



---

**Universidad de Valladolid.**  
**Facultad de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Comunicación.**  
**Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos**  
**Trabajo Fin de Grado.**

# **El Tratamiento Jurídico del Acoso Moral Laboral**

**Autor: M<sup>a</sup> Carmen Escribano Rosa.**  
**Tutora: Esmeralda Arribas Clemente.**  
**Convocatoria: Junio 2012.**

***“Un hombre sólo tiene derecho a mirar a otro  
hacia abajo, cuando ha de ayudarlo a  
levantarse”.***

**Gabriel García Márquez**

## **ÍNDICE.**

### **I. INTRODUCCIÓN.**

### **II. SITUACIÓN ACTUAL: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ACOSO MORAL LABORAL EN EL ESTADO ESPAÑOL.**

#### **1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.**

#### **2. LA NECESARIA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: ELEMENTOS.**

- a) Un elemento objetivo cronológico.
- b) Elemento objetivo medial o instrumental.
- c) Un elemento subjetivo.
- d) Elemento objetivo consecencial o de resultado.

#### **3. TIPIFICACIÓN JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DEL ACOSO MORAL.**

**3.1) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Derechos constitucionales que la doctrina considera que pueden verse vulnerados por las conductas de acoso moral:**

- a) Integridad Moral.
- b) Principio de Igualdad y no Discriminación.
- c) Derecho al Honor.
- d) Derecho a la Intimidad.
- e) Libertad de Expresión e Información.
- f) Libertad Ideológica.
- g) Tutela Judicial Efectiva.
- h) Derecho al Trabajo.
- i) Reafirmación de la integridad moral como principal derecho fundamental vulnerado.

#### **3.2) ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.**

#### **3.3) LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

#### **3.4) LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.**

#### **3.5) LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL (LISOS).**

#### **3.6) CÓDIGO CIVIL.**

#### **3.7) CÓDIGO PENAL.**

### **III. LA TUTELA SOCIO LABORAL FRENTE AL ACOSO: FORMAS DE TUTELA JURÍDICO-LABORAL.**

#### **1. LA TUTELA DÉBIL.**

**1.1) AUTOEXCLUSIÓN INDEMNIZADA LA ACCIÓN ORDINARIA DEL ART 50.1, ET. Acción de resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimiento empresarial grave.**

**1.2) ACCIÓN MIXTA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO CON TUTELA A DERECHOS FUNDAMENTALES ex art. 50.1 del ET, en relación con los artículos 177 y siguientes de la LRJS.**

1.2.1 Problemas que se presentan como consecuencia de la autoexclusión del contrato de trabajo art. 50 ET.

- 1<sup>a</sup> Obligación de permanencia en la actividad durante la tramitación.
- 2<sup>a</sup> Compatibilidad de indemnizaciones.
- 3<sup>a</sup> Prescripción de plazos.

**1.3) IMPUGNACIÓN DE LA EXCLUSIÓN EMPRESARIAL: acción de despido.**

**2. LA TUTELA FUERTE: El derecho de resistencia mediante el procedimiento especial de derechos fundamentales art. 181 LRJS.**

**2.1) INTRODUCCIÓN.**

**2.2) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.**

**2.3) EXCEPCIÓN DEL REQUISITO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.**

**2.4) LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.**

- 2.4.1 Legitimación pasiva.
- 2.4.2 Posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario.
- 2.4.3 Legitimación activa.
- 2.4.4 Coadyuvantes.
- 2.4.5 El Ministerio Fiscal.

**2.5) ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE TUTELA A OTRAS MODALIDADES PROCESALES.**

**2.6) REQUISITOS DE LA DEMANDA.**

- 2.6.1 Objeto limitado a la vulneración de derechos constitucionales.
- 2.6.2 Obligación de adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios en la demanda.

**2.7) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: El problema de los plazos de prescripción y la caducidad.**

**2.8) MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE TUTELA.**

**2.9) DESARROLLO DEL PROCESO. EN ESPECIAL SOBRE LAS REGLAS DE MODULACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS DEMANDAS DE ACOSO MORAL.**

- 2.9.1 Inversión de la carga de la prueba
- 2.9.2 Programa de indicios:

- Posición del demandante.
  - Posición del demandado.
- 2.9.3 Medios de Prueba.

### **2.10) FINALIZACIÓN DEL PROCESO. LA SENTENCIA Y SUS POSIBLES CONTENIDOS.**

- 2.10.1 Contenido complejo de la sentencia estimatoria.
- 2.10.2 Obligatoriedad de pronunciamiento de indemnización en la sentencia.
- 2.10.3 Cuantificación de los daños por el Órgano judicial.
- 2.10.4 Incompatibilidad en materia indemnizatoria.
- 2.10.5 Recursos y ejecutividad inmediata de la sentencia.

### **3. LA TUTELA ADMINISTRATIVA.**

#### **3.1) COMPETENCIAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO.**

- A) Asistencia técnica de la inspección de trabajo.
- B) Emisión de informes.
- C) Vigilancia y exigencia en el cumplimiento de normas.

### **4. LA TUTELA DISUASORIA-REPARADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

#### **4.1) DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES.**

#### **4.2) EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES.**

### **IV. LA STC 250/2007, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007.**

#### **1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.**

#### **2. ACCIONES JUDICIALES QUE SIGUE LA DEMANDANTE.**

##### **2.1) RECLAMACIÓN PENAL.**

##### **2.2) DEMANDA LABORAL.**

##### **2.3) RECURSO DE SUPPLICACIÓN.**

##### **2.4) RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.**

##### **2.5) RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

#### **3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y FALLO DE LA STC 250/2007, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007.**

#### **4. SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO 6 DE MAYO DE 2008.**

### **V. CONCLUSIÓN.**

**ABREVIATURAS USADAS**

**AML:** Acoso Moral Laboral.

**CC:** Código Civil.

**CP:** Código Penal.

**CE:** Constitución Española 1978.

**CES:** Consejo Económico y Social.

**ET:** Real Decreto Ley 1/95 de 24 de Marzo del Estatuto de los trabajadores.

**IT:** Incapacidad Laboral Transitoria.

**LPL:** Ley Procedimiento Laboral, 2/1995, de 7 de Abril.

**LRJS:** Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre.

**LPRL:** Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 31/1995, de 8 de noviembre.

**LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero.

**LISOS:** Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

**MAFOS:** LEY 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo.

**OMS:** Organización Mundial de la Salud.

**TC:** Tribunal Constitucional.

**TS:** Tribunal Supremo.

**TSJ:** Tribunal Superior de Justicia.

**STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

La figura del acoso moral Laboral ha sido estudiada desde hace tiempo, la ciencia jurídica y la jurisprudencia española, han venido mostrando su interés para hacer frente a este tipo de conductas que atentan en contra de distintos derechos constitucionales, pero en especial contra el derecho fundamental a la integridad moral (reconocido expresamente en el art. 15 de nuestra Carta Magna).

La víctima de acoso moral laboral en España, ha estado sufriendo las consecuencias de un tiempo de creación jurisprudencial cumpliendo su fin de complementar o llenar la laguna o vacío legal dejada por el legislador sobre la materia en cuestión. La inexistencia de una regulación específica y la elevada gama de opciones sustantivas y procesales, ha generado numerosas dudas respecto de la vía o vías a seguir cuando se denunciaba el acoso laboral.

Ante la insuficiencia de la tutela laboral para obtener la reparación del daño derivado de un proceso de AML, las víctimas de tales conductas se veían obligadas a “peregrinar” por los diferentes órdenes, (Civil, Penal, Laboral) para obtener justicia, pero estas vías no están diseñadas para ofrecer una tutela específica frente al AML sino común o indiferenciada frente a otros ilícitos, y la primera labor de la defensa jurídica era elegir adecuadamente las mejores opciones de acción judicial, haciendo que muchos casos de acoso reales hayan quedado en desamparo total o parcialmente.

La doctrina judicial ha sido amplia en este sentido y como viene siendo común se ha adelantado al legislador a la hora de dar soluciones, así lo confirma la sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007 del 17 de diciembre al fallar a favor de la demandante en una causa de acoso sexual en el trabajo, en el que el acosador era un trabajador de una tercera empresa, posibilitando la extensión competencial del orden social frente a terceros sujetos causantes de la vulneración de derecho fundamental. Esta sentencia ha sido el punto de partida de la reforma que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ha introducido en la legislación española con respecto al tratamiento del acoso laboral.

**El objetivo principal de este trabajo es mostrar la importancia de esta reforma pues puede suponer un vuelco en el tratamiento jurídico del acoso, al delimitar y declarar la competencia para conocer las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo, así como los procesos de cualquier vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas derivadas de las relaciones de trabajo al orden social, llegando al acoso horizontal o incluso al producido por terceros ajenos a la relación laboral en el ámbito de la prestación de servicios, simplificando las actuaciones.**

Revisaré las novedades de la LRJS en el proceso de derechos fundamentales y libertades públicas.

- **La recepción normativa de la jurisprudencia en materia de aplicación de las garantías de este proceso a otras modalidades procesales, como la extinción voluntaria del contrato por voluntad del trabajador basada en incumplimientos graves del empresario (art. 50.1 ET) ó la acción de despido.**

- **En materia de legitimación activa y pasiva (art. 177.1 LRJS).**

- **Tutela resarcitoria (art. 179.3 LRJS).**

- **Ampliación de los requisitos de la demanda con respecto a las indemnizaciones (art. 183 LRJS).**

- **Medidas cautelares que podrán solicitarse para asegurar la efectividad de la tutela que pudiera acordarse (art. 180.4 LRJS)**

Por último, como ejemplo práctico, el análisis de la sentencia del TC 250/2007 del 17 de diciembre puesto que la mayoría de estas explicaciones se reflejan en ella, y ha sido la que ha impulsado esta reforma a través de la Doctrina del Tribunal Constitucional.

## **II SITUACIÓN ACTUAL: TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ESTADO ESPAÑOL.**

### **1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.**

El término de “**mabinga**” es en realidad un neologismo que no existe en la lengua inglesa, en la que el término ordinario para designar el tipo de conductas del que vamos a tratar es el de “bully” o “bullying”, y que fue en su día inventado por un psicólogo alemán afincado en Suecia, **Hein Leymann**, partiendo del verbo inglés “to mob” cuyo significado puede equivaler a asediar, hostigar o acosar.

**La doctrina científica más actualizada** y las orientaciones de los organismos internacionales **tienden a encuadrar los procesos de “mobbing” dentro del concepto global de “violencia en el trabajo”**, un concepto mucho más amplio, sin duda. Así, habría que distinguir entre violencia física y psicológica, dentro de esta última se encontraría el mobbing.

**En las guías y convenios de la OIT (también en el ámbito de la UE) se usa preponderantemente el término “intimidación”**, que puede ser considerado, en realidad, como una fase embrionaria del acoso en sentido “fuerte” o “severo”, mientras que el de “acoso” va referido a conductas discriminatorias por razón de raza, religión, sexo, etc. Esta orientación se percibe en la Directiva Europea 2002/73/CE de 23 de septiembre sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y adoptada sobre la base del artículo 13 del Tratado de la Unión Europea, que diferencia entre el “acoso” relacionado con el sexo y el “acoso sexual”. También la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo 2002-2006 aprobada por la Comisión Europea apunta la conveniencia de que respecto a las distintas formas de acoso psicológico y violencia en el trabajo se instrumente una acción que se base en el acervo de las directivas recientemente adoptadas en virtud del mencionado artículo 13 del Tratado.

La doctrina y la jurisprudencia han consolidado con buen criterio la denominación **“acoso moral laboral AML”** como **el nomen iuris de la figura jurídico-laboral** aporta numerosos beneficios en contraste con otras expresiones:

- Por un lado refiere **“acoso”** antes que **“violencia”** (recogiendo el matiz hostigador, ya que al mencionar la palabra “violencia” se piensa antes en el aspecto físico, más que en psicológico o moral, de toda conducta beligerante.

- Por otro lado, la expresión escogida habla acertadamente de **“acoso moral”** y no de **“acoso psicológico”** o **“violencia psicológica”**, puesto que el vocablo moral es más amplio y omnicompreensivo e incluye otras lesiones en la esfera de los derechos de la personalidad aparte de las psicológicas con lo que alude con corrección a la quiebra de la dignidad del trabajador que es, como se verá, la lesión por excelencia.

- Por último, en el nombre jurídico **se incluye de trabajo, es decir el ámbito profesional**. En este sentido y como se analizará después, **la conexión causal entre el acoso moral y el ámbito de trabajo es determinante para, por un lado, calificar el acoso moral como riesgo laboral de origen psicosocial que ha de tenerse en consideración a la hora de aplicar la exigente normativa sobre prevención de riesgos en el trabajo, y por otro lado, para poder dilucidar que los daños efectivamente ocasionados en la salud del trabajador por el hostigamiento son contingencias profesionales y por tanto tienen cobertura por parte de la Seguridad Social.**

El acoso moral laboral que va a ser objeto particular de este estudio, se incardina en muy diversos ámbitos del Derecho Social en los diferentes ordenamientos, tanto en el Derecho laboral clásico como en las normas de seguridad y salud en el trabajo, el derecho civil, el penal. Como apreciaremos de inmediato, esta diversidad no puede dejar de tener importancia a la hora de acotar el concepto jurídico de acoso moral en el trabajo **AML** que interesa en cada momento, o para cada sector de un Derecho tan complejo y articulado como el nuestro .intentando evitar, o reducir, algunas de las prácticas erráticas, y por tanto frustraciones para las personas afectadas, que se producen en la actual realidad aplicativa.

**Desde una vertiente jurídica**, se delimita el concepto jurídico de acoso moral, en un plano descriptivo, analítico y detallado, siendo *«toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o un grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera*

*relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, con el fin de conseguir su estigmatización o aislamiento respecto del grupo, haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las «ventajas competitivas» de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder, bien para provocar su dimisión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexpulsión (expulsión indirecta o dimisión provocada).*

En este sentido, no cabe ninguna duda de que el concepto jurídico debe partir de un elemento clave en psicología: su carácter de atentado o agresión sistemática en orden a destruir profesional y personalmente a una persona, creando un clima o ambiente hostil, intimidatorio y degradante. La fijación de estos elementos nos permitirá distinguirlo de otros riesgos psicosociales (ej. síndrome del quemado o burn-out) o de otros comportamientos arbitrarios que, aunque prohibidos, no pueden confundirse con el acoso. Los elementos básicos son:

**Habitualidad:** Se trata en todo caso de un *proceso* y no de un único acto, por intenso o degradante que éste pueda ser.

**Finalidad** de la persona agresora: en sentido positivo (busca la autoexclusión o la autoeliminación de la “víctima”) y negativo (debe ser ajeno a cualquier propósito de racionalidad económica o empresarial, aunque sea arbitrario jurídicamente o abusivo).

**Daño a la salud.**

**Los tipos de acoso moral más comunes son:**

- **El Bossing**, en este caso el agresor debe ser de jerarquía superior en relación a la víctima o trabajador hostigado.
- **Acoso vertical**, el hostigamiento es realizado por unos subordinados sobre el jefe u otros de jerarquía superior.
- **Acoso horizontal**, el acoso moral se efectúa por unos trabajadores sobre otros a su mismo nivel.
- **Acoso sexual**, que busca obtener favores sexuales para la misma persona o para un tercero.
- **Acoso institucional**, patología de gestión en el empleo público.

## **2. LA NECESARIA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO. ELEMENTOS.**

La **caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo** se presenta como una ocasión para avanzar en el reconocimiento de los derechos de la persona en la relación laboral fruto de una mayor sensibilidad que permite superar definitivamente una etapa en que sólo merecían reprimenda los atentados más evidentes y groseros. La recepción jurídica del acoso moral en el trabajo significa hacer frente a los atentados más sutiles y difusos a los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Sin embargo existe rigor jurídico al examinar cuáles son los elementos que dotan de significado jurídico al acoso moral y delimitar una imagen tipológica del mismo que no extralimite su noción, identificando algunos de los elementos, pautas y criterios que pueden servir para delimitar la conducta ilícita de acoso moral laboral.

A lo largo de estos años los tribunales han perfilado una serie de elementos objetivos y subjetivos a fin de poder caracterizar e identificar la conducta calificable de AML sobre la que aplicar las normas:

a) **Un elemento objetivo cronológico:** el carácter continuado o prolongado de la conducta susceptible de atentar contra la dignidad y la integridad personales. Respecto a la duración del proceso de hostigamiento es conveniente advertir de lo inadecuado de la exigencia de un tope mínimo temporal dadas las consecuencias negativas que se producirían en la defensa de estas conductas si requiriesen unos plazos y una periodicidad determinada, establecer de forma apriorística un plazo temporal a modo de *conditio sine que non*, aunque sea en términos mínimos supondría constreñir en exceso el concepto de acoso.

b) **Elemento objetivo medial o instrumental:** conducta dirigida crear un ambiente intimidatorio y hostil para el trabajador tanto en su faceta profesional como en su dimensión relacional en la organización.

c) **Un elemento subjetivo:** intencionalidad de ocasionar un daño por parte del sujeto activo que intente y consiga una lesión de un derecho fundamental del trabajador como es la integridad personal, lo cual ya da cuenta de la gravedad de la conducta.

Se deben identificar indicios suficientes de un proceso de denigración e intimidación profesional y personal sostenido durante un cierto tiempo y frecuencia relevante, que pueda poner en peligro concreto la integridad moral de un trabajador o trabajadores.

d) **Elemento objetivo consecencial o de resultado:** la producción de un daño a la salud psíquica del trabajador. Puede haber acoso moral sin daño a la salud, aunque naturalmente siempre habrá daño moral. En términos jurídicos éste no puede confundirse con aquél, aunque ambos puedan concurrir.

Respecto de la línea doctrinal y, sobre todo, judicial que entiende necesaria la producción de unos daños a la salud psíquica de la o el trabajador acosado para que podamos hablar de acoso. Esta posición parece que no se corresponde con el carácter de riesgo laboral que desde su origen se atribuye al acoso. Al igual que cualquier otro riesgo de este carácter no se precisa su materialización, es decir el accidente o la enfermedad, para que entre en juego la normativa de prevención sino que basta con la exposición potencial al riesgo, sin perjuicio de constatar la existencia de otro tipo de riesgos y, sobre todo, de otro tipo de daños, como los morales o existenciales.

#### **Diferenciar entre:**

1) **Los elementos esenciales o estructurales del tipo**, de modo que si no concurren no puede calificarse de AML la conducta, aún pudiendo ser antijurídica a efectos laborales.

2) **Los elementos accidentales o contingentes**, pueden estar o no presentes sin que por ello deje de ser calificable de acoso la conducta.

Esta preocupación por la objetivación de la conducta está presente en la doctrina judicial cuando ha evitado que se sancionen sólo lo que llama “acosos subjetivos” es decir únicamente percibidos por quien se considera víctima pero sin que objetivamente existan hechos que lo avalen. **La mayoría de los operadores jurídicos coincide en señalar que cuando la finalidad de la o el empresario o de su representante se fundamenta en la actividad productiva de la empresa no nos encontramos en ningún caso ante una situación de acoso.**

Así que no bastará para acreditar el AML, con probar hechos vejatorios o anomalías en el ejercicio de los poderes empresariales, sino que deberá probarse la finalidad dañosa, el daño psíquico y la relación de causalidad entre ellos.

En cambio lo que no es dudoso es la convicción de los jueces de lo social de que el AML es una cuestión preferente de derechos fundamentales a través de los arts. 10, 14, 15, y 18 CE.

