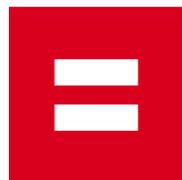


3



Estudios
de Relaciones
Laborales

Juan B. Lorenzo de Membiela

El acoso moral:
incidencia en
el sector público

3



Estudios
de Relaciones
Laborales

El acoso moral:
incidencia en
el sector público

© Diputación de Barcelona
Diciembre, 2007
Diseño gráfico: Jordi Palli
Producción: Dirección de Comunicación
de la Diputación de Barcelona
Composición: Addenda
Impresión: SA de Litografía
ISBN: 978-84-9803-263-5
Depósito legal: B-52644-2007

Índice

Abreviaturas.....	9
Presentación.....	11
Capítulo I	
Situación actual del acoso moral o el acoso psicológico de la persona.....	13
Concepto de <i>mobbing</i>	13
Dignidad y acoso moral.....	15
La gerencia y el acoso moral	17
Capítulo II	
Evolución del concepto de acoso moral en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de los tribunales	19
Teorías de los autores y organismos internacionales.....	19
Comportamientos que causan <i>mobbing</i>	21
Sentencias de los tribunales.....	23
Sentencias de los tribunales de la jurisdicción social	24
Sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo.....	40
Capítulo III	
La evolución del acoso moral: del daño psicológico a la lesión de derechos fundamentales.....	53
Evolución del concepto de <i>mobbing</i> : daño moral, alienación y detrimento social	53
Extensión del <i>mobbing</i>	54
Acoso moral y tensiones laborales.....	54
Ámbito subjetivo del hostigamiento moral	55
La teoría médica del acoso moral.....	56
Dolencias psíquicas objetivadas por los tribunales ante la concurrencia de acoso moral	59
Jurisdicción social	59

Jurisdicción contencioso-administrativa	60
Deficiencias de la teoría médica y relevancia penal del daño psíquico como límite	61
La teoría jurídica del acoso moral	63
Lesión al valor de la dignidad de la persona, art. 10.1.º CE	64
Lesión al derecho de igualdad o a la prohibición de discriminación	67
Lesión a la integridad moral	70
Lesión al derecho al honor y a la intimidad personal y a la propia imagen: el honor y su estrecha relación con el trabajo.....	72

Capítulo IV

Novedades normativas en torno al acoso moral: el principio de no discriminación y el criterio técnico de la Dirección General de Inspección de Trabajo de 14 de marzo de 2003	75
Las modificaciones operadas por la Ley 62/2003 y el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007	75
La aplicación del principio de no discriminación como medio de control del acoso moral	78
La dignidad del personal funcionario como calificación del acoso moral	79

Capítulo V

Vías jurídicas para prevenir el acoso moral.....	83
En el marco de las relaciones laborales del Estatuto de los Trabajadores	83
Acción de resolución unilateral del contrato de trabajo por el trabajador en virtud del art. 50.1.º.a) ET: la indemnización adicional por daños por responsabilidad contractual del art. 1101 CC y art. 1902 CC	83
Responsabilidad contractual del art. 1101 CC	84
Responsabilidad extracontractual o aquiliana del art. 1902 CC	85
La derivada de la lesión de derechos fundamentales.....	86
En el marco de la Administración pública.....	87
Responsabilidad patrimonial de la Administración pública	88
Otros procedimientos	91
El daño moral como substrato del acoso moral.....	91

El resarcimiento y la indemnización del daño moral	93
El prestigio profesional como daño moral cualificado	94
Capítulo VI	
Tras cuatro años de acoso moral	97
La problemática actual del <i>mobbing</i>	97
Problemas concurrentes en el acoso administrativo	104
<i>El prejuicio judicial</i> sobre el empleo de la pericial médica	105
La justicia gratuita no reconocida a los funcionarios públicos.....	113
Análisis de la gerencia realizada por el acosador en el supuesto de <i>mobbing</i> descendente	116
Sentencias estudiadas	123
El autor	127

Abreviaturas

AAP: Auto de Audiencia Provincial.

CE: Constitución Española.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

Ley 30/1992: Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 7/1985: Ley 7/1985, de 2 abril 1985 de Bases del Régimen Local.

LF de 1964: Decreto 315/1964, de 7 febrero que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

LISOS de 2000: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto 2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LJCA de 1998: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley 7/2007: Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril.

LPL de 1995: Real Decreto Legislativo 24 de marzo de 1995, núm. 1, Ley de Procedimiento Laboral.

LPRL de 1995: Ley 31/1995, de 8 noviembre 1995 que regula la Prevención de Riesgos Laborales.

RD 429/1993: Real Decreto 429/1993, de 26 marzo 1993 que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

Presentación

El acoso moral en el trabajo constituye un riesgo laboral de objetivación jurídica muy reciente, que despierta, con motivo, un interés creciente por parte de los agentes sociales. El término inglés *mobbing* equivale a ataque o agresión y fue utilizado por primera vez a principios de los años ochenta por el psicólogo sueco Heinz Leyman para definir el fenómeno de fustigación que se observaba en algunas empresas hacia algunos de sus trabajadores, los cuales sufrían una situación de extrema incomodidad que incluso los desestabilizaba psíquicamente.

El acoso moral afecta tanto a hombres como a mujeres de todas las edades y niveles jerárquicos. No resulta fácil averiguar porqué se llegan a producir estas situaciones, puesto que en cada caso pueden concurrir múltiples motivos, tanto personales como profesionales. Muchas investigaciones apuntan como causa principal la existencia de puntos débiles en la organización y la gestión de las empresas. Por ejemplo, parece que favorecen la aparición del acoso las organizaciones cerradas y de carácter conservador; los estilos de mando autoritario que presionan a los trabajadores; la poca atención a los empleados; la excesiva carga de trabajo, o los sistemas que persiguen optimizar los resultados sin tener en cuenta el factor humano, lo cual genera estrés y frustración. Por otra parte, se afirma que la Administración pública es el sector donde más se manifiesta este fenómeno, a causa de la ocupación estable del personal funcionario y también de la cultura burocrática que aun impera en él.

En cualquier caso, la persona acosada puede sufrir graves trastornos físicos y psicológicos —depresión, ansiedad o pérdida de autoestima—, acompañados de una fuerte desmotivación hacia el trabajo y un descenso del rendimiento laboral. Tiene igualmente efectos negativos en la organización; por ejemplo, la disminución de la productividad, el deterioro de la calidad del trabajo y del clima laboral, un aumento del absentismo o una mayor siniestralidad.

En el trabajo que presentamos en este tercer volumen de la colección Estudios de Relaciones Laborales, el autor, gran conocedor del tema, contextualiza el acoso moral para después abordar la evolución del concepto en la doctrina y en las sentencias de los órganos judiciales. Finalmente, apunta una serie de propuestas de vías jurídicas para prevenirlo, dedicando especial atención a la situación actual del sector público.

CONSORCIO DE ESTUDIOS, MEDIACION Y CONCILIACION
EN LA ADMINISTRACION LOCAL

Capítulo I

Situación actual del acoso moral o el acoso psicológico de la persona

Concepto de *mobbing*

Nos encontramos en una fase de estabilización del fenómeno del acoso moral, hostigamiento moral, institucional o grupal,¹ en lengua inglesa *mobbing*.² Frente a la irrupción virulenta que este riesgo laboral tuvo en medios periódicos durante los años 2001-2003,³ seguida de una respuesta mal equilibrada en algunos tribunales, víctimas probables de la presión mediática, hoy podemos estudiar resoluciones más sosegadas, más precisas, que estudian el acoso desde perspectivas que originariamente eran desconocidas. Entre ellas, el *acoso horizontal*, realizado por un trabajador hacia otro de idéntico grupo profesional, o el *acoso ascendente*, causado por un trabajador hacia su superior, más desconocido que el *descendente*, que es el más común y ordinario y que es el realizado por el superior hacia el subordinado. Es el más conocido, dado que los instrumentos que se presumen al superior no se presumen al inferior. No obstante esta premisa no siempre se cumple, máxime en organizaciones en donde concurre una gran estabilidad en el empleo, por ejemplo, la Administración pública, y en donde la normas jurídicas impiden al superior ejercer poderes omnímodos so pena de caer en una flagrante desviación de poder.

De cualquier modo, estas nuevas manifestaciones, que han sido razonadas en sentencias judiciales y que serán estudiadas más adelante, pueden verse en

1. Vid. MOLINA NAVARRETE, C. «La tutela frente a la «violencia moral» en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social*, núm. 18, 2001 (BIB 2001, 1624).

2. Es interesante reproducir la significación lingüística del término *mobbing*. «Mob», del inglés, se podría traducir como «banda»; y «mobbing», como ataque ejecutado por un grupo desordenado o descontrolado (o banda, cuadrilla, turba...) lo que denota el carácter colectivo de la agresión.

3. El II Informe Randstad, *El Acoso Moral*, Instituto de Estudios Laborales (IEL), ESADE-Randstad, Madrid, 2004, apunta al libro de la psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen, *El acoso moral en el trabajo*. Madrid: Paidós, 2001, como causa generadora en España del estallido mediático de este riesgo laboral, nuevo en su consideración como ilícito laboral, viejo, en cambio, en cuanto a su existencia en el mundo del trabajo (vid. <http://www.randstad.es/content/randstad/gabinete-de-prensa/calendario/>).

la STSJ de Aragón de 30 de junio de 2003,⁴ en donde se analiza el acoso horizontal, el realizado por un trabajador hacia otro compañero.

Debemos iniciar este estudio con la acotación del término, aunque sea de modo somero. Hay autores que optan por la expresión *acoso psíquico*,⁵ en detrimento del anglicismo *mobbing* o del habitualmente utilizado *acoso moral*. Opto por el concepto de *acoso moral* sobre el *acoso psíquico*, en atención a que el bien jurídico que se lesiona es el espíritu de la persona y éste debe ser objeto de una protección amplia por parte de los tribunales. Por ello nada mejor que una definición extensa y expansiva comprensivo del daño moral y el daño psiquiátrico que ocasionan, inevitablemente, las acciones de acoso.

Concurren en la definición del acoso moral, hoy en día, dos tendencias claramente divergentes. La primera, derivada de una *concepción psicológica o médica*, analiza el acoso moral desde el ámbito clínico, desde la óptica de la lesión psiquiátrica requiriéndose, un daño psíquico verificado. Sobre esta teoría, convergen otras dos posiciones enfrentadas: un sector defiende la necesidad que el agredido haya estado de baja médica, lo que demostraría que el acoso tiene unos antecedentes temporales y con ello quedaría probado el elemento de la persistencia que todo acoso conlleva. Frente a este punto de vista concurre otro, según el cual no es preciso que se den periodos de baja médica previos, sino que bastaría uno sólo para considerar la presunta existencia de acoso moral.

Otra tesis, por el contrario, deriva de una *concepción jurídica* dirigida a proteger los derechos constitucionales reconocidos a los trabajadores o al personal funcionario, entre ellos, especialmente, el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE; el derecho a la integridad moral del art. 15.1.º CE y la protección de la dignidad del trabajador, art. 10 CE.

La protección de la dignidad tiene unas connotaciones más amplias que los otros citados y está plasmada en textos de legislación ordinaria: la recoge el art. 4.2.º.e) ET, también el art. 14.h) de la Ley 7/2007.

Queda todavía mucho por estudiar, porque *el fenómeno aglutina aspectos de distinta naturaleza, índole y condición que perfilan su complejidad*: en su manifestación como riesgo laboral concurren, en términos generales pero muy gráficos, cuestiones profesionales, personales, organizativas y psicológicas, sin olvidar las ideológicas. Las causas pueden abstraerse a dos principalmente. Por una parte, causas emotivas, generadas por un miedo *in abstracto* que provoca que una persona o grupo de personas se apiñen para desarraigar del trabajo a

4. (AS 2003, 2227)

5. GONZALEZ NAVARRO, F. *Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 174-5, y OJEDA AVILES, A. «Problemas del momento: jubilación forzosa en convenios, mobbing, demandas laborales internacionales». II Congreso Complutense de Derecho del Trabajo en Homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea. Madrid: 2002, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, pp. 68-69.

un funcionario o trabajador mediante la agresión psicológica —la agresión como vehículo de defensa— mediante un plan consciente o inconscientemente planificado. Y, por otra parte, causas laborales, en su doble dimensión, de lugar en donde se manifiesta esta agresión con todas las connotaciones que ello conlleva para el agredido —estatus, liderazgo, prestigio, dignidad...— y de lugar en donde se intenta mantener y conservar por los agresores una primacía ante todo y sobre todo, neutralizando a quienes atenten o puedan atentar contra un estatus concreto de hegemonía gestora, política, personal o simplemente de intereses.

Dignidad y acoso moral

La *alienación* del empleado público, en la significación expresada por la Ley 7/2007, persigue el hostigamiento moral y provoca una amplia variedad de maniobras. Todas ellas confluyen en una clara y flagrante violación de la dignidad de la persona, que puede producir desde patologías psiquiátricas hasta el abandono del puesto de trabajo en su faceta más procaz e insolente. Esto último es más usual en el ámbito laboral privado que en el público, en donde la relación de servicios, aparentemente, es más estable. Apariencia no exenta de una gran fragilidad, ya que ese *abandono* puede producirse bien sea mediante la declaración de una jubilación por incapacidad para los funcionarios dependientes de la MUFACE o bien mediante una incapacidad permanente para aquellos otros que estén encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social o, simplemente, sin llegar a abandonar la condición de empleado público, a la solicitud de una excedencia administrativa. Cuestión ésta que, al manifestarse como un derecho del personal funcionario, viene a complicar más la detección del acoso y, por consiguiente, su prevención.

