UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE CATALUNYA
OPE - ORGANIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DE EMPRESA (ASPECTOS TÉCNICOS, JURÍDICOS Y ECONÓMICOS EN PRODUCCIÓN)

ACOSO LABORAL: UN ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sara Llovera, Rocío Alfaro, Joaquín Bautista

OPE-WP.2014/01
(Documento científico-técnico 20140714)

PROTHIUS
Càtedra Organització Industrial
http://futur.upc.edu/10954555
http://www.prothius.com

ACOSO LABORAL: UN ÁNALISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sara Llovera, Rocío Alfaro, Joaquín Bautista.

Resumen: El acoso moral o "mobbing" es un problema grave que constituye una lacra en el ámbito laboral con repercusiones directas en la esfera no sólo profesional sino también personal del trabajador afectado y requiere de un profundo análisis para determinar las formas de prevenirlo, combatirlo y tratarlo. El legislador hace escasamente 4 años tipificó como delito el acoso laboral, tomando conciencia que ante supuestos graves de acoso moral debía otorgarse una protección reforzada a través de la jurisdicción penal. En el presente trabajo vamos a analizar la regulación normativa y tratamiento jurisprudencial del acoso moral concluyendo con un análisis sobre las posibles lagunas existentes y la necesidad de que todos los sectores afectados, empresa y trabajador, contribuyan en la lucha contra este tipo de conductas.

Palabras clave: Acoso moral; "Mobbing" ; Acoso laboral.

Abstract: Mobbing is a serious issue that constitutes a blight in the workplace with direct consequences not only in the professional field but also personal of the worker affected. Mobbing requires a thorough analysis to determine ways to prevent it, combat it, and treat it. The legislator barely four years ago classified the mobbing as a crime, being aware that in serious cases of mobbing should be given greater protection through the criminal courts. In this paper we analyze the legal normative and jurisprudence of the mobbing. We end with an analysis of the possible legal loopholes and the need for all sectors affected, the company and the workers contribute to the fight against this type of behavior.

Keywords: Mobbing; Workplace Bullying, Emotional Abuse.

ACOSO LABORAL:UN ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

1.PRELIMINARES

El término "Acoso moral" fue acuñado por la psiquiatra Marie-France Hirigoyen (citado por A.J Molero, 2010) donde se define el acoso moral "como toda conducta abusiva-gesto, palabra, comportamiento, actitud…-que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo".

El profesor Heinz Leymann (citado por A.J Molero, 2010) define el mobbing "o terror psicológico en el ámbito laboral como la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio estadístico, por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, ese maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicosomática y social".

El presente trabajo analiza el acoso moral en cuanto a concepto jurídico. En el primer apartado se recogen una serie de definiciones acuñadas por las que podríamos considerar algunas de las máximas autoridades doctrinales en este sector. En el segundo apartado se determinan los requisitos del acoso moral según la jurisprudencia. En el tercer apartado realizamos una enumeración de las conductas que pueden constituir acoso moral. En el cuarto apartado efectuamos un análisis de los bienes jurídicos lesionados por el acoso moral. En el quinto apartado desarrollamos la legislación aplicable y por último concluimos con una serie de cuestiones a analizar en el marco de la regulación normativa, englobando una serie de propuestas sobre trabajos futuros.

2.DESCRIPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACOSO MORAL

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre los requisitos básicos que deben concurrir para que estemos ante un supuesto de acoso moral. En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23/11/2012, donde resuelve un recurso de suplicación interpuesto por un trabajador contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) porque se ve coaccionado y sometido a acoso laboral por sus superiores inmediatos.

En la Sentencia citada se pone el acento del acoso laboral en una única finalidad que consiste en destruir a la víctima, se requiere un comportamiento abusivo en sus distintas manifestaciones y se contempla tanto el acoso vertical como el horizontal. A su vez y siguiendo la doctrina de Leynman (citado por A.J Molero, 2010) se alude a un requisito temporal y sistemático, de mantener un comportamiento abusivo por lo menos una vez a la semana y durante un espacio de tiempo mínimo de 6 meses. La sentencia manifiesta lo siguiente:

"*La doctrina pone de manifiesto que el acoso moral se caracteriza por:*

a) Ser un comportamiento abusivo de manifestación plural, del que pueden formar parte las conductas de naturaleza organizativa (v. gr., asignar tareas inútiles, degradantes, humillantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir, inferiores a su categoría profesional o, incluso, no asignar ninguna), aislamiento social (p. e., impedir las relaciones con los compañeros de trabajo; asignar un trabajo aislado de éstos; prohibir la presencia física de la víctima en reuniones; retirarle el uso de medios de comunicación, como el teléfono o el fax), desprestigio personal y profesional, a través, quizás, de la creación de falsos rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador o, en fin, agresión verbal o física (como sucede cuando se producen insultos, injurias, calumnias; amenazas; coacciones).

b) Realizarse, generalmente, por uno o varios superiores (empresario o altos directivos) o compañeros de trabajo en situación de igualdad e, incluso, conjuntamente entre unos y otros. En el primer caso, se habla de acoso vertical ascendente, pues el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo, de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos.

c) Su carácter recurrente y sistemático, pues se está ante una conducta que tiene que realizarse durante un determinado período y reiterarse con frecuencia, esto es, una o varias veces por semana. Así se habla de un período mínimo de reiteración de la conducta de seis meses, si bien éste debe interpretarse con cierta flexibilidad. Dicha reiteración evidencia un plan preconcebido para destruir al acosado, que queda evidenciado tanto en la reiteración de la conducta como en el hecho de que ésta se manifieste en la realización conjunta de varios de los actos ya relacionados, complementarios entre sí, en cuanto al logro de la finalidad perseguida.