El ordenamiento jurídico español, siguiendo esencialmente las directrices del Derecho comunitario, ha prestado atención a ciertas manifestaciones de la denominada violencia en el trabajo (acoso sexual y acoso discriminatorio). **Estas Leyes son básicamente la Ley 51/2003, relativa a la igualdad de oportunidades y no discriminación para las personas con discapacidad, y, con carácter general, tanto para el trabajo por cuenta ajena como por el trabajo por cuenta propia, para el empleo privado como para el empleo público, la Ley 62/2003, MAFOS, pero no ha incorporado a la legislación laboral normas que se refieran específicamente a esa problemática de mayor alcance que representa el acoso moral.**

El concepto de acoso, laboral o no, que utiliza el artículo 7 de la Ley 51/2003, sigue muy de cerca, como sucede en todos los casos en que ha sido recogido por una norma legislativa, el concepto de acoso sexual previsto en la Directiva 2002/73/CE. Así, se entiende por Acoso cualquier *“conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*. En términos análogos, si bien ampliándolo a otras circunstancias

**discriminatorias, origen racial o étnico, religión o convicciones, edad u orientación sexual, el artículo 28.1 letra d) de la Ley 62/2003.**

Como puede comprobarse, **ni la finalidad** (se acepta que se produzca como resultado no buscado) **ni el daño** (no se requiere daño biológico, físico o psíquico, sino tan sólo que tenga carácter intimidatorio o degradante la conducta), **son elementos relevantes para el tipo jurídico**. Se confirmaría, pues, la evidenciada tendencia objetiva frente a la subjetiva o personalista.

**En definitiva, constituye un supuesto de acoso moral, tipificable y sancionable jurídicamente como tal, toda forma de agresión sistemática o reiterada (maltrato psicológico habitual) de una o varias personas contra otra persona, incluso contra otras, en el medio de trabajo, constituida por una secuencia de actuaciones hostiles, degradantes o intimidatorias, dirigida específicamente (o que tiene como resultado), romper sus redes de comunicación en el medio, aislándolo de su ambiente (“hacerle el vacío”), para reforzar su posición de dominio, jurídico (superior) o social (compañero), y al margen de la lesión concretamente alcanzada respecto a su salud física o psíquica.** Las prácticas violentas en el ámbito laboral que no reúnan estas características es claro que no serán lícitas, pero su sanción, incluso por lesión de la dignidad de la persona, deberá hacerse al margen de la respuesta al acoso moral.

Por lo que refiere a la posibilidad, utilidad o conveniencia de diferenciar uno o más conceptos jurídicos, en atención al ámbito normativo que haya de ser aplicado. En este sentido, es oportuno recordar que **toda situación de acoso moral comparte un núcleo mínimo y común de antijuricidad, incluso un mismo fundamento jurídico**. Pero, **resulta igualmente claro que cada sector tiene sus exigencias técnicas y precisa una delimitación parcialmente diferente**. En este sentido, es obvio que el área de relevancia del acoso moral a los efectos de la norma preventiva no puede ser el mismo que a efectos penales, exigiendo matices importantes. El acoso moral en el trabajo puede, pues, definirse desde distintas perspectivas.

En definitiva, como observamos, la definición no está aún de modo alguno cerrada y sigue habiendo discrepancias en torno a este concepto, que además no debería ni podría ser único para todos los ámbitos desde los que ya se puede, y se debe, intervenir, incluido por supuesto el penal. Teniendo en cuenta las experiencias de otros países en el que la mera descripción del acoso moral deja aún muchas incógnitas por resolver, se estima que en todo caso será necesario un mayor esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para llegar a una correcta aproximación de un concepto jurídico del acoso moral. Pero sí conviene advertir que el problema está más que en la identificación del concepto ó los conceptos, en la delimitación del TIPO o TIPOS, a través de los elementos que aquí se han considerado más relevantes y sobre los que se están centrando los pronunciamientos judiciales.

### **3. TIPIFICACIÓN JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DEL ACOSO MORAL.**

#### **3.1) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.**

La inherente dimensión constitucional de las situaciones de AML, y las debilidades de los demás procedimientos llevaría a convertir en preferente el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

Como es sabido, el art. 53.2 CE dispone que cualquier ciudadano podrá reclamar la tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios a través de un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad. La plasmación legal de este mandato constitucional por lo que se refiere al orden jurisdiccional social se halla en los arts. 177 y ss. LPL, que integran su Capítulo XI bajo la rúbrica “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

La doctrina conviene que este proceso es adecuado y especialmente idóneo para que los trabajadores puedan reaccionar judicialmente contra las conductas de acoso moral, en la medida en que estas conductas suponen un atentado al artículo 10 CE, hay que entender que los valores

recogidos en este artículo, quedan protegidos a la vez por el sistema especial de tutela señalado en el artículo 53.2 de la CE, y a otros posibles derechos del mismo rango fundamental.

Aunque el ET no menciona en su articulado todos los derechos fundamentales de los que el trabajador es titular durante el desarrollo de la relación laboral, lo cierto es que tales derechos se erigen, como límites negativos a los poderes empresariales derivados del deber de protección que el contrato de trabajo impone al empresario. La cláusula general ex art. 4.2.e del ET relativa a la consideración debida a la dignidad del trabajador, amén de otros derechos que se reconocen en dicho art., incorporan el respeto a los derechos fundamentales de trabajador como obligación del empresario dimanante del contrato de trabajo de suerte tal que su incumplimiento debe ser objeto de reclamación ante los tribunales laborales, sin que ello se oponga incluso el hecho de que la reclamación se efectúe una vez extinguida la relación laboral.

**Una relación de los derechos constitucionales que la doctrina considera que pueden verse vulnerados por las conductas de acoso moral puede quedar ordenada como sigue:**

#### **a) Integridad Moral art. 15 CE**

El acoso moral es una conducta que vulneraría el artículo 15 de la Constitución Española *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*, este artículo quiere garantizar la integridad personal, como incolumidad personal, es decir, *“que no ha sufrido daño o deterioro”*. El concepto de *“incolumidad personal”* es un concepto complejo, y de ahí que el derecho constitucional a la *«incolumidad personal»*, comprenda en realidad una pluralidad de derechos.

En primer término, *el derecho a la integridad física*, es decir, el derecho a no ser privado de ningún miembro u órgano corporal. En segundo lugar, *el derecho a la salud física y mental*, el derecho de la persona a no ser sometida a enfermedades que eliminen la salud. En tercer lugar, *el derecho al bienestar corporal y psíquico*, es decir, el derecho de la persona a que no se le hagan padecer sensaciones de dolor o sufrimiento. Por último, *el derecho a la propia apariencia personal*, o sea, el derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa.

#### **b) Principio de Igualdad y no Discriminación.**

El art. 14.1 CE dispone que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, contiene un doble contenido: 1) Declaración general de igualdad de ley, y 2) prohibición de discriminación apoyada en circunstancias específicas. *«La diferencia de trato debe tener un específico resultado, del que ha sido medio esa diferenciación, y que consiste en la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o menoscabe para el discriminado el goce de determinados derechos, que perjudique sus intereses o que grave las cargas»*. Por su parte, el ordenamiento laboral ha ampliado el elenco de causas discriminatorias, art. 4.2.c y 17.1 E.T.

#### **c) Derecho al Honor.**

En el artículo 18 de la Constitución Española, *«se garantiza el derecho al honor»*, que es un derecho constitucional laboral inespecífico, de los *«atribuidos con carácter general a los ciudadanos que al propio tiempo, son trabajadores y, por tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la relación jurídica en que se hacen valer»* El derecho del honor debe entenderse en dos vertientes, *«como persona individualmente considerada y en tanto que el trabajador, pues qué duda cabe que la proyección exterior de cómo se trabaja tiene una importancia extraordinaria no sólo en el bienestar propio, sino en materia de premisas tales como el empleo o el ascenso profesional. Finalmente, contemplando esta idea, basta traer a colación el denominador común en los ataques que a tal derecho se produzcan, «el desmerecimiento en la consideración ajena, como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas»*.

**d) Derecho a la Intimidad.**

Esta reconocido en el art. 18.1 CE, tanto la jurisprudencia constitucional como los Tribunales laborales se han pronunciado con asiduidad sobre los límites que este derecho y otros bienes constitucionales íntimamente conectados al mismo, el secreto de las comunicaciones y la denominada libertad informática y autodeterminación informativa (art. 18.3 y 4 CE) se imponen sobre los poderes empresariales. La jurisprudencia constitucional concibe el derecho a la intimidad como *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”* como puede ser el acceso a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador, ámbito que debe quedar protegido frente a las posibles extralimitaciones del empresario.

**e) Libertad de Expresión e Información.**

La doctrina a considerado que la libertad de expresión art. 20.1 CE es otro de lo derechos fundamentales que puede verse vulnerado con ocasión de las conductas de acoso moral. Concretamente se aduce que este derecho se ve comprometido cuando el acosador lleva a cabo comportamientos que rompen las redes de comunicación con sus compañeros y/o superiores para aislarle profesional y socialmente como una de las manifestaciones típicas del acoso.

**f) Libertad Ideológica.**

Desde la perspectiva de otro derecho fundamental, se considera que el acoso perpetrado a través del desprestigio de las convicciones políticas o religiosas de la víctima o de la imposición reiterada de tareas en contra de su conciencia supone una vulneración del art. 16 CE.

**g) Tutela Judicial Efectiva.**

Reconocido en el art. 24 CE. En efecto la jurisprudencia constitucional ha declarado en varias ocasiones la nulidad de aquellas decisiones extintivas de la relación laboral, que se entendían reveladoras de una actitud de represalia ante la acción judicial emprendida con anterioridad por parte del trabajador despedido. En esta línea, aunque con un objeto circunscrito a la tutela antidiscriminatoria, el art. 17.1 ET declara la nulidad de todas aquellas decisiones empresariales que supongan *“un trato desfavorable como reacción ante una reclamación efectuada ante la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación”*.

**h) Derecho al Trabajo.**

Tomando como referente el art. 35.1 CE. Se considera que en este precepto constitucional queda recogido un compendio mínimo de los derechos del trabajador en la relación laboral individual que, conjugados entre sí e interpretados de acuerdo con la afirmación de la dignidad de persona que preside el texto constitucional, son capaces de ofrecer un marco general de tutela contra el acoso moral. A ello se le añade que el acoso es susceptible, además de afectar de modo específico a algunos de los derechos laborales engarzados con ese precepto constitucional, tales como el derecho a la ocupación efectiva, a la promoción en el trabajo o a la estabilidad en el empleo. Relacionando el acoso moral y la vulneración del derecho al trabajo art. 35.1 CE por el hecho de que tal conducta lleva a menudo al trabajador a abandonar su puesto de trabajo, aunque sea a través de la vía prevista en el art. 50 ET, lográndose así uno de los objetivos que habitualmente se asocian a las conductas de acoso, su expulsión del puesto de trabajo, aunque sea de forma indemnizada quedándole, además vedada la facultad de optar por otra solución que le permita obtener el cese de la conducta de acoso y mantener vivo el vínculo contractual, porque no hay duda de que si algo está compensando la indemnización prevista para estos supuestos art. 50.2 ET, es precisamente la pérdida del empleo como consecuencia del incumplimiento empresarial.

**i) Reafirmación de la integridad moral como principal derecho fundamental vulnerado.**

La vulneración de los derechos anteriormente expuestos, dependerá de las circunstancias particulares apreciadas en cada caso concreto, **es importante resaltar que el derecho fundamental que en todo caso se ve vulnerado en las conductas de acoso moral laboral es la integridad moral art. 15 CE, anteriormente expuesto**

En primer lugar, a pesar de la notable indefinición que presenta la noción de integridad moral, las construcciones doctrinales coinciden en subrayar que los valores que se han querido proteger mediante su reconocimiento constitucional guardan una íntima conexión con una de las vertientes más esenciales de la dignidad humana. En la determinación de la esfera protegida por la integridad moral se produce a menudo un diálogo y solapamiento de distintos bienes jurídicos esenciales, sin que ello sea traba para afirmar que la integridad moral constituye un derecho subjetivo autónomo, tal como aparece proclamado en el art. 15 CE.

En segundo lugar, el significado del derecho a la integridad moral se adapta a la morfología del acoso moral, a su naturaleza de conducta prolongada en el tiempo y a su carácter “pluriforme”, pues no condiciona ni prejuzga la naturaleza de los comportamientos capaces de lesionar el bien jurídico tutelado

Y es que cabe entender, que tanto las conductas que objetiva y externamente se revelan como humillantes, cuanto aquellas otras que revestidas de una apariencia y/o finalidad lícita hagan de la persona un mero instrumento u objeto, menoscaban, en ambos casos, la integridad moral.

En tercer y último lugar, el grado de protección judicial que cabe otorgar a la integridad moral es dada la ubicación de su reconocimiento en el texto constitucional, el máximo que hay previsto en nuestro ordenamiento jurídico (art. 53.2 CE)

### **3.2) ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.**

Una conducta de acoso moral en el trabajo estaría en contra de los derechos reconocidos en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores, a «su integridad física», «al respeto de su intimidad», a «la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual», a «la ocupación efectiva».

Aunado a esta norma, le acompañan los siguientes preceptos del Estatuto de los Trabajadores:

- a) Artículo 8.3, el derecho que tiene el trabajador a que se salvaguarde su intimidad personal al entregársele copia básica del contrato de trabajo a los representantes de los trabajadores;
- b) Artículo 18, determina las salvaguardas legales al practicarse un registro sobre la persona del trabajador, sus taquillas o efectos personales;
- c) Artículo 20.3, establece los límites a las facultades de vigilancia y control ejercidas por el empresario para controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales;
- d) Artículo 39.3, en ningún caso se podrá realizar la movilidad funcional de forma que menoscabe la dignidad del trabajador;
- e) Artículo 41, sin un procedimiento especial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

### **3.3) LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Se desarrolla en el punto 4 del trabajo como tutela disuasoria-reponedora.

### **3.4) LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.**

La exposición de motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, manifiesta la obligación que tienen los empresarios de elaborar una política de seguridad y salud en el trabajo, encuadrando una planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, incluyendo las respectivas evaluaciones de riesgos que servirán para las acciones preventivas

adecuadas con el nivel de riesgo que se detecte. Señala entre los daños derivados del trabajo «*las enfermedades, patológicas o lesiones sufridas con motivo u ocasión de trabajo*». Como puede observarse es una definición amplia, que encuadra cualquier estado que afecte al trabajador, tanto físico, mental y social.

En este sentido el acoso moral, como riesgo psicosocial, se debe encuadrar en las materias señaladas en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, imponiendo la necesidad de recoger cuantas medidas sean posible, con el fin de evitar factores de riesgos en el lugar de trabajo, poniendo en peligro la salud psíquica de las personas, **«la normativa preventiva no impone que se actualice materialmente en una alteración de la salud, sino que basta la posibilidad de que ello pueda ocurrir como consecuencia de la exposición de los trabajadores a algún factor de riesgo presente en el lugar de trabajo»**.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala la obligación del empresario de prevenir las lesiones de cualquier tipo del acoso moral, incluso en los supuestos que el acoso provenga de persona distinta al empresario, solucionándolo como otro riesgo laboral, valorando el riesgo real, y adoptando las medidas necesarias para evitar que se efectúe el daño a los trabajadores. El ordenamiento preventivo español, en relación a su inefectividad, así como los aspectos más básicos y tradicionales, pese al notorio esfuerzo desplegado y a la alarma social existentes, sin que por ello nadie dude de la vigencia de este sistema, hay que destacar que la obligación general de protección que pesa sobre el empleador es lo suficientemente amplia y flexible como para integrar, sin forzatura alguna, la evaluación, planificación y protección frente a cualquier forma de violencia psicológica en la organización del trabajo.

**Las conductas de acoso en el trabajo atentan contra los derechos fundamentales de los trabajadores y contra el derecho a su salud. Deben. La tarea Básica del servicio de prevención debe enfocarse en que se cumpla la ley de prevención de riesgos laborales:**

- **Que los riesgos psicosociales se consideran como riesgos profesionales.**
- **Que se identifiquen, eliminen, o evalúen y controlen.**
- **Que se pongan en marcha en la empresa los mecanismos preventivos que el conocimiento técnico recomiende, estos mecanismos deben estar planificados, ser concretos en cuanto a plazo y responsables de ejecución.**

Sin embargo, los componentes subjetivos inherentes al acoso moral hacen que la eficacia de este tipo de medidas quede bastante en entredicho, por ello las medidas técnico-organizativas que se planifiquen y adopten como resultado de la evaluación de riesgos difícilmente podrán eliminar por completo o controlar de forma óptima el riesgo de acoso moral. En el ámbito comunitario, aunque se considera que la prevención del acoso queda incluida en el marco general del derecho a la seguridad y salud, la opción de política del derecho que ha primado es la de no reglamentar obligaciones específicas de carácter técnico-organizativo, cediendo el protagonismo a la autonomía colectiva y a la responsabilidad social de la empresas e intentado impulsar otro tipo de medidas dirigidas sobre todo al establecimiento de cauces que permitan denunciar estas conductas y gestionar los conflictos interpersonales en el interior de la empresa. En esta dirección también apuntan las recomendaciones hechas desde la OIT y clara manifestación en este sentido es el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, cuyo contenido ha sido reproducido en nuestro país por el AINC 2008. por ahora, sin embargo, la previsión en la negociación colectiva española de cláusulas que obliguen a las empresas a adoptar medidas en este sentido es todavía algo incipiente y cabe exigir un mayor esfuerzo a los agentes sociales para que los contenidos negociados tengan un auténtico valor jurídico preventivo y no se conformen con meras cláusulas programáticas.

La denominada Ley de igualdad LO 3/2007, parece haber impuesto a las empresas obligaciones en este sentido por lo que se refiere a la prevención del acoso sexual arts. 46.2 y 48.1, y pretende promover a través de la negociación colectiva la efectiva implantación de tales procedimientos de

denuncia, no tiene sentido que ello no se haga extensible a los trabajadores acosados por cualquier otro motivo.

### **3.5) LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL (LISOS).**

Con respecto a la responsabilidad administrativa, a pesar de la ausencia de una referencia al acoso moral en la normativa sancionadora, el art.8 de la LISOS. *Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales.*

Además su tipificación como infracción muy grave conforme al artículo 8.11 de la LISOS también resultaría factible de manera alternativa siguiendo las normas del concurso de conductas infractoras, la tipificación como muy grave de los actos del empresario contrarios a la dignidad del trabajador, puede resultar aplicable a los supuestos de acoso moral, y así lo ha confirmado la doctrina judicial. Sin embargo no toda conducta de acoso puede ser sancionada a través de esta infracción, pues la misma se refiere literalmente a los actos del empresario, de modo que del art. 8.11 LISOS quedarían excluidas conductas de acoso que únicamente fuesen imputables a la empresa a título de omisión de su deber de protección, aunque cabe predicar que en aquellos casos en que, aunque el acoso moral no haya sido cometido por el empresario persona física o los inmediatos representantes de la empresa, persona jurídica, si que se pueda imputar al ejercicio activo de los poderes empresariales llevado a cabo por trabajadores con facultades delegadas por la empresa.

También cabe la sanción, si mediara como una de las conductas del acoso el impago del salario debido, o conforme a los artículos 8.5 y 8.6. si la víctima o víctimas tuvieran la condición de representantes sindicales, o conforme al artículo 8.12, si las decisiones del empresario implicaran una discriminación hacia la persona agredida por alguno de los motivos previstos en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, o por último, conforme al artículo 8.13. LISOS si además del acoso moral mediara también un acoso sexual hacia la víctima.

### **3.6) CÓDIGO CIVIL.**

La tutela en el orden civil frente al acoso moral laboral ha sido una vía que en el pasado seguía un significativo número de trabajadores víctimas de acoso, y sus defensas, ante la insuficiencia de la tutela laboral para obtener la reparación del daño derivado de un proceso de AML, al permanecer anclada en el principio de reparación tasada.

Las fuertes resistencias de la jurisdicción laboral a evolucionar en un sentido más acorde con los cambios experimentados por el derecho de daños a la persona y el atrincheramiento de ésta en viejas y mercantilistas posiciones típicas de una lectura “pro-empresario”, ha sido quebrado por razones excepcionales, como la apertura a la indemnización complementaria cuando se invocan derechos fundamentales, es otro caldo de cultivo especialmente abonado para emprender la aventura de la lucha por el derecho fuera del que se entiende “orden natural de protección de los trabajadores y pedir justicia social en un orden distinto, aunque sea el tradicionalmente considerado esquivo y perjudicial para los trabajadores, civil.

En el Título XVI, Capítulo II, en especial los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la víctima podía pedir acciones de responsabilidad extracontractual contra el agresor, en caso de padecer acoso moral. El problema se presentaba de modo análogo a lo que sucedía en general con la referida situación respecto de los accidentes de trabajo, entre los que sin duda se encuentran las conductas de acoso moral que producen daños a la salud psíquica del trabajador.

Los supuestos básicos en los que era posible plantear tal acción eran:

a) El acoso sufrido por el trabajador proveniente de la conducta violenta de un tercero ajeno a la empresa, como puede ser un cliente, un contratista, etc.

b) El acoso sufrido por el trabajador por la conducta lesiva de uno o varios compañeros de trabajo, si se decidía demandar únicamente a éstos como autores del acoso.

c) El daño producido a un trabajador por un acoso imputable al empleador en un marco de relaciones obligatorias que desborda el estricto contrato de trabajo.

En estos casos la jurisprudencia había sostenido la compatibilidad de vías indemnizatorias cuando están en juego derechos fundamentales de la persona, como la integridad personal, la no discriminación y el desarrollo de la personalidad. En este caso, la competencia de la jurisdicción Civil para conocer esta controversia judicial se ha justificado porque:

*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 culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado.*

La evolución legislativa, social y doctrinal, ha llevado a entender que el ámbito natural de tutela frente al acoso se sitúa en el orden jurisdiccional social, y así se proyecta en la nueva LRJS que convierte al orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y derechos fundamentales laborales. En esta ley la asignación de competencias del orden social se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso sus reclamaciones en este orden en igualdad de condiciones, que los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad por daños sufridos como consecuencia del acoso en el lugar de trabajo.

### 3.7) CÓDIGO PENAL.

La aplicación del Derecho penal está anclada en principios básicos entre estos principios destacan los de “integridad mínima” y “taxatividad de los tipos penales”, que imponen una lectura de carácter restrictivo, “de forma que la sanción penal quede reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves”. La conducta debe ser especialmente grave, por su intensidad y duración. No bastaría con un acoso ambiental, sino que se precisa una intencionalidad agresora del valor de la persona, “una situación absolutamente denigrante”.

A efectos jurídico penales, debe entenderse por delito de AML: *“el maltrato continuado y deliberado que, realizado mediante una posición de dominio jurídico, social o fáctico en el seno de una organización de trabajo y consistente en la degradación del ambiente laboral o profesional de uno o varios trabajadores, atenta gravemente contra su derecho a la integridad moral”.*

Así el concepto jurídico penal de AML lleva a la siguiente caracterización:

- 1º El carácter continuado o reiterado de la conducta.
- 2º La intencionalidad o dolo. Por tratarse de una conducta con relevancia penal, procede exigir un plan o programa orientado a la destrucción psico-física y moral de la persona.
- 3º La lesión efectiva y grave de la integridad moral. Representa la necesidad de un daño específico a raíz de los actos de hostilidad, pero admite varios grados de consumación.

El problema que existe es que no hay un tipo específico penal, sino, un amplio catálogo de tipos penales por los que reconducir esta acción. La complejidad y pluriofensividad en tal situación se puede encuadrar como lesiones, amenazas, coacciones, ataques contra la integridad moral, contra la intimidad, calumnias e injurias señaladas en los artículos 147, 160, 170, 173, 197, 205 y 208 respectivamente del prenombrado Código. Preocupa el identificar el tipo penal más adecuado, si en el ámbito laboral, como veremos, el gran problema es acertar en la acción a seguir, por sus diferentes consecuencias y distinto grado de viabilidad, en el ámbito penal la cuestión central se localiza en la adecuada selección del tipo penal.

Es el tipo penal del art. 173 CP, el delito contra la integridad moral, el que cuenta con un mayor predicamento, entre Fiscalías y Tribunales Penales, hasta el punto que existe un claro proceso de decantación por el mismo, conforme a tal precepto: *el que inflingiere un trato degradante,*

*menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años*”. ( Art. único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal).

Así como el tipo agravado del art. 175 CP cuando se trate de AAPP “ *la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo... atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años si... fuera grave y ... 6 meses a 2 años si no lo es. Se impondrá... además inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 4 años.*

El delito del art. 173 operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre, en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego la conducta enjuiciada no pueda subsumirse en otras figuras más específicas de CP que impliquen también un atentado contra la dignidad. La posibilidad de hacer frente desde la intervención penal a los procesos de acoso moral a través de él y la opción de política legislativa actual de configurar este tipo como el referente para toda forma de ejercicio de violencia psíquica en cualquier ámbito de convivencia social, medie o no relación contractual, pone de manifiesto esta evolución positiva

Otro problema es de calificación penal, es el determinar cuándo estamos ante un delito del art. 173 CP y cuando ante una falta “*de vejaciones injustas*” ex art. 620.2 CP la cuestión se plantea en el plano teórico, dado que la dogmática y jurisprudencia penales evidencian una “*conexión ontológica*” entre falta y delito, en el plano práctico, porque existe una clara tendencia a condenar por falta y no por delito, haciendo de la falta el tipo básico para sancionar el AML.

La tutela penal puede dirigirse contra cualquier modalidad de AML (bossing, acoso horizontal o de compañeros). Afecta pues a toda relación de servicios, laboral o no, pues no existe especificidad profesional, salvo que se produzca por funcionarios, siendo de aplicación el art. 175 CP.

El art. 131 CP establece un plazo de prescripción de 3 años para el tipo básico o residual (art 173 CP) y 5 años para el tipo más agravado de los funcionarios públicos. El cómputo del plazo prescriptivo se iniciará a partir de la consumación del último acto de acoso.

Son escasas las sentencias penales condenatorias por delito cuando se denuncia AML, pero es manifiesto que en el orden penal se ha producido una importante evolución. **Los pasos principales de este lento pero esperanzador caminar hacia una nueva etapa, tiene la protección de la integridad moral y la salud psíquica de todas las personas, pueden resumirse del siguiente modo:**

- a) Clarificación del tipo penal.
- b) El impulso del proceso de investigación judicial en términos más amplios y completos. Puede ser debatido en la Jurisdicción Laboral, y también debe ser perseguido por la Jurisdicción Penal, cuando las conductas puedan subsumirse en los tipos penales
- c) Concienciación sobre el reproche que merecen estas conductas.
- d) Se trata de un delito perseguible de oficio, incluso aunque renuncie la víctima o pudieran llegar a acuerdos indemnizatorios.

### **III. LA TUTELA SOCIO LABORAL FRENTE AL ACOSO**

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social modifica el tratamiento del acoso.

El mayor problema ha sido la elevada gama de opciones sustantivas, procesales y de distintos ordenes (civil, penal, contencioso administrativo) que ha habido para impetrar justicia social. Y así lo expresa en su exposición de motivos:

*“La necesidad de consolidar el ámbito material del orden social también se ha hecho patente en la práctica jurisdiccional, donde han sido frecuentes los conflictos dimanados de la heterogeneidad en las resoluciones de órganos judiciales inscritos en órdenes distintos. Esto se ha debido fundamentalmente a la disgregación del conocimiento de determinadas y esenciales materias*

*sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, como la contencioso-administrativa o la civil. He aquí las dificultades que han generado el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», que provocaba hasta ahora graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de los derechos de las personas».*

Parte de estas garantías eran compatibles y se planteaban de modo acumulativo, trayendo causa de la poli o multi-ofensividad de la conducta, que afecta a diferentes bienes jurídicos o derechos protegidos.

La LRJS intenta racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales, asimismo, se pretenden superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada. Estos problemas son incompatibles con los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como con el funcionamiento eficiente del sistema socioeconómico.

La ordenación de las materias objeto de conocimiento de orden social se lleva a cabo en los tres primeros artículos de la ley, donde cabe destacar:

**En materia de prevención de riesgos laborales art. 2.e:**

- Todas las cuestiones litigiosas relativas a los **accidentes de trabajo**, (como se ha dicho anteriormente el AML es calificado de accidente de trabajo) enjuiciando a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador, en el marco laboral o en conexión directa con él.

**En materia de derechos fundamentales y libertades públicas art.2.f:**

- El orden social es el principal garante de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de la relación de trabajo. Ejemplo: casos de acoso laboral.

- Conocerá de todas las pretensiones deducidas contra el empresario o terceros, siempre que la actuación de estos últimos tenga conexión con la relación laboral.

Así pues, la jurisdicción social será competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. En este punto la Ley sigue al pacto social concretado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), así como a un amplio consenso de la doctrina científica.

Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y de todos los trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo (funcionarios, laborales, estatutarios). Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso.

**FORMAS DE TUTELA JURÍDICO-LABORAL CONTRA EL AML.**

Una labor de la defensa jurídica es elegir adecuadamente las mejores opciones de acción judicial. Acertar en la acción a seguir es importante, por sus diferentes consecuencias y distinto grado de viabilidad.

Pero en todo caso la elección de la vía o vías óptimas tendrá que tener en cuenta diversos aspectos como son:

- Las concretas circunstancias de hechos concurrentes en cada caso.
- Los derechos que se pongan en juego de modo efectivo en cada supuesto.

- La capacidad probatoria de cada actuación concreta.
- La pretensión esgrimida con cada acción.

**La multiofensividad** del AML admite y exige, una triple vía de tutela:

A) **Preventiva**, en cuanto riesgo laboral de origen psicosocial que es.

B) **Reparadora** tanto en vía laboral x incumplimiento grave de los deberes de conducta protección del empleador, como en seguridad social, por cuanto accidente de trabajo.

C) **Sancionadora**, en cuanto ilícito punible, en sede administrativa (infracción muy grave), penal (es un delito), y también en la vía disciplinaria (infracción de la paz laboral u orden de convivencia empresarial).

#### **CUADRO DE ACCIONES JUDICIALES:**

<p><b>1. LA TUTELA DÉBIL:</b> Salida inducida por vías extintivo-resolutorias:</p> <p><b>1.1) Acción ordinaria del art 50 ET de resolución contrato por incumplimiento empresarial grave.</b></p> <p><b>1.2 Acción mixta de resolución de contrato de trabajo con tutela a derechos fundamentales</b> ex artículo 50.1 del ET, en relación con los artículos 177 y siguientes de la LRJS.</p> <p><b>1.3 Impugnación de la exclusión empresarial:</b> acción de despido.</p> <p><b>2. LA TUTELA FUERTE:</b> El derecho de resistencia mediante el procedimiento especial de derechos fundamentales art. 177 a 184 LRJS.</p> <p><b>3. LA COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA.</b></p> <p><b>4. LA TUTELA DISUASORIA-REPARADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.</b></p>
--

#### **1. LA TUTELA DEBIL.**

##### **1.1) LA ACCIÓN ORDINARIA DEL ART 50, Acción de resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimiento empresarial grave.**

EL ET en su art. 50.1 dice:

Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

a) *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador..*

b) *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

c) *Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

Ha sido la solución más utilizada para recabar la tutela judicial en los supuestos de acoso moral, aunque ello pueda ser percibido como una cierta derrota ante este tipo de conductas, que desde un punto de vista psicosocial se caracterizan a menudo como una estrategia dirigida a buscar la autoexclusión del trabajador, lo cierto es que la resolución de la relación laboral supone una salida

con condiciones, el trabajador pone fin a la situación de acoso, evita tener que volver a reintegrarse en el mismo ámbito laboral y se ve compensado, en mayor o menor medida, por el incumplimiento empresarial que le ha llevado a desistir de la relación laboral con la consecuente pérdida de empleo.

Hay que reparar sobre todo en el significado de la causa extintiva del art.50.1 a) ET que aunque alude a la dignidad del trabajador queda conectada esencialmente a la tutela de su profesionalidad, protegiéndolo frente a unos perjuicios propios de la órbita estricta del contrato de trabajo. Cabe afirmar en este sentido que la tutela de la profesionalidad del trabajador es una tutela objetiva, pues por encima de las necesidades empresariales están ciertos intereses del trabajador a no ver rebajado su estatus profesional y a desarrollar las habilidades y conocimientos correspondientes a su cualificación profesional, ello permite reducir ese margen de discrecionalidad de los poderes empresariales, que a menudo es utilizado para llevar a cabo conductas de acoso moral y por ello las formas de tutela de la profesionalidad del trabajador y las que se pueden utilizar frente al acoso pueden coincidir. Así lo pone de relieve el hecho de que el art. 50.1 a) ET venga siendo bastante invocado en las demandas que solicitan la extinción contractual alegando una conducta de acoso moral

La principal ventaja que ofrece esta vía es que para extinguir el contrato con derecho a la indemnización correspondiente, no es estrictamente necesario que quede probada una conducta de acoso moral contraria a derechos fundamentales, sino que bastará con un incumplimiento contractual del empresario que tenga cabida en cualquiera de las causas previstas en el art. 50.1 ET y al mismo tiempo, la amplitud con la que se formula la causa extintiva prevista en el apartado c) que se refiere a cualquier incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, permite incardinar en ella aquellos comportamientos que aisladamente examinados no revisten gravedad suficiente para estimar la pretensión extintiva si bien valorados de forma conjunta llevan a declarar constatada una conducta de acoso moral.

El artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores establece *“que el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, es decir, a una indemnización de treinta y tres días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de veinticuatro”*, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 a del mismo cuerpo legal.

Por lo demás a través de esta causa, también se puede obtener la resolución indemnizada del contrato cuando el acoso no se pueda imputar directamente al empresario, pero si a una omisión de su deber de protección.

### **1.2) ACCIÓN MIXTA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO CON TUTELA A DERECHOS FUNDAMENTALES ex artículo 50.1 del ET, en relación con los artículos 177 a 184 de la LRJS.**

**La acumulación de ambas acciones en un mismo proceso tiene respaldo del TS** (Sentencias de 29 de junio de 2001, de 23 de marzo de 2000, de 17 de mayo de 2006 y de 7 de febrero de 2007, entre otras) **y de la doctrina del TCO**, pues ambos se han pronunciado en un sentido favorable a la extrapolación de las garantías previstas para el proceso de tutela a otros procesos distintos en que se ventile la eventual vulneración de un derecho fundamental. Se ha dado a conocer, así, la denominada **“tesis integrativa” de la jurisprudencia enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral**, así mismo, en la LRJS, el legislador ha asumido estas tendencias en el art. 178.2 de este precepto, en relación con el art. 184 LRJS en materia de acumulación de las pretensiones de tutela a otras modalidades procesales como son las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo.

Y es que el peso de las razones funcionales que justifican que determinadas demandas de tutela de derechos fundamentales se deban tramitar a través de otras modalidades procesales, no era suficiente para disipar las dudas de constitucionalidad y legalidad ordinaria que planeaban sobre el

art. 182 LPL. También por lo que se refiere a la acción resolutoria ex art. 50 ET **la doctrina ha entendido que, siendo el proceso ordinario el cauce por el que se deben tramitar, en él deberán integrarse las garantías y especialidades propias del proceso de tutela cuando la pretensión extintiva se base en la lesión de un derecho fundamental, como la preferencia y sumariedad y del proceso, la posibilidad de interesar medidas cautelares, ejecutividad de la sentencia de instancia, inversión de la carga de la prueba, la intervención del ministerio fiscal, la ejecutividad inmediata de la sentencia, etc.** Y en tal supuesto, el órgano judicial deberá realizar un control previo para comprobar que el alegato de derechos fundamentales no carezca de toda base real y que su introducción en la demanda pueda obedecer al exclusivo fin de que la pretensión reciba un tratamiento procesal privilegiado. Fuera de este supuesto, en que la invocación del derecho fundamental podrá considerarse en fraude de ley, si finalmente se entendiese que no concurre una conducta de acoso atentatoria de los derechos fundamentales, mas se estimase la acción resolutoria por alguna otra causa de legalidad ordinaria, no cabe descartar que la parte demandada pudiera instar a través del recurso de suplicación la nulidad de actuaciones sobre la base de la posible indefensión que le pudiera haber causado el acortamiento de plazos.

El art. 50.1 habla de "*causas justas par que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo*", lo que ha sido interpretado jurisprudencialmente como que se confiere al trabajador, no un derecho a rescindir directamente la relación laboral, sino a solicitar su extinción al juez. Por ello, la sentencia que declara la resolución contractual tiene carácter constitutivo, de suerte tal que es esa sentencia, y no la mera voluntad extintiva del trabajador, es la que da derecho a la indemnización prevista en el art. 50.2 ET y en consecuencia, el contrato no sólo ha de estar vivo en el momento de instarse la acción sino también cuando se dicte sentencia, por lo que la continuidad del trabajador en la prestación de servicios durante la tramitación del proceso, constituye un auténtico requisito para la estimación judicial de la resolución indemnizada del contrato de trabajo.

**La jurisprudencia ha venido estableciendo excepciones a esta regla general que impone seguir prestando servicios.** Se ha venido entendiendo, en efecto, que en supuestos excepcionales el trabajador puede instar la resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo, por ejemplo, cuando es objeto de malos tratos de palabra u obra o se dan otras situaciones e las que concurre un notorio riesgo para su integridad física y/o dignidad, poniéndose de manifiesto que la convivencia laboral resulta muy difícil y genera una situación insostenible para el trabajador.

La aplicación de esta jurisprudencia se acomoda perfectamente a los supuestos de acoso moral, y en los siguientes apartados se da buena cuenta de ello.

### **1.2.1 PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN COMO CONSECUENCIA DE LA AUTOEXCLUSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL ART. 50 ET.**

a) 1º El primer escollo a salvar es la obligación de permanencia en la actividad durante la tramitación del procedimiento, incluso hasta la firmeza de sentencia. Para solventar este inconveniente, actualmente el trabajador tiene la posibilidad de:

- Cursar la adopción de medidas cautelares.
- Cursar al amparo de la situación de desempleo.

**- CURSAR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES QUE ANTICIPEN EL RESULTADO EXTINTIVO.** Esta novedad, introducida por la LRJS tiene mucha importancia, ya que hace tiempo que la doctrina venía señalando que uno de los problemas que pedían una mirada nueva son los que **rodean la conocida exigencia de que el vínculo contractual se mantenga en vigor en tanto el procedimiento extintivo se sustancia y que era preciso establecer mecanismos que permitieran obviar esta exigencia de modo fiable.**

Como se sabe, de la exigencia de que el vínculo contractual se mantenga en vigor deriva la consecuente exigencia de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo. Esta regla general, como también es conocido, tiene una excepción que se puede formular diciendo que sólo en los

casos en los que la continuidad en el desempeño de la actividad laboral deviene insostenible, admite la jurisprudencia la interrupción de la prestación laboral.

En el marco jurídico en el que se desenvuelve esta posibilidad de que el trabajador deje de prestar trabajo genera una situación de notable desprotección ya que, pese a que la jurisprudencia reiteradamente se refiere a esta ausencia del trabajador calificándola de “interrupción”, es claro que la situación no tiene encaje ni en los supuestos interruptivos del contrato de trabajo, ni tampoco en los casos de suspensión contractual. Por eso, tampoco sus efectos se asemejan en nada a los que se anudan de ordinario a la finalización de un periodo de suspensión o interrupción del contrato. Más bien todo lo contrario, porque a tenor de las consecuencias, dar el paso de no prestar trabajo, es realmente un ejercicio de riesgo que la lectura de la jurisprudencia ilustra muy bien, en efecto, si lo que a juicio del trabajador amparaba la no prestación de trabajo, no tiene –a juicio del juzgador- la entidad suficiente para ello, la pretensión resolutoria será desestimada por entender que las ausencias configuraron un abandono y la consecuente extinción contractual.

Además la insuficiencia de la norma en este punto se hizo especialmente visible en las demandas extintivas por acoso laboral porque, al dramático contexto que caracteriza estas situaciones, ha de sumarse la asunción del riesgo que encierra la decisión de no prestar trabajo. Cuando se podía el riesgo se obviaba por el procedimiento de hacer que la interrupción cursase al amparo de una baja por incapacidad IT (lo que es frecuente en los casos de acoso laboral) pero cuando ello no era posible, sólo quedaba el recurso a una vía no exenta de polémica: la medida cautelar adoptada judicialmente al amparo del 726 LEC o del artículo 178 LPL (haciendo de este una interpretación extensiva).

Dibujado a trazo grueso el panorama existente, se comprende fácilmente la importancia de que la LRJS contemple la posibilidad de que el trabajador, pueda solicitar la adopción de las medidas cautelares previstas en el art. 180 LRJS.

**La aplicación del art. 180 LRJS** Es destacable la importancia de estas medidas que conllevan el control judicial de la tutela del sujeto que sufre acoso. En particular, merece especial interés la primera de ellas relativa a la suspensión del contrato **o la exoneración de la prestación de servicios**. Medida que ha de ponerse en relación con lo previsto por el art. 79.7 LRJS en relación con el ejercicio de la acción de extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET en los supuestos de acoso:

*“En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia”.*

En este precepto se especifica que en todo caso **se mantendrá la obligación empresarial de cotizar y abonar los salarios correspondientes al tiempo no trabajado**, lo que resuelve cualquier duda que pudiera suscitar el alcance de la dicción literal del precepto que nos ocupa sobre la referencia tanto a la suspensión como a la exoneración de la prestación de los servicios

Sentada la importancia de esta nueva regulación, es preciso reconocer que su plasmación presenta imprecisiones y deficiencias que, sin duda, generarán más de un problema aplicativo. En efecto, ya es de prever que la delimitación del supuesto de hecho genere cierta controversia porque la previsión actúa sólo **“en los casos en que se justifique”** que la conducta del empresario genera determinadas consecuencias en los derechos del trabajador y la delimitación de esas consecuencias

es poco precisa. Así, en cada caso, será necesario evaluar si la conducta del empresario “*perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador*” o “*puede comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas*” o implica “*consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior*” pues **sólo en estos casos podrá solicitarse la adopción de una medida cautelar**. Si bien se mira, el presupuesto de hecho que el precepto describe coincide, en esencia, con las excepciones a la norma general de permanencia en la prestación de servicios que la jurisprudencia ha venido elaborando desde la entrada en vigor del ET.

No obstante se ha paliado la deficiente situación anterior, y la nueva ley proporcionará seguridad jurídica al trabajador, que ya se venía demandando.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que, la medida cautelar cumple su ciclo una vez se dicta la sentencia de instancia pero, en ese momento, no necesariamente finaliza el problema que la medida cautelar viene a solventar porque, **si la sentencia es recurrida, para el trabajador persiste la obligación de prestar trabajo mientras el recurso se sustancia**. Y ello es así, como se sabe, aunque la sentencia fuera estimatoria y fuera el empresario quien recurriese, en este caso la obligación de permanencia en la prestación de trabajo se torna especialmente gravosa para el trabajador, porque su pretensión tiene apariencia de certidumbre y el recurso es un proceso largo susceptible ser utilizado con finalidad dilatoria por la empresa que puede encontrar en esta situación el perfecto caldo de cultivo para obtener transacciones extrajudiciales.

#### - CURSAR AL AMPARO DE LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO

En caso de **haber obtenido UNA SENTENCIA FAVORABLE y estar pendiente de recurso**, la LRJS que en su art. 303.3, regula la ejecución provisional de otras modalidades procesales distintas del despido, estableciendo que, cuando el trabajador obtenga una sentencia estimatoria y el empresario recurra, “*sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse*” **el trabajador podrá optar entre seguir prestando servicios o dejar de prestarlos “quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario”**. Para que ello sea así, **no es preciso que la acción resolutoria encuentre su fundamento en determinadas conductas empresariales** (como ocurre para poder solicitar medidas cautelares en la instancia) **sino que estas previsiones operan ante la sentencia estimatoria de instancia, fuese cual fuese el motivo en el que la acción resolutoria ex art. 50 ET encontrara su fundamento**.

Así pues, la posibilidad de que el trabajador no preste trabajo durante la sustanciación del recurso puede cursar al amparo de la medida cautelar o puede cursar al amparo de la situación de desempleo.

##### El resultado del recurso:

a) **Si la sentencia estimatoria se confirma** y en el caso de que el trabajador haya optado por continuar en la prestación de trabajo mientras se sustancia el recurso, tendrá como efecto la extinción de la relación.

b) **Si la sentencia se revoca y es desestimada la solicitud de extinción contractual** y en el caso de que el trabajador haya optado por continuar en la prestación de trabajo durante el recurso, el trabajador deberá continuar en la relación de trabajo.

Pero si durante el recurso el trabajador hubiera optado por dejar de prestar servicios y percibir la prestación por desempleo, **el art. 303.3 LRJS establece el procedimiento a seguir para la reincorporación del trabajador y los efectos que la firmeza de la sentencia despliega sobre la prestación por desempleo que hubiera podido percibir durante el recurso**.

b.1 **Así por lo que respecta a la readmisión del trabajador**, el precepto establece que “*en los diez días siguientes a la notificación de la sentencia deberá el empresario comunicar al trabajador la fecha de reincorporación que se llevará a efecto en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito. Si el trabajador no se reincorporase quedará extinguido definitivamente el contrato*”,

b.2 **Por lo que respecta a la prestación por desempleo percibida durante la sustanciación del recurso**, el citado precepto a previsto el modo de que el trabajador no tenga que soportar el efecto del consumo de la prestación percibida estableciendo que *“a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada”*.

2º La segunda resistencia a vencer tiene que ver con el **carácter tasado de la indemnización por extinción o autodespido inducido por incumplimiento empresarial previo ex art 50 ET y su compatibilidad con la tutela indemnizatoria de los derechos fundamentales.**

De acuerdo con el art. 50.2 ET, cuando judicialmente se estime la extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas señaladas en el art. 50.1 ET el trabajador tendrá derecho a la indemnización que legalmente se prevé para el despido improcedente, esto **es 33 días de salario del trabajador** por año de servicio **con un tope de 24 mensualidades** (art. 56.1 ET). Resaltar aquí el carácter tasado que el legislador ha querido imprimir a esta indemnización, negando margen alguno de discrecionalidad al juzgador en la determinación del montante indemnizatorio.

**En cuanto al salario regulador de la indemnización** el criterio mantenido por la jurisprudencia es que el salario ha tener en cuenta será aquel que el trabajador tuviera derecho a percibir en el momento de la extinción y no el que efectivamente estuviera percibiendo, evitándose así que los incumplimientos empresariales afecten al importe indemnizatorio. Por lo demás, puesto que para calcular la indemnización se tiene que determinar el salario diario, la jurisprudencia ha entendido que dicho salario es el resultado de dividir el salario anual exactamente por 365 días, incluyendo todas las retribuciones, fijas y variables, percibidas durante ese período.

**Por lo que se refiere al tiempo de prestación de servicios**, la indemnización deberá ser calculada teniendo en cuenta también aquella parte proporcional del tiempo trabajado que no alcance a un año de servicio (art. 53.61.a) ET. Por ello en caso de que la sentencia estimatoria de la acción resolutoria sea recurrida y tal pronunciamiento se confirmase en fase de recurso, se deberá volver a fijar la indemnización teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la primera sentencia, pues durante ese tiempo la relación se ha mantenido viva, computando a efectos de antigüedad.

La cuestión más espinosa que se ha planteado con respecto a los efectos económicos de la resolución del contrato de trabajo art. 50 ET en los supuestos de acoso moral es la relativa al posible reconocimiento de una indemnización adicional a la legalmente prevista.

**Según la postura mantenida tradicionalmente**, el carácter tasado de la indemnización exime al trabajador de acreditar la cuantía de los daños, pues el legislador presume los mismos y su cuantía, lo que tenía como consecuencia inmediata un efecto absorción sobre cualquier otra indemnización que se reclamase por los mismos hechos que hubiesen llevado a estimar la acción resolutoria. No obstante conviene reseñar la evolución de la doctrina jurisprudencial en esta materia. **Así la STS 11-3-2004** manifiesta su discrepancia con el criterio general arguyendo *“que la indemnización prevista en el art. 50.2 ET repara exclusivamente el daño producido por la pérdida de empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, pero no los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado que son daños distintos, tienen plena autonomía y han de ser objeto de reparación independiente”*. Las divergencias en la doctrina judicial no cesaron y después en la **STS 7-2-2007**, se reconoce *“que una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable sea la de extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles”*, como, así, se infiere de lo establecido en el art. 180.1 LPL.

Tras este recorrido jurisprudencial, la excepción se reconoce si está en juego un derecho fundamental, como es el caso de acoso moral, pues de ser acreditada tal conducta queda claro que se habrá vulnerado, como mínimo, un derecho fundamental, la integridad moral ex art. 15 CE, que es el presupuesto para que, ante la reclamación de una indemnización el juez *iura novit curia* haga entrar en juego la previsión del art. 180.1 LPL.

Visto que la solución acogida por el TS era posible desde hace tiempo a través de una interpretación integradora de la acción extintiva ex art. 50.1 ET, el legislador introdujo en la Ley 51/2003 la compatibilidad de indemnizaciones en los supuestos de acoso moral que se ha venido defendiendo a partir de una interpretación analógica de lo previsto en su art. 18.2 en relación a la tutela judicial frente a la discriminación por razones de discapacidad (incluido el acoso por tal causa). Y así se desprende ahora de la reciente LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que a través de su DA 13<sup>a</sup> modificó los arts. 180.1 y 181 LPL disponiéndose expresamente que la indemnización contemplada en esas normas *“será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el ET.”* Del tenor de dichos preceptos tras las modificaciones introducidas, se deduce, en efecto, que la compatibilidad de indemnizaciones va referida no sólo a las discriminaciones por razón de sexo, sino a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales.

La tesis de la compatibilidad indemnizatoria también es la más respetuosa con el imperativo de tutela efectiva de los derechos art 24 CE.

Por lo demás, el TS ya había entendido que la escisión de cauces para la tutela de derechos fundamentales operada por el art. 182 LPL, comportaba que esa tutela se podía otorgar en procesos cuyo objeto no se ciñe exclusivamente a la reparación del derecho fundamental, inaplicándose entonces la prohibición de acumular acciones ex art. 27.2 LPL. Pues bien, en este sentido la DA 13<sup>a</sup> LO 3/2007 introdujo un nuevo párrafo en el citado artículo que ahora ha sido aplicado en la LRJS en su art. 26.2 que señala que la imposibilidad de acumular acciones en determinados juicios (entre los que se encuentran los de despido y los de extinción ex art. 50 ET), lo es *“Sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184 de esta ley”*. También la LRJS en su art., 183.3 ha querido dejar clara la compatibilidad de indemnizaciones *“Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales”*

La Sala de lo Social exige que se invoquen derechos fundamentales para la viabilidad de la indemnización adicional. Una posición que peca de rigorismo, contrario a la doctrina constitucional y que no es acorde con la tradición de la demanda laboral más como demanda de hechos y no de fundamentos, siendo *“ el juez el que debe ampliar el derecho, las normas...procedentes aunque no hayan sido alegadas por las partes”*.

Llamar la atención sobre el hecho de que si no se acreditan los hechos que lleven a entender al juez una conducta de acoso, no es posible declarar la existencia de vulneración de los derechos fundamentales susceptible de una protección reforzada y, por tanto, de una tutela indemnizatoria adicional.

Únicamente cuando los perjuicios ocasionados trascienden del ámbito meramente contractual, derivándose del incumplimiento de las normas que exigen el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, queda justificada una indemnización adicional en orden a evitar que el tratamiento de esos supuestos como un mero despido improcedente no se acomode a la exigencia de la doctrina constitucional de que la reparación de tales derechos sea real y efectiva no meramente ideal. No hay duda de que en bastantes casos una extinción contractual injustificada puede causar perjuicios morales y/o psicológicos al trabajador despedido, pero no hay datos que hagan pensar que la orientación de la legislación laboral vigente discurra en estos casos por indemnizaciones adicionales, con el consiguiente encarecimiento de los costes de despido. En efecto, cuestión diferente sería que un daño a la integridad psicofísica se pueda imputar, no ya causalmente a determinadas decisiones empresariales ilícitas, sino a un incumplimiento grave y culpable del empresario de su deber de protección frente a los riesgos laborales, incluidos los de carácter psicosocial. Y en esta línea parece

situarse el **TS en la STS 20-9-2007** en la que reconoció una indemnización adicional a la tasada legalmente en un supuesto de una trabajadora que prestaba servicios en una biblioteca y que solicitó la resolución indemnizada del contrato de trabajo como consecuencia de la negligencia empresarial en la protección de riesgos que supuso no solo incumplimiento de diversas obligaciones derivadas de la normativa preventiva, incidiendo en derechos del trabajador de naturaleza laboral ordinaria (art. 4.2.d) ET y (14.1) LPRL sino también en su fundamental derecho de derecho a la integridad física (art.15) CE.

### 3º Resistencia a vencer: La prescripción de los plazos

Del art. 50.1 ET se deduce el carácter judicial de la facultad que se le reconoce al trabajador para extinguir el contrato con derecho a la indemnización correspondiente, mas no se establece ninguna previsión en cuanto al plazo temporal para ejercitar la acción resolutoria. Ante este silencio legal, hay quien ha querido ver un paralelismo entre la acción ex art. 50.1 ET y la impugnación del despido, para la que se prevé un plazo de caducidad de 20 días (art. 59.3 ET). Sin embargo, la doctrina mayoritaria a la par que la jurisprudencia, han entendido que no cabe una aplicación analógica de este plazo de caducidad, ni tampoco del plazo de un mes previsto para la rescisión extrajudicial del contrato derivada de determinadas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo art. 41.3 ET, pues el art. 59.1 ET dispone expresamente *“la prescripción de un año para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado un plazo especial”*. Puede ser discutido si un plazo tan dilatado resulta ajustado a las exigencias de seguridad jurídica y la conveniencia o no de una intervención legislativa al respecto, pero lo cierto es que en determinados casos en que resulta difícil detectar el momento mismo en que se produce el incumplimiento grave del empresario, como ocurre en los supuestos de acoso, este plazo evita las consecuencias negativas que para el ejercicio de la acción resolutoria tendría la aplicación más o menos rigurosa de otros plazos bastante perentorios previstos en la legislación vigente.

En lo que se refiere a la cuestión relativa a la determinación del *dies a quo* para ejercitar la acción. El art. 59.1 ET fija como inicio del cómputo de plazo de prescripción la terminación del contrato, lo que choca frontalmente con la naturaleza extintiva de la pretensión ex art. 50 ET y con el presupuesto a de que el vínculo contractual esté vivo en el momento de interponer la acción judicial. Por su parte, tampoco resulta claro que la acción resolutoria encaje en el supuesto previsto en el art. 59.2 ET que, en relación a las acciones que tengan por objeto percepciones económicas o obligaciones de tracto único que no puedan ser cumplidas una vez extinguido el contrato, *“dispone que el plazo de prescripción de un año se iniciará a partir del momento en que pudo ejercitarse la acción”*, que, de hecho, es la regla general prevista para la prescripción de acciones en el derecho común (art.1969 CC).

Siendo ese el inicio del plazo de prescripción de un año para solicitar la extinción del contrato de trabajo, el momento que puede ejercitarse la acción, debe entenderse, como aquel en que haya tenido lugar el último acto de acoso o el cese global de tal conducta. De lo contrario, **se estarían desconociendo las peculiaridades del acoso moral como conducta compleja y continuada** siendo precisamente esa reiteración y duración la que permite apreciar en ocasiones el incumplimiento empresarial grave que justifica la extinción del contrato de trabajo. Ex. Art. 50.1 ET.

No obstante, se debe tener presente lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (decisiones empresariales demasiado habituales en los casos de acoso) ya que en tales casos el plazo será el de caducidad de veinte días hábiles establecido para el despido en el apartado anterior del mismo precepto. En consecuencia si la o el empresario, entre las acciones calificadas como de acoso, adopta cualquiera que suponga una movilidad geográfica o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que afecte a la persona objeto de acoso, ésta deberá impugnarlas dentro del plazo de caducidad de los veinte días, y ello con independencia de que la o el trabajador además pueda

reclamar una indemnización de daños y perjuicios que estaría ya sometida al plazo general de prescripción de un año.

### **1.3) IMPUGNACIÓN DE LA EXCLUSIÓN EMPRESARIAL: ACCIÓN DE DESPIDO.**

A menudo se presenta el acoso moral laboral como una silenciosa alternativa al despido, pues conseguiría el mismo objetivo “expulsar al trabajador de la empresa” pero sin pagar el precio previsto para el.

En ocasiones como un acto definitivo del proceso de acoso, en otros casos resultado del estado de desvalimiento y desprotección de la víctima, que permite crear la apariencia de comisión de incumplimientos laborales que podrían justificar la medida disciplinaria, pero que en realidad están provocados por la situación de acoso sufrido. Es frecuente que la defensa frente a procesos de acoso, se lleve a cabo a partir de la impugnación de un despido, disciplinario u objetivo.

En virtud de lo establecido en el art. 184 LRJS, “las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo” “en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”. Un efecto de esta previsión, junto a la contenida en el art. 179.2 LRJS, es la necesaria interposición de la demanda en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a la extinción del contrato de trabajo por despido, que se verá suspendido por el preceptivo intento de conciliación en sede administrativa o en caso ante el órgano de solución alternativa de conflictos que asuma esa función, constituido mediante acuerdo interprofesional o convenio colectivo, o la interposición de la reclamación previa a la vía judicial cuando el despido afecte a un empleado público cuyo vínculo sea laboral, y que el legislador debería de suprimir para estos casos en consonancia con los supuestos excluidos en los artículos 64.1 y 70.1 LRJS

La implicación de derechos fundamentales permite solicitar la tutela “real” que no se reduce a los efectos de restituir el vínculo jurídico, mediante la readmisión inmediata de la víctima despedida, sino que cabe articular la pretensión de declaración de nulidad de la conducta vulneradora anterior al propio despido, del que este acto supone culminación del propio proceso de acoso, el cese inmediato de la misma al producirse la readmisión, la reposición de la situación anterior a la conducta vulneradora, que se retrotrae a un momento no coincidente con el inmediato al despido, sino al anterior de inicio de la conducta de acoso, y la reparación a través del establecimiento de una indemnización por daños morales, pronunciamientos todos ellos que pueden obtenerse por los cauces alternativos al proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, del principio de no discriminación ante el acoso, que se deriva de la doctrina legal de la Sala IV del Tribunal Supremo.

Pero en un plano material, la reintegración al puesto en un clima hostil aparece en muchos casos de muy difícil compatibilidad. De ahí, que en diversas demandas se plantee que reconocido el acoso, sea el trabajador víctima el que ejerza la opción de readmitir o extinguir la relación con las indemnizaciones correspondientes, en algunos casos se ha reconocido en suplicación esta facultad a la víctima.

A tenor del art. 26.3 LRJS “Podrán acumularse en una misma demanda las acciones de despido y extinción del contrato siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido” Es frecuente el ejercicio acumulado de ambas acciones, la extintiva del art. 50.1 ET y la del despido.

Lo mas frecuente es denunciar el acoso, a raíz del despido, solicitando la nulidad y acumulando una acción indemnizatoria.

## 2. LA TUTELA FUERTE: EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

### 2.1) INTRODUCCIÓN

En el capítulo XI artículos 177 a 184 de la nueva LRJS se regula el proceso de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. En el Preámbulo de la citada Ley cabe destacar, que el legislador acude al argumento de la unificación de doctrina de la materia laboral en el orden social, señalando que *“en el modelo propuesto se convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación labora”*.

De este modo, atendiendo además a la doctrina constitucional, se configura la modalidad procesal que nos ocupa como **la única** en que cabe recabar la tutela de los derechos fundamentales en el marco general de la relación de trabajo, esto es, más allá del marco estricto del contrato de trabajo. Asumiendo que será el orden social el único competente para conocer de las pretensiones que se planteen tanto contra el empresario como contra cualquier tercero causante de la lesión del derecho fundamental siempre y cuando la vulneración se produzca en conexión directa con la relación laboral.

Por otra parte el Preámbulo de la nueva LRJS señala que *“la nueva ordenación del proceso amplía su ámbito de aplicación; resulta más completa y estructurada, en particular, en cuanto a los términos de los pronunciamientos y respecto del resarcimiento de la víctima; y, se reconoce la obligación de aplicar las garantías específicas de este procedimiento cuando sea necesario seguir otra modalidad procesal”*.

La inherente dimensión constitucional de las situaciones de AML, la convierte en preferente el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

### 2.2) VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

Este procedimiento presenta **VENTAJAS** y se presenta como óptimo para dar efectividad a la tutela frente al AML.

- **CARÁCTER INTEGRAL DE LA TUTELA** (declarativa de la lesión, inhibitoria de la conducta, reponedora de la situación, indemnizatoria).
- **MAYOR RAPIDEZ POR SER URGENTE**. (arts. 64 y 177 LRJS).
- **LA DIMENSIÓN PÚBLICA** -intervención del ministerio fiscal- y colectivo -intervención sindical coadyuvante.
- **FACILITA LA SUSPENSIÓN CAUTELAR** (art. 180 LRJS).
- **FACILITA CODEMANDAR AL ACOSADOR**, sin requerir litisconsorcio (art. 177.1 LRJS)
- **APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA PRUEBA MERAMENTE INDICIARIA** (art 96 LRJS)
- **SE BENEFICIA DE LA EJECUTIVIDAD INMEDIATA DE LA SENTENCIA** art. 303.1 LRJS aunque cabe pedir suspensión de la misma.

#### **DESVENTAJAS:**

- **COGNICIÓN LIMITADA**, que requiere lesión directa del derecho.
- **LA RELATIVIDAD DE SU EFICACIA PROTECTORA**, si la solución supone sólo la declaración de la lesión y la condena económica a la empresa, sin conllevar una exigencia de descontaminación del ambiente psicosocialmente tóxico.

El escaso éxito de esta vía procede más de un interpretación inadecuada de la regla de la prueba indiciaria que de la inexistencia de una situación de acoso moral laboral.

Pero el mayor despropósito llega cuando se reprueba acudir a esta vía como forma de aprovecharse, en fraude de ley del privilegio legal de la inversión de la carga de la prueba, de este modo, además de poner en riesgo la tutela del derecho fundamental, se ignora la jurisprudencia que distingue entre la desestimación por falta de prueba y el reproche de procedimiento.

### 2.3) EXCEPCIÓN DEL REQUISITO DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL.

En relación con las garantías de preferencia y sumariedad, los art. 64.1 y 70.1 de la LRJS prevén una excepción del requisito de conciliación o mediación previas y de la reclamación administrativa previa o al agotamiento de la vía administrativa, como presupuesto procesal de la admisión de una demanda cuyo objeto lo constituya la solicitud de restablecimiento del derecho fundamental, ya que lo contrario alargaría el proceso y perpetuaría en el tiempo la lesión del derecho fundamental afectado.

### 2.4) LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.

El art. 177 LRJS es el precepto que bajo la rúbrica Legitimación delimita el ámbito de aplicación del proceso y los sujetos con legitimación activa y pasiva en el proceso de tutela. Sobre el ámbito de aplicación el apartado primero de este precepto alude expresamente al conjunto de derechos y libertades Públicas y concretamente a la prohibición de tratamiento discriminatorio y al acoso.

#### **Respecto a los sujetos legitimados han de destacarse:**

#### 2.4.1 Legitimación pasiva.

De acuerdo con el art. 177.1 LRJS se podrá recabar la tutela del derecho fundamental vulnerado a través de este procedimiento especial “cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”

En este sentido, ha de llamarse en particular la atención precisamente sobre el reconocimiento como **legitimado pasivo** no sólo del empresario en el marco del contrato de trabajo, este es, en el estricto ámbito de la relación laboral; sino también de los terceros no vinculados jurídicamente con el trabajador cuyo derecho fundamental se ha vulnerado sino al empresario mediante cualquier título jurídico. Se extiende pues la condición de los sujetos que pueden ser pasivamente legitimados tanto a otros trabajadores de la empresa como a cualquier otro sujeto (clientes, proveedores, etc.) siempre y cuando evidentemente la vulneración del derecho fundamental que se denuncie de haya producido en *conexión directa* con la relación de trabajo considerando que se dará ésta, cuando se produzca *con ocasión de la prestación del trabajo y, en el centro de trabajo* donde agredido y agresor coinciden en la realización de sus respectivos cometidos.

Acoge de este modo el legislador (como ya advierte en el Preámbulo de la Ley) la doctrina constitucional asentada en la STC 250/2007 de 17 de diciembre sobre la adecuación del proceso de tutela; concretamente, en el supuesto planteado ante el TC, otro trabajador de la empresa. El dato relativo a que la vulneración del derecho fundamental se produzca en conexión directa con la relación laboral, es el que para el Alto Tribunal resulta determinante a efectos de considerar que no sólo el empresario sino también un tercero puede ser el sujeto causante de la lesión del derecho y, así, legitimado pasivo en el proceso, puesto que la interpretación contraria *limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral*.

La referencia que se hace en el art. 177.1 LRJS a que la pretensión se suscite en el *ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden social o en conexión directa con las mismas* nos da a entender que en modo alguno se traspasen los límites asignados a la jurisdicción social. Con

ello se pretende reseñar que, aunque en los supuestos en que el sujeto causante de la vulneración del derecho fundamental sea un tercero vinculado a la empresa por relaciones jurídicas mercantiles o civiles, será en aquél en el único en que pueda recabarse la tutela de acuerdo, por una parte, con la extensión al tercero de la legitimación pasiva; y, por otra, con lo previsto por el art. 2.f LRJS en relación con la competencia exclusiva del orden social para conocer de estos litigios, incluida la responsabilidad por daños, ya que, como también se especifica en el Preámbulo, **queda en estos casos expresamente excluida la competencia del orden jurisdiccional civil** en los supuestos en que el daño haya sido causado por una persona distinta al empleador.

#### **2.4.2 Posibilidad de litisconsorcio pasivo necesario.**

La dicción literal del art. 177.1 LRJS, plantea dudas a la hora de identificar a los sujetos frente a quienes se ha de presentar la demanda, en estos casos en los que es el tercero el sujeto causante de la lesión del derecho fundamental. El precepto desde luego no resulta muy claro, dado que señala, en primer lugar, que la víctima, *“podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario”*. Con ello, en principio podríamos entender que el legislador no ha querido regular un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino que ha dejado en manos del sujeto cuyo derecho fundamental se ha vulnerado la decisión de demandar frente al empresario y/o al sujeto causante de la lesión cuando sea un tercero. Sin embargo, acto seguido el mismo precepto exige que la demanda se dirija en todo caso frente al empresario y, de modo potestativo en función del interés de la víctima, frente al tercero causante –así cabe deducirse de la referencia a que la víctima elegirá la clase de tutela que pretende *sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión*

En definitiva, parece que no se exige en este caso la constitución de un litisconsorcio pasivo necesario, puesto que no requiere que la pretensión se dirija necesariamente contra el tercero causante de la lesión y contra el empresario; pero sí se delimita en todo caso que la pretensión se dirija contra el empresario, aunque no sea éste el causante de la vulneración del derecho fundamental, es más, aunque hubiera cumplido en atención a su deber de vigilancia y cuidado, con su obligación de exigir las correspondientes responsabilidades al causante de la lesión pero atendiendo a lo dispuesto en el último párrafo del art. 177.4 LRJS puede interpretarse que se configura litisconsorcio pasivo necesario sólo si se solicita en la demanda alguna medida frente al tercero causante de la lesión, *“salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare”*. Lo cierto, en todo caso, es que será muy complicado encontrar supuestos en los que pueda dejar de demandarse al tercero causante de la lesión, dado que será difícil que la pretensión de la demanda no le alcance en modo alguno o que no pueda resultar directamente afectado por la resolución. Máxime si, la tutela resarcitoria de los derechos fundamentales que se pretenda frente al tercero causante solo puede obtenerse hoy acudiendo a la jurisdicción social, de acuerdo con lo previsto por el art. 2.f 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”*.

#### **2.4.3 Legitimación activa.**

En cuanto a la legitimación activa, puede recabar la tutela a través de este proceso el trabajador que entienda ser objeto de una conducta de acoso moral invocando un atentado a su derecho a la integridad moral, además de otros posibles derechos y libertades fundamentales de acuerdo con lo previsto en el art. 177.1 LRJS. *“Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos*

*fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso”*

#### **2.4.4 Coadyuvantes.**

Se aprecia otra modificación en el precepto de lo previsto en el art. 175.2 de la LPL se trata de la referida a que ya no sólo se limita la actuación de los coadyuvantes para recurrir o continuar el proceso en contra de la voluntad del trabajador que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, sino que no podrán siquiera personarse en el mismo si éste manifiesta su voluntad en contrario art. 177.2 LRJS se indica: *“En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, **si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.**”*

Este límite se incorporó al texto definitivo de la LRJS por recomendación del CES en el Dictamen 11/2010 sobre el anteproyecto de la LRJS, en el que se sugiere la inclusión del mismo para adecuar la normativa española a la comunitaria (en concreto, a lo previsto por el art. 7.2 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico).

También, la reciente LO 3/2007 dispone que “la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo” (art. 12.3 y Disp. Ad. 5<sup>a</sup>, 6.ª). Sea como fuere, y al margen de estos supuestos relacionados con la prohibición de discriminación, hay que tener en cuenta que el derecho fundamental a la integridad moral lesionado por las conductas de acoso es un derecho de disfrute esencialmente individual, de modo que no parece que la iniciativa para recabar su tutela se pueda atribuir a sujetos colectivos de forma directa y autónoma el trabajador o trabajadores considerados individualmente que se puedan considerar acosados.

#### **2.4.5 El Ministerio Fiscal.**

Como es sabido, el Ministerio fiscal debe intervenir siempre como parte en los procesos de tutela de derechos fundamentales, y así lo contempla la LRJS en su art. 177.3:

*“El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”.*

Además el citado art. 177.3 LRJS amplía las funciones del Ministerio Fiscal en el proceso que nos ocupa, encomendándole hoy también la obligación de *“velar por la integridad de la reparación de las víctimas”.*

Con ello, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de extremar la vigilancia en orden a comprobar que la sentencia se pronuncia sobre todos aspectos a que se refieren las letras a) a d) del artículo 182.1:

- a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.
- b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.
- c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera.

El ministerio Fiscal asume una función de garante de los derechos fundamentales, en ningún momento se colige que su intervención quede restringida a defender la posición del trabajador que invoca la lesión, sino que puede erigirse en parte activa o pasiva en función de que su misión de defensa de la legitimidad le lleve a decantar sus alegaciones y actividad procesal en cada caso asunto concreto a favor del demandante o del demandado. Por tal razón, su intervención constituye, tal y como lo ha entendido en alguna otra ocasión el TS, una exigencia general de orden público procesal, siendo la falta de citación controlable incluso de oficio por los órganos judiciales, con independencia de cuál haya sido el sentido del fallo de instancia, y pudiéndose estimar también la nulidad de actuaciones solicitada por la parte demandada.

En definitiva velar porque, se cumpla la sentencia y que la ejecución se lleva a cabo en su totalidad.

Sin embargo no parece que el legislador pretenda que el Ministerio Público pueda formular peticiones relativas a la indemnización por daños o perjuicios, dado que el art. 179.3 LRJS hace recaer sobre la víctima la responsabilidad de cuantificación de la misma.

## **2.5) ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE TUTELA A OTRAS MODALIDADES PROCESALES.**

De la lectura del art. 178.2 LRJS en relación con el art. 184 LRJS cabe deducir que el legislador ha asumido en materia de acumulación de las pretensiones de tutela a otras modalidades procesales.

El art. 178.2 señala hoy por hoy que “cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184:

- las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo.
- las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- las de disfrute de vacaciones.
- las de materia electoral.
- las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación.
- las de movilidad geográfica.
- las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139.
- las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores.

Se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.

Y aplicando la máxima, el art. 184 LRJS, que además incorpora otra modalidad procesal a la que puede acumularse la demanda de tutela:

“**las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas** se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

Se produce así, una recepción en el ámbito normativo del criterio sostenido en relación con el art. 182 LPL en el sentido de entender que cuando fuera preciso obtener la tutela del derecho fundamental a través de la modalidad procesal correspondiente habría de aplicarse a ésta el conjunto de especialidades del proceso de tutela. Así lo interpretó la doctrina jurisprudencial, (STS de 20 de septiembre de 2007) que, para salvar la constitucionalidad del precepto “*los principios y garantías propios del proceso de tutela de derechos fundamentales por fuerza han de extenderse a los procedimientos –entre ellos la extinción del contrato- en que aquellos se invoquen*”, pero que por expresa disposición legal han de tramitarse, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente” (art. 182 LPL). Ello se mantiene en aplicación de la llamada “tesis integrativa”, cuyas elaboraciones van enderezadas a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, por referencia a los principios de preferencia y sumariedad establecidos en el art. 53.2 CE.

De acuerdo pues con la nueva regulación habrá de entenderse que se aplicarán a la modalidad procesal de que se trate, de acuerdo con las reseñadas en el art 184 LPRS, las reglas y garantías del proceso de tutela:

- Carácter preferente.
- Aplicación la regla probatoria indiciaria (art 96.1 LRJS)
- Intervención de coadyuvantes.
- Necesaria citación como parte del Ministerio Fiscal.

## **2.6) REQUISITOS DE LA DEMANDA.**

### **2.6.1. Objeto limitado a la vulneración de derechos constitucionales.**

De acuerdo con el art 179.3 LRJS, la demanda presentada para ser tramitada a través del proceso especial de tutela de derechos fundamentales, de cumplir: “*La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos*” debe tratarse de alguno de los recogidos en los arts. 14 a 29 CE, lo que como se ha venido reiterando, no plantea problema con respecto a las demandas por acoso moral toda vez que este supone un atentado a la integridad moral del ex art. 15 CE. Además en este terreno parece que cabe huir de excesivos formalismos, no siendo determinante en cuanto a la admisión de la demanda la cita expresa de un precepto constitucional, ni tampoco el acierto en **el nomen iuris** del derecho invocado en relación con los hechos denunciados siempre que la demanda contenga un relato suficiente expresivo de los mismos. Además, la expresión clara y suficiente de los hechos constitutivos de la vulneración alegada resulta esencial para que la parte demandada pueda articular adecuadamente su derecho de defensa y por esta misma razón los hechos denunciados deben ponerse también en relación con el petitum de la demanda, todo ello se debería acompañar, asimismo, de una identificación precisa de los sujetos que se consideran responsables de la lesión invocada.

Ahora bien, ello no impide rechazar las “invocaciones proforma” carentes de suficiente contenido y que no revelen unos “mínimos indispensables” para la tramitación de este proceso especial. El control sobre la corrección de la demanda es una obligación legal para el juez, y así se expresa en el art. 179.4 LRJS: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81, el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este Capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez o la Sala dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento”*.

### 2.6.2 Obligación de adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios en la demanda.

De otro lado, ésta modalidad procesal ha sufrido modificaciones en cuanto a la tutela resarcitoria del trabajador que ve vulnerado alguno de sus derechos fundamentales. Las modificaciones en materia indemnizatoria, se concretan en dos preceptos:

- De una parte, en el art. 179.3 LRJS, en relación con la necesidad de cuantificación en la demanda de la indemnización de daños y perjuicios por parte del trabajador.

- De otra, en el art. 183 LRJS, respecto del pronunciamiento en la sentencia estimatoria de la lesión tanto sobre la indemnización de daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental por parte del órgano judicial; y en relación con la incompatibilidad de reiterar las indemnizaciones por daños en el orden penal y social.

Cabe destacar que en relación con la nueva regulación en materia de indemnizaciones que el legislador ha procedido a distinguir claramente **la indemnización de daños y perjuicios materiales o patrimoniales** cuya prueba y cuantificación queda en manos del demandante, de **la indemnización de daños morales** unidos a la vulneración del derecho fundamental de cuya cuantificación se exime al demandante de la acreditación objetiva de la cuantía del daño por ser de difícil estimación en tal caso será el Tribunal quien determine el valor económico de los mismos.

Para clarificar los diferentes daños a reparar, la opción judicial es llevar a cabo una valoración global del daño derivado de la conducta ilícita, diferenciando:

1- **Daños patrimoniales**: los que afectan al estatuto profesional del trabajador y sus expectativas laborales, sí como el incremento de gastos -daño emergente – y pérdida de expectativas de ganancias – lucro cesante -.

2- **Daños corporales o daños biológicos**: alteración de la salud del trabajador tanto físico como psicológico.

3- **Daños personales y/o morales**: que afectan a la dimensión espiritual. El precio del dolor.

#### 1) Daños y perjuicios materiales o patrimoniales.

Estos daños se acogen en el actual art. 179.3 LRJS: *“La demanda deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador”*

La doctrina jurisprudencial consolidada sobre la **necesidad de que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave que justifique el montante de la indemnización por daños y perjuicios que se solicite con el objetivo de resarcir el menoscabo patrimonial causado como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental de que se trate.**

La acreditación de los elementos objetivos en que se basa el cálculo de la indemnización solicitada por el trabajador que requiere la tutela ha sido exigida por el TS en numerosas ocasiones dejando claro que en primer lugar: el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión. En segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase.

La adecuada especificación de los daños y perjuicios implica delimitar:

- Las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización.
- La gravedad y consecuencias del daño.
- Las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Debe entenderse que la exigencia probatoria del daño implica para el demandante de la tutela la sujeción al derecho de daños, con distinción de daños emergentes –vinculados a la defensa judicial, gastos, médicos, etc.- y lucro cesante referido a la ganancia dejada de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica – salarios dejados de percibir-. Y si el lucro cesante se deriva de una situación de IT como consecuencia de daños a la salud derivados de la conducta de acoso, obviamente será necesario acreditar la relación causal entre la conducta de acoso y el daño a la salud que haya dado lugar a la incapacidad laboral. Pero ocurre, además que este lucro cesante puede quedar parcialmente resarcido por las prestaciones de la Seguridad Social, por consiguiente la indemnización solicitada por el trabajador debería ir referida a los daños no resarcidos por esta vía. En ambos daños la indemnización tendrá un fin estrictamente resarcitorio, intentando restaurar el patrimonio del trabajador al mismo estado que tendría de no haberse producido la conducta lesiva.

## **2) Daños Corporales o biológicos.**

Buen número de casos de acoso pueden acarrear daños para la salud en la víctima. Pues bien, ante este tipo de daños dada la imposibilidad de poder ser reparados in natura o patrimonialmente, tan sólo cabe una compensación económica sustitutiva. Se trata de compensar un perjuicio a un bien personal en si mismo considerado, ya sea en su vertiente exterior (perjuicios físicos) como interior (disfunciones psicológicas). La esfera que se debe tomar en consideración a efectos de determinar el daño a compensar es aquella que, desde el punto de vista del art. 15 CE, va referida a la integridad física entendida como un derecho a la salud – corporal y psíquica- en sentido amplio. Cabe hacer hincapié en la autonomía de este daño con respecto a otros daños, bien patrimoniales, como es el lucro cesante derivado de la incapacidad laboral, bien personales, como el daño moral. Los daños a la salud y los daños morales deben ser indemnizados de forma autónoma y acumulada. Ambos tipos de daños tienen en común su naturaleza extrapatrimonial y, por tanto, su imposible valoración y estimación siguiendo criterios de mercado a efectos de determinar el monto indemnizatorio.

El daño biológico puede quedar definido, en efecto, como aquella “lesión de la integridad psicofísica susceptible de valoración médico- legal. Por consiguiente, en cuanto a los daños a la salud psíquica, que son los más característicos de las conductas de acoso moral y, a su vez, los que mayores problemas de prueba plantean, lo primero que debería hacer el juez es constatar que la víctima ha sido diagnosticada de una patología catalogada científicamente. A este respecto, a nivel científico-intencional existen diversos sistemas de clasificación y descripción de trastornos mentales, como los elaborados por la OMS, entre los que se incluyen los más habitualmente relacionados con las conductas de acoso ansiedad generalizada, estrés postraumático, trastornos de la personalidad. Tales aspectos son significativos a la hora de determinar el alcance del daño a la salud y, por lo tanto, la cuantía de su compensación económica.

Por otra parte además de acreditar médicamente el daño psicofísico, será necesario probar la existencia de nexo causal entre el mismo y la conducta de acoso. A la hora de constatar los daños sobre la salud su alcance y el nexo causal con la conducta de acoso cobran un protagonismo de primer orden las pruebas periciales. El juez, (que según la LRJS será el que determine el monto

indemnizatorio adecuado para compensar el daño a la salud dada la imposibilidad de poder ser reparado in natura o patrimonialmente), no es un especialista en la materia y debe ser auxiliado por el perito médico, máxime dada la complejidad que envuelve a los daños psíquicos.

### 3) Daños personales y/o morales.

Uno de los debates que ocupó al derecho de daños decimonónico fue la aceptación del daño moral como concepto indemnizable. Sus detractores le objetaban quebrar con uno de los principios cardinales de la responsabilidad civil: la certeza del daño, valorándose en términos económicos aspectos extramuros del tráfico comercial, de modo tal que su apreciación siempre acaba siendo una decisión subjetiva y arbitraria. Actualmente se acepta que el daño moral debe ser indemnizado con el fin de compensar al perjudicado. Lo cierto es que este daño sigue siendo una “borrosa figura” expuesta a una permanente reelaboración de la doctrina, pero carente de unos criterios más o menos uniformes para su constatación judicial y valoración económica.

En la reciente LRJS, la salvedad prevista en el art. 179.3 ha de ponerse en relación necesariamente con lo señalado por el actual art. 183.1.2 LRJS. Precepto que entiende que la lesión moral dada su “difícil estimación detallada”, ha de ser fijada por el Órgano Judicial y no se requerirá por parte del demandante, sino una mínima concreción de su alcance que sirva de algún modo de exteriorización del daño, por tanto exime a la víctima de la acreditación y además el art. 183 señala que será el tribunal quien determine prudencialmente su valor cuando la prueba de su importe resulte demasiado difícil o costosa, impone al órgano jurisdiccional la necesidad de que la sentencia se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización que corresponda al trabajador por daños morales o inmateriales infligidos a la dignidad y la estima moral del sujeto que sufre la lesión.

Ahora bien, con ello no se exime absolutamente a la víctima de la lesión del derecho fundamental de la exigencia de acreditar la existencia de ese daño, teniendo en cuenta que cuando hablamos de daños morales nos encontramos en el ámbito de la esfera más íntima de la persona con lo que será necesario al menos que se “exponga o exteriorice ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad. Sin embargo el trabajador no tendrá que ir más allá de esta exteriorización del daño moral (que resulta tan difícil de probar) quedando en manos del tribunal la obligación de cuantificación de este daño, puesto que resulta compleja su estimación detallada.

### 2.7) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: EL PROBLEMA DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD.

En cuanto al plazo para la presentación de una demanda de tutela de derechos fundamentales, el art 179.2 LRJS dispone que la misma “habrá de interponerse dentro del plazo General de prescripción o de caducidad previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental”. Esta norma es tributaria de una reiterada doctrina constitucional, según la cual los derechos fundamentales son imprescindibles sin que ello sea incompatible con que, en aras de la seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico establezca unos límites temporales para reaccionar contra una vulneración concreta y en particular, que se deban tener en cuenta los plazos fijados en el ámbito normativo que regule la situación jurídica en que se invoca la lesión. El TC ha dejado sentado que el cómputo y la aplicación de los correspondientes plazos se deberán realizar mediante una interpretación de los mismos, en el sentido más favorable para los derechos fundamentales.

Es frecuente que las defensas de los supuestos acosadores aleguen la excepción de prescripción. El problema común de la cuestión procesal sobre el plazo de prescripción de las acciones derivadas y su cómputo, debe reconducirse a la regla general aplicable para la mayoría de los derechos en juego. Son varias las cuestiones a considerar con respecto a las demandas en las que se alegue acoso moral.

Así de un lado cuando como parte integrante del acoso moral, se alegue una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o una movilidad geográfica, cabe preguntarse si resulta aplicable el plazo de caducidad de 20 días previsto en los arts. 59.4 ET y 138.1 LRJS o si por el contrario, cabe considerar aplicable, en todo caso, el plazo de prescripción de un año del art. 59.1 y 2 ET. Parece más adecuada la última solución, toda vez que no es la modificación de las condiciones en sí misma lo que se impugna sino la materialización a través de ella y de otros hechos de una conducta contraria a los derechos fundamentales. Es decir que pese haber transcurrido el plazo para impugnar judicialmente tales decisiones, las mismas podrán ser tenidas en cuenta para declarar acreditada la conducta de acoso.

Para precisar cual de los dos arts. Se debe aplicar a las demandas por acoso moral, el 59.1 del ET que fija un plazo de prescripción de un año a contar desde la finalización del contrato de trabajo para todas aquellas acciones que no tengan señalado un plazo especial, o el 59.2 del ET, que va referido para “exigir percepciones económicas o el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato de trabajo” fijando también un año, pero a computar desde el día en que pudiera ejercitarse la acción. Pese a la oscuridad que envuelve el art. 59.2 ET, sobre todo en cuanto al significado de las obligaciones de tracto único, de imposible cumplimiento en fase postcontractual, cabe entender que las demandas por acoso moral quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de este precepto, tanto si se solicita le cese del acoso y la reposición del trabajador en su situación anterior como si se reclama una indemnización por los perjuicios derivados de tal conducta. Las acciones económicas a las que se alude en el mencionado precepto abarcan a cualquier reclamación de cantidad y la tutela inhibitoria y restitutoria, característica de la acción de tutela de derechos fundamentales (art 182.1 d. LRJS), lo anterior no impide que se pueda interponer una demanda de tutela de derechos fundamentales, alegando una conducta de acoso moral, tras la extinción del contrato de trabajo, pero será necesario que no haya transcurrido un año, no desde que se extinguió el contrato de trabajo, sino desde que la acción se pudo ejercitar.

Se ha venido entendiendo aplicable el principio general de “actio nata” pero concretado con el criterio de la realización efectiva del derecho, de modo que el dies a quo será aquel en que la acción pudiera efectiva o materialmente ejercitarse y ese momento viene marcado por el tiempo en que el trabajador tenga daños, cuando estos se hayan manifestado por completo, de modo que la acción pueda ejercitarse eficazmente para lograr un total efecto. Esta precisión es determinante en relación al AML, por tratarse de un proceso, esto es por tratarse de una actividad o conducta integrada por un amplio catálogo de actos y daños continuados, por tanto el computo del plazo no se iniciará mientras permanezca la conducta infractora y/o no se hayan puesto de relieve todos los daños vinculados a ese proceso.

Parece claro que cuando haya pronunciamientos públicos que permitan un adecuado diagnóstico de la situación, éstos serán el momento inicial, alta en la situación de IT, o en su caso en la de I.P.

Si como consecuencia de la situación de acoso, se produce una invalidez permanente, la acción no puede considerarse nacida antes de que se dictare Sentencia por la Sala de lo Social del TSJ correspondiente pues solo hasta ese momento se sabe con certeza cuáles son las dolencias y secuelas que el trabajador padece. Si bien es cierto que la Resolución del INSS declara las secuelas, en vía previa, tal resolución no es firme hasta que recaer sentencia definitiva y solo desde su firmeza se puede iniciar el cómputo del plazo de prescripción (artículo 1971 del Código Civil), a no ser que hubiese aquietamiento a la resolución administrativa pues en este caso habría que estar a la fecha de notificación de la misma junto con el Informe propuesta (STS, Social, 22.03.02).

Por su parte, el art. 43 de LGSS prevé que el derecho a reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social prescriba los **5 años**, partir del día siguiente al **que tenga lugar el hecho causante de la prestación.**

**Debe tenerse en cuenta** lo previsto en el art. 44 LGSS, según el cual el plazo de prescripción para las prestaciones a tanto alzado es sólo un año y el de las periódicas un año, respecto de cada mensualidad.

La prescripción de las acciones ejecutivas están reguladas en el art. 243 LRJS.

## 2.8) MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE TUTELA.

Otra de las manifestaciones del carácter privilegiado del proceso de tutela de derechos fundamentales radica en que desde el mismo momento en que se interpone la demanda y a través de su escrito de interposición cabe solicitar la suspensión de los efectos del acto que se reputa lesivo art. 180.1 LRJS:

*“En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia”*

Con ello se ha introducido la posibilidad de acordar judicialmente decisiones que se ajustan al esquema clásico de las medidas cautelares. Unas medidas instrumentales al proceso y que surten efectos mientras se sustancia el mismo, anticipando algunas de las posibles consecuencias de un fallo judicial estimatorio en orden a evitar perjuicios irreparables y proporcionar un adecuado disfrute del derecho fundamental. Todo ello como contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva expuesto en el art. 24 CE.

Admitida a trámite la demanda que interesa adopción de medidas cautelares se abre un incidente de **tramitación sumaria** de 72 horas de duración según se desprende del art. 180.5 y 6 LRJS:

*“De haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar”. Oídas las partes en el mismo acto el juez resolverá mediante un auto in voce, art. 180.6*

*“El órgano judicial resolverá al término de la audiencia sobre las medidas cautelares solicitadas mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación”*

Los requisitos para que el juez acceda a la adopción de la medida cautelar interesada por el demandante son:

- **Peligro de mora procesal**, consistente en el riesgo de ineffectividad de la eventual sentencia estimatoria, pues dada la naturaleza de la situación jurídica a que la sentencia ha de referirse, dicho retraso supone, por sí mismo, una lesión irreversible. Así acontece en el ámbito laboral con las conductas de acoso.

- **Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)** se trata de que el solicitante de la medida cautelar formule las alegaciones y presente las pruebas para que el juez llegue a la convicción de que su pretensión principal es razonable art. 180.5 LRJS: *“sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto”*

No se trata, sin embargo de alcanzar una plena convicción sobre la vulneración del derecho fundamental invocado, pues ello sólo será posible una vez tramitado todo el proceso, se trata de un juicio provisional que no exige prueba plena y que no debe entrar a prejuzgar el fondo del asunto. Pero si se requiere, en todo caso, una mínima actividad probatoria del demandante, que permita justificar la prematura injerencia en la esfera jurídica del demandado.

El tratamiento que el nuevo art. 180 LRJS confiere a las medidas cautelares, a fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia, merece, una valoración positiva,

porque el legislador ha ampliado la tutela cautelar más allá del supuesto de lesión del derecho de libertad sindical, que se mantiene en los mismos términos en el actual art. 180.2 2º Párr. LRJS:

*“No obstante lo anterior, en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.*

El legislador asume que, como se había puesto de manifiesto, no se alcanzaba a entender en relación con la regulación de la LPL porque no se daba el mismo tratamiento en materia de tutela cautelar a derechos de libertad individual cuando estuvieren amenazados por un daño inminente y grave de imposible reparación.

Concretamente ha de destacarse de manera especial el tratamiento diferenciado de esta tutela en función del derecho cuya vulneración se alega, adecuando las posibles medidas concretas a solicitar en relación con los casos de acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de las trabajadora víctimas de violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, las medidas cautelares que podrán solicitarse de acuerdo con lo previsto por el art. 180.4 LRJS serán varias:

- *“La suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios”.*
- *“El traslado de puesto o de centro de trabajo”.*
- *“La reordenación o reducción del tiempo de trabajo”.*

*Y, en fin, “cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste”.*

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que ya que el art. 180.5 LRJS permite a las partes en la audiencia preliminar sobre medidas cautelares pronunciarse sobre la justificación y proporcionabilidad de las mismas:

*“De haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto”.*

Será posible que habiendo solicitado el sujeto que invoca la lesión del derecho fundamental la medida de suspensión contractual, se alegase por la contraparte la posibilidad de modificar la medida adoptando otra de las reseñadas que adecuada al fin de preservar la efectividad de la tutela tenga una menor incidencia sobre las condiciones de trabajo -por ejemplo, en un supuesto en que el sujeto causante del acoso sea un tercero y pueda obtenerse la tutela preventiva a través de un cambio de turno-. Asimismo también será posible, como se ha visto, que la medida se solicite no respecto de la modificación de las condiciones de la víctima sino del agresor que asumiría así siquiera de modo temporal los efectos de la modificación de las condiciones.

En relación precisamente con este trámite de audiencia preliminar ha de destacarse también que según se dispone en el art. 180.5 LRJS en supuestos de urgencia excepcional, se admite que se puedan adoptar las correspondientes medidas cautelares *inaudita parte*, sin perjuicio de que la comparecencia se celebre en un momento posterior: *“En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número”*.

## **2.9) DESARROLLO DEL PROCESO. EN ESPECIAL SOBRE LAS REGLAS DE MODULACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS DEMANDAS DE ACOSO MORAL.**

El desarrollo del proceso de tutela de derechos fundamentales viene condicionado directamente por las garantías constitucionales relativas a la protección jurisdiccional de estos derechos. De un lado el art. 53.2 CE exige que los procesos de tutela de derechos fundamentales estén basados en el principio de preferencia, y sumariedad. En este sentido el art 179 LRJS dispone que *“la tramitación de éstos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, ello implica una prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de asuntos.*

### **2.9.1 Inversión de la carga de la prueba**

Otro de los aspectos que más resalta el garantismo que envuelve a este proceso es la especialidad introducida en cuanto a la prueba de la vulneración constitucional invocada.

Lo más relevante hasta ahora era la aplicación deficiente, de la prueba indiciaria por los Tribunales, por escasa y por defectuosa. Los jueces han de tener en cuenta, para aplicar las reglas de reparto de la carga de la prueba, que la disponibilidad y facilidad probatoria no es igual para ambas partes y en todos los casos.

El art. 181.2 LRJS *“En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

Esta regla se hace eco de una **asentadísima doctrina constitucional** conocida de forma generalizada como *“inversión de la carga de la prueba”* que obedece además de a la primacía de los derechos fundamentales, a razones *“utilitaristas”*.

Conforme a la **STC 17/2003, 49/2003**, *“tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración de derecho fundamental”*.

La prueba indiciaria se presenta en bastantes ocasiones como la única forma de aproximarse a una verdad procesal aceptable, sobre todo en aquellos casos en que se trata de averiguar se hay una intención oculta detrás de comportamientos de aparente legitimidad. En este sentido, se afirma que en el poliformismo de los comportamientos contrarios a los derechos fundamentales, difícilmente reconducibles a un patrón común y raramente exteriorizados como un atentado directo al derecho, estriba la razón de ser de esta especial regla de repartición del *“onus probandi”*.

Esto es, *“son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo, no significa que sea preciso acreditar exhaustivamente la conducta de acoso con todos sus pormenores, sino un*

*sustrato mínimo compuesto por hechos básicos sobre los que asentar un relato fáctico razonable”*  
**STSJ Cantabria 23 junio 2004.**

En conclusión, para que opere la modulación de la carga de la prueba en los procesos sobre acoso moral, será requisito insoslayable aportar medios probatorios suficientes de los distintos hechos y comportamientos alegados que permitan inferir racionalmente una relación entre ellos. Se debe constituir un principio de prueba o presunción de la conducta lesiva del derecho fundamental, que lleve al órgano judicial a formarse una razonable sospecha de su existencia.

### **2.9.2 Programa de indicios**

**Posición del Demandante**, los indicios a probar deben ser en su conjunto suficientemente concretos y precisos. Los elementos más determinantes valorados por los Tribunales son:

- **La intencionalidad dañosa** que ha de deducirse del conjunto de actos negativos concurrentes. Así, la existencia de un conflicto previo entre las partes, el trato diferenciado o la unidireccionalidad de determinados actos y decisiones, las connotaciones abusivas en el ejercicio de los poderes discrecionales del empresario y la correlación cronológica de los hechos denunciados, son todos ellos aspectos que parecen cobrar una especial relevancia a la hora de determinar de modo indiciario la existencia de una conducta orientada a degradar las condiciones de trabajo. El principal referente es el prudente juicio del juez, valorando el conjunto.

- **Del resultado** es decir el daño psíquico a raíz de la conducta prohibida, los informes médicos sobre los que deben girar la actividad probatoria:

En este sentido la 1<sup>a</sup> recomendación que suele hacerse a quien quiera ejercer su derecho de defensa ante situaciones de AML, es disponer de un informe pericial relativo a su estado de salud, vinculando sus dolencias con la reacción a la situación laboral que padece. A menudo es la única prueba documental y objetiva con que se cuenta, de ahí su gran relevancia. Sin embargo, por lo general la práctica es muy deficiente en la elaboración de estos informes, basados a menudo en datos “referenciales subjetivos” – “según refiere el paciente”- y se ha hecho un uso abusivo de ellos, lo que quizás estén en la base de la “regresión” que esta prueba está experimentando en la experiencia forense más reciente.

El mejor informe de este tipo jamás podrá servir para dar por probado un acoso moral laboral, que es una conducta cuya acreditación depende de la valoración del juez de un cúmulo de criterios,. Se trataría pues, de que el juzgador realice un esfuerzo de atención y potencie su actividad inquisidora en aras de la completa integración de los hechos acaecidos y de su esclarecimiento, valorando cuantos indicios, datos y circunstancias concurren en el caso concreto. A tal efecto, se puede llevar a cabo, cuando así se considere necesario una labor probatoria de oficio complementaria a través, por ejemplo, del interrogatorio o incluso del careo de las partes.

#### **Al informe se le puede y se le debe pedir que:**

- Descarte actitudes de simulación psicológica –índice de sinceridad-.
- Excluya o en todo caso pondere, el peso causal de factores endógenos ejemplo: trastornos de personalidad de tipo paranoide.
- Enumere de modo preciso las pruebas realizadas –aparencia científica-.
- Que exponga con detenimiento las lesiones que padece y los tratamientos.

#### **Si no se dispone de este informe se podrá solicitar como prueba anticipada – art 78 LRJS**

Para tratar de garantizar la imparcialidad (no la calidad) de esta prueba pericial se propone promover la intervención del Médico Forense a instancia judicial, prevista legalmente en el **art. 93.2 LRJS**: “El órgano judicial, de oficio o a petición de parte, podrá requerir la intervención de un médico forense, en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del

*caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones”.*

**Posición del demandado**, una vez admitida judicialmente la presencia de indicios de la vulneración del derecho fundamental, el orden normativo de referencia viene dado por lo dispuesto en los arts.96 y 181.2 LRJS, a cuyo tenor:

**Art. 181.2** *“corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

En realidad acreditados los indicios, el demandado se enfrenta a una doble posibilidad: o probar que su conducta no ha violentado el derecho fundamental o tratar de acreditar que concurre alguna circunstancia de entidad suficiente que permite justificar su comportamiento. En el primer caso se trata de una cuestión de prueba, en el segundo aunque no está exento de acreditar los hechos que demuestren la veracidad de sus afirmaciones, se centra en el terreno de las alegaciones jurídicas necesarias para aportar las razones que justifican el comportamiento. Dicho de otra forma, una vez admitida judicialmente la presencia de indicios del acoso, la parte demandada, más allá de entrar en el terreno de las alegaciones jurídicas para intentar justificar alguna de las decisiones o comportamientos denunciados, deberá probar una versión de lo ocurrido diferente a la que se desprende del conjunto de hechos probados por el demandante. Así, para destruir los indicios aportados, al margen de las razones organizativas (movilidad funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sanciones disciplinarias, etc.) que pueden estar detrás de determinadas decisiones, puede ser necesario acreditar, por ejemplo, que algunas de esas decisiones se habían venido produciendo anteriormente con respecto a otros trabajadores o que afectaron, con anterioridad a que se hiciera patente el conflicto con el trabajador y en realidad a un conjunto más amplio de trabajadores y no sólo al demandante, destruyéndose así la posibilidad de represalias y la presunta unidireccionalidad de la conducta.

Además, la LRJS art. 96.1, altera y amplía el contenido del precedente art.96 LPL, aplicación de la regla especial de facilitación de prueba o prueba indiciaria, para indicar que en procesos donde se acreditan indicios de una conducta discriminatoria:

*“ En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.*

*“En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorado de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”.*

El tenor no es aparentemente novedoso, pues está en consonancia con las previsiones que sobre el particular contiene la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que parece un simple recordatorio de lo establecido en otras normas y en la jurisprudencia. Ha de tenerse en cuenta que el precepto no distingue entre reclamaciones por daños y perjuicios y el recargo de prestaciones. Ello es relevante, pues en las primeras (reclamaciones por daños y perjuicios), se matiza claramente la configuración de la responsabilidad sobre la base de la culpa, conformándose con la norma una vía

hacia una responsabilidad cuasi objetiva, en la que al final el empleador va a responder por el accidente sufrido por el trabajador, salvo que pruebe la existencia de caso fortuito o fuerza mayor o concurrencia de culpa exclusiva de la víctima.

### 2.9.3 Medios de prueba

**Respecto de esta situación de acoso moral laboral**, las partes pueden valerse de cuantos medios de prueba se reconocen en las leyes arts. 90 y siguientes de LRJS, arts. 281 y siguientes LEC, incluidos los medios de grabación audiovisual:

Art 90.1 LRJS. *“Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.*

2. *“No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.*

### 2.10) FINALIZACIÓN DEL PROCESO. LA SENTENCIA Y SUS POSIBLES CONTENIDOS.

El contenido de la sentencia que pone fin al proceso de tutela de derechos fundamentales viene determinado por lo dispuesto en el art. 182 LRJS:

La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

*a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.*

La sentencia desestimatoria, en ningún caso, podrá pronunciarse, sobre cuestiones de mera legalidad ordinaria o sobre peticiones que queden extramuros del ámbito de cognición limitada del proceso de tutela, so pena de incurrir en incongruencia.

#### 2.10.1 Contenido complejo de la sentencia estimatoria

A tenor del citado art. 182.1. b. c y d. LRJS La sentencia que estime acreditada una conducta de acoso moral podrá tener también un “contenido complejo”, declarativo y de condena, dirigido por imperativo constitucional, a la plena restauración del derecho o derechos fundamentales violados. La sentencia estimatoria puede llegar a dispensar al trabajador acosado una cuádruple tutela:

**Tutela Declarativa:** Nulidad de la conducta lesiva *“Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada”.* La nulidad de una conducta es la máxima sanción que el ordenamiento otorga a los actos contrarios al mismo, privándoles de cualquier efecto pasado y futuro. En los supuestos de acoso moral, dicha nulidad deberá afectar a todos los actos, órdenes, decisiones (movilidad funcional, sanciones disciplinarias, etc.) que hayan integrado la conducta.

**Tutela inhibitoria:** La orden de cese inmediato de la conducta *“Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de*

*interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados”*. Se pretende la paralización del comportamiento lesivo. Esta condena debe ir dirigida a todos aquellos que hayan sido demandados y declarados responsables, ya sea por una conducta activa o pasiva, de modo que tal condena puede comportar obligaciones de no hacer y/o de hacer en orden a la efectividad del derecho vulnerado. Por tanto, en los supuestos de acoso la tutela inhibitoria se puede traducir tanto en una condena de cesar en la conducta, ya sea el sujeto activo el empresario, u otra persona de la empresa (superior jerárquico o compañero de la víctima) como en una condena de impedir que esa conducta se siga realizando.

**Tutela resarcitoria o de reposición:** La reposición de la situación al momento anterior a producirse la misma *“Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental”*. Se trata de una técnica sancionadora que va dirigida no tanto, aunque también, a garantizar el ejercicio *ad futurum* del derecho fundamental, así si el acoso se materializó a través de una modificación de las condiciones de trabajo, se decretará la reposición del trabajador en sus condiciones de origen. Asimismo, si el acoso hubiera supuesto una postergación o desconocimiento de determinados derechos profesionales (ascensos, o cursos de formación profesional) se condenará al reconocimiento de tales derechos.

**Tutela reparadora:** Comprende La reparación de las consecuencias derivadas de la conducta lesiva, incluida la indemnización que procediese. *“así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”*. Hay que apuntar que el resarcimiento económico no es el único modo de reparar o compensar los daños derivados de una conducta lesiva de los derechos fundamentales, así una forma diferente de reparación puede consistir en una retracción pública de los hechos o comportamientos lesivos. En este sentido, la LO 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé como uno de los posibles contenidos de la sentencia condenatoria la obligación de dar difusión a la misma (art. 9.3). Se trata, en realidad, de una forma de reparación *in natura* del daño

### **2.10.2 Obligatoriedad de pronunciamiento de indemnización en la sentencia.**

La indemnización es una de las formas de reparar aquellos daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales. De acuerdo con el art. 183.1 de la LRJS: *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*. Sin embargo nada se precisa sobre los criterios a seguir a la hora de condenar el pago de esta indemnización, lo que contrasta con el progresivo aumento de reclamaciones por daños a la persona del trabajador. Como se ha dicho el acoso puede provocar daños de diversa naturaleza. Algunos de ellos son evaluables económicamente y otros no. De la doctrina judicial obrante resulta extremadamente difícil colegir pautas y criterios generales en cuanto a la tutela indemnizatoria

Una primera guía útil para resolver el problema es atender adecuadamente a los principios jurídicos y a las reglas legales. Así a la inequívoca vigencia también en el orden social de los conocidos principios jurídicos de reparación íntegra, favor hacia el damnificado –pro Donato- y, cómo no de proporcionalidad entre el daño sufrido y la reparación obtenida. Hay que añadir los siguientes criterios ya legales ya jurisprudenciales:

- A) Ni el principio de igualdad ni el de seguridad jurídica sufren si se siguen criterios de reparación que coherentes y racionales, resulten diferentes, cada sector y ámbito, de modo que en unos casos puede legitimarse la existencia de un baremo y en otros no STCO 180/2001.

- B) La valoración de los daños morales procede siempre, aunque no haya daños patrimoniales, sin que pueda identificarse con una cantidad simbólica.

- C) En la responsabilidad indemnizatoria por daños a la persona está presente no sólo la reparación proporcional, imposible por el carácter extrapatrimonial de los mismos, sino también el efecto disuasorio frente a futuros incumplimientos.

La doctrina actual, garantiza que no existe impunidad en la lesión del derecho fundamental, dado que, no será posible que la sentencia que estime la vulneración de derechos fundamentales deje de imponer al sujeto causante de la lesión la correspondiente indemnización, y que la misma no pierda su principal función compensadora, que deberá ser determinada con el prudente arbitrio judicial y de forma proporcional a la mayor o menor gravedad de la conducta en cada caso concreto.

### 2.10.3 Cuantificación de los daños por el Órgano judicial.

Delimitados los diferentes daños, la cuestión se centrará en su cuantificación. La cuantificación ha de ser suficiente para cumplir con una doble finalidad:

**Resarcitoria**, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión.

**Preventiva**, contribuyendo a la finalidad de prevenir el daño, efecto disuasorio y preventivo, en el entendido de que este último cumple la función esencial de asegurar que la violación de cualquier derecho fundamental lleva aparejada un perjuicio tangible para el infractor, dado que de no ser así, fácilmente se verá este inclinado a repetir en futuro idéntica o parecida conducta ilícita.

**Por tanto, las bases de la cuantificación son:**

- **La duración:** si es más o menos prolongado en el tiempo.

- **La pluriofensividad:** se afectan a más o menos bienes de la personalidad además de la integridad, discriminación, intimidación etc.

- **La intencionalidad lesiva:** el comportamiento doloso es más relevante, y reprobable aquí es donde debe jugar la intencionalidad y no en el tipo de ilícito, como erróneamente hace la doctrina judicial mayoritaria.

- **La gravedad de las conductas.**

También ante la inexistencia de reglas normativas aplicables con carácter general, puede ser tentador recurrir, a la aplicación analógica de baremo, por ejemplo:

- El baremo previsto para la responsabilidad por accidentes con vehículos a motor, (STSJ Cataluña 27 -4-2007)

- El sistema de baremo de la Ley 30/1995 aunque se aplique por analogía.

La aplicación de baremo facilita la labor judicial y de generalizarse podría aportar seguridad jurídica, pero va en detrimento de la exigencia de dar una respuesta indemnizatoria diferenciada para cada uno de los diferentes daños que se hayan podido ocasionar, motivando suficientemente las decisiones judiciales.

Son muchos los intereses en juego además la dificultad de poner precio a un valor como es la salud.

Las sentencias optan por cuantías que suponen, por lo general, el doble de la indemnización propia por extinción causal. Con lo que se evidencia esa dimensión de indemnización judicial disuasoria.

Hay datos que confirmarían que las sentencias acuden a criterios desvinculados del daño real para aproximarse, de un modo u otro, a los sancionadores, como ejemplo:

- La fijación de una parte del sueldo durante el tiempo que dura el acoso.
- Cuantías de las infracciones administrativas STCO 247/2006.
- 15 días adicionales a los 45 por extinción causal (ahora 33)

**Como conclusión**, puede señalarse que las indemnizaciones para compensar los daños derivados de acoso moral laboral, en concreto de los daños morales y daños a la salud, deberán ser fijadas discrecional y motivadamente por el juez, distinguiéndola de las partidas indemnizatorias que se reconozcan por otros daños (patrimoniales de obligada especificación por el demandante en la demanda) y tendiendo a compensar semejantemente los daños similares, a cuyos efectos sería deseable que los jueces dispusieran de datos estadísticos como ocurre en otros ordenamientos. Todo ello en aras de facilitar la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los litigantes a través de los recursos basados en la errónea apreciación judicial, algo que resulta mucho más complejo cuando la discrecionalidad judicial se traduce en indemnizaciones globales y/o en escasos esfuerzos argumentativos en cuanto a las bases tomadas en consideración para determinar el montante indemnizatorio. Escasean, por tanto, la uniformidad de criterio y la certeza jurídica (la llamada lotería judicial) de suerte tal que en muchos casos no se alcanza a comprender que daños son los que se están reparando y que pautas o criterios se han tenido en cuenta para determinar el quantum indemnizatorio correspondiente a cada uno de ellos. En otros países de nuestro entorno se ha considerado que debe haber un punto de encuentro necesario con vistas a homogeneizar la valoración de determinados daños.

#### **2.10.4 Incompatibilidad en materia indemnizatoria.**

El art. 183.4 LRJS señala que cuando se hayan ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

En la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente.

#### **2.10.5 Recursos y ejecutividad inmediata de la sentencia.**

Con arreglo al art. 191.3.f LRJS, La sentencia dictada en el proceso de tutela de derechos fundamentales será recurrible en todo caso en suplicación *“Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.*

Recurso que participa también de la tramitación preferente que se predica en el art. 179.1 LRJS. Ahora bien la interposición de recurso no tiene efectos suspensivos sobre la sentencia estimatoria, que será ejecutiva desde que se dicte art. 303.1 LRJS: *“Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, serán ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas”*

Esta ejecución provisional es otra de las garantías del proceso de tutela, cuyo fin es reestablecer inmediatamente la situación existente antes de la lesión del derecho fundamental y reparar, también de forma inmediata, sus consecuencias.

Serán inmediatamente ejecutivos todos los pronunciamientos de condena que contenga la sentencia, lo que puede implicar, como se vio, obligaciones tanto de no hacer como de hacer. También serán inmediatamente ejecutivas las condenas de hacer o de no hacer necesarias para

reponer al trabajador en la situación anterior a la conducta de acoso (dándole, por ejemplo, ocupación efectiva o reponiéndolo en sus anteriores funciones). Así mismo la ejecutividad inmediata de la sentencia irá referida, a la condena de reparar las consecuencias derivadas de tal conducta, lo que normalmente se traducirá en el pago de la indemnización que se haya reconocido judicialmente.

### **3. LA TUTELA EN ADMINISTRATIVA.**

La actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social debería de desempeñar un papel fundamental, en un proceso efectivo de tutela de los derechos de las víctimas, con todas las garantías para las partes afectadas. La actuación de la Inspección de Trabajo podrá hacerse cargo cabalmente de la naturaleza y entidad de la situación que provoca la denuncia, mediante una intervención caracterizada por la inmediación, desarrollada en el propio ámbito del centro de trabajo, mediante la entrevista personal y reservada con las personas afectadas, la toma directa de datos, el análisis in situ de las condiciones del medioambiente sociolaboral.

La intervención de la Inspección de Trabajo debería de resultar un primer nivel de tutela que tuviera como efecto corregir efectivamente situaciones antes de que se su degradación pudiera provocar mayores perjuicios. Incluso cuando la actuación de la Inspección no corrija situaciones enquistadas o ya muy degradadas, servirá para recabar posteriormente una tutela más fundada en sede judicial.

#### **3.1) COMPETENCIAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO:**

##### **A) Asistencia técnica de la inspección de trabajo.**

En el ejercicio de esta competencia la Inspección de Trabajo puede llevar a cabo una de las actividades más relevantes en la prevención y también corrección inicial de las situaciones de acoso, consistente en la mediación en el conflicto, al amparo de lo previsto en el artículo 3.3.1 LOIT. La condición de autoridad pública del Inspector mediador supone un resorte poderoso que facilita su actuación como tercero componedor que tras una recogida de datos y de información puede estar en condiciones de proponer una medida de restitución de la convivencia en un clima laboral sano.

##### **B) Emisión de informes.**

La emisión de informe como competencia de la función inspectora. El art. 95.3 y 4. de la Ley de Procedimiento Laboral prevé la posibilidad de que el órgano judicial en la tramitación del proceso recabe el dictamen de organismos públicos competentes, *“Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso”* que podría permitir la intervención de la Inspección de Trabajo cumpliendo tal cometido.

La posibilidad de contar con un informe de la Inspección de Trabajo en el que constaran las circunstancias relevantes de situaciones de indignidad que ésta hubiera podido acreditar en su visita al lugar de trabajo dónde se presentan, mediante la realización de una averiguación directa en el propio ámbito laboral, contando con el saber hacer de la Inspección, supondría contar con un documento de indudable valor en la causa judicial. Si la actuación de la Inspección de Trabajo se hubiera producido con anterioridad a la instancia del proceso judicial, la aportación en la causa de la actuación investigadora y de sus conclusiones debería de resultar siempre relevante para el enjuiciamiento de la controversia en sede judicial.

##### **C) Vigilancia y exigencia en el cumplimiento de normas.**

Esta tercera competencia funcional de la labor de la Inspección de Trabajo resulta la de mayor importancia cuantitativa de cuantas asume, y tiene un doble alcance:

- **El requerimiento o advertencia.**
- **La imposición de sanción.**

Constatada una situación de acoso, la Inspección ha de proceder a levantar la correspondiente acta de infracción que conlleva la imposición de una sanción dineraria.

#### 4. LA TUTELA DISUASORIA-REPARADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, recoge la definición de accidente de trabajo, como «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». En principio, no se puede considerar como una enfermedad profesional al acoso moral, ya que, el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social define enfermedad profesional «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

Pero en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su modificación y registro, hay un aumento del listado de enfermedades causadas por agentes físicos, químicos y biológicos. Sin embargo, ni en el Anexo I (relación tasada de enfermedades profesionales) ni en el Anexo 2 (lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha) se contemplan patologías psicosociales. En el cuadro de 1978 no tenía cabida el estrés. La depresión y otro tipo de enfermedades mentales que pueden producirse como consecuencia del acoso moral en el trabajo, y ahora, en la actual regulación tampoco quedan recogidos estos padecimientos y afecciones como algún sector doctrinal venía recomendando.

Realmente la decisión tomada por el RD 1299/2006 explica algo de lo que la doctrina viene dando cuenta “la noción actual de enfermedad profesional es muy restrictiva y no deja margen para encuadrar al acoso como tal”. Este carácter restrictivo resulta especialmente gravoso cuando la patología en presencia es de naturaleza psicosocial, cuya compleja etiología no ayuda a facilitar la prueba, pero que en cambio, refuerza su tratamiento como accidente de trabajo, pues el número de decisiones judiciales que vienen considerando las patologías padecidas por las víctimas de acoso laboral como accidente de trabajo es ya representativo e importante, y el avance jurisprudencial y también doctrinal, (aunque no legislativo) se debe al reconocimiento determinante de la discusión jurídica: apreciar el nexo causal entre la relación laboral y los daños psicológicos o físicos padecidos por el acosado, tal como requería el precepto de Seguridad Social.

De cara a la defensa judicial lo mejor será que la víctima se ponga en manos de un profesional correspondiente para que se cerciore en su diagnóstico del origen laboral de la patología, u así poder solicitar el cambio de contingencia de la baja laboral (si existe) de enfermedad común a accidente de trabajo mediante el correspondiente expediente administrativo sobre la determinación del origen de la contingencia.

Sin embargo legislador ha dejado un cauce legal en el artículo 115.3 de la misma ley, al apreciar accidente laboral “**todas las lesiones que pueda sufrir un trabajador como consecuencia del trabajo**”, aunque no suficiente para hacer efectiva una acción protectora de la Seguridad Social más específica para tantas y tan graves dolencias como las que efectivamente sufren las víctimas reales de acoso (sea cual sea la modalidad sufrida) cuando es tan unánime la voz de quienes abogan por su encaje en el art. 115.2.e LGSS y su tratamiento como enfermedades derivadas del trabajo.

##### 4.1) EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES DE IP DEBIDAS A AML.

Ligado a esta posibilidad de declaración de contingencia profesional se presenta el reconocimiento de prestaciones, no ya de incapacidad temporal, sino incluso de incapacidad permanente, sea total, absoluta, a raíz de las secuelas permanentes dejadas por el AML. Se seguiría así la aplicación de l art. 137 LGSS

1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- Gran invalidez..

2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

#### **4.2) EL RECARGO DE LAS PRESTACIONES.**

Se podrá exigir una responsabilidad de Seguridad Social por el reconocimiento de una sanción especial, como es el recargo de prestaciones de conformidad con el artículo 123 de la Ley general de la Seguridad Sociales en este caso se puede proceder a la reclamación del recargo de prestaciones de la Seguridad Social a favor de la víctima que padezca de lesiones psíquicas.

En este ámbito encontramos una gran paradoja y es que a día de hoy **apenas si hay algún caso de reconocimiento efectivo del recargo en una situación de incapacidad por AML**. El presupuesto de esta responsabilidad es la infracción de normas de LPRL lo que requiere considerar el AML como un riesgo profesional a prevenir, salvo algún caso aislado que erróneamente entienda lo contrario.

El Artículo 123 LGSS recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional establece:

**1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100,**

**2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor** y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

**3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.**

#### **IV. LA STC 250/2007, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007.**

Es un caso de acoso sexual, en el que se ponen de manifiesto todos los elementos básicos del acoso, habitualidad en la conducta, finalidad, dirigida a crear un ambiente intimidatorio, el daño a la salud etc. Se vulneran derechos fundamentales tan importantes como la integridad física y moral o la tutela judicial efectiva, menoscabo de su dignidad llegando a la exclusión de la persona del trabajo.

Después de denunciar lo hechos ante los órdenes penal y laboral siendo desatendida, la actora acude al amparo del tribunal constitucional, donde por fin recibe una repuesta, que ha servido de guía al legislador para que la actual ley procesal laboral amplíe la protección de los trabajadores frente al acoso.

### **1. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO:**

La trabajadora DOÑA ITZIAR DEUSTO LARRAÑAGA, fue contratada por una empresa CONSULMAR S.L. para prestar servicios como camarera en un buque. Éste era propiedad de otra empresa, SOLENT MARINE SERVICES LIMITED, que había contratado la provisión de los servicios de comida y bebida dentro del buque con una tercera compañía, P&O EUROPEAN RERRIES LTD que era la que ostentaba la condición de empleadora del Sr. Mason, jefe inmediato superior de la demandante, a la que acosaba física y verbalmente y además se jactaba públicamente de ello. Se declaran hechos probados que el Sr. Mason tenía una conducta de continuas propuestas de contactos sexuales a la trabajadora, ésta manifestaba su desagrado públicamente, dando a conocer a sus compañeros de trabajo las agresiones de que era víctima por parte de su jefe. Las agresiones continuaron durante 7 meses entre noviembre del 1996 y mayo de 1997. La trabajadora fue trasladada de puesto de trabajo y cuando preguntó por la razón de tal cambio, la respuesta de otro superior fue que para recuperar su anterior puesto, debería pasar por la cama del Sr. Mason. Ese día la recurrente tuvo que ser atendida por el oficial médico del barco como consecuencia de un trastorno depresivo ocasionado por la presión a la que estaba sometida según los hechos expuestos. Pocos días después tuvo que desembarcar para someterse a un tratamiento por trastornos psicológicos que se prolongó hasta febrero de 1998. Además perdió su salario entre mayo de 1997 y febrero del 1998 como consecuencia del acoso.

El capitán del barco realizó una investigación de lo ocurrido y recogió en el memorándum manifestaciones tan poco concisas como “que los compañeros interrogados recordaban que por aquellas fechas la trabajadora estaba muy disgustada en relación con aquellas historias sobre la atracción afectiva que el Sr. Mason sentía hacia ella”.

### **2. ACCIONES JUDICIALES QUE SIGUE LA DEMANDANTE.**

**Ante estos hechos, la demandante decide ejercer las siguientes acciones judiciales:**

#### **2.1) RECLAMACIÓN PENAL.**

La trabajadora presentó denuncia el 8 de octubre ante el juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria, y el 4 de noviembre se dicta auto de sobreseimiento por entender, sin entrar en el fondo del asunto, que la jurisdicción española no era competente para conocer del hecho denunciado, de acuerdo con el art. 23 de la LO del poder judicial al ser el buque donde se desarrollaban los hechos de bandera británica, si bien la denunciante había manifestado que la persecución de que era objeto también se desarrollaba en tierra cuando el barco atracaba a puerto.

#### **2.2) DEMANDA LABORAL.**

Siendo desatendida su denuncia en el orden penal, la trabajadora optó por recurrir al orden social, que es el orden natural para solucionar este tipo de conflictos, e interpuso demanda de tutela de derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Social núm. 6 de Vizcaya.

La sentencia del juzgado de lo social nº 6 de Bilbao, de 8 de Febrero de 2000 declaró que el acoso del que había sido objeto la demandante constituía violación de los siguientes derechos fundamentales: su integridad física y moral (art. 15 CE), discriminación (art. 14.1 CE), derecho a la dignidad (art. 10 CE), tutela judicial efectiva (art. 24 CE) derecho al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 CE) condenando solidariamente al cese inmediato del comportamiento de los empleadores contrario a estos derechos, a la reposición de la situación al momento anterior de producirse el mismo y condenando solidariamente a todos los demandados al pago de una indemnización por daños y perjuicios, (tanto al acosador como a las empresas codemandadas por no adoptar las medidas necesarias, preventivas o/y reparadoras para evitar los actos de acoso aún después una reunión entre el padre de la víctima, un representante de las empresas que trabajaban en el barco y el alcalde de Santurce, pueblo de la demandante). El **juzgado de este modo rechazó la excepción de legitimación pasiva alegada por las empresas por desconocimiento del acoso y que no había conexión con el ámbito laboral.**

### 2.3) RECURSO DE SUPPLICACIÓN.

La sentencia fue recurrida en suplicación por todos los demandados, con la excepción del Sr. Mason, y **el recurso fue estimado** por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 18 de septiembre 2001 que declaró:

1º **La incompetencia del Orden Social para conocer de la reclamación formulada contra el Sr. Mason** al ser distintas las empleadoras de ambos, demandante y demandado, y no mediar entre ambos relación laboral derivada del contrato de trabajo, sino sólo la relación funcional consecuencia de las labores desarrolladas por ambos en el buque.

2º Declara **ser competente** para conocer la demanda ejercitada **contra las empresas** conforme a lo previsto a los arts. 2.1, 175 y siguientes LPL, dada la relación de trabajo que mediaba entre las partes.

3º No constar que las empresas codemandas tuvieran conocimiento del acoso sufrido por la demandante hasta el 22-05-97 en que ésta fue atendida por la doctora del buque por tanto no podían adoptar medidas tendentes a evitarla.

4º Revocación de la Sentencia de Instancia, desestimando todas las pretensiones contenidas en la demanda.

### 2.4) RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

Frente a esta sentencia la recurrente formuló **Recurso de Casación** para la unificación de doctrina, que fue **inadmitido a trámite por auto de 30 de enero de 2003 de la Sala de lo Social del TS** porque en la sentencia citada para contrastar (TSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2000) la conducta constitutiva de acoso provenía de un trabajador de la propia plantilla de la empresa de la demandante, cosa que no ocurría en el caso de autos.

### 2.5) RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Tras conocer la inadmisión del Recurso de Casación, la trabajadora el 16 de abril de 2003, interpuso **Recurso de Amparo**, ante el Tribunal constitucional, por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral ( art.15 CE) y el Derecho al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al haber sido objeto de un acoso sexual en el trabajo. En la demanda de amparo, la recurrente considera que:

1º **Sobre la inadmisión a trámite de su recurso de casación** diciendo que “*resulta irrelevante el hecho de que en el caso de autos, a diferencia del supuesto elegido de contraste, los trabajadores*

*pertenciesen a distintas empresas, ya que, de un lado, la resolución impugnada no ha tenido en cuenta esa circunstancia como argumento para decretar la incompetencia del orden social, pues, al margen de que pertenezcan a diferentes empresas, basó su decisión en que la cuestión litigiosa se suscitaba entre dos trabajadores; de otra parte, porque, en cualquier caso, se desprende de los hechos probados la existencia de una dependencia funcional entre ambas empresas, ya que el demandado era inmediato superior jerárquico de la demandante y los hechos acontecieron en el lugar de trabajo”*

**2<sup>a</sup>. Sobre la Sentencia de Suplicación, señala:**

**A) Que “el órgano judicial ha realizado una interpretación indebidamente restrictiva del art.2 LPL, ya que debió conocer de la controversia planteada conforme a lo dispuesto en su apartado k, que declara que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre tutela de los derechos fundamentales.**

Y también **“que de no reconocerse la competencia del orden jurisdiccional social en el caso de autos, se está forzando a la víctima del acoso a accionar doblemente, a saber, por la vía del orden social respecto a las empresas demandadas, y por la civil respecto del autor de los hechos (ya que penalmente tampoco se reconoce la competencia de los órganos españoles al ocurrir los hechos en un buque con bandera británica)”**.

**B) En cuanto a la exención de las empresas codemandadas, recuerda que, según la Sentencia de instancia, la conducta de acoso quedó acreditada con la prueba practicada en su conjunto,** implicó una serie de consecuencias laborales negativas para la recurrente, pues coartó, limitó y condicionó su desarrollo personal y profesional, obligándola a dejar el empleo debido a un cuadro ansioso-depresivo producido por la presión a la que se vio sometida en su centro de trabajo y en el curso de su relación laboral. **Y que la empresa era conocedora de la conducta discriminatoria.**

Por providencia de 19 de mayo de 2005 de la Sala Segunda, se admitió a trámite la demanda, dando cuenta a las partes para que pudiesen comparecer en el recurso de amparo y los juzgados implicados para que enviaran la documentación correspondiente.

**Las empresas presentan sus escritos de alegaciones ante el alto tribunal**

**1º Alegan desconocimiento de los hechos.**

**2º Entienden que a su empresa no se le puede atribuir responsabilidad por incumplimiento de su deber de prevención,** cuando se trata de un mero agente de otra empresa que no tiene ninguna posibilidad de actuación en el lugar de trabajo.

**3º Firmeza de sentencia de suplicación.**

**4º Prescripción de los plazos de interposición de Recurso de Amparo.**

**5º Niegan la vulneración de derechos fundamentales.**

**3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL Y FALLO.**

La sentencia constitucional es muy rica en el orden procesal ya que repasa y aplica la doctrina que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional sobre los distintos puntos sometidos a su conocimiento y decisión, entre otros los siguientes:

**1º Alcance del Principio Pro Actione: Rechazo de la Vulneración de Derecho Fundamental del auto del TS que inadmitió el Recurso de Casación**

Sobre si se ha producido o no una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por el TS al inadmitir a trámite el recurso de casación, el TC responde que en aplicación de la doctrina sintetizada en *STC 195/2007 de 11 de septiembre; 329/2006, de 20 de noviembre, FJ 6; y 256/2006, de 11 de septiembre, FJ 5*, la decisión sobre la admisión de un recurso, corresponde sólo a los Jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art.117.3 CE sin que este tribunal pueda intervenir, salvo en las ocasiones en que la aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, infundada o errónea.

El principio *pro actione* (*interpretación más favorable al ejercitar la acción, asegurando más allá de las dificultades de índole formal una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del proceso*) únicamente despliega su plena potencialidad cuando lo que está en juego es la obtención de una primera respuesta de los tribunales de Justicia a la pretensión que ante ellos se plantea en demanda de justicia pero no cuando lo que se solicita es la revisión de dicha respuesta.

**La aplicación de la anterior Doctrina al caso conduce al rechazo de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso.**

**2º Reconocimiento de la Vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva de la Sentencia de suplicación.**

Respecto del el análisis de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en la que la demandante de amparo le imputa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por haber declarado la incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer de la acción dirigida frente al trabajador que realizó el acoso, **el TC que es garante último cuando se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de derechos sustantivos fundamentales como son el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el trabajo, y a la protección de la integridad e intimidad personal, reconocidos, respectivamente, en los arts. 14, 15 y 18.1 CE), le aplica un canon de constitucionalidad que es reforzado por todas, SSTC 74/2007, de 16 de abril y 202/2007 de 24 de septiembre. La razón es obvia: se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva pero también ha de considerarse un posible efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental invocado.**

**3º Conexión laboral de facto pese a la diversidad de empleadores.**

A la vista de los planteamientos entiende el Tribunal Constitucional que la **inadmisión acordada por la sentencia en suplicación a favor del Sr. Mason es irrazonable e incurre en incoherencia grave al negar la competencia del orden jurisdiccional social respecto de la acción dirigida contra él , y además, hace una interpretación indebidamente restrictiva de los arts 2 y 181 LPL al negar que el orden social pueda conocer de la acción interpuesta contra el autor de los hechos por no existir relación laboral con él, cuando no ha negado su competencia con relación a los acción dirigida frente a determinadas empresas con las que tampoco existía contrato de trabajo. Así se priva a la recurrente de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultan lesionados en el ámbito laboral.** Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia acreditan una realidad laboral en la que la trabajadora y el supervisor de su tarea (Sr. Mason), aunque formalmente pertenecen a empresas distintas, mantienen una evidente y efectiva conexión laboral.

**No puede circunscribirse el proceso especial previsto en el orden laboral, art. 175 y siguientes LPL a aquellos casos en que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario:** las normas laborales, al fijar el contenido de la sentencia a dictar en tal proceso especial, hacen referencia a las conductas lesivas que provienen “...tanto del empresario como de cualquier otra persona”. En fin, dicho procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, ofrece prerrogativas procesales al trabajador que éste no habría obtenido en el caso de acudir al Orden Civil, máxime si tenía cerrado el Orden Penal en el que no pudo obtener, un pronunciamiento de fondo.

**4º Responsabilidad de las empresas demandadas: deber de protección empresarial**

Considera que es un error someter la responsabilidad de los hechos por parte del empresario a que sea la propia víctima la que se los comunique formal y personalmente, ya que supone un desconocimiento profundo de la situación emocional de la trabajadora que se encuentra bajo presión de esas características, resultando el silencio de la víctima algo normal y hasta lógico

La exoneración de responsabilidad de las empresas codemandadas no tiene soporte en los hechos acreditados. Queda probado en la instancia, que la trabajadora pidió ayuda al superior jerárquico de su acosador y éste no hizo otra cosa que respaldar la actuación discriminatoria, que había un conocimiento generalizado de los hechos entre el resto del personal, al tratarse de un recito cerrado

y próximo como un barco, no resulta razonable deducir que tal conocimiento se constriñó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresarial.

**5º Fallo de la sentencia declara: Estimar el Recurso de amparo:**

1º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de septiembre del 2001, así como la del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003, únicamente en la declaración de firmeza de la resolución recurrida, retrotrayendo las actuaciones para que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

**4. SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO, 6 DE MAYO DE 2008.**

En cumplimiento del fallo del TCO, se revisa la sentencia del TSJ del País Vasco de 18 de septiembre del 2001. **En el trámite de alegaciones, la demandante se reitera en los hechos, fundamentos y suplico de la Demanda de Amparo** en reconocimiento de la lesión de los derechos fundamentales, conforme a los artículos 10. 14, 15 y 18 de la CE, señalando que el acto de acoso sexual, es discriminatorio y un ilícito pluriofensivo que vulnera el honor y la salud de la trabajadora.

**Disconformes las empresas codemandadas en sus recursos de suplicación, piden la revisión y modificación de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado alegando las siguientes cuestiones:**

- Que lo sucedido fue en horas de descanso fuera de la jornada laboral.
- Falta de comunicación de las bajas laborales a las empresas.
- Que el cambio en el puesto de trabajo se debió a la solicitud previa de la actora.
- Incompetencia de jurisdicción.
- Prescripción de la acción ejercitada.
- La impugnación de la cantidad indemnizatoria reconocida y su responsabilidad en el abono.
- Indefensión causada con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que en la sentencia recurrida no se ha valorado la prueba conforme a derecho.

**La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, da contestación a cada petición de revisión y modificación contenida en los recursos de suplicación de las empresas, y dicta una nueva sentencia el día 6 de mayo de 2008, cuyo FALLO es el siguiente:**

**Estima el recurso de suplicación de la empresa Consulmar SL,** frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Vizcaya, dictada el 8 de febrero de 2000, en los autos nº 49/1999 sobre tutela de derechos fundamentales, por considerar que únicamente actuaba como agente de otra empresa (Solent Marine Services Limited) y no era la empleadora real de la demandante limitándose a la tramitación administrativa (pago de salarios) declarando la absolución de Consulmar S.L. frente a las pretensiones de la demandante.

**Desestima los recursos de suplicación interpuestos por las otras empresas codemandadas,** confirmando el resto de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia de Instancia es decir: declara que el acoso sexual del que fue objeto la demandante constituye una violación de derechos

fundamentales **ordenando el cese inmediato del comportamiento lesivo, la reposición de la situación al momento anterior de producirse el mismo, y condenando solidariamente a estas empresas al abono de una indemnización por daños y perjuicios a la demandante.**

#### **V. CONCLUSIÓN.**

Como se ha expuesto, la reforma de la LRJS, ha supuesto una evolución positiva, en lo que se refiere al tratamiento jurídico del acoso, y a ello ha contribuido en gran parte la **STC 250/2007, DE 17 DICIEMBRE DE 2007**, puesto que ha sido la doctrina que ha impulsado al legislador a asignar al orden social la competencia “sobre derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”, así lo indica la nueva LRJS.

Se resuelve también el problema de la legitimación en los casos de acoso en los que la lesión es ocasionada, aunque en conexión con el trabajo, por terceros ajenos al contrato de trabajo, pero que mantienen cierto tipo de relación con el empresario, eliminando así la competencia residual que tradicionalmente ha venido sumiendo el orden jurisdiccional civil, siendo la jurisdicción social la competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con él, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado, evitando el peregrinaje de las víctimas de acoso por los diversos órdenes jurisdiccionales para conseguir justicia.

Se modifica, en consecuencia, el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, que se amplía, racionaliza y clarifica respecto a la normativa anterior.

Resulta relevante que como consecuencia de esta sentencia del TC, las acciones judiciales para restituir los bienes jurídicos infringidos, así como para obtener una indemnización por daños y perjuicios, pueden orientarse no frente al agresor sino directamente frente a la empresa o administración que con su pasividad lo ha tolerado. De ello se derivan importantes consecuencias, una de ellas es que las empresas deben adoptar medidas de reacción frente a situaciones de acoso laboral de sus empleados, si existe notoriedad de tal situación, o si tiene conocimiento algún mando intermedio o superior jerárquico, y deberá demostrar, ante las denuncias, que adoptó todas las medidas normativas exigibles para evitar accidentes y violaciones de los derechos de sus trabajadores. En aquellos procesos en que existan indicios fundados de discriminación, la carga de la prueba será, por tanto, del empresario, si no se adoptan medidas, la empresa es responsable y deberá indemnizar de los daños y perjuicios ocasionados al trabajador víctima de acoso.

Esta doctrina, que resulta vinculante para jueces y tribunales de todo orden jurisdiccional, en todo tipo de procesos, resulta especialmente de aplicación en relación con las grandes empresas y Administraciones Públicas, (con gran densidad de empleados y empleadas como centros hospitalarios, centros educativos) e incluso entre el personal de empresas concesionarias de servicios públicos, ya que la sentencia del TC extiende la responsabilidad de los trabajadores de distintas empresas a la entidad titular del centro donde se cobijan.

Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social (antes la planteaban ante el orden contencioso administrativo) en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del acoso en el ámbito de la relación de trabajo.

**Bibliografía****Libros:**

Alegre, M., Blasco, A., Esteve, A., García, A., Goerlich, J.M., Lluch, Fco. J.,...Viqueira, C. (2012) *La Reforma del Proceso Laboral, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Barrutía Urrutikoetxea, M. (2009) *La vía Penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*. Albacete: Bormazo S.L.

Conde Colmenero, P. (2009). *El acoso laboral en el empleo público: actualizada conforme a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*. Granada: Comares.

Correa Carrasco, M., Valdés de la Vega, B. (2007). *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*. Granada: Comares.

Jurado Segovia, A. (2008). *Acoso Moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*. Las Rozas, Madrid: La Ley.

Molina Navarrete, C. (2007). *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses*. Albacete: Bormazo S.L.

Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral. (2010) Autor. *Casos reales de violencia y acoso en el trabajo: análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes / Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral*. Bilbao: Lettera.

Velasco Portero, T., Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2010). *"Mobbing", Acoso laboral y acoso por razón de sexo: guía para la empresa y las personas trabajadoras*. Madrid: Tecnos.

Velázquez Fernández, M. (2005). *Impacto laboral del estrés*. Bilbao: Lettera.

**Fuentes electrónicas:**

García Rodríguez, B. *Tutela Pública ante los Riesgos Psicosociales. La necesidad de una Nueva Modalidad Procesal ante el acoso* [www3.uva.es/tsocial/documentos/4.5](http://www3.uva.es/tsocial/documentos/4.5). (Consulta 23/04/2012).

**Informes:**

Observatorio Vasco sobre acoso moral en el trabajo-mobbing. (2009). Autor. *El acoso moral en los lugares de trabajo: Comprender para intervenir*. Bilbao: lettera

**Revistas:**

Borrajo Cruz, E. (Quincena del 1 al 15 Mar.2008). Tutela judicial efectiva y defensa de derechos constitucionales: Acoso Sexual en el trabajo. *Actualidad Laboral*, número 5, 570-577. Las Rozas, Madrid: La Ley.

Díez Lirio, C. (2011). Aspectos procesales relativos a la extinción de la relación laboral en el contexto de la vulneración de derechos fundamentales. *Revista de la Jurisprudencia*, 2, 100- 107.

Djamil Tony Kahale, C. (2003). El acoso en el trabajo: solución a un antiguo problema desde una perspectiva jurídica. *Uned. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. monográfico, 23.