Sobre la concurrencia de la Directiva Europea 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 modificativa de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, sobre *La aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*, se está construyendo otra modalidad de acoso moral, éste por razón de sexo.⁶

Otro aspecto que será estudiado serán los daños que sufre el acosado, y éstos desde diversas perspectivas. La primera, relativa a la cuantía que es determinante en la cuantificación de la indemnización que el agresor o agresores, directamente, en virtud de su *culpa in operando*, y el empresario o la

6. Vid. LOUSADA AROCHAMENA, J.F. «El acoso moral por razón de género». *Aranzadi Social*, núm. 15, 2003 (BIB 2003, 1349).

Administración en virtud de su *culpa in vigilando*, deben responder por infracción de las obligaciones previstas en la LPRL de 1995. Desde otra perspectiva, los *daños morales*, incluyendo los denominados *daños sociales*, causados por la lesión al prestigio profesional del trabajador, público o privado, hasta la dimensión social del ser humano y su estatus o jerarquía grupal. Comprendería el restablecimiento de su dignidad profesional y su rol social y como veremos, la última jurisprudencia del Tribunal Supremo lo incluye en la protección del derecho al honor.

Algunas medidas reparadoras del acoso moral ya fueron citadas en mi trabajo publicado en CEMICAL,⁷ sin embargo, a tenor de las nuevas doctrinas y reflexiones sobre el acoso moral, podríamos distinguir:

1. Consideración de la contingencia como accidente de trabajo si hubiere baja médica por enfermedad.
2. Recargo de las prestaciones generadas por el acoso moral al amparo del art. 123.1.º de la LGSS de 1994 que deberá ser soportado por la empresa o la Administración.
3. Indemnización del art. 50.2.º del ET cuando el trabajador extinga la relación laboral por lesión empresarial a su dignidad.
4. Indemnización por *daños morales* derivados de la responsabilidad contractual o extracontractual.
5. Indemnización por daños psiquiátricos causados.
6. Indemnización por intromisión ilegítima al honor de las personas, incluida la lesión al prestigio profesional prevista en la LO 1/1982.
7. Responsabilidad extensible a la empresa o Administración pública por aplicación de la LPRL de 1995, arts. 14.2.º y 42.1.º, de aplicación a los sectores privado y público.
8. Responsabilidad jurídica y política de los titulares de órganos superiores y directivos que hayan permitido y consentido el acoso moral, como autores por omisión o comisión por omisión.

Junto a estas previsiones que tratan las consecuencias económicas del acoso moral será necesario examinar los procedimientos judiciales para obtener una tutela judicial efectiva. Si en el *ámbito laboral*, la LPL será la norma procedimental de aplicación y en concreto su art. 181 de Protección de Derechos Fundamentales; en el *ámbito de la función pública* el cauce procedimental sería el Proceso Especial de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la

7. *El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la Administración pública*. CEMICAL, 2003, en <http://www.diba.es/cemical/estudis.asp>

Persona, arts. 114 y ss. LJCA.

No debemos olvidar, por último, el *impacto que el acoso moral genera en la unidad administrativa*. La crispación que produce se conoce y se palpa en el trabajo, incidiendo negativamente en la eficiencia de la organización, y afecta también al acosador/es por un principio de economía gestora pues no invierte todo su *talento* en resolver problemas gestores y optimizar la productividad y rendimiento de la entidad, lo que ya de por sí es una extravagancia en alguien cuyo trabajo trata precisamente de esto.

La gerencia y el acoso moral

La gerencia tiene una importancia decisiva en la verificación o no del acoso moral. Éste se genera con más facilidad en modos autoritarios que en otros abiertos, en donde el consenso y la comunicación entre los distintos estamentos de la empresa son fluidos. Los costes económicos y sociales que se derivan de este conflicto organizacional son importantes y este dato debería permitir una ampliación de la legitimación administrativa y procesal a terceros para denunciar, perseguir y acabar con estas maquinaciones ilícitas.

Nos referimos a lo que algún autor ha calificado como *jefe tóxico* y como *organización tóxica*,⁸ *una forma de gestión de las organizaciones y las personas mediante la continua destrucción de los recursos humanos, del clima laboral y del entorno organizativo. Situación de facto* en algunas entidades cuyo final no puede ser otro sino su propia desaparición a medio plazo y una pérdida apreciable en la calidad de los recursos de que disponga, en plazo inmediato.

Cabe concluir que el acoso moral no ha hecho más que adoptar una entidad determinada y una relevancia científica de cierta envergadura. Ahora bien, de eso a una correcta fiscalización por los tribunales hay cierta distancia, pues algunos recelos jurisdiccionales, en algunos casos, predeterminan el fallo judicial.

8. PINUEL, I. *Neomanagement. Jefes tóxicos y sus víctimas*. Madrid: Aguilar, 2004.

Capítulo II

Evolución del concepto de acoso moral en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de los tribunales

Teorías de los autores y organismos internacionales

Konrand Lorenz, en sus estudios sobre etología, calificó como *mobbing* «el comportamiento de un grupo de animales de la misma especie cuando se unen para ponerse en contra de otro que les resulta amenazante con el fin de excluirlo».

Trasladado por Heinz Leymann⁹ al ámbito laboral, el término define el ataque o la agresión que varias personas proyectan sobre otro individuo con la finalidad de alienarlo dentro de la organización productiva. Estrictamente, el profesor Leymann lo explica como «la repetición de una o varias prácticas hostiles llevadas a cabo, al menos, una vez a la semana y durante un periodo de seis meses como mínimo».

Otros autores han aportado algo más a esa definición.

Es obligado referirse a Marie-France Hirigoyen,¹⁰ cuyo estudio desencadenó el *descubrimiento* del hostigamiento moral en 2001 en nuestro país. Para esta autora, el acoso es «toda conducta abusiva (ademán, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su frecuencia o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de un trabajador, poniendo en peligro su puesto de trabajo o degradando el ambiente laboral».¹¹

En términos similares, Morán Astorga¹² lo define como «el maltrato persistente, deliberado y sistemático de varios miembros de una organización hacia un individuo con el objetivo de aniquilarlo psicológica y socialmente y de que abandone la organización». La esencia del *mobbing* radica en el acoso por varios

9. LEYMAN, H. *Mobbing. La persécution au travail*. Paris: Ed. du Seuil, 1996, y LEYMAN, H.; TALLAREN, U. *Investigation into the frequency of adult mobbing in a Swedish steel company using LIPT questionnaire* (manuscrito inédito), 1990.

10. HIRIGOYEN, M.F. *El acoso moral en el trabajo*. Madrid: Paidós, 2001. Versión española de su obra *Le Harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, publicada en Francia en 1998.

11. Conferencia de M.F. Hirigoyen, «El acoso moral en el trabajo», en *NRL Metal. Estrategias preventivas desde el enfoque de género para las PYME*. Valencia: FEMEVAL, septiembre de 2004.

12. MORAN ASTORGA. «El mobbing: persecución o psicotererror en el trabajo». *Capital Humano*, núm. 151, 2002, p.44 y siguientes.

compañeros de trabajo que pertenecen al mismo grupo profesional o al grupo inmediatamente inferior del acosado, normalmente mejor preparado y con más habilidades sociales y de comunicación. Estos ataques persiguen una aniquilación psicológica del perseguido y suponen una amenaza para su prestigio y sus posibilidades de ascenso.

La estrategia del ataque puede ser compleja, incluso inapreciable a simple vista. Cabe diferenciar aquellos que asumen un papel estratégico, parapetados en cargos o puestos directivos, incluso sin ninguna conexión aparente, aunque sí subyacente, y aquellos que asumen acciones más burdas, generadores de injurias, calumnias e incluso auténtica violencia moral en el centro de trabajo o fuera de él. Ordenan realizar el vacío y otros mecanismos de presión psicológica, y ordinariamente suelen ser personas de inferior nivel y preparación. Su perfil psicológico es la de un verdadero delincuente con tendencias psicopáticas y carente de escrúpulos.

Hay otro tipo de acoso en la Administración, el institucional, en el cual participa toda la institución, en aquellas organizaciones en las cuales el despido sea inviable. No se trata de un cargo provincial, sino que va más allá, implicándose toda la organización en contra del funcionario que lucha por defender su dignidad. La característica más importante es que supone un abuso de derecho claro, grosero. El funcionario no se encuentra apoyado por un grupo de compañeros, o está cobijado bajo el manto sindical, es la individualidad. Este acoso supone el grado absoluto de perversión y destrucción de una persona. Toda una institución y su maquinaria e influencia en otras instituciones frente a la singularidad de una persona. Este acoso es, de por sí, el más infame y delictivo que pueda darse, y sus responsables pueden considerarse como auténticos criminales administrativos. Esto demuestra que el Código del Buen Gobierno no sólo carece de relevancia alguna, sino que es muestra del relativismo en que nos encontramos, y del valor inane de los principios morales.

La definición del acoso moral por órganos oficiales no suele diferir en gran medida de las ya expuestas. Cabe destacar la dada por la Comisión Europea en 1995 con la finalidad de llegar a un primer acuerdo sobre este fenómeno: «incidentes de abuso hacia una persona, con amenazas o asalto en circunstancias relacionadas con su trabajo que implican un desafío implícito o explícito a su seguridad, bienestar o salud».¹³

Más elaborada es la definición del Comité Asesor en Seguridad, Higiene y Protección de la Salud de la Comisión Europea de 29 de noviembre de 2001, según la cual la violencia en el lugar de trabajo es «una forma de comportamiento

13. DiMARTINO, V.; HOEL, H.; COOPER, C. *Preventing violence and harassment in the workplace*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. 2003.

negativo entre dos o mas personas, caracterizado por su agresividad, generalmente repetitivo, muchas veces inesperado, que tiene efectos dañinos sobre la seguridad, salud y bienestar del empleado en el lugar de trabajo».

La agresividad puede adoptar la forma de lenguaje corporal, indicando intimidación, desprecio o rechazo, o bien la forma de violencia física o verbal. La violencia se manifiesta de varias maneras: desde la agresión física al insulto, al acoso moral, al acoso sexual, a la discriminación por raza, religión, minusvalía, sexo o cualquier otra diferencia y puede venir desde dentro o desde fuera de la organización.

Para el II Informe Randstad,¹⁴ esta definición aporta avances relevantes por cuanto pondera la repetición de la acción dañina (u omisión, añadiría) con efectos acumulativos, distinguiendo los siguientes elementos:

- a) Son comportamientos no deseados por quien los recibe.
- b) Son comportamientos sin reciprocidad, normalmente porque el destinatario no está en condiciones de responder o simplemente porque no quiere responder de la misma manera.
- c) Son comportamientos que tienen o pretenden tener un efecto devastador sobre la víctima, es decir, no son comportamientos inocentes.

Comportamientos que causan *mobbing*

Apoyándonos en la técnica del *metaagrupamiento* propuesta por Hoel, Rayner y Cooper,¹⁵ los comportamientos susceptibles de acoso pueden agruparse en los siguientes conceptos:¹⁶

- a) Amenazas al estatus profesional
 1. Asignar trabajos sin utilidad.
 2. Asignar trabajos por debajo de su capacidad.
 3. Desvalorizar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros.
 4. Evaluar su trabajo de forma inequitativa o sesgada.
 5. Realizar críticas y reproches por cualquier cosa que hace o decisión que toma.
 6. Controlar el trabajo de forma malintencionada para «cazar a la persona».
 7. Amenazar con usar instrumentos disciplinarios.

14. II Informe Randstad. *El acoso moral*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales (IEL), ESADE-Randstad, 2004.

15. HOEL, H.; RAYNER, C; COOPER, C.L. «Workplace bullying». *International Review of Industrial and Organizational Psychology*. Vol. 14. Chichester: John Wiley, 1999. pp. 195-230.

16. PINUEL I. *II Informe Cisneros*. Universidad de Alcalá de Henares, 2002.

- b) Amenazas a la reputación personal
 - 1. Menospreciar personal o profesionalmente.
 - 2. Intentar desmoralizar o desanimar.
 - 3. Humillar, despreciar en público.
 - 4. Chillar, gritar para intimidar.
 - 5. Forzarla a realizar trabajos contra su ética.
- c) Aislamiento
 - 1. Restringir las posibilidades de comunicarse con su superior.
 - 2. Ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle.
 - 3. Interrumpir continuamente impidiendo expresarse y avasallando.
 - 4. Limitar malintencionadamente el acceso a cursos, promociones, etc.
 - 5. Prohibir a otros trabajadores hablar con la persona.
 - 6. Privar de información imprescindible para realizar el trabajo.
- d) Carga excesiva de trabajo
 - 1. Ejercer una presión indebida para realizar su trabajo.
 - 2. Asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irracionales.
 - 3. Abrumar con una carga de trabajo insoportable.
- e) Desestabilización
 - 1. Amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños.
 - 2. Desestabilizar para «hacer explotar».
 - 3. Acusar sin base por errores o fallos difusos.
 - 4. Modificar el trabajo a realizar o sus responsabilidades sin decir nada.
 - 5. Distorsionar malintencionadamente lo que dice o hace en el trabajo.
 - 6. Dejar a la persona sin ningún trabajo que hacer.

Junto a estos comportamientos se precisa el cumplimiento de una serie de requisitos:

- a) Que no respondan a una causa específica fácilmente reconocible por el acosado y que por lo tanto le generan incertidumbre.
- b) Que se apartan claramente de lo que se entiende por conducta aceptada como razonable.
- c) Que sean hostiles e intimidatorios.
- d) Que buscan causar daño moral y que por lo tanto responden a un plan.
- e) Que sean repetitivos, que pueden ser de baja intensidad pero que tienen efectos acumulativos en periodos de tiempo cercanos.
- f) Que no sean deseados por quien los recibe y que le supongan una afrenta.
- g) Que no se desarrollen entre iguales, por razones jerárquicas o de hecho, y que no tenga por tanto reciprocidad.

Muchos de estos actos necesitan de un elemento subjetivo que en el ámbito del Derecho penal se califica como *dolo*: la voluntad y el querer provocar un resultado ilícito, prohibido por la ley, que en el supuesto del acoso moral podrá comprender diversos efectos, pero en todo caso, un único resultado, la *neutralización del acosado dentro de la organización, la destrucción de su liderazgo*.

Ese elemento subjetivo determina que las agresiones respondan a una estrategia previamente concebida. La concurrencia de ese plan causa insidias graves, numerosas y reiteradas en el tiempo que excluyen la casualidad. Dudo mucho que sin esa estrategia pueda hablarse de persecución o acoso moral, más bien, de defectos de comunicación o de diferencias personales que no revelan sino la compleja psicología del ser humano, lo que en organizaciones humanas de cierta entidad debe entenderse como algo usual. Postular unas relaciones profesionales impolutas no es más que demandar quimeras, el conflicto interpersonal nace y se resuelve en organizaciones como parte del aprendizaje del hombre en su dimensión social.¹⁷ La gestión del conocimiento es esencial.

Sentencias de los tribunales

La evolución del concepto de acoso moral en el ámbito de los tribunales ha sido paralela a la profundización de su estudio por los autores y por los propios órganos jurisdiccionales. No obstante, estas fuentes de conocimiento no han conseguido un engranaje adecuado, sino que, más bien, han ido en paralelo, provocando importantes divergencias y produciendo un quebranto nada desdeñable a la confianza de quienes han acudido a los tribunales en defensa de sus intereses.

Por otro lado, el concepto de acoso moral tratado en los tribunales de lo social no presenta divergencias esenciales con los pronunciamientos dictados en la jurisdicción contencioso-administrativa, pues padece idénticas imprecisiones. Es más, como veremos, nos encontramos con una yuxtaposición de tesis al gravitar el concepto de hostigamiento moral tanto en la teoría jurídica como en la médica, sin ofrecer una solución precisa y sistemática a este riesgo laboral.

Lo más preocupante del panorama actual es la inexistencia de una regulación precisa del acoso moral¹⁸ junto a la circunstancia de que el procedimiento pro-

17. Vid. mi trabajo «El acoso moral en el trabajo como nueva patología emergente en el orden jurisdiccional laboral (y I)». *Capital Humano*, 2003, 164.

18. El profesor Martínez Girón justifica lo innecesario de una regulación específica sobre el acoso moral basándose en la transposición de la Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989. Como consecuencia de la misma se dictó la normativa de prevención de riesgos laborales, vid.. MARTINEZ GIRON, J. «Dignidad del trabajador y acoso moral», en BORRAJO DACRUZ, E. *Derecho vivo del trabajo y constitución. Estudios homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*. Madrid: La Ley-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 103.

cesal elegido por el defensor del acosado en la jurisdicción contencioso-administrativa determina de una manera decisiva el enfoque, primero, y el análisis, después, del acoso moral denunciado.

Tanto para verificar esta afirmación como para mostrar la percepción por los tribunales de este fenómeno laboral conviene exponer, somera y críticamente, los pronunciamientos de los tribunales sociales y contencioso-administrativos sobre el mismo.

Sentencias de los tribunales de la jurisdicción social

1. *Las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2001,*¹⁹ *18 de mayo de 2001*²⁰ *y 15 de junio de 2001*²¹ interpretan que el hostigamiento laboral se caracteriza por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo, atentando contra los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral. Se caracteriza por las siguientes conductas y también por la concurrencia de unas consecuencias psíquicas:

- a) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones.
- b) Ataque mediante aislamiento social.
- c) Ataques a la vida privada.
- d) Agresiones verbales, como gritar, insultar, o criticar permanentemente el trabajo de esa persona.
- e) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona.

Como síntomas de *mobbing* se apuntan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal y depresión, como síntomas ilustrativos no exhaustivos. El cuadro de sintomatología es amplio en la medida en que depende del subjetivismo de la víctima.

Es necesario advertir que el acoso moral queda integrado por unas acciones u omisiones del empresario y unas consecuencias psicológicas en el trabajador acosado.

Las sentencias dictadas por el TSJ de Navarra son las que en mayor número de ocasiones han utilizado los órganos jurisdiccionales para analizar pleitos

19. (AS 2001, 1878)

20. (AS 2001, 1821)

21. (LLJUR 2001, 230916)

sobre acoso moral, entre otras, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2003;²² STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2003;²³ STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2004;²⁴ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003;²⁵ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 17 de octubre de 2004;²⁶ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2003;²⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2004;²⁸ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2004²⁹ y STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de abril de 2004.³⁰

2. *La STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2001*,³¹ desestima la extinción voluntaria por el trabajador del contrato de trabajo debida a las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, art. 50.1.º.a) del ET, dada la no existencia de *mobbing* por no concurrir «medidas injustificadas contra la víctima, aislamiento social, ataque a la vida privada, etc., ni en cuanto a las consecuencias del mismo, ansiedad, pérdida de autoestima o depresión».

3. *La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 18 de junio de 2001*,³² profundiza en el concepto de acoso moral incorporando definiciones doctrinales y delimitando lo que es el acoso moral de otras conductas diferentes de éste.

El acoso se manifiesta a través de variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de las siguientes medidas:

- Implantación de medidas organizativas: no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.
- Medidas de aislamiento social: impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.
- Medidas de ataque a la persona de la víctima: críticas hirientes, vejacio-

22. (AS 2003.3244)

23. (AS 2003, 2791)

24. (AS 2004, 1233)

25. (AS 2003, 679)

26. (AS 2004, 1379)

27. (AS 2004, 653)

28. (AS 2004, 1050)

29. (AS 2004, 1072)

30. (AS 2004, 2051)

31. (LLJUR 2002, 131015)

32. (AS 2001, 1667)

nes, burlas, subestimaciones, etc.

- Medidas de violencia física o agresiones verbales: insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.

El acoso moral se exterioriza en las relaciones interpersonales en el centro de trabajo y, por tanto, su expresión presenta múltiples conexiones con la relación jurídica que entre empresario y trabajador configura el contrato laboral. En unos casos el empresario puede ser sujeto activo del acoso y en otros espectador, no por ello exento de responsabilidad, de acciones entre compañeros de trabajo, vinculados o no jerárquicamente, en las que una persona o incluso el colectivo ejerzan ese hostigamiento hacia otra persona.

Junto a esta descripción, trata igualmente de la dimensión constitucional del acoso moral como infracción del derecho a la integridad moral del art. 15.1.º CE dada la concurrencia de tratos degradantes que impiden el libre desarrollo de su personalidad.

Lo más novedoso es la profundización en el acoso moral para delimitarlo de otras conductas empresariales. Se diferencian las conductas calificadas de *acoso* de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva su *poder de dirección y organización* de la empresa.

En cambio, en el *acoso* lo que se busca es causar un daño al trabajador atentando a su personalidad. Sobre esa distinta acción empresarial cabe atribuir al *acoso moral* una lesión a la dignidad del trabajador, art. 10 CE y a su integridad moral del art. 15 CE. Frente a ello, el abuso de los poderes de dirección no ocasiona lesión alguna a los derechos constitucionales y se fundamenta como infracciones de legislación ordinaria.

En orden a la práctica de la prueba, apunta el juzgador, quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite arbitrariedades empresariales, sino que es preciso demostrar:

- Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido.
- Que hayan causado al trabajador unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología o psiquiatría.

Criterios mantenidos por la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2003³³ y STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de noviembre

33. (LLJUR 2003, 136591)

34. (AS 2004, 657)

de 2003.³⁴

A pesar de lo elaborado de la sentencia, cabe aducir que la descripción del fenómeno del acoso moral resulta incompleta:

- a) Obvia la existencia tanto del acoso horizontal como del ascendente, que dada la extensión de la sentencia podría haberse mencionado.
- b) Aúna la existencia del acoso moral con la necesidad de concurrir daños psíquicos, e incluso la constatación de lesión de derechos fundamentales.
- c) La agresión es definida en sentido positivo, mediante acciones, sin olvidar que caben otras formas de ejecución, como la simple omisión o la comisión por omisión, en sus dimensiones más complejas.
- d) La carga de la prueba se invierte cuando los motivos de acoso moral ocasionan discriminación o provoca lesión de derechos fundamentales.

4. *La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona de 24 de septiembre de 2001*³⁵ se refiere al acoso moral como la constatación de la existencia en las empresas de trabajadores sometidos a un hostigamiento tal que incluso llegan a presentar síntomas psicósomáticos y reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral.

Una de las aportaciones más originales que posee este pronunciamiento es la calificación del acoso moral como *una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa entre los distintos individuos*. Una característica de la situación es la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado.

Otro aspecto decisivo de esta sentencia es la fijación del tiempo para verificar la existencia del acoso. El juzgado señala que el acoso moral se exterioriza sobre un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas, por una o varias personas, hacia una tercera: el objetivo.

Incorpora otros elementos muy interesantes, pues describe una de las modalidades de acoso menos groseros que se caracterizan no por agresiones virulentas sino sutiles pero repetidas en el tiempo. Agresiones continuadas con unos efectos devastadores en la *psique* de todo empleado, público o privado.

Sin embargo, reclamo la atención sobre dos cuestiones que estimo importantes. En primer lugar, la omisión de cualquier referencia a la dignidad de la per-

35. (AS 2001, 3192)

sona, aún cuando la sentencia trata sobre la extinción unilateral del contrato de trabajo del art. 50 ET, cuyo número 1.º.a) refiere a la dignidad del trabajador. En segundo lugar, lo caracteriza como un conflicto asimétrico, cuando, como veremos, es un conflicto interpersonal que con independencia del estatus dentro de la organización de los sujetos implicados puede surgir en cualquier dirección.

5. *La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001*,³⁶ estudia el acoso moral desde la perspectiva constitucional de la infracción del art. 15 CE, integridad moral, que está unido íntimamente al art. 10.1.º CE, derecho a la dignidad, junto al art. 4.2.º.e) ET, que proscribe el trato degradante al trabajador.

6. *La STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2002*,³⁷ determina la necesidad de que el acoso cause un resultado lesivo para la salud psíquica del trabajador. Analiza no sólo el papel activo sino incluso el permisivo u omisivo del empresario que no adopta las medidas directivas adecuadas para evitar este riesgo.

Esta sentencia diferencia el acoso de las relaciones laborales defectuosas por un uso abusivo de los poderes de dirección. Estudia, por último, la relación del hostigamiento laboral con el derecho a la integridad moral del operario del art. 15 CE.

Sentencia reproducida en la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2003.

7. *La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, de 28 de febrero de 2002*,³⁹ manifiesta que los motivos causantes del acoso moral no alteran su consideración jurídica. Para el Juzgado las motivaciones del acosador pueden ser múltiples, desde buscar un chivo expiatorio para sus propios fallos, hasta tratarse de una personalidad psicopática o con deseos de venganza personal. En cualquiera de los casos, tales motivos resultan indiferentes, como regla general, para el tratamiento jurídico del problema.

8. *La STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002*,⁴⁰ incorpora algo novedoso hasta la fecha en el tratamiento del acoso moral. Construye su definición sobre la concurrencia del daño moral como consecuencia de la trasgresión a la dignidad del trabajador. Destaca la importancia de la dignidad

36. (AS 2002, 249)

37. (AS 2002, 2932)

38. (AS 2003, 2810)

39. (AS 2002, 634)

40. (AS 2002, 2411)

como derecho fundamental conforme al art. 10.1.º CE, inviolable y primordial dentro de la estructura jurídica del Estado, como apunta la STC 13 de febrero de 1981:⁴¹ «Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte del sistema axiológico positivizado por la CE y que constituyen los fundamentos jurídicos materiales del ordenamiento jurídico entero».

La lesión a la dignidad del trabajador por acoso moral es consecuencia del incumplimiento de la buena fe en la relación contractual laboral, de los deberes y derechos que el contrato de trabajo origina para cada una de las partes contratantes.

Esta sentencia justifica la existencia de acoso moral sobre la producción del daño moral que fundamenta la indemnización de daños y perjuicios que se pida contra la empresa por omitir o por participar en las agresiones contra el operario. Con remisión a la STS, Sala de lo Social, de 20 de febrero de 1982, exige como requisitos:

- a) Un cabal acreditamiento.
- b) Un probado incumplimiento de la contraparte.
- c) La relación causal clara y directa entre este incumplimiento y aquel daño.

Sobre esta teoría, exige los siguientes requisitos para considerar causado el acoso moral empresarial:

- a) Que no cumpla los principios de la buena fe.
- b) Que su conducta sea degradante.
- c) Que la misma contenga una violencia psicológica, entendiendo ésta como una actuación prepotente, continuada y reiterativa.
- d) Que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta el *ius variandi* en una especie de *iter criminis* para decidir sobre los derechos de la personalidad.

Introduce un nuevo concepto, el de la violación de la buena fe contractual entre trabajador y empresario y los daños morales derivados de ello. La responsabilidad recae sobre el empresario, bien por ser sujeto activo o causante del hostigamiento moral, bien por omisión del cumplimiento de sus obligaciones en la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, no contempla la posibilidad de otras modalidades de acoso

41. (RTC 1981, 5)

moral, el horizontal, por ejemplo, en cuyo caso la indemnización por quebrantamiento de la buena fe contractual sería inexistente, salvo la responsabilidad empresarial por no haber actuado debidamente impidiendo estas conductas infractoras de la normativa de prevención de riesgos laborales.

¿Pero qué ocurre con el responsable del hostigamiento moral? Es obvio que no existe una relación contractual previa entre ambos sujetos que suponga una infracción del principio de buena fe, lo que no debe impedir que el responsable quede incólume. Esta situación es lo que podrá motivar que la acción indemnizatoria por daño moral pueda ser exigida sin necesidad de que exista infracción del principio de buena fe contractual.

¿Y en el acoso moral ascendente? Dado que el daño moral se deriva de la infracción del principio de la buena fe contractual, que también obliga al trabajador al amparo del art. 5.a) ET, sería exigible la responsabilidad indemnizatoria a los subordinados responsables de acoso moral al superior jerárquico.

Doctrina recogida en la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003.⁴²

9. *Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada de 24 de mayo de 2002.*⁴³ Cabe resaltar en esta sentencia la consideración de elementos subjetivos en el acosado, como su *capacidad psíquica y de resistencia frente a las acciones u omisiones morales*. Ninguna otra sentencia anterior había ponderado estos factores, por otro lado importantes, a la hora de reaccionar jurídicamente contra el acoso moral cuando las actitudes hostiles no consigan producir un daño psíquico a la víctima. Esta tesis argumenta que para apreciar la existencia de hostigamiento moral no es necesaria la producción de lesiones o daños psíquicos en el acosado, según apunta su fundamento de derecho segundo.

10. *La STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2002,*⁴⁴ reconoce la variada tipología del acoso moral: el acoso horizontal o plano, realizado entre iguales; el vertical o ascendente, realizado por los subordinados hacia el superior, así como el más frecuente, el descendente, realizado por el superior hacia el inferior. Aunque el concepto de acoso moral expuesto se une, indisolublemente, a unas consecuencias de daño psicológico, esta sentencia no asume la tesis médica al ponderar la lesión de derechos fundamentales: la dignidad del trabajador, la integridad moral, la proscripción de la discriminación dentro de la

42. (AS 2003, 679)

43. (AS 2002, 3350)

44. (AS 2002, 2603)

organización.

En el ámbito especializado, define el acoso como conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de una forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen —más que en el trabajo— en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la empresa.

La enumeración de la tipología del acoso moral se halla en su fundamento de derecho segundo. Los mecanismos del *mobbing*, en sus variedades vertical y horizontal, admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten perjudiciales para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones) y pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (*mobbing* horizontal) como al personal directivo (*bossing*). Este último puede ser incluso sujeto pasivo (*mobbing* ascendente), aunque, sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder.

A pesar de la definición que se ofrece en la primera parte de este fundamento de derecho, destaca decisivamente la lesión de derechos fundamentales de la CE: el *mobbing* es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art. 15 CE y en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que reconoce a todo trabajador el art. 4.2.º.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. La infracción de estos derechos básicos por parte de la empresa no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales, en términos que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, «ex» art. 50.1.º.a) y c) ET.

11. *La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gerona de 17 de septiembre de 2002*⁴⁵ (Ponente Gimeno Lahoz) es, para mí, una de las más meritorias en cuanto al esfuerzo interpretativo del hostigamiento moral. Realiza un estudio sistemático de las diferentes concepciones del fenómeno desde posiciones sociológicas a institucionales, pasando, a continuación, a definir los elementos

45. (AS 2002, 2691)

del acoso. Para el magistrado, el acoso moral es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral, y es susceptible de causar delitos, en la fase más severa del mismo, cuando ocasiona lesiones psíquicas.

Desde esta perspectiva construye, de modo implícito, una teoría del acoso moral muy sugestiva, ya que no considera necesaria la producción de daños psíquicos. Cuando éstos se objetivan, pasan seguidamente a la jurisdicción penal para analizar la ilicitud de la conducta y la lesión a la integridad psíquica causada.

Esta sentencia acota el hostigamiento moral mediante tres definiciones diferentes del mismo, cosa que demuestra la complejidad del riesgo:

- a) La de su descubridor Heinz Leymann, para quien se trataba del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.
- b) La contenida en la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996: «[...] Promover la sensibilización, información y prevención en materia de actos condenables o explícitamente hostiles u ofensivos dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo y adoptar las medidas apropiadas par proteger a los trabajadores contra tales comportamientos».
- c) La expuesta por la Comisión Europea de 14 de mayo de 2001: «[...] Un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío».

La sentencia incorpora en su fundamento de derecho quinto una construcción del acoso moral al que califica de «presión laboral tendenciosa», conforme a los siguientes elementos:

a) *Presión*. Para que podamos hablar de *mobbing*, es necesario que se ejerza una presión, y que la víctima sienta esa presión.

Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque. Es irrelevante a efectos de afirmar la existencia de presión que ésta haya llegado a generar bajas laborales en la víctima u otros estigmas, o no. Si ha existido dicho ataque sobre la víctima se habrá pro-

ducido una presión laboral tendenciosa.

Descarta supuestos de roces laborales nimios, que califica como «presión frustrada». Diferencia entre presión «explícita» e «implícita». Tanto si ésta se produce mediante malas palabras, como si se produce mediante miradas, risas, o «dándose la vuelta», estamos ante una presión, y en este sentido no se debe olvidar que una de las formas más efectivas del *mobbing* consiste en hacer el vacío a la víctima.

Es indistinto que la presión se produzca mediante hostigamiento psicológico o físico. La sentencia referencia como físicas las actitudes repetidas de un trabajador sobre otro, como puede ser el estirón de orejas respecto a quien es objeto de mofa por las mismas, el pisotón o la «colleja» diaria a quien se le dice que está siempre en medio, u otras similares, entran de lleno en lo que es presión, y por lo tanto pueden dar lugar a *mobbing*. El *mobbing* físico existe, y tiene que estar previsto en la normativa y en la mente del jurista.

b) *Laboral*. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo, y en el lugar de trabajo.

Ello implica que ha de ser cometida por miembros de la empresa con dependencia funcional de la misma, aunque orgánicamente dependan de otra entidad, incluyendo a los trabajadores de empresas de trabajo temporal que dependen de la empresa usuaria.

c) *Tendenciosa*. Este es un elemento esencial, y corresponde a lo que denominamos en otro apartado como *dolo*: la acción de querer hostigar al trabajador con una finalidad alienante en su organización. Es el requisito que adjetiva toda la expresión, y es el requisito que conceptúa más nitidamente la esencia del problema al que nos enfrentamos: la no admisibilidad por la conciencia social de dicha presión laboral.

La tendenciosidad, tanto en su vertiente finalista como en su vertiente de comportamiento abyecto, se convierte en la columna vertebral del *mobbing* en la medida en que éste responde a un plan.

Tal plan puede ser explícito o implícito dependiendo de la forma de exteriorización, pero es básico que el agredido observe la existencia palpable de un cambio de actitud en su entorno laboral. Este comportamiento alineado en un plan de hostigamiento sistemático será una cuestión de prueba, y, como tal, el Juez la apreciará ponderando la totalidad de los indicios que se le presenten, con lo que la existencia del mismo es una conclusión y no una premisa.

d) Dicho plan requiere de una *permanencia en el tiempo*, pero se descarta un periodo mínimo temporal.

e) Dicho plan precisa de una *reiteración de comportamientos*; ya se ha expresado que una de las diferencias entre el conflicto laboral simple y el *mobbing*, es que el primero es puntual y el segundo reiterado. La reiteración de comportamientos es la consecuencia lógica de un plan, de una actitud tendente a un

resultado, pero será en el caso concreto, y sólo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos como manifestaciones de dicho fin. Es aquí donde la aportación de todo tipo de indicios y evidencias cronológicas, de un comportamiento sistematizado en su contra, permitirá la acreditación de una conducta planificada dirigida a hundir la resistencia psicológica de la víctima, en definitiva la existencia de una presión laboral tendente a un resultado repudiado por la conciencia social.

f) La tendenciosidad del comportamiento abyecto es la *denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador* (abandono laboral o en su defecto la baja médica). Este elemento finalista es valorado como esencial en la tesis construida por el juzgador:

1. La denigración laboral, es un concepto preferible al de la patología psicológica. Y este criterio lo estimo acertado.
2. La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial. Es enfocado como un fraude a la ley en tanto mediante el acoso moral se pretende sortear las normas jurídicas de los conflictos laborales.

Ante la construcción de esta doctrina, sí extraño la referencia a los derechos fundamentales del trabajador que van implícitos en las conductas descritas. Esta tesis ha tenido su plasmación en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, STSJ de Murcia,⁴⁶ Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2003⁴⁷ y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2003.⁴⁸

12. *La STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de abril de 2003*,⁴⁹ llama la atención por su descripción de los distintos hechos que conforman el acoso moral, ya que considera que pueden formar parte del mismo tanto hechos lícitos («aparición de licitud», dice la sentencia) como ilícitos, fundamento de derecho decimonoveno.

13. *La Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003*,⁵⁰ basándose en la STSJ de Castilla La Mancha de 28 de mayo de 2002,⁵¹ estima una demanda de acoso moral sobre la concurrencia del art. 1101 CC, resarcimiento de daños y perjuicios, dada la lesión de derechos de la operaria demandante relativos

46. (AS 2003, 1137)

47. (AS 2003, 1137)

48. (AS 2004, 669)

49. (AS 2003, 2893)

50. (AS 2003, 2227)

51. (AS 2002, 2807)

a la dignidad, integridad física y moral y a no sufrir tratos degradantes.

Defiende no sólo la indemnización prevista en la resolución unilateral por el trabajador del contrato de trabajo al amparo del art. 50.1.º.a) ET, sino además indemnizaciones adicionales, como apunta el fundamento de derecho séptimo, con remisión a la STS de 12 de junio de 2001⁵² o la STJCE de 2 de agosto de 1993,⁵³ caso Marshall.

14. *La STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003*,⁵⁴ analiza la indemnización de daños morales a pesar de la concurrencia de la causa resolutoria del contrato de trabajo por el operario al amparo del art. 50.1.º.a) ET.

Para poder apreciar la existencia del daño moral como consecuencia de la trasgresión a la dignidad de la persona, el TSJ remite a la STS de 20 de febrero de 1986⁵⁵ que prevé como requisitos:

- a) Un cabal acreditamiento.
- b) Un probado incumplimiento de la contraparte.
- c) La relación causal clara y directa entre este incumplimiento y aquel daño.

Para exigir la indemnización de daños y perjuicios en el supuesto de incumplimiento empresarial por acoso psicológico hay que regirse por el concepto de *daño moral* que define el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, sentencia de 30 de julio de 2001,⁵⁶ según la cual son daños morales «los infringidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales».

La concurrencia del acoso moral se somete a los siguientes elementos:

- a) Que no cumpla los principios de la buena fe.
- b) Que su conducta sea degradante.
- c) Que la misma contenga una violencia psicológica, entendiendo ésta como una actuación prepotente, continuada y reiterativa.
- d) Que el empresario abandone por completo sus obligaciones contractuales en perjuicio del trabajador y que, abusando del principio de jerarquía o dirección, convierta el *ius variandi* en una especie de *iter criminis* para decidir sobre los derechos de la personalidad.

52. (RJ 2001, 5931)

53. (TJCE 1993, 129)

54. (AS 2003, 679)

55. (RJ 1986, 962)

56. (RJ 2001, 5183)

El TSJ no declara la indemnización adicional por daño moral, y manifiesta su criterio únicamente a efectos expositivos pero no declarativos, que es lo que hubiera dado un valor primordial a esta sentencia. Tal vez esa exposición, reiterada en otras sentencias de otros tribunales, persiga concienciar de la necesidad de regular un plus de protección hacia estas prácticas discriminatorias.

En fecha más reciente, la STS, Sala de lo Social, 17 de mayo de 2006,⁵⁷ declara el derecho a percibir la indemnización no como consecuencia del art. 1161 CC sino la prevista en el juego de los arts. 50.2.º ET en relación con el art. 56 ET, extinción unilateral de la relación laboral por el trabajador por infracción de valores o derechos fundamentales, de manera que puede exigirse la indemnizatoria de daños y perjuicios por daño moral y daño psiquiátrico

Otra objeción que cabe añadir es la omisión de la jurisprudencia del TC sobre la inversión de la carga de la prueba sancionada, entre otras sentencias, en la STC de 22 de junio de 1989,⁵⁸ ante la presunta violación de derechos fundamentales.

15. *La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2003*,⁵⁹ declara por primera vez la indemnización reparadora de daños y perjuicios del art. 1101 CC por la concurrencia de acoso moral junto a la indemnización debida por la resolución unilateral del contrato de trabajo por el operario al amparo del art. 50.1.º.c) ET que es la prevista para el despido improcedente.

El fundamento para reconocer esa otra indemnización se basa en las SSTS de 23 de marzo de 2000⁶⁰ y 12 de junio de 2001.⁶¹ Ésta declara que *no es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite.*

16. *La STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2003*,⁶² presenta la novedad de introducir precedentes legislativos sobre el acoso moral dictados en Francia e Italia, además de fundamentarse en la Carta Social Europea y las Directivas de la UE.

Esta sentencia potencia el aspecto psicológico como criterio determinante en la producción de este riesgo laboral, que define como el sometimiento sin repo-

57. (JUR 2006, 177791)

58. (RTC 1989, 114)

59. (AS 2004, 453)

60. (RJ 2000, 3121)

61. (RJ 2001, 5931)

62. (AS 2004, 653)

so a pequeños ataques repetidos.

No obstante, se apoya en otras cuatro definiciones:

- a) La utilizada por la Declaración de la Asamblea Nacional Francesa de 14 de diciembre de 1999, para quien el acoso moral es «una degradación deliberada de las condiciones de trabajo».
- b) La empleada por la legislación italiana, como «actos y comportamientos hostiles que suman las características de violencia y la persecución psicológica en el ámbito laboral de las relaciones de trabajo», y también como «los actos realizados y los comportamientos mantenidos por empleadores, además de por sujetos que asumen funciones o tareas en posición supraordenada o de igualdad de grado en relación con el trabajador, orientados a dañar a estos últimos y que son desarrollados con carácter sistemático, duradero y con evidente predeterminación» (Proyecto de Ley número 6.410 de la Cámara de los Diputados de Italia, artículos 1.1.º y 1.2.º).
- c) La contenida en la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996, como «actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo».
- d) Las descritas en las Directivas de la Unión Europea 43/2001, de 29 de junio y la 78/2001, de 27 de diciembre, al referirse al acoso moral desde la perspectiva de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, considerándolo «como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno discriminatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo».

La sentencia valora la causación del acoso moral en la producción de un daño lesivo a la integridad psíquica del trabajador. Para ello, se fundamenta en las SSTSJ de Navarra de 30 de abril de 2001,⁶³ 18 de mayo de 2001⁶⁴ y 15 de junio de 2001,⁶⁵ considera el trastorno reactivo al acoso moral en el trabajo como accidente de trabajo y se apoya en los razonamientos de las SSTS, Sala de lo Social, de 27 de diciembre de 1995⁶⁶ y 22 de octubre de 1999.⁶⁷

Como vemos, la consideración finalista del acoso moral se centra en la producción de un daño psicológico al operario, considerando el «trastorno reactivo al acoso en el trabajo» como accidente de trabajo y no como enfermedad común.

63. (AS 2001, 1878)

64. (AS 2001, 1821)

65. (LLJUR 2001, 230916)

66. (RJ 1995, 9846)

67. (RJ 1999, 8738)

17. *La STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2003*,⁶⁸ marca un criterio diferente en cuanto a la indemnización por daños morales ocasionados por el empresario o directivo al subordinado, impidiendo otras indemnizaciones fuera de las previstas en el art. 50.2.º ET en el supuesto de resolución unilateral del contrato de trabajo por el trabajador.

18. *La STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2004*,⁶⁹ analiza la existencia de acoso moral desarrollado no sólo por el superior jerárquico (acoso descendente), sino también por los propios compañeros (el llamado acoso horizontal). Es una situación compleja pero igualmente habitual, que rompe las simetrías monocromáticas del único acoso que habitualmente era estudiado y enjuiciado: el acoso descendente, también llamado *bossing*.

Su fundamento de derecho segundo remite a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona de 17 de septiembre de 2002,⁷⁰ ya estudiada en el apartado b.11), destacando en la estructura del mismo la tendenciosidad del comportamiento abyecto o despreciable que busca la denigración laboral, con el fin de provocar la autoeliminación del trabajador o empleado público (abandono laboral o baja medica).

Esta sentencia pondera la importancia del elemento teleológico o finalista en la conceptualización del acoso moral y construye su teoría sobre la denigración del trabajador, sin necesidad de verificar consecuencias médicas obligatorias.

19. *La STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2004*,⁷¹ analiza la lesión de los derechos fundamentales por hostigamiento moral sobre la doctrina prevista para el acoso sexual contenida en la STC 224/1999, de 13 de diciembre 1999.⁷² Ésta declara que «para que exista un acoso sexual ambiental, constitucionalmente recusable, ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato».

La existencia del acoso moral se comprueba por la verificación de agresiones verbales (recriminaciones en público), aislamiento (privación de funciones y medios de trabajo) y creación de un entorno laboral intimidatorio y hostil (adver-

68. (AS 2004, 1449)

69. (AS 2004, 631)

70. (AS 2002, 2691)

71. (AS 2004, 1684)

72. (RTC 1999, 224)

tencias por escrito de incumplimientos inexistentes).

El principal interés de esta sentencia es que prevé que el despido por acoso moral, cuando es declarado improcedente, no sólo se agota con el abono de los salarios de tramitación del art. 56.1.º.a) ET o de la indemnización prevista en el art. 56.1.º.b) ET, sino que puede abarcar otras consecuencias económicas indemnizatorias. Esta interpretación se construye sobre la STS de 12 de junio de 2001,⁷³ ya citada.

Tales perjuicios, apunta la sentencia, requerirán de solicitud indemnizatoria, alegación y prueba sobre los daños a compensar, como apunta la STS de 23 de marzo de 2000.⁷⁴ Pero además, en lo referente a la infracción de derechos fundamentales se presume siempre el daño moral, como apunta la STS 9 de junio de 1993,⁷⁵ aunque su cuantía pueda resultar en algunos casos puramente simbólica.

20. *La STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004*,⁷⁶ es la sentencia más clara al fundamentar el acoso sobre criterios jurídicos, no médicos, es decir, ponderando la violación de derechos fundamentales y la discriminación.

21. *La STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2004*,⁷⁷ ha merecido un comentario doctrinal no precisamente por su definición de acoso moral, que construye sobre el criterio establecido en las SSTSJ de Navarra de 2001, expuestas en el apartado I.1), sino por la responsabilidad que la prevención de riesgos laborales atribuye al empresario por los actos de sus subordinados.

No sólo analiza la dimensión normativa de la modificación llevada a cabo por la Ley 62/2003, que conecta directamente en paralelo en la lucha contra el acoso moral, principalmente por la nueva redacción del art. 8.13.bis) de la LISOS de 2000, sino que profundizando aún más estima de aplicación la normativa anterior a la Ley 62/2003, concretamente el art. 13.bis, y específicamente la responsabilidad *in eligendo e in vigilando* del empresario, responsabilidad de carácter civil.

Sin embargo, San Martín Mazzuconi rechaza que el operario pueda interponer las acciones procesales para reclamar civilmente cualquier responsabilidad por la vis atractiva que la indemnización prevista en el art. 50 ET produce.⁷⁸

73. (RJ 2001, 5931)

74. (RJ 2000, 3121)

75. (RJ 1993, 4553)

76. (AS 2004, 458)

77. (AS 2004, 2051)

78. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. «Un nuevo caso de extinción del contrato de trabajo por acoso moral (con algunas peculiaridades). Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de abril de 2004 (AS 2004, 2051)» *Aranzadi Social*, 2004, 12 (BIB 2004, 1628).

Sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo

1. *La primera sentencia conocida condenatoria del acoso moral en la jurisdicción contencioso-administrativa es la dictada por el TS en 23 de julio de 2001.*⁷⁹ Aunque no entra a describir qué es el acoso moral, los hechos reflejados en la misma suponen una flagrante lesión a la dignidad e integridad moral del productor. La sentencia condena a un ayuntamiento por la persecución que realizó a un funcionario municipal.⁸⁰ De los hechos descritos y de la interpretación judicial practicada cabe deducir los siguientes elementos que conforman el acoso moral:

- a) El acoso debe afectar a la psicología del individuo, dado el empleo de la palabra *moral*.
- b) La acción ha sido aplicada sistemáticamente.
- c) Esta actuación sistemática no debe estar justificada.

El TS basa su condena sobre los postulados de la tesis médica que exige un resultado lesivo a la salud psíquica del funcionario. Prescinde de otras consideraciones, tales como la dignidad del funcionario, cuya plasmación legislativa es difusa en la redacción originaria de la LF de 1964, aunque se considera como falta grave el atentado a la dignidad del mismo en el art. 89.c), redacción que se mantiene en el texto.

La Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público, recoge en el art. 14º.h) como derecho del funcionario la protección a su dignidad y proscripción del acoso moral, y castiga como falta muy grave el acoso moral en el art. 95.2.º.b).

2. *La STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 25 de septiembre de 2002,*⁸¹ analiza la resolución administrativa de una consejería de comunidad autónoma que imponía una sanción administrativa a la empresa. Esta sentencia analiza el concepto de acoso moral desde una perspectiva jurídica, concretamente por acciones empresariales contrarias a la dignidad del trabajador. La cita de una gruesa jurisprudencia del TC sobre lesión de derechos fundamentales en la relación laboral confirma el interés jurídico sobre esta problemática. Entre algunas de ellas, se citan las dictadas en 10 de abril de 2000⁸² y 10 de julio de 2000.⁸³

79. (RJ 2001, 8027)

80. Sobre los hechos constitutivos del acoso, véase mi estudio *El acoso moral en el trabajo: su definición jurídica. Incidencia en la Administración pública*. CEMICAL, 2003, en <http://www.diba.es/cemical/estudis.asp>

81. (RJCA 2002, 548)

82. (RTC 2000, 98)

83. (RTC 2000, 186)

Como epílogo de la sentencia, figura una reflexión vertida en la STC 19 de julio de 1985,⁸⁴ fundamento de derecho segundo: «Las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho». Elocuente cita en lo que a acoso moral refiere, tanto en el ámbito público como en el privado.

3. *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Burgos de 11 de abril de 2003*,⁸⁵ dictada en procedimiento especial de derechos fundamentales, declara la existencia de acoso moral por lesión de los arts. 14, 15 y 28.1.º CE y condena a la Administración demandada.

4. *La STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de septiembre de 2001*,⁸⁶ es la primera sentencia que analiza con profundidad la problemática del acoso moral en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. La pretensión procesal se dirigía a la impugnación de un acta de infracción de la consejería de Empleo de la Generalitat Valenciana impuesta a una empresa privada por actos empresariales contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. Sin embargo, no estudia el hostigamiento moral en la función pública, aunque indiciariamente los razonamientos expuestos podrían ser de aplicación a empleados públicos, entre otras razones porque la LPRL de 1995 es igualmente aplicable a la Administración pública en virtud de su art. 3.1.º y disposición adicional tercera.2.ª.

La sentencia analiza el derecho a la dignidad del trabajador y aquellos que le son inherentes, reconocidos en el art. 10.1.º CE como derecho principal. Esos mismos derechos constitucionales informan el ordenamiento laboral y se dirigen al trabajador como tal, pero también en su consideración como ciudadano. Como derechos emanados del fundamental derecho a la dignidad, se encuentran el derecho a la no discriminación del art. 14 CE; el derecho a la integridad moral del art. 15.1.º; el derecho a la intimidad personal del art. 18.1.º CE y también el prestigio profesional protegido por el derecho al honor del art. 18.1.º CE.

La sentencia del TSJ analiza especialmente la conexión del derecho fundamental de la dignidad con el derecho a la no discriminación del 14 CE y la normativa laboral. Éste se halla normativizado en diversos preceptos.

En el fundamento de derecho cuarto, define el acoso como: «Una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de tra-

84. (RTC 1985, 88)

85. Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

86. (RJCA 2002, 548)

bajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. En concreto, se denomina a esta práctica *bossing* (palabra que proviene de *boss* —patrón o jefe—) cuando tales prácticas no se desarrollan entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. En concreto, se ha afirmado que una de las prácticas de *bossing* consiste en la “política de empresa” de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización, de reducción de personal, etc., o con el simple objetivo de eliminar trabajadores incómodos».

El fundamento de derecho sexto pondera la necesidad de concurrencia de un «plan preconcebido». Es a lo que me referí anteriormente al mencionar la necesidad de que constara un especial dolo que excluya la casualidad en los actos u omisiones hostiles hacia el trabajador o empleado público.

5. *La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18 de 24 de octubre de 2003*,⁸⁷ que analiza el trato dispensado a una funcionaria de Ayuntamiento sometida a coacciones psíquicas con la finalidad de forzarla a realizar tareas impropias de su actividad funcional, violentándola psicológicamente. Esta situación provocó un cuadro de trastornos de tipo psicológico con súbitas crisis de ansiedad, subidas de la tensión arterial e incluso la necesidad de pasar por baja médica por incapacidad temporal por «incipiente cuadro ansioso depresivo».

Se postula la infracción de derechos fundamentales del art. 10.1.º CE, derecho a la dignidad; art. 14 CE, derecho a la igualdad y no discriminación; art. 15 CE, derecho a la integridad moral y art. 18.1.º CE, derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El tribunal, ante los indicios razonables de violación de los derechos fundamentales, declara la inversión de la carga de la prueba. Recordemos que en la actualidad, tras la Ley 62/2003, esa inversión se debe adoptar de oficio ante la concurrencia de discriminación.

También es significativa la tesis jurisprudencial que prescinde de la constatación de un perjuicio y considera que sólo es relevante el simple riesgo de lesión ante la infracción de los derechos fundamentales, con cita de las SSTs 8 de mayo de 1995⁸⁸ y 9 de junio de 1993,⁸⁹ de forma que debe concretarse la indemnización correspondiente.

87. (RJCA 2003, 1026)

88. (RJ 1995, 3752)

89. (RJ 1993, 4553)

La responsabilidad del alcalde en los supuestos de acoso moral se viabiliza a través del art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, en la medida en que es el alcalde presidente quien ostenta la dirección del personal y la obligación de velar por el cumplimiento de la legislación vigente en materia de los derechos de los trabajadores. Ello determina la imputación de responsabilidades concretadas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, art. 3.1.º, que señala que esta ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el ET como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las administraciones públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente ley o en sus normas de desarrollo.

La responsabilidad del alcalde por la infracción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales queda prevista en su art. 14, que impone una obligación al empresario de proteger a sus trabajadores de los riesgos laborales. Esta obligación es extensible a la Administración pública y a sus funcionarios lo que impide que el Ayuntamiento pueda inhibirse de la situación de acoso que se produjera en su organización.

6. *La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 27 de noviembre de 2003*,⁹⁰ aborda el acoso moral contra un empleado público desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 en relación con el RD 429/1993 conforme a lo previsto en el art. 106.2.º CE.

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es de carácter objetivo o de resultado, de tal modo que lo decisivo es el perjuicio antijurídico producido al funcionario, que verifica el nexo de unión entre las lesiones psíquicas producidas, en este caso en cuestión, y las acciones u omisiones causadas por la Administración.

Como circunstancias concurrentes, según explicita la sentencia en su fundamento de derecho tercero, se requieren:

- a) Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga la obligación de soportar.
- b) Que aquella sea real, efectiva, individualizada y susceptible de evaluación económica.
- c) Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación de causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión,

90. (LLJUR 2004, 84711)

sin que sea debida a fuerza mayor, de conformidad a las SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 24 de octubre de 2000,⁹¹ 27 de enero de 2001,⁹² 13 de marzo de 2001⁹³ y 5 de junio de 2001.⁹⁴

Otro tema objeto de análisis es la compatibilidad entre la cuantía percibida por los perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios públicos y las cantidades recibidas por otros conceptos. La compatibilidad es posible en atención a la STS, Sala Especial de Conflictos, de 12 de marzo de 1991⁹⁵ y por las SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 17 de noviembre de 2000⁹⁶ y 7 de junio de 2001,⁹⁷ dado el carácter básico de la indemnización que desconoce otros perjuicios en función de las circunstancias personales, familiares o profesionales, y por ello es insuficiente. Desde este punto de vista, es necesario un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación, en aquellos casos en que no se ha producido esa reparación integral.

No obstante, han existido otros pronunciamientos que, sobre la aplicación del principio de enriquecimiento injusto, limitan la cuantía total de la indemnización (*vid.* STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 20 de mayo de 1996).⁹⁸

7. *La STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de diciembre de 2003*,⁹⁹ estima que el procedimiento de protección de derechos fundamentales puede ser insuficiente para analizar el fenómeno del hostigamiento moral en toda su dimensión. El ámbito de protección de este proceso, los derechos referidos en el art. 53.2.º CE y que amparan los arts. 14 a 29 CE, no incluye el art. 10.1.º CE, que sí que recoge el derecho a la dignidad de la persona; tampoco el art. 35.1.º, el derecho al trabajo. Este procedimiento especial y sumario únicamente es viable por la lesión del principio de igualdad, art. 23.2.º CE, por cuestiones discriminatorias respecto a los principios de igualdad, mérito y capacidad o el art. 14 CE, dependiendo de los casos, en el ámbito funcional, la protección de la integridad moral del art. 15 y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art. 18.1.º CE.

91. (RJ 2001, 131)

92. (RJ 2001, 5377)

93. (RJ 2001, 2642)

94. (RJ 2001, 7420)

95. (RJ 1992, 4870)

96. (RJ 2000, 9122)

97. (RJ 2001, 4198)

98. (RJ 1996, 4407)

99. Recurso de apelación 1/94/2003.

Quizás la cuestión esencial que habrá que analizar será si las lesiones a derechos fundamentales del personal público pueden ser reconducidas a cualquier tipo de discriminación.

8. *La STSJ de Cantabria, de 2 de abril de 2004*,¹⁰⁰ analiza la impugnación de una resolución emitida por la consejería de una comunidad autónoma que condenaba a una empresa por un acta de infracción emitida como consecuencia de actos del empresario contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, art. 8.11.º del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto 2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En su fundamento de derecho tercero, marca los límites de la facultad de organización empresarial cuando se infrinjan derechos fundamentales con daño al trabajador. La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, razonamiento útil para delimitar la legalidad de la actuación empresarial administrativa, según el tipo de organización en la que se manifieste.

A continuación define el hostigamiento moral como una manifestación de un incumplimiento contractual del empresario, incumplimiento que mediante un atentado a la intimidad o dignidad del trabajador persigue modificar el contenido de la relación laboral o lograr su extinción.

La opción de esta tesis revela la preponderancia de la tesis jurídica sobre la médica, si bien no debemos olvidar que las posiciones de los tribunales por una u otra teoría vienen determinadas por la demanda o la pretensión procesal, como más tarde analizaremos.

9. *La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 29 de abril de 2004*,¹⁰¹ encauza el acoso moral al procedimiento de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas del art. 145 de la Ley 30/1992 y Real Decreto 429/1993.

La Audiencia Nacional declara la responsabilidad patrimonial de la Ad/ministración sobre la verificación de las lesiones psíquicas que ocasionaron la inutilidad del subteniente de la Armada. La nomenclatura de este supuesto no es diferente de la expuesta en la jurisdicción social, y la relación entre causa y efecto se construye sobre la constatación de un menoscabo psíquico en el acosado, producido por el personal de la propia Administración.

100. (Recurso 647/2003)

101. (LLJUR 1601522, 2003)

10. *La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de julio de 2004*,¹⁰² trata la problemática del acoso moral desde la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Lo más destacable es la remisión a la STS de 25 de enero de 1997¹⁰³ al aducir que la relación de causalidad entre la actuación de la Administración pública y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes y al admitir una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo que deberá ponderarse para fijar la indemnización.

11. *La STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 23 de julio de 2004*,¹⁰⁴ trata sobre la condena a la Administración municipal por responsabilidad patrimonial al haber ocasionado a un funcionario una jubilación por incapacidad por daños efectivos en la esfera personal, patrimonial, familiar y laboral. La corporación local llevó a cabo actuaciones vejatorias, degradantes, injustificadas y discriminatorias que provocaron el hecho objetivo de su propia jubilación por un cuadro psiquiátrico y físico de consideración.

La sentencia, aunque desestima el recurso, posee una indudable importancia en la consideración del acoso moral dentro del ámbito administrativo.

12. *La SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 4 de noviembre de 1999*,¹⁰⁵ estudió la conexión del daño moral con el derecho al honor. Entiende esta sentencia como daño o lesión todo menoscabo material o moral causado al administrado contraviniendo una norma jurídica. Es más, sobre jurisprudencia del TS estima que el daño moral causado es susceptible de ser reclamado a la Administración pública, como señala el TS en varias sentencias: 12 de marzo de 1975, 2 de febrero de 1980, 18 de febrero de 1980, 18 de enero de 1982, 30 de marzo de 1982, 3 de abril de 1985, 9 de abril de 1985, 31 de mayo de 1985, 17 de julio de 1985, 19 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1984, 9 de abril de 1985 y 22 de abril de 1994, entre otras.¹⁰⁶

El daño moral producido puede ocasionar una lesión al honor del trabajador o funcionario público siempre que la acción u omisión ilícita se produzca con publicidad. Este requisito viene a colación de los arts. 7.3.º y 7.7.º de la LO 1/1982, que señala que la «divulgación de expresiones o hechos» es requisito necesario para que pueda hablarse de daño al honor resarcible.

102. (LLJUR 2004, 225742)

103. (RJ 1997, 266)

104. (LLJUR 2004, 265846)

105. (LLJUR 92922, 1999)

106. ROMERO COLOMA, A.M. «En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000». *Revista Española de derecho Administrativo*, 2001, 112, pp. 575.

De este modo, la STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2001,¹⁰⁷ fundamento de derecho segundo, declara que « la acción nuclear estriba en la divulgación y que, sin la existencia de ésta, no puede existir imputabilidad ». Del mismo modo, la STS, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2000,¹⁰⁸ fundamento de derecho primero, en relación con lo establecido en la STS, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1991,¹⁰⁹ apunta que «el hecho atentatorio merecedor de la protección, por constituir la verdadera intromisión ilegítima, es precisamente la divulgación de la expresión o del hecho, y no la imputación privada que pueda hacerse sobre la misma materia».

La SAN de 4 de noviembre de 1999¹¹⁰ establece que no hay que confundir la publicidad propia de un proceso administrativo con la divulgación o extensión de la publicidad fuera del procedimiento. Este elemento será decisivo a la hora de examinar la antijuridicidad o la actitud de las autoridades o responsables administrativos en la divulgación de hechos inciertos sobre un funcionario público acosado.

13. *La STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de noviembre de 2004*,¹¹¹ analiza la incidencia del cese administrativo como acoso moral, más explícitamente, a los hechos acaecidos con posterioridad al cese. La adscripción provisional en otro puesto de trabajo y el trato dispensado por el nuevo director le ocasionó al funcionario, ante la falta de ocupación efectiva, un trastorno adaptativo con reacción depresiva.

Interpone el recurso reclamando la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados al recurrente, entre ellos, los daños físicos, morales, psíquicos y a la propia imagen.

El fundamento de derecho noveno de la sentencia define el acoso moral como una conducta hostil y carente de ética dirigida de forma sistemática por una persona o un grupo contra otra a la que se coloca en situación de indefensión o abandono, sin embargo exige un elemento finalista y es la producción de daños psíquicos en la persona.

Define el hostigamiento moral desde una perspectiva médica, y determina que deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Se debe tratar de actos de violencia psicológica.
- b) Se debe tratar de comportamientos repetidos de manera sistemática.

107. (RJ 2001, 4342)

108. (RJ 2000, 3232)

109. (RJ 1991, 7253)

110. (LLJUR 92922, 1999)

111. (LLJUR 2004, 3121146)

- c) Estos comportamientos agresivos están orientados a destruir a la víctima.
- d) La consecuencia para el acosado es una ansiedad, un estrés postraumático.

Desde la perspectiva de la Unión Europea, analiza el acoso moral a partir del principio de igualdad recogido en la Directiva 2002/73/CE. No obstante, emplea ningún razonamiento para defender tal postura, lo cual es criticable, pues con independencia de la causación de la lesión psíquica, los derechos inherentes a la relación estatutaria podrían estar afectados en atención a las circunstancias descritas en la sentencia.

La aportación más importante que realiza esta sentencia es su interpretación de la Ley 62/2003, pues engloba como causa de discriminación el acoso moral. La cuestión no es baladí, máxime cuando la redacción de la ley es equívoca al incluirlo o no en su regulación.

Un pronunciamiento en sentido similar es el dictado por el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de junio de 2004,¹¹² que estudia el acoso moral desde la infracción del derecho a la dignidad.

14. *La STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, 17 de octubre de 2006,*¹¹³ declara una situación de acoso moral sobre la concurrencia de los siguientes hechos:

«a) Surge la firme decisión de acosar a la recurrente al tiempo de su reacción impugnatoria, frente a la sanción impuesta en el expediente disciplinario, que culmina con la Resolución del día 4 de septiembre de 2000, de la Secretaría General de la Consejería de Fomento

b) Pese a su condición de jefe de negociado, se le destina, desde el día 12 de julio de 2001, y hasta el 13 de febrero de 2002 a ocupar una mesa al comienzo del pasillo de la sección del servicio, compartiendo espacio con ordenanzas y maquinaria, que determinan que el lugar no reúna las mínimas condiciones para desarrollar el trabajo que deba exigirse a un jefe de negociado.

d) Y no sólo eso, sino que, pese a su grado jerárquico, se le encomienda visualizar boletines oficiales, tanto del Estado como de la comunidad, fotocopiar publicaciones de planeamientos que, se supone, deben obrar en poder y conocimiento de la propia Sección; y que, de ser necesario, debió encomendarse a un auxiliar administrativo, y no a un jefe de negociado para que revise más de tres años de boletines oficiales.

e) De la misma forma, y tras un breve paréntesis en que ha sido destinada nuevamente a su despacho de origen, fue destinada por segunda vez, con fecha 1 de abril de 2002, al descrito lugar, permaneciendo vacía y desocupada su mesa en el despacho que antes tenía asignado, y con su nombre y apellidos rotulados a la entrada de la puerta.

112. (LLJUR 2004, 226956)

113. (JUR 2006, 256892)

f) La insólita comunicación con la recurrente, por medio de notas interiores, que no era utilizado con ningún otro funcionario; el reproche por ojear, próximos a la terminación de la jornada laboral, el periódico, cuando era práctica habitual de todos los funcionarios; la derivación a su teléfono de las llamadas que se efectuaban a funcionario que no ostentaba jerarquía superior respecto de ella, propuesta de supresión del plus de productividad que venía percibiendo; constatación de ausencias de su puesto de trabajo, coincidiendo con permisos previamente interesados y concedidos, etc., sin reflejar tal incidencia, etc., contribuyen a situar, con la debida precisión el comportamiento de la Administración con la Sra. Rosa, claramente encuadrable en el acoso y hostigamiento laborales que esta parte sostiene ha acontecido en este supuesto.

g) Es más, se ha conseguido y alcanzado, por quien lo ha ejercido, el fin o propósito último, esto es, su alejamiento del servicio en el que venía destinada desde hacía muchos años y que, en el mundo laboral, se hubiera traducido en su cese voluntario en el trabajo.

h) En definitiva, y con el propósito de no incurrir en enojosas reiteraciones, se remite esta parte a las consideraciones obrantes en el escrito de demanda y pruebas practicadas, que ponen de manifiesto la efectiva ocurrencia de tales hechos, que la Sala deberá valorar en su justa dimensión, por no tratarse, ni de una medida aislada, ni de un hecho esporádico, sino de un conjunto o globalidad de todos ellos, a lo largo de un lapso de tiempo prolongado, siendo la mayor parte de aquéllas, no sólo superfluas e innecesarias, sino conculcadoras de un mínimo y elemental principio de productividad, en el ámbito de la Administración, con el respeto debido a la dignidad personal.

i) Por el contrario, se ha dejado de lado el principio organizativo, de producción y comportamiento objetivo, que debe presidir la actuación de la Administración para, con el torpe fin, puesto de manifiesto, conseguir el aislamiento y, en suma, el sufrimiento de mi representada».

El acoso moral se estima sobre la concurrencia de estos elementos, y entre ellos, el más pernicioso: desubicar al funcionario de su despacho. El fundamento de derecho tercero razona:

«Pero esta Sala considera que el conjunto de circunstancias en que se produjo esa salida obligada del despacho no es irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan, de establecer si se ha producido un daño moral al recurrente que merezca ser reparado. En tal sentido debe destacarse que esa situación se produjo en dos ocasiones, estableciéndose la ubicación de la funcionaria recurrente en un lugar del todo inadecuado, como así lo admite la propia sentencia apelada, concretamente al final del pasillo, donde estaban colocadas las fotocopadoras y al lado de un ordenanza de la planta, cuando el recurrente era jefe de negociado y en el rótulo de su despacho seguía figurando su nombre. Y es especialmente elocuente al respecto que tales hechos eran presenciados por el resto de los compañeros a quienes llamaba la atención esa situación; a lo que ha de añadirse que también se ha probado —así lo admite implícitamente la sentencia— que en la primera ocasión en que se produjo la salida del despacho se desviaban las llamadas al teléfono que era utilizado por la misma recurrente por personal que

no tenía superior categoría. Todo ello, en fin, no puede decirse que haya sido inocuo en la afectación de la dignidad profesional del recurrente [...]».

15. SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.^a, 11 de octubre de 2006.¹¹⁴ Esta sentencia declara procedente la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sobre la concurrencia de acoso moral manifestado en el hecho de tener sin trabajo a un funcionario público por un tiempo superior a 7 meses.

El fundamento de derecho sexto razona:

«La existencia de un daño efectivo, individual y concreto ha sido presupuesta, al menos como hipótesis, en nuestra argumentación desde un comienzo; de no ser así, no tendría sentido siquiera plantearse la posible responsabilidad patrimonial de la Administración. Es ahora el momento de concretar los daños alegados, a efectos de fijar la correspondiente indemnización.

En primer lugar, entrando ya en el análisis del último de los hechos alegados en el escrito de demanda, que caracterizamos jurídicamente no como hecho dañoso en sí sino consecuencia de un conjunto de hechos dañosos, la Sala considera que no ha logrado demostrarse que la afectación física y psíquica sufrida por el demandante derivara de la actuación de la Administración. El demandante no ha solicitado prueba pericial al respecto en este proceso y por ello debemos prestar especial atención a la valoración de la misma realizada ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sevilla. Pues bien, en la sentencia mencionada no llega a afirmarse la relación causa-efecto entre la actuación administrativa y las secuelas padecidas.

En definitiva, los únicos daños a considerar son los daños morales, en el sentido estricto del término, y más en concreto, los derivados de la falta de ocupación efectiva durante un período aproximado de siete meses, que es la única actuación antijurídica de la Administración que hemos reconocido.

Llegados a este punto, debe procederse a una "valoración subjetiva global, pues aunque ello equivale a moverse en un marco de gran relatividad e indeterminación, no existe otro medio de apreciar la intensidad del sufrimiento moral inferido", por utilizar las palabras de la STS de 3 de diciembre de 1982. Además, la siempre difícil fijación de la indemnización procedente en concepto de daños morales (dificultad reconocida en una ya copiosa jurisprudencia: p. ej., SSTS de 20 de octubre de 1987, 23 de febrero de 1988, 15 de abril de 1989, 1 de diciembre de 1989, 27 de noviembre de 1993 y 19 de julio de 1997), que obviamente debe ser "racional aunque no matemática" (STS de 3 de enero de 1990) y estar presidida por la regla de plena indemnidad del dañado (p. ej., SSTS de 20 de enero, 17 de febrero y 4 de marzo de 2001), debiendo "realizarla equitativamente el Tribunal tras un juicio estimativo fundado en la apreciación conjunta, racional y prudente de todos los datos aportados al proceso que se realiza con la finalidad de señalar una cantidad de dinero que suponga aquella compensación adecuada

114. (JUR 2006, 256989)

a la entidad de los daños y perjuicios sufridos, lo cual necesariamente se desenvuelve en un marco de relatividad [...] utilizando los módulos valorativos [ya] utilizados por la jurisdicción" (STS de 17 de noviembre de 1990). En este caso, la fijación de la indemnización a partir de módulos valorativos anteriores resulta especialmente difícil, habida cuenta de la falta de precedentes en esta Sala y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (únicamente cabe citar al respecto la STS de 4 de octubre de 2001, confirmando la indemnización de 750.000 pesetas impuesta por la STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 1997, pero los hechos son distintos a los que aquí enjuiciamos). Atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y a las indemnizaciones fijadas por la Sala en otros supuestos de daño moral, se considera excesiva la solicitud del recurrente y se fija equitativamente la indemnización en la cantidad de 10.000 euros, anulando en consecuencia la resolución recurrida y condenando a la Administración al pago de la citada cantidad».

Capítulo III

La evolución del acoso moral: del daño psicológico a la lesión de derechos fundamentales

Evolución del concepto de *mobbing*: daño moral, alienación y detrimento social

El acoso moral es un riesgo laboral cierto. Ahora bien, a partir de aquí, la profusión de pronunciamientos ensombrece cualquier claridad sobre el concepto de acoso moral. La jurisdicción social, la más amplia en pronunciamientos, ha estudiado el tema quizás no con toda la libertad posible, dada la falta de recursos interpretativos, pero sí con amplios márgenes de discrecionalidad. Se ha realizado un esfuerzo considerable para apreciar la existencia de lo que llamamos acoso moral, y, sin embargo, hoy en día todavía no se ha perfilado totalmente este concepto, de modo que ciertas reticencias judiciales impiden una tutela judicial realmente efectiva.

A pesar de ello, y desde un punto de vista abstracto, cabe apreciar una evolución efectiva en las interpretaciones de los tribunales sociales: frente al predominio de la teoría médica, últimamente se está produciendo una variación decisiva hacia la tesis jurídica, pivotando hacia la apreciación o no del acoso moral, dependiendo de la infracción de derechos fundamentales.

Sin embargo, en los supuestos de acoso moral tratados en la jurisdicción contencioso-administrativa, se produce una interpretación inversa a la social. Si bien las primeras sentencias incidieron en la lesión de los derechos fundamentales como eje del hostigamiento moral, las últimas evolucionan hacia la teoría médica ponderando el daño moral, es decir, exigen una efectiva lesión psíquica y de la misma se hacen derivar los daños morales.

Esta situación es criticable por varios motivos, pero caben varias explicaciones. Una de ellas es la imprecisión del legislador en la redacción del art. 139.1.º Ley 30/1992 cuando se refiere a una «lesión que sufran los particulares en sus bienes o derechos». Lesión, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa, en su primera acepción, «daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad». Esto indicaría que lo exigido por el legisla-

dor es un perjuicio de índole material. Igual resultado obtenemos si analizamos el art. 139.2.º, al emplear el vocablo daño, que significa causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Este vocablo tiene una acepción menos material, aunque el legislador lo concrete a que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, hecho que nos devuelve, de nuevo, al significado físico de la lesión. Tal vez, el empleo del vocablo detrimento, que significa: «pérdida, quebranto de la salud o de los intereses» o daño moral, hubiese evitado el imperativo material que se deriva de la Ley 30/1992. A pesar de ello, la Administración genera infracción a derechos fundamentales, como también origina daño moral.

Otra explicación es que esté causada por el tipo de pretensión procesal contenida en la demanda o en el recurso. Es una explicación oportuna, realista, pero susceptible de ser modificada en la medida en que el concepto de responsabilidad patrimonial incorpore nuevos matices susceptibles de generar la misma. Porque la repercusión jurídica del daño ocasionado por el acoso puede objetivarse tanto por la afectación anímica del trabajador como por la lesión de sus derechos, que también genera un daño, aunque de carácter jurídico. Y éste sí sería el más acorde con el Estado Social y de Derecho en el que nos constituimos. No olvidemos, además, la jurisprudencia del TC que prescinde de la constatación de un perjuicio real y efectivo, de modo que basta únicamente la infracción de derechos fundamentales o valores fundamentales, con cita de las SSTs 8 de mayo de 1995¹¹⁵ y 9 de junio de 1993,¹¹⁶ y debe concretarse la indemnización correspondiente.

Extensión del *mobbing*

Acoso moral y tensiones laborales

Convenimos en que es pacífica la definición del acoso moral como una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente, y durante un cierto tiempo sobre otra persona. Esta acotación constituye la base cognitiva primaria del hostigamiento. Sin embargo, las discrepancias empiezan a partir de aquí. Es verdad que se ha intentado sustantivar el acoso moral diferenciándolo de otras figuras parecidas pero muy distintas, como son las tensiones laborales¹¹⁷ que nacen y extinguen en el centro de trabajo sin mayor relevancia

115. (RJ 1995, 3752)

116. (RJ 1993, 4553)

117. Vid. Borrajo Dacruz, E., *Acoso moral y tensiones laborales: delimitación*, Actualidad Laboral, 2004, 573 y Cordero Saavedra, L., *La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, de 7 de marzo de 2003 (AS 2003, 1137)*, Aranzadi Social, 2003, 6.

—*vid.* apartado I.3), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 18 de junio de 2001¹¹⁸ y apartado I.6), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2002—. ¹¹⁹

Ámbito subjetivo del hostigamiento moral

Se ha pretendido delimitar, asimismo, el ámbito subjetivo del acoso: frente a sentencias que únicamente reconocen la modalidad descendente o *bossing*, la realizada por el empresario o directivo al trabajador o subordinado —*vid.* apartado I.1), SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2001,¹²⁰ fundamento de derecho tercero, 18 de mayo de 2001,¹²¹ fundamento de derecho tercero, y 15 de junio de 2001;¹²² apartado I.3), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 18 de junio de 2001;¹²³ apartado I.4), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona, de 24 de septiembre de 2001;¹²⁴ apartado I.5), STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001;¹²⁵ apartado I.8), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002;¹²⁶ apartado I.11), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona, de 17 de septiembre de 2002;¹²⁷ apartado I.17), STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2003;¹²⁸ apartado I.19), STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2004; apartado I. 21), STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2004¹²⁹ y STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2004.¹³⁰

Otras sentencias amplían ese ámbito subjetivo, reconociendo como acoso moral el realizado entre compañeros (caso de trabajador acosador), en donde el elemento jerárquico desaparece, *v.gr.*: apartado I.18), STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2004;¹³¹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de junio de 2004¹³² y STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003.¹³³

118. (AS 2001, 1667)

119. (AS 2002, 2932)

120. (AS 2001, 1878)

121. (AS 2001, 1821)

122. (LLJUR 2001, 230916)

123. (AS 2001, 1667)

124. (AS 2001, 3192)

125. (AS 2002, 249)

126. (AS 2002, 2411)

127. (AS 2002, 2691)

128. (AS 2004, 1449)

129. (AS 2004, 2051)

130. (LLJUR 1777932, 2004)

131. (AS 2004, 631)

132. *Actualidad Laboral*, sección «Cartas de la dirección», 2004, núm. 20.

133. (AS 2003, 2227)

E incluso se ha estimado la existencia de acoso moral ascendente, más extraño, que es el producido por los subordinados hacia el superior, recogida en el apartado I.10), STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2002.¹³⁴

Estas últimas acepciones superan, dejando practicante ineficaz, el criterio técnico de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 34/2003, de 14 de marzo. Este criterio se fundamenta en el acoso moral descendente o *bossing*, ignorando otras modalidades de hostigamiento, como el ascendente o el horizontal.

La teoría médica del acoso moral

Aún hoy, la doctrina judicial no es uniforme a la hora de determinar la causa que genera el acoso moral. Aquí convergen las dos grandes corrientes de pensamiento sobre este riesgo laboral: por una parte, la teoría médica y el daño psicológico; y, por otra, la teoría jurídica o la lesión de los valores o derechos fundamentales de los trabajadores, en su acepción amplia, que comprende no sólo los que se califican como tales en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la CE. También aquellos otros principios contenidos en el Título Preliminar de la CE, algunos de los cuales tienen su plasmación normativa en la legislación ordinaria.

La teoría médica o psicológica se ha plasmado en las sentencias dictadas en la jurisdicción social, estudiadas en el capítulo anterior: SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2001,¹³⁵ 18 de mayo de 2001¹³⁶ y 15 de junio de 2001;¹³⁷ seguidas, además, por la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2003;¹³⁸ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2003;¹³⁹ STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2004;¹⁴⁰ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003;¹⁴¹ STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 17 de octubre de 2004;¹⁴² STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2003;¹⁴³ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2004;¹⁴⁴ STSJ de

134. (AS 2002, 2603)

135. (AS 2001, 1878)

136. (AS 2001, 1821)

137. (LLJUR 2001, 230916)

138. (AS 2003.3244)

139. (AS 2003, 2791)

140. (AS 2004, 1233)

141. (AS 2003, 679)

142. (AS 2004, 1379)

143. (AS 2004, 653)

144. (AS 2004, 1050)

Navarra, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2004¹⁴⁵ y STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de abril de 2004.¹⁴⁶

Y en los apartados: I.3), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 18 de junio de 2001;¹⁴⁷ I.4), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pamplona de 24 de septiembre de 2001;¹⁴⁸ I.6), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2002; I.10), STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2002¹⁴⁹ y I.16), STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2003.¹⁵⁰

Del mismo modo en la jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido su incidencia en las sentencias estudiadas en el apartado II.5), Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18, de 24 de octubre de 2003;¹⁵¹ apartado II.9), SAN de 29 de abril de 2004;¹⁵² Sección 5.^a y apartado II.13,) STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a, de 18 de noviembre de 2004.¹⁵³

La existencia del acoso moral gravita sobre la constatación de lesiones psíquicas como consecuencia de la actividad de hostigamiento en el medio de trabajo. Es una tesis válida para las pretensiones procesales en las que se persiga un cambio de contingencia en las prestaciones de la Seguridad Social, de enfermedad común a accidente de trabajo, principalmente, aunque también empleada para evidenciar el atentado a la dignidad del trabajador por el superior.

Se ha abandonado una primera teoría que perseguía la calificación del acoso moral como enfermedad profesional, dados los problemas que ocasionaba la formulación legal de la misma, principalmente, su número cerrado de patologías, tal y como previene el art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en relación con el cuadro de enfermedades descrito en el RD 1299/2006, 19 de noviembre.

La lesión psíquica más frecuente el síndrome ansioso como respuesta al estrés,¹⁵⁴ aunque también el síndrome depresivo. Concretamente, el trastorno adaptativo es una dolencia relacionada con el estrés que provoca una desadaptación y unos síntomas que se mantienen hasta que se elimina el factor estre-

145. (AS 2004, 1072)

146. (AS 2004, 2051)

147. (AS 2001, 1667)

148. (AS 2001, 3192)

149. (AS 2002, 2603)

150. (AS 2004, 653)

151. (RJCA 2003, 1026)

152. (LLJUR 1601522, 2003)

153. (LLJUR 2004, 312146)

154. MERCK y Co. *El Manual Merck*. Mosby Elsevier, 1999, 10.^a edición.

sante o hasta que tiene lugar una nueva adaptación.¹⁵⁵ Los criterios diagnósticos del trastorno adaptativo según el DSM-IV,¹⁵⁶ son los siguientes:¹⁵⁷

- a) Los síntomas emocionales o de comportamiento en respuesta a un hecho estresante identificable aparecen dentro de los 3 meses siguientes a ese hecho.
- b) Estos síntomas o comportamientos se expresan clínicamente del siguiente modo:
 1. Malestar mayor de lo esperable en respuesta al hecho estresante.
 2. Deterioro significativo de la actividad social, laboral o académica.
- c) La alteración relacionada con el estrés no cumple los criterios para otro trastorno específico y no constituye una simple exacerbación de un trastorno preexistente.
- d) Los síntomas no responden a una reacción de duelo.
- e) Una vez han cesado la situación estresante o sus consecuencias, los síntomas no persisten durante más de seis meses.

Cabe diferenciar entre un trastorno adaptativo agudo, donde los síntomas no persisten más de seis meses, y crónico, donde los síntomas persisten durante más de seis meses.

Los trastornos adaptativos objetivados por el DSM-IV se dividen en subtipos que se seleccionan de acuerdo con los síntomas predominantes:

- | | |
|------------|---|
| 3 0 9. 0 | Con estado de ánimo deprimido. |
| 3 0 9. 2 4 | Con ansiedad. |
| 3 0 9. 2 8 | Con ansiedad y estado de ánimo deprimido. |
| 3 0 9. 3 | Con trastorno de la conducta. |
| 3 0 9. 4 | Con trastorno emocional y de la conducta. |
| 3 0 9. 9 | Inespecífico. |

Los tipos de trastornos adaptativos en el DSM-IV presentan las siguientes caracterizaciones:

Trastorno adaptativo con estado de ánimo deprimido

Los síntomas predominantes son los de una depresión menor. Por ejemplo, los síntomas pueden ser estado de ánimo deprimido, llanto y desesperanza.

155. Vid. la dimensión médica de esta dolencia en la cuarta edición del *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, conocido como DSM-IV (American Psychiatric Association, 1994). Vid. James J. Strain, M. D.; Jeffrey Newcorn, M. D.; Dennis Wolf, M. D.; George Fulop, M. D. en el capítulo 20 del *Tratado de Psiquiatría*, Ancora, 1995, 2.ª edición.

156. *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*.

157. HALES, Robert E.; YUDOFSKY, Stuart C.; TALBOT, John A. *Tratado de Psiquiatría*. American Psychiatric Press, 2.ª edición, Ancora, 1995.

Trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso

Este tipo de trastorno adaptativo se diagnostica cuando los síntomas predominantes incluyen nerviosismo, preocupación e inquietud. El diagnóstico diferencial incluiría los trastornos por ansiedad.

Trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos

Esta categoría debería utilizarse cuando los rasgos predominantes son la combinación de depresión, ansiedad u otras emociones. Un ejemplo de esta categoría sería la del adolescente que después de marcharse de casa y de la supervisión de los padres, reacciona con ambivalencia, depresión, ira y con signos acusados de dependencia.

Trastornos adaptativos con alteración de la conducta

La manifestación sintomática consiste en una conducta que viola las normas sociales o los derechos de los demás. Ejemplos: las peleas, la indigencia, el vandalismo y la conducción irresponsable.

Trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y la conducta

Este diagnóstico se realiza cuando la alteración combina las características afectivas y conductuales propias del trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos y las del trastorno adaptativo con alteraciones de la conducta.

Trastorno adaptativo no especificado

Este diagnóstico es residual dentro de la categoría diagnóstica. Puede utilizarse cuando ocurren reacciones desadaptativas a agentes estresantes psicosociales que no pueden clasificarse en ningún tipo específico de trastorno adaptativo. Un ejemplo sería el paciente que, cuando se le diagnostica un cáncer, niega el diagnóstico maligno y no sigue las recomendaciones de tratamiento.

Sí conviene precisar, a efectos de la valoración jurídica de este trastorno adaptativo, que el Adjustment Disorder DSM-IV Work Group apuntó al suicidio como subtipo de trastorno adaptativo.

Dolencias psíquicas objetivadas por los tribunales ante la concurrencia de acoso moral

Jurisdicción social

- *Clínica ansiosa depresiva* con tendencia al llanto, sueño fragmentado, irritabilidad, apatía, tendencia al aislamiento, desasosiego. Es diagnosticado de trastorno de adaptación, reactivo, mixto, ansioso-depresivo en relación con factores estresantes en su entorno laboral (STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 5 de abril de 2004).¹⁵⁸

158. (AS 2004, 1803)

- Patología psicológica congruente con el diagnóstico de *trastorno adaptativo con ánimo ansioso-depresivo*, debido a acoso moral laboral o *mobbing*, STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2004¹⁵⁹ y STSJ de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2004.¹⁶⁰
- *Trastorno persistente de la personalidad* CIE-10-F62-0. Su evolución ha sido tórpida y el deterioro psíquico grande. Presenta un estado de entumecimiento mental derivado de pérdida de motivación e intereses sobre aspectos básicos de su vida. El demandante se ha tornado inestable emocionalmente con períodos de irritabilidad, amargura, rumiación de hechos anteriores, ha perdido la autoconfianza y la seguridad, sufre una real incapacidad para planificar su futuro, se encuentra anhedónico y tiene como ideación central la reivindicación de su nombre y de su prestigio profesional. Su estado emocional ha invadido su vida cotidiana y familiar y le ha llevado al aislamiento social (STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2004).¹⁶¹
- *Trastorno por estrés postraumático* a partir de conflictos laborales, sin causar baja médica en período alguno (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2003).¹⁶²
- Existencia de una evidente relación causa-efecto entre la situación de acoso y la *depresión reactiva* (STSJ de Galicia de 8 de abril de 2003).¹⁶³
- *Síndrome depresivo* (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de diciembre de 2003).¹⁶⁴
- *Trastorno adaptativo*, con estado emocional mixto ansiedad-depresión (Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, de 28 de febrero de 2002).¹⁶⁵

Jurisdicción contencioso-administrativa

- Cuadro de trastornos de tipo psicológico o psicosomático, con crisis de ansiedad súbitas, subidas de la tensión arterial, e incluso con necesidad de pasar por baja médica por incapacidad temporal debido a un *incipiente cuadro ansioso depresivo* (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18, de 24 de octubre de 2003).

159. (AS 2004, 2059)

160. (AS 2004, 2051)

161. (AS 2004, 1072)

162. (AS 2004, 453)

163. (AS 2003, 2893)

164. (AS 2003, 891)

165. (AS 2002, 634)

- *Trastorno depresivo mayor, un trastorno de ansiedad generalizada y un trastorno evitativo y paranoide de la personalidad* (SAN de 29 de abril de 2004).¹⁶⁶
- *Trastorno adaptativo con reacción depresiva* (STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de noviembre de 2004).¹⁶⁷

Deficiencias de la teoría médica y relevancia penal del daño psíquico como límite

La debilidad de la teoría médica se encuentra en la propia psicología del acosado. Los hechos constitutivos del hostigamiento moral pueden producir o no efectos distintos dependiendo de la personalidad y resistencia del afectado. Este criterio se sostiene en estudios médicos que señalan que la capacidad de tolerancia ante la frustración varía de unas personas a otras.¹⁶⁸

Cada persona posee una resistencia diferente a los estímulos externos negativos. Este criterio es el plasmado por en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 24 de mayo de 2002,¹⁶⁹ que analizamos en el apdo. I.9). El criterio que fundamenta su tesis radica en que la causación de daños psíquicos debería ser competencia de los órganos jurisdiccionales penales por vulneración de ilícitos penales, por ejemplo, en el caso del art. 173.1.º CP:

«El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Este tipo protege el derecho constitucional contenido en el art. 15 CE y es considerado como delito autónomo.¹⁷⁰

O el art. 147 CP,¹⁷¹ que castiga:

«1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

166. (LLJUR 1601522, 2003)

167. (LLJUR 2004, 312146)

168. MERCK y Co. *El Manual Merck*. Mosby Elsevier, 1999, 10ª edición.

169. (AS 2002, 3350)

170. SERRANO GOMEZ, A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 185-6.

171. El apartado segundo de este artículo entró en vigor el 1 de octubre de 2004, de conformidad con la LO 15/2003, de 25 noviembre.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

La falta tipificada en el art. 617 declara:

«1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días».¹⁷²

O bien el art. 311.1.º, sobre Imposición de condiciones laborales lesivas a los derechos reconocidos a los trabajadores, que castiga a:

«Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual [...]»

La tesis defendida por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada citada es coincidente, en esencia, con el AAP de Tarragona de 6 de mayo de 2004,¹⁷³ que defiende en su fundamento de derecho primero una tipificación penal del acoso moral como delito con sustantividad propia. Aunque ante su inexistencia no debe impedir, *prima facie*, la persecución de conductas de talante acosador que puedan caer dentro del perímetro de protección de otros tipos penales.

Quizás el límite entre lo que constituye ilícito laboral o administrativo y lo que es delito o falta pueda estar determinado por la producción de la lesión psíquica de la persona, de tal manera que cuando ésta se produzca legitimará a la víctima para iniciar, además, la vía penal, mediante denuncia o querrela.¹⁷⁴ Ello determina que la lesión psíquica no es necesaria para declarar el hostigamiento moral.

La teoría médica es injusta en la medida en que la producción del resultado dañoso puede conllevar una carga de padecimiento excesiva del trabajador en

172. Este artículo entró en vigor el 1 de octubre de 2004, de conformidad a la LO 15/2003, de 25 noviembre.

173. (LLJUR 2004, 199922)

174. Vid. LORENZO DE MEMBIELA, J.B. *El acoso moral en el trabajo como nueva patología emergente en el orden jurisdiccional laboral (y II)*. *C capital Humano*, 2003, 165, pp. 52 y siguientes.

su puesto de trabajo y esto es inadmisibile en un Estado de Derecho, con unas leyes que protegen tanto al funcionario público como al trabajador.

La falta de lesión al trabajador no debe impedir que los comités de seguridad y salud, previstos en la LPRL de 1995 para evitar este riesgo, aunque la prevención no recaería únicamente sobre el peligro para la salud del trabajador sino sobre el mantenimiento de un ambiente laboral dentro de la legalidad normativa en beneficio de la colectividad, del grupo de trabajadores, del centro de trabajo o administrativo.

La teoría jurídica del acoso moral

Esta tesis presenta una flexibilidad mayor que la anterior, por varias causas. No es precisa la producción de una lesión psíquica sino la constatación de una infracción de los derechos de los trabajadores o funcionarios, sean derechos fundamentales o reconocidos en la legislación ordinaria. Es más, jurisprudencia del TC, como veremos, