá invocarse una sentencia por cada punto de contradicción, que deberá elegirse necesariamente de entre las designadas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición”.

Posteriormente, la Sala establece:

“Antes de proceder al examen de la contradicción - limitado a los puntos primero y tercero del recurso por las razones indicadas en el fundamento anterior - hay que señalar respecto de todos ellos - incluido también el punto segundo - que la recurrente incumple de manera manifiesta e insubsanable el requisito de llevar a cabo una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos establecidos en el art. 224.1 a) LRJS, en relación con los arts. 221.2.a) y 219 de dicha Ley. Dicho requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de sus fundamentos a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos (por todas, SSTS 26-10-16 (Rec 1382/15 y 3604/2014). 21-2-17 (Rec. 3728/15 y 301/16), 28-2-17 (Rec. 1694/15), 7-6-17 (Rec 1186/16), 13-3-18, (Rec 1333/16). En su lugar la recurrente se limita a indicar la

doctrina que a su juicio debe ser extraída de las sentencias comparadas, lo que es claro no resulta suficiente para satisfacer los requisitos indicados‘’.

‘‘En sus alegaciones, la recurrente insiste en la existencia de contradicción, al tiempo que pretende subsanar la falta de indicación de los datos necesarios de la segunda sentencia de contraste, lo que no procede en este trámite toda vez que se trata de un defecto procesal insubsanable de acuerdo con el art. 222.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que de conformidad con lo establecido en los artículos 219.1, 225.3.4 y 5 y 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede declarar la inadmisión del recurso‘’.

El Tribunal finaliza dictando la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por la parte demandada.

Encabezamiento de la sentencia:

STS 3841/201

Fecha: 11/10/2018

Nº de Recurso: 2605/2016

Tipo de Resolución: Sentencia

Resoluciones del caso: STSJ CAT 2667/2016 y STS 3841/2018

Atendiendo a las Sentencias del TSJ CAT 2667/2016 y del TS 3841/2018, nos encontramos ante un conflicto por incompetencia de la Jurisdicción para conocer de cerca una demanda presentada por una funcionaria del Ayuntamiento demandado por acoso laboral. En la cual, la actora pide poner fin a la conducta y la reparación de los daños, así como los perjuicios causados. Debido a este conflicto se interpone un recurso por la parte demandante en la cual establece e insiste en que dicha jurisdicción tiene competencia.

Se basan en los argumentos de anteriores sentencias que afirman que la dicha jurisdicción tiene competencia por el artículo 2. Letra e) de la LRJS, ‘‘Para garantizar el

cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones.”

Por lo que alegan el incumplimiento del artículo anteriormente mencionado, ya que entienden que la actuación conlleva a una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, que su empleadora venía obligada a cumplir, normas cuyo control judicial es competencia la Jurisdicción Social, teniendo en referencia lo mencionado anteriormente citado.

También, defienden que los actos o decisiones de la Administración pública como empleadora respecto a los trabajadores que tenga a su servicio, cuya impugnación conoce siempre el Orden Social, que afectasen conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario, la LRJS ha incluido la impugnación de tales actos a la materia laboral, o sindical al orden contencioso administrativo salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2. Letra e) y 3. Letra b) de la LRJS).

Por lo que encuentran clara la competencia de la Jurisdicción Social para conocer y dictar sentencia acerca de dicho asunto, ya que como se comenta en la demanda resulta que

se reclaman daños materiales y morales derivados del acoso laboral sufrido como motivo de una infracción de la LPRL.

Aplicando los artículos con anterioridad mencionados, encontramos que la LRJS atribuye la competencia a esta jurisdicción cuando se trata de controlar judicialmente el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluida la reparación de los daños causados por ese concepto. Así lo ha entendido esta Sala en sus sentencias de 28 de septiembre del año 2017 (Rec. 3017/2015) y 1 de marzo de 2018 (Rec. 1422/2016).

El Tribunal Supremo, estima dicho recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante, en el que acepta y afirma la competencia del Tribunal del Juzgado de lo Social para conocer acerca de materia de prevención de riesgo laborales ya que se encuentra dentro de dicha competencia por parte de este tribunal como contempla la LRJS en sus artículos arts. 2. Letra e) y 3. Letra b) de la LRJS.

5. CONCLUSIONES

El acoso desarrollado en el ámbito laboral, conocido en el término anglosajón como mobbing, presenta serias dificultades a la persona que sufre el acoso, tanto a nivel laboral como a nivel personal. Prevalciendo, principalmente una mayúscula disminución del rendimiento personal en el ámbito organizacional y mayormente, desembocando en problemas de salud e incluso el abandono del puesto de trabajo. Se trata de un fenómeno muy complejo, tanto para su detección en el momento que se produzca, como su desarrollo, al igual que su dificultad para demostrar que un trabajador es víctima o no de acoso laboral, así como para su solución. Hay multitud de factores que intervienen, como los factores inherentes, factores organizacionales y factores sociales de diferente naturaleza.

La particularidad del mobbing es que hay varios tipos y con singularidades que determinan de qué manera se desarrolla el acoso laboral, como bien hemos plasmado en este

trabajo. Por lo tanto, se deben adoptar diferentes medidas en función del tipo de mobbing que se desarrolle en el ámbito organizacional.

Como cualquier problema que pueda suceder en un ámbito de trabajo, se debe evaluar por parte de la empresa y tomar las medidas que se consideren oportunas, tanto a nivel laboral como a nivel personal, apoyándose en cualquiera de los mecanismos e instrumentos jurídicos que pudieran proceder al caso.

Por lo tanto, para hacer frente a este “novedoso” problema laboral, los trabajadores pueden tomar medidas preventivas como interventoras, incluyendo desde el apoyo de los compañeros de trabajo, amistades, familiares, etc., hasta pedir ayuda a la empresa, quien será la responsable de comprobar la existencia de acoso laboral, su magnitud, sus consecuencias e incluso su reiteración en un período de tiempo. Incluso recurrir a la Justicia para denunciar el acoso laboral, resolviendo como al Derecho proceda.

Las empresas deben ser conscientes que este fenómeno va a más con el paso de los años y que supone una grave amenaza a los trabajadores por los acosadores, ya que como hemos visto desemboca en graves problemas organizacionales, mala imagen y pérdidas organizacionales, pero sobre todo, significa una vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

A pesar de la existencia en España de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales y de otras leyes que se pronuncian sobre el acoso y sus tipos, como pueden ser la Constitución Española, el Estatuto de los Trabajadores, etc., debería existir una Ley que contemplara de manera individualiza y específica el acoso laboral, tomando como ejemplo países de la Unión Europea, como pueden ser Francia y Suecia, donde sí existe dicha Ley.

Su creación ayudaría a combatir las cifras de acoso laboral en España, que cada vez parecen aumentar más, y generar una protección extra a los trabajadores. Creemos que su

creación se podría traducir en una mejora de las condiciones de trabajo, las relaciones laborales en el desarrollo del trabajo y minimizando así su aparición.

No obstante, también queremos destacar la inclusión del acoso laboral como delito de forma explícita en el Código Penal como se recoge en su preámbulo en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Inclusión que se debe al legislador, tratando de resolver de manera correcta este problema y facilitando una protección eficaz y eficiente al trabajador.

Para concluir, hay que hacer una mención especial a la labor tan importante que tienen hoy en día los sindicatos en la negociación colectiva como mecanismo para lograr acuerdos que se recojan en los Convenios Colectivos, como fuente normativa, para reforzar la legislación y buscar apoyo empresarial para ayudar a las víctimas de acoso, ya sea laboral, sexual, etc. Pero ello no debe diluirse, ya que en la “práctica” debe ser la empresa quien prevenga, vigile y compruebe que los trabajadores estén bien protegidos y tengan unas buenas condiciones laborales y un clima laboral acorde. Bien creando un sistema de información privado para denunciar situaciones de acoso a nivel interno de empresa, así como un buzón anónima para denunciar aquellas situaciones de acoso laboral que se desarrollen bien por parte de la víctima o por aquellos compañeros que pueden ayudar de manera notable a descubrir al acosador o, incluso, dotando a sus trabajadores de la suficiente formación mediante cursos de formación, seminarios, etc., para detectar situaciones que forman parte del acoso laboral y las pautas a seguir para su posterior comunicación.

6. BIBLIOGRAFÍA

Escudero Moratalla, J. y Poyatos i Matas, G. (2005), ‘Análisis multidisciplinar y estrategia legal’, Barcelona, España, (Ed. Bosch, S.A.), Requisitos para la utilización de la

jurisdicción civil en reclamación de daños y perjuicios derivados de acoso moral en el trabajo, pp. 389-394.

Leymann, H. (2002), *“La persécution au travail ”*, París, Francia, (Ed. Seuil).

Urrutikoetxea Barrutia M. (2014), *“Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Responsabilidad Empresarial por conductas de acoso, pp. 353-364.

Urrutikoetxea Barrutia M. (2014), *“Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Responsabilidad Empresarial por conductas de acoso, pp. 381-401.

Molina Navarrete, C. (2018), *“La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Planteamiento: elegir bien sigue siendo determinante para el éxito de la acción, pp. 13-14.

Molina Navarrete, C. (2018), *“La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), La tutela a través de las acciones extintivo-resolutorias del contrato, pp. 28-31.

Molina Navarrete, C. (2018), *“La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Algunas cuestiones procesales: una importante renovación legislativa con la LRJS, pp. 47-48.

Molina Navarrete, C. (2018), *“La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Planteamiento: elegir bien sigue siendo determinante para el éxito de la acción, Algunas cuestiones procesales: una importante renovación legislativa con la LRJS, pp. 48-50.

Molina Navarrete, C. (2018), *“La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?”*, Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.),

Dimensión constitucional y legal de la tutela contenciosa: convergencias y divergencias respecto del concepto y fundamento protector con el orden social, pp. 56-58.

Molina Navarrete, C. (2018), '*La tutela penal contra el delito de acoso laboral: la práctica judicial posreforma: Elemento subjetivo: el carácter doloso (pero genérico, no específico) del tipo*', Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), Dimensión constitucional y legal de la tutela contenciosa: convergencias y divergencias respecto del concepto y fundamento protector con el orden social, pp. 100-101.

Molina Navarrete, C. (2018), '*La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o proceso lento?*', Albacete, España, (Ed. Bomarzo S.L.), El nuevo delito de acoso laboral a la luz de la protección de la integridad moral: reconstrucción teórica y práctica de los elementos del tipo penal específico, pp. 106-107.

Piñuel y Zabala, I. (2001), '*Cómo Sobrevivir al Acoso Psicológico en el Trabajo*', Santander, España, (Ed. Sal Terrae).

Piñuel y Zabala, I. (2003), '*Claves para Reconocer y Superar el Acoso Psicológico en el Trabajo*', Madrid, España, (Ed. Santillana).

7. ANEXOS

Este capítulo del trabajo recoge toda la información necesaria como complementaria para el desarrollo de este trabajo. Principalmente, para poder realizar el capítulo cinco de este trabajo, tratando de mostrar ciertos puntos de vistas doctrinales acerca del acoso laboral. Pero no solamente, se ha producido un análisis exhaustivo, sino que se ha recurrido a otras resoluciones judiciales para ver que ciertos aspectos son considerados para determinar la existencia o no de acoso laboral, así como todo aquel material sobre el asunto en cuestión.