Además, este tipo de comportamiento se caracteriza por una única finalidad: la de destruir a la víctima. Ciertamente, el fin buscado es el de colocar al trabajador en una situación extrema de sufrimiento personal que le lleve, según el acosador sea un compañero o el empresario, bien a desistir de sus derechos profesionales (y. gr., promoción), bien a abandonar voluntariamente la empresa. Solamente una persona destruida psicológicamente puede tomar tales decisiones. Este daño psicológico suele manifestarse en un grave deterioro de la salud mental y física, concretado en problemas de depresión (llantos, abatimiento general, desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, nerviosismo,

angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dolores de espalda y nuca, dificultades de respiración, cansancio, insomnio, vértigos, mareos). En ocasiones extremas, el acoso psicológico puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica e irreversible o, incluso, terminar en suicidio. Además, no cabe obviar los problemas familiares que esta situación puede conllevar, como p. e., la separación conyugal".

En términos generales podemos distinguir varios tipos de acoso. El acoso vertical, también conocido como "bossing", que es el que deriva del superior jerárquico contra el trabajador. El acoso horizontal que se produce entre compañeros y el acoso mixto que tiene lugar cuando concurre el acoso vertical y horizontal.

La comisión del acoso moral se penaliza tanto por vía activa como omisiva. Este último supuesto se prevé especialmente en la actividad de los superiores jerárquicos, que ostentando una posición de garante no ponen fin a la situación de acoso a la que se encuentra sometido el trabajador, habiendo sido previamente denunciada por éste.

En este sentido cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 02/04/2013 donde determina la responsabilidad de un jefe de policía local que sabedor del maltrato de un mando sobre subordinadas, no actúa, encontrándose en una posición de garante siendo autor por comisión por omisión;

"Resulta obvio que Lucio tenía el deber de garantizar como superior el bien jurídico consistente en la integridad moral de las víctimas frente a los actos que estaba ejecutando el coacusado. También es claro que los actos ejecutados por su subordinado fueron menoscabando el bien jurídico de la integridad moral de las denunciantes, produciéndose así el resultado propio del delito. Y, por último, no se suscitan dudas de que Lucio tenía capacidad de evitar esos atentados contra la integridad moral adoptando las medidas disciplinarias pertinentes o de otra índole para que su inferior no prosiguiera realizando los actos denigratorios contra las recurrentes. Sin embargo, pese a esa capacidad de evitación del resultado no adoptó medida alguna, produciéndose así un resultado que se halla en "relación de causalidad hipotética" con la conducta omisiva del acusado, a quien por tanto ha de imputarse objetiva y subjetivamente la acción y el resultado punibles. Concurren así en el acusado Lucio los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el art. 173.1, en relación con el art. 11 del C. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ."

3.CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO MORAL

En la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de

actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado se fija, siguiendo el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, un listado de conductas que se entienden como acoso laboral:

"A) Conductas consideradas como acoso laboral:

- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, o incomunicado, sin causa alguna que lo justifique.
- Dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan.
- Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.
- Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes.
- Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador.
- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas.
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada.

B) Conductas que no son acoso laboral: (sin perjuicio de que puedan ser constitutivas de otras infracciones)

- Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin causa y sin seguir el procedimiento legalmente establecido.
- Presiones para aumentar la jornada o realizar determinados trabajos.
- Conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores.
- Conflictos durante las huelgas, protestas, etc.
- Ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación entre ellos.
- Amonestaciones sin descalificar por no realizar bien el trabajo.
- Conflictos personales y sindicales."

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea del acuerdo marco firmado el 26 de abril de 2007 sobre acoso y violencia en el trabajo dispone que: "Se da acoso cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo".

4.ANÁLISIS DE LOS BIENES JURÍDICOS LESIONADOS POR EL ACOSO MORAL

Para analizar el acoso moral vamos a empezar examinando los bienes jurídicos protegidos por la Constitución de 1978 que podrían verse lesionados. Entendemos que es fundamental analizar los bienes y derechos que pueden verse lesionados ante una situación de "mobbing" para entender la gravedad y perjuicio de este tipo de comportamientos .

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23/11/2012 manifiesta cuales son los bienes jurídicos protegidos que pueden verse vulnerados por el acoso moral:

"Lógicamente, no cabe duda de que conductas tan insoportables como las descritas vulneran el genérico derecho fundamental de la dignidad, considerado fundamento básico del orden político y la paz social, y otros más específicos como el de la integridad física y moral, la libertad de expresión y comunicación, el honor e intimidad personal y familiar y la propia imagen, en fin, el de la igualdad y no discriminación."

4.1 La Dignidad de la persona.

La Constitución de 1978 es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico donde se recoge en el Título primero el conjunto de derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos.

El Título Primero de la CE viene presidido por el Artículo 10 donde dispone "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y el respeto a los derechos de las demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España"

El Artículo 10 de la CE consagra la dignidad de la persona como un derecho que deriva de la concepción misma del ser humano, un derecho que la Constitución no otorga sino que reconoce.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 02/04/2013 en el supuesto de "un sargento de policía local que dirige a subordinadas continuas descalificaciones y humillaciones públicas, ocasionándolas diversos trastornos psíquicas" se pronuncia sobre la lesión que el "mobbing" produce en la dignidad humana. En este sentido dispone que: "*de todas formas, no cabe identificar la integridad moral con la dignidad humana ni considerar esta como el bien jurídico que autonomiza el tipo penal del Art.173. Pues, como tiene reiterado la*

doctrina, la dignidad humana, más que un bien jurídico diferenciado, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. Por lo tanto, opera como un principio regulativo que funcionaliza a todos y a cada uno de los derechos fundamentales, constituyendo el núcleo o punto de referencia del que fluyen todos ellos."

La protección a la dignidad del trabajador dentro del ámbito laboral viene expresamente regulada como un derecho básico del trabajador en el art.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el art.18 se reconoce en relación con "los registros sobre la persona del trabajador, sus taquillas y efectos personales" y previendo la adopción de medidas tales como "la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible" para garantizar el respeto al máximo de la dignidad e intimidad del trabajador.

4.2 El Derecho a la integridad moral.

El derecho a la integridad moral viene reconocido en el art.15 de la CE, donde dispone: "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". La integridad moral viene tutelada como un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional por la vía del art. 53.2 de la CE y constituye un bien jurídico lesionado en los casos de acoso moral.

En este sentido se posiciona la doctrina entre ellos María José Blanco Barea (citado por A. J Molero 2010): "El acoso moral en el trabajo es un proceso psicológico de violencia que atenta contra la integridad moral de la víctima en el intento de destruirla y aislarla del entorno laboral y social. Por eso cuando se atenta contra la integridad moral se pone en peligro la salud en su sentido más amplio. Eso significa sencilla y claramente que la persona acosada ha sido agredida y presenta una herida en su integridad moral que empieza a desequilibrarse en su función vital".

La integridad moral se define por la doctrina (Teoría del derecho general. Editorial Carperi) como: "El derecho que asiste a una persona a no ser violentada con intervenciones o tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos."

En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia antes referenciada de 02/04/2013 en el supuesto de "un sargento de policía local que dirige a subordinadas continuas descalificaciones y humillaciones públicas, ocasionándoles diversos trastornos psíquicos". La sentencia determina que: "*En cuanto al bien jurídico de la integridad moral que ha de ser menoscabado gravemente, la doctrina viene conceptuándolo como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o*

envilecedores. La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, matizando que con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa "cosificarlo", circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana. La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor."

El acoso moral repercute en la salud de las personas, en este sentido podría también entenderse vulnerado el art.43 de la CE donde reconoce entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección de la salud. Así dispone: "Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

4.3 El Derecho a la Igualdad.

En el Título Preliminar del la Constitución reconoce dentro del artículo primero como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico la igualdad. La igualdad viene reconocida también como un derecho fundamental en el artículo 14 susceptible de amparo constitucional por la vía del artículo 53.2 de la CE. El Art.14 de la CE dispone: "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".

La infracción del derecho a la igualdad suele comportar a la vez la vulneración de otros derechos. Así cuando se realizan conductas consideradas como acoso moral, como el supuesto "de dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, u ocuparlo en tareas inútiles o que no tienen valor productivo para evitar o dilatar su derecho reconocido en el Art.35 de la CE a la promoción a través del trabajo", no sólo se está vulnerando este derecho sino también se vulneraría, entre otros, su derecho a la igualdad y a la no discriminación.

La igualdad es un derecho que vincula a todos los poderes públicos que deberán adoptar medidas eficaces para garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos. En este sentido el artículo 9.2 de la CE dispone que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

El artículo 14 de la CE prohíbe la discriminación, enumerando una serie de supuestos concretos como son la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. La protección reforzada que se otorga a estos supuestos no implica que nos encontremos ante una enumeración "numerus clausus", sino todo lo contrario la clausula final del Art.14 que dispone "cualquier otra circunstancia personal o social" atiende a que nos encontramos ante una supuesto "numerus apertus". No obstante no todo trato desigual es trato discriminatorio, no lo será cuando venga objetiva y razonablemente justificado. Así el artículo 14 no impide actuaciones de discriminación positiva.

La discriminación positiva constituye una serie de medidas que se adoptan para favorecer la integración de determinados grupos sociales, étnicos o minorías que históricamente han sido objeto de discriminación, concediéndoles privilegios de integración en distintos sectores, entre los que se encuentra el trabajo.

La discriminación positiva viene reconocida en diversos preceptos normativos. Cabe destacar la Ley de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres donde en su art.11 prevé la adopción de medidas para corregir situaciones patentes de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010 que reconoce expresamente en el art.23 la discriminación positiva: "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado".

4.4 El Derecho al honor.

El Derecho al honor y a la propia imagen viene garantizado en el art.18 de la CE. Es un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional por la vía del art.53.2 de la CE.

El honor de una persona puede verse lesionado por el acoso moral a través de sus diversas manifestaciones como difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada. (SSTS, S1ª, 17 enero 2014).

4.5 El derecho al trabajo.

En el art 35 de la CE se reconoce que: "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para atender sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda producirse discriminación por razón de sexo."

El acoso moral puede ir dirigido a impedir la promoción profesional, por lo que se vulneraría este derecho reconocido en el art.35 de la CE, no como un derecho fundamental, sino como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos.

5. LEGISLACIÓN APLICABLE AL ACOSO MORAL

5.1 - Normativa internacional suscrita por España.

Dentro de la normativa internacional vamos hacer referencia a lo que se conoce como la Carta Internacional de los Derechos humanos que se integra por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, suscritos por España donde se reconoce y protege entre otros derechos, el derecho al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación. Derechos cuya tutela viene reconocida de manera expresa lo que implica adoptar por los estados parte, entre los que se encuentra España, medidas tendentes a evitar las vulneraciones que se produzcan de los derechos citados, entre las que se encontraría el acoso moral.

Para analizar la Carta Internacional de los Derechos Humanos vamos a hacer una breve referencia a los derechos fundamentales que se reconocen en cada uno de los tratados que se verían lesionados por el acoso moral. De manera específica el art.26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 dispone que; "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 dispone:

Artículo 6 1. "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho."

Artículo 7. "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la

categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad."

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone:

Artículo 3 "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas"

Artículo 5 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

5.2 Legislación de la Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea vamos a hacer referencia en primer lugar a los Tratados donde se reconocen los derechos del trabajador, derechos que deben ser tutelados a través de la política nacional e internacional de los estados miembros, cuya tutela debe adoptarse también frente al acoso moral, dado que dicha conducta lesiona los derechos que pasamos a exponer.

Cabe destacar en primer lugar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, donde se reconocen un articulado de derechos en el ámbito del derecho al trabajo, y la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, donde se reconocen toda una serie de derechos al trabajador que deberán hacerse efectivos a través de la política nacional e internacional de los Estados miembros.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, reconoce toda una serie de derechos fundamentales y libertades de la Unión entre los que vamos a destacar los siguientes:

Artículo 1 reconoce que "la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida."

Artículo 3 reconoce el "Derecho a la integridad de la persona."

Artículo 21 se prohíbe la discriminación; 1. "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual."

Artículo 23 reconoce la igualdad entre mujeres y hombres. "La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución."

Artículo 30 reconoce la protección en caso de despido injustificado. "Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales."

Artículo 31. 1. Dispone que "Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad."

En la legislación de la Unión Europea y centrándonos en la normativa relativa al acoso moral vamos a analizar en primer lugar la Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso moral en el lugar del trabajo de 20 de septiembre de 2001. En la citada Resolución se analiza el acoso moral como un problema grave, determinando los supuestos que pueden entenderse como acoso moral e instando a los Estados miembros para que adopten políticas de previsión y tratamiento que adecuen la legislación interna para combatir el acoso.

En la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, se cita como resultado de una encuesta "que un 8% de los empleados de la Unión Europea, es decir, unas 12 millones de personas, afirman haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo en el intervalo de los últimos 12 meses. La encuesta fue realizada a 21.500 trabajadores por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (aunque debemos partir de la base de una cifra de casos desconocidos considerablemente superior)."

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea del Acuerdo marco firmado el 26 de abril de 2007 sobre acoso y violencia en el trabajo tiene por objetivo: por un lado, "aumentar la sensibilización y el entendimiento de patronos, trabajadores y sus representantes sobre lo que son el acoso y la violencia en el lugar de trabajo", y, por otro: "proporcionar a los patronos, los trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco pragmático para identificar, prevenir y hacer frente a los problemas de acoso y violencia en el trabajo". En la Comunicación, a la que hemos hecho referencia, se describe lo que se entiende por acoso y violencia y se fijan las políticas de identificación, prevención y lucha contra el acoso.

En el marco de la lucha contra el acoso en sus distintas modalidades no ya sólo el acoso moral, sino también el acoso sexual o acoso por razón de sexo y atendiendo al derecho a la igualdad y a lo no discriminación cabe hacer referencia a las siguientes Directivas:

- Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por el que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

- Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, modificada por la Directiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 23/09/2002.

- La Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991 relativa a la aplicación de la Recomendación en la cual se incluye un Código de Conducta encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo en los países miembros de la CE.

- La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

- Por último cabe citar la reciente Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional donde se insta a los Estados miembros a "adoptar las medidas adecuadas para prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales, en los locales y centros de acogida a que se refiere el apartado 1, letras a) y b)."

5.3 Legislación española.

Dentro de la legislación española vamos a analizar el acoso moral atendiendo a la protección dada por las distintas ramas del Ordenamiento Jurídico, concretamente en el ámbito de la legislación laboral, contencioso-administrativo y penal.

<u>Legislación laboral</u>

- **Estatuto de los trabajadores de 24 de marzo de 1995**

Dentro del ámbito del Ordenamiento Jurídico Laboral vamos a analizar en primer lugar la normativa prevista en el Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995.

El art.4.1.c prevé como derechos laborales básicos de los trabajadores el derecho "a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnicos, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español."

Este precepto donde se recoge el derecho a la igualdad está íntimamente relacionado con el apartado primero letra "e" del art. 4 donde enumera una serie de supuestos de acoso. El art 4.e otorga una protección "de la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador" frente al acoso entre los que enumera "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual" y también "el acoso sexual y el acoso por razón de sexo". No menciona expresamente el acoso moral. No obstante la doctrina entiende que se encuentra recogido en el art. 4 (M.D Rubio de Medina, 2008).

El acoso moral constituye una de las causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato por voluntad del trabajador de acuerdo con lo previsto en las letras a y c del apartado primero del art. 50 del Estatuto. También el acoso moral podría dar lugar a una causa de despido disciplinario, en el supuesto del acosador, de acuerdo con lo previsto en la letra c del apartado segundo del Art. 54: "Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos" y a un despido improcedente, en el supuesto de acosado, de acuerdo con lo previsto en el Art.56 del Estatuto.

En cuanto a la prescripción y caducidad, el Art.59 del Estatuto dispone que "Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación". El plazo de prescripción de un año es también aplicable en los supuestos de acoso moral.

- **Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social de 4 de agosto de 2000**

La ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social de 4 de agosto de 2000, no recoge expresamente entre las infracciones laborales el acoso moral o "mobbing" como sanción muy grave, no obstante ha sido aceptado por la doctrina que el "mobbing" se encuentra implícitamente recogido en los apartados 11, 12 y 13 del Art. 8 de la citada Ley.

El artículo 8 dispone como infracciones muy graves:

Art.8.11; "Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

Art.8.12; "Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación."

Art.8.13 bis introducido a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres tipifica como sanción muy grave; "El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo".

- **Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007**

A diferencia de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social de 4 de agosto de 2000 a la que hemos hecho referencia, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 reconoce en el Art. 95 como falta muy grave expresamente el acoso moral.

El Art. 95 dispone; "Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo."

- **Ley de prevención de riesgos laborales de 8 de noviembre de 1995**

En el ámbito de la prevención del acoso moral tiene un papel fundamental el empresario. La Ley de Prevención de riesgos laborales de 8 de noviembre de 1995 regula en los artículos 14- 15- 16- 18- 22 y 25 los derechos de protección a los trabajadores. El empresario responde no sólo en aquellos otros en los que sea sujeto activo de una conducta de acoso moral sino también en los supuestos en los que teniendo conocimiento de una situación de acoso por parte de un tercero, sea subordinado o compañero del trabajador

acosado, no adopte las medidas pertinentes para hacer cesar dicha conducta. La Jurisprudencia ha puesto el acento en el conocimiento del empresario para poder determinar su culpabilidad, atribuyendo la carga de la prueba al trabajador acosado. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y cabe destacar la Sentencia de 16/04/2007 del Tribunal Constitucional que en razón de una demanda interpuesta por acoso moral contra Perfumerías GAL, SA y contra el Director Técnico de la empresa y superior directo de la demandante dispone:

"Según la resolución impugnada, para que de este tipo de conductas trasgresoras de un derecho fundamental como consecuencia de la directa actuación de un compañero de trabajo se derivara una imputación, a través del especial procedimiento de tutela de derechos fundamentales, de responsabilidad a la empresa, como entidad y lugar en el que tales prácticas se desenvolvieron, sería preciso que el empresario tuviera, si no pleno conocimiento, al menos una sospecha fundada de esos comportamientos y que, advertidos, al menos los alentara pasivamente al no impedirlos. Y ello porque, prosigue la Sentencia, resulta impensable que la empresa mandatara al Sr. Calomarde para ejercer su poder de dirección delegado en los términos en que lo desempeñaba, siendo, por tanto, preciso acreditar que la empresa era conocedora de los comportamientos descritos."

El acoso moral puede estar relacionado con el acoso por razón de sexo. En la jurisprudencia nos encontramos supuestos en los que se entrelaza el acoso moral y el acoso por razón de sexo, como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 02/04/2013 en que un sargento de policía local dirige a sus subordinadas continuas descalificaciones y humillaciones públicas:

"*El Ministerio Fiscal hace especial hincapié en que el acusado Eulalio realizó actos que degradaban y humillaban a las denunciantes, atacando la dignidad de sus personas, y alega que, además, eran actos discriminatorios para ellas por razón de su sexo femenino, habida cuenta que todas las víctimas eran mujeres a las que denigraba".*

En este marco cabe destacar la Ley Orgánica de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, donde recoge el denominado principio de transversalidad.

- **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**

El art.96 de La ley reguladora de la jurisdicción social prevé una inversión de la carga de la prueba en; "Aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación[…..]corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad." Tradicionalmente la carga de la prueba prevista en el art.96 sólo se aplicaba al acoso sexual y al acoso moral cuando

estuviera relacionado con el acoso por razón de sexo. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que se aplica también en los supuestos de acoso moral.

La inversión de la carga de la prueba prevista en el art.96 ha sido matizada por la Jurisprudencia, que establece que "no llega a suponer una verdadera inversión de la carga de la prueba, pues ambas partes tienen obligaciones". Es decir, una vez que la parte actora pruebe "la existencia de indicios fundados de discriminación" corresponderá a la parte demandada probar "la justificación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad". En esta línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23/11/2012 donde resuelve un recurso de suplicación interpuesto por un trabajador contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) porque se ve coaccionado y sometido a acoso laboral por sus superiores inmediatos

"*La atenuación de la carga de la prueba en el proceso especial analizado se regula en los arts. 96 y 181 n° 2 Ley de la Jurisdicción Social. Dicha atenuación implica que, una vez demostrada la concurrencia de indicios de la vulneración del derecho fundamental por el demandante, el demandado debe aportar "una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Aun brevemente, cabe recordar que esta particular regla tiene su origen en la conocida y consolidada doctrina del TC sobre los despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales, en los que se parte de la dificultad que tiene el trabajador a la hora de probar los hechos constitutivos de la vulneración de sus derechos fundamentales, en especial cuando éstos no son los propiamente laborales (libertad sindical y huelga), sino los comunes, como los de igualdad y no discriminación. La dificultad comentada determina una especialidad en el régimen general de la carga de la prueba, que no llega a suponer una verdadera inversión de la misma, pues ambas partes tienen obligaciones.*"

Para concluir el análisis de la Ley de la Jurisdicción Social vamos a hacer referencia a una serie de preceptos que otorgan una protección reforzada en los supuestos de acoso y lesión de derechos fundamentales. El art.108.2 prevé que "será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador." En esta línea podríamos plantearnos la nulidad del despido cuando tuviera por objeto una conducta de acoso moral, sirviéndose del despido como "una acción de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes." Por último el art.180 prevé la adopción de medidas cautelares "cuando la demanda se refiera a la protección frente al acoso" entre el que entendemos que se enmarca el acoso moral.

Legislación Penal

En la legislación Penal y a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 por la que se modificó el Código Penal, se tipificó en el art.173.1 el delito de acoso laboral. El art. 173.1 dispone:

"Con la misma pena serán castigados los que en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima".

En este punto vamos a analizar los siguientes elementos esenciales del tipo:

- **Que el acoso sea grave**

El art.173.1 delimita como uno de los elementos esenciales del tipo que el acoso sea grave. En esta línea nos preguntamos cuando una conducta de acoso tendrá la consideración de grave y podrá tramitarse por la vía de la jurisdicción penal.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 18/12/2012 que resuelve el recurso planteado por un aparejador del Ayuntamiento de los Villares, que ponía en conocimiento del Juzgado lo que él entendía como una situación de acoso laboral por parte de la alcaldesa y el concejal de obras de dicha Corporación municipal, se analiza que se entiende por acoso grave disponiendo lo siguiente:

"*Son escasas por el contrario las resoluciones jurisdiccionales en las que el mobbing, se ha resuelto en el ámbito penal. En este sentido cabe señalar la STS de 22 de Febrero de 2005 que entiende que "la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad...", esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso*."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén resuelve que los hechos no son constitutivos del delito de acoso laboral tipificado en el art.173.1 del CP dado que no concurre el requisito de "la gravedad", aludiendo expresamente a que no concurre una "violencia psicológica extrema". Tendremos que analizar por lo tanto caso por caso, de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del TS de 22 de febrero de 2005 para ver si concurre el requisito de la gravedad y podemos acudir a la vía de la jurisdicción penal. La Sentencia de la AP de Jaén lo analiza de la siguiente forma:

"*Del examen del relato de hechos de la denuncia y de los documentos aportados en la misma, no cabe apreciar la concurrencia del tipo penal del artículo 173.1 del Código Penal , tal y como ha sido constatado así mismo por el informe de la inspección de trabajo, pues la situación descrita no permite calificar los hechos resultantes de constitutivos y determinantes de un acoso laboral, pues no se aprecia una persecución sistemática o acoso moral, que constituya una violencia psicológica extrema, contra el denunciante en el desarrollo de su trabajo, ni menos aún que ésta fuera concertada por los denunciados, ya que lo que se constata es la existencia de unas relaciones en el trabajo cuanto menos poco armónicas, plagadas de discrepancias del denunciante respecto de otras autoridades y funcionarios de la Corporación municipal, en cuanto al desarrollo del trabajo e incluso de la decisión de los asuntos a resolver que no son función del mismo, en cuanto que, aunque pueda corresponderle informar no le corresponde resolver, caracterizados por una conflictividad en las relaciones profesionales que quedan fuera del ámbito penal.*"

- **Que el acosador se prevalga de su relación de superioridad**

En el Ordenamiento Jurídico Laboral se reconoce tanto por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia el acoso vertical, horizontal y mixto. En cambio en la legislación penal la tutela a raíz de la tipificación del delito de acoso laboral, se ha limitado al acoso vertical. El art. 173.1 determina como uno de los requisitos esenciales del tipo que el sujeto activo actúe "prevaliéndose de su relación de superioridad". Tal y como advierte Esther Pomares Cintas "ello significa abarcar exclusivamente hipótesis de acoso laboral vertical en las que el autor realiza un uso abusivo o ilegítimo de un poder efectivo de dirección/organización del que la víctima depende". En este sentido se nos plantean varias cuestiones.

En primer lugar y atendiendo al análisis que hemos hecho al inicio del presente escrito sobre los derechos fundamentales que pueden verse lesionados ante una conducta de acoso moral, nos planteamos si la lesión del derecho a la integridad moral, tutelado en el art.173.1 del CP, podría derivar de la conducta tanto de un superior como de un compañero del trabajador acosado.

En relación con esta materia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16/04/2007 se pronuncia resolviendo un recurso de amparo derivado del orden jurisdiccional Social. En la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 01/04/2003, objeto de recurso de amparo, se alegaba que la infracción y la autoría todo y que quedaba constatada no podía sancionarse porque se había cometido por un compañero de trabajo y no por un superior jerárquico, entendiendo que la vulneración al derecho a la integridad moral sólo podía cometerse por un superior jerárquico. El Tribunal Constitucional resolvió que el derecho a la integridad moral es "un derecho fundamental erga omnes" y que puede verse lesionado tanto por un compañero de trabajo como por un superior jerárquico. La Sentencia dispone lo siguiente:

"Según el Ministerio Fiscal no se alcanza a entender porqué un trabajador no puede vulnerar el derecho a la integridad moral de otro trabajador, cuando se afirma inmediatamente antes que de hecho lo ha vulnerado. Esta imposibilidad no puede ser imposibilidad física, puesto que los hechos probados lo niegan. Por lo que la Sala debe referirse a algún tipo de imposibilidad jurídica que, desde luego, no es evidente por sí misma, al ser el derecho a la integridad física y moral un derecho fundamental erga omnes en su contenido básico.

Tampoco es cuestionable que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores pueden producirse como consecuencia de actuaciones no sólo del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los restantes trabajadores (así ha sido apreciado, por ejemplo, en materia de libertades de información y expresión, en la STC 126/1990, de 5 de julio, FJ 4 o, en relación con los supuestos de acoso sexual, en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 3)."

En este sentido y, no obstante teniendo presente el principio de intervención mínima del derecho penal, nos planteamos si el derecho a la integridad moral, siendo un "derecho fundamental erga omnes" podría verse lesionado no sólo en los supuestos de acoso vertical, sino también en los de acoso horizontal, en que el sujeto activo fuera un compañero de trabajo del trabajador acosado, siempre y cuando concurrieran los demás elementos esenciales del tipo, es decir; en el ámbito de una relación laboral o funcionarial, realizando actos hostiles o humillantes de manera reiterada, y constituyendo un acoso grave.

Otra de las cuestiones que nos planteamos es si dentro del concepto "superioridad" al que alude el art.173.1 del CP podríamos enmarcar no sólo la superioridad jerárquica, sino también la superioridad psicológica.

En este sentido el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado 05/05/2011 alude cuando habla de posición de poder, no sólo a una superioridad jerárquica, sino que reconoce expresamente también la superioridad psicológica. El Protocolo dispone: se considera como «*acoso psicológico o moral «la exposición a conductas de Violencia Psicológica intensa, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo hacia una o más personas, por parte de otra/s que actúan frente a aquélla/s desde una posición de poder -no necesariamente jerárquica sino en términos psicológicos-, con el propósito o el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima. Dicha violencia se da en el marco de una relación de trabajo, pero no responde a las necesidades de organización del mismo; suponiendo tanto un atentado a la dignidad de la persona, como un riesgo para su salud*».

En este marco, podríamos plantear como supuesto de superioridad psicológica la que deriva de la antigüedad de los trabajadores en la empresa. En este caso los trabajadores no obstante ostentar el mismo rango jerárquico en la empresa, la antigüedad de uno de ellos puede otorgar una superioridad psicológica respecto de los demás. Este concepto

podría dar lugar a contemplar dentro del tipo penal el acoso horizontal, pudiendo ser sujeto activo del tipo un compañero del trabajador acosado por prevalerse de su superioridad psicológica derivada de su antigüedad en la empresa.

Legislación contencioso-administrativa

Por último y dentro del marco de la jurisdicción contencioso-administrativa hay que tener en cuenta el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración que se encuentra regulado en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 en los artículos 139 y siguientes. El artículo 139 reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados en toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Este principio viene reconocido en el art.106 de la Constitución.

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª), de 24 enero 2014, donde se desestima un recurso de casación interpuesto por una funcionaria "contra la sentencia dictada el 18 de Mayo de 2.011 (JUR 2012, 77987) por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias , en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma, contra desestimación por silencio de la reclamación por ella formulada de responsabilidad patrimonial, presentada el 25 de abril de 2006 ante la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, por acoso laboral en su puesto de trabajo (…..) pidiendo que se declarase que había sufrido mobbing o acoso laboral en dicho puesto de trabajo y se le indemnizase por el daño fisiológico, psíquico y psiquiátrico que se le ocasionó." El recurso se desestima por no quedar acreditada la concurrencia del nexo causal para apreciar un supuesto de responsabilidad patrimonial y dispone como requisitos esenciales para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración lo siguiente;

"*La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) : a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.*"

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 15/03/2011 estima "un recurso de casación interpuesto por una guardia civil que padecía una inutilidad permanente para el

servicio derivada de una situación de acoso laboral". La Sentencia declara la compatibilidad entre la pensión extraordinaria recibida como consecuencia de los daños sufridos por el mobbing al que ha estado sometida la guardia civil y la indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La mencionada Sentencia lo manifiesta de la siguiente forma: "*que la repetida pensión extraordinaria de clases pasivas no cubre o repara la totalidad del daño antijurídico causado al actor, debemos fijar la indemnización que por el título jurídico de la responsabilidad patrimonial ha de percibir para satisfacer aquel principio o exigencia de la reparación integral.*" A su vez la Sentencia declara las causas de exclusión del régimen de responsabilidad patrimonial: "*la exclusión del régimen de responsabilidad patrimonial sólo operará cuando la ley lo prevea o cuando las circunstancias del caso concreto demuestren que se ha llegado a una reparación total confrontando la valoración de los daños y perjuicios causados con la cuantía de la indemnización o compensación obtenida*"

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE TRABAJOS FUTUROS

A lo largo del presente artículo y tras el análisis normativo y jurisprudencial que hemos desarrollado sobre el acoso moral nos planteamos las siguientes cuestiones que precisan de un posterior análisis sobre la materia.

- El acoso moral o "mobbing" es una forma de acoso que puede estar ligado al acoso por razón de sexo, pero no con carácter forzoso. Es una forma de acoso que ha adquirido entidad propia, que constituye un tipo de acoso por si mismo distinguiéndolo del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

  Como ya hemos puesto de manifiesto: el Estatuto de los Trabajadores de 1995, la Ley de la Jurisdicción Social de 2011, la Ley de Prevención de Riesgos laborales de 1995 y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000 no aluden expresamente al acoso moral. Por el contrario, en el Estatuto básico del empleado público de 2007 se ha dado un paso más y contempla expresamente en el art.95 el acoso moral como una sanción muy grave.

  En este sentido nos plantemos si dentro del orden jurisdiccional social debiera darse un tratamiento propio al acoso moral.

- El art.96 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social prevé la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación. No obstante y atendiendo al art.96 y a la jurisprudencia analizada tal inversión tiene carácter atenuado, dado que se requieren obligaciones para ambas partes.

- En los supuestos de responsabilidad del empresario, autoría por comisión por omisión, la culpabilidad del mismo se establece en función del conocimiento de los hechos y de las medidas adoptadas para prevenirlo y poner cese a la situación de acoso moral.

  Atendiendo a la jurisprudencia analizada corresponde al trabajador acosado probar que el empresario tenía conocimiento de la situación de acoso a la que estaba sometido y si no se prueba el conocimiento por parte del empresario no se puede determinar su culpabilidad.

  En este sentido nos planteamos si la responsabilidad del empresario se podría exigir independientemente de su conocimiento de los hechos, atendiendo a su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, deber previsto en el ET y atendiendo a la responsabilidad prevista en el art.1903 del Código Civil.

  El art.1903 del CC dispone que está obligado a reparar el daño causado no sólo por actos u omisiones propias sino por los de aquellas personas que deba responder: "Los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones." Cesando esta responsabilidad "cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"

- Dentro del orden jurisdiccional penal y a raíz de la tipificación como delito del acoso laboral en el art.173.1 del CP, nos planteamos si la tutela debiera abarcar no sólo el acoso vertical, sino también el acoso horizontal.

  Este cuestión nos la planteamos atendiendo al análisis que hemos hecho de los derechos fundamentales lesionados ante una conducta de acoso moral. El derecho a la integridad moral tal y como pone de manifiesto el TC en la Sentencia de16/04/2007 es "un derecho fundamental erga omnes". El tipo penal requiere que "el acoso sea grave". En este orden nos planteamos si el derecho a la integridad moral podría verse lesionado ante una situación de "acoso grave" no sólo cuando el sujeto activo sea un superior, sino también un compañero de trabajo.

- El art.171.1 del CP prevé como uno de los requisitos esenciales del tipo delictivo que el "acoso sea grave". La gravedad es el criterio que sirve atendiendo a la jurisprudencia analizada para determinar que el acoso moral deba tratarse por la vía penal en lugar de por la jurisdicción social. El límite de la gravedad es un concepto

difuso que entendemos requiere un mayor análisis para establecer cuando podemos acudir a la jurisdicción social o penal.

- Atendiendo al análisis que hemos hecho del artículo 173.1 del CP nos preguntamos si dentro del elemento esencial del tipo penal "prevaliéndose de su relación de superioridad", cabría enmarcar otros tipos de superioridad distinta a la superioridad jerárquica, como puede ser la superioridad psicológica a la que hace referencia en el orden jurisdiccional social el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado 05/05/2011.

- El artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles prevé que "quedan fuera del ámbito de aplicación de la mencionada Ley, la mediación laboral", lo que no implicar excluir la mediación del ámbito laboral. En este sentido nos planteamos el análisis de la creación de la figura del mediador en temas de acoso moral que sirve de enlace entre víctima y empresa.

- Implicación de la empresa en la creación de códigos de conducta y protocolos de actuación sobre el acoso.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. Ana Rubia & Juana María Gil (Dykinson S.L, Madrid 2012) *Dignidad e igualdad de derechos. El acoso en el trabajo*

2. Antonio José Molero Hermosilla (Fragua, Madrid 2010) Acoso moral y comunicación interna en la empresa

3. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010

4. Carta Social Europea de 1961 ratificada por España el 29 de abril de 1980

5. Código Penal de 1995

6. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea del acuerdo marco firmado el 26 de abril de 2007 sobre acoso y violencia en el trabajo

7. Constitución Española de 1978

8. Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979

9. Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo Esther Pomares Cintas (Tirant lo Blanch, Valencia 2013) *EL derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*

10. Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991 relativa a la aplicación de la Recomendación en la cual se incluye un Código de Conducta encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo en los países miembros de la CE

11. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

12. Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por el que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bines y servicios y su suministro.

13. Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato y modificada por la Directiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 23/09/2002

14. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

15. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

16. Estatuto Básico del Empleado Público de 2007

17. Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995

18. Ley de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

19. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

20. Ley de Prevención de riesgos laborales de 8 de noviembre de 1995

21. Ley reguladora de la jurisdicción social de 10 de octubre de 2011

22. Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social de 4 de agosto de 2000

23. María Dolores Rubio de Medina (Bosch, Barcelona 2008). *Extinción del contrato laboral por acoso moral –mobbing-*

24. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966

25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966

26. Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado

27. Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso moral en el lugar del trabajo de 2001

28. Teoría general del derecho y derecho constitucional (Carperi, 2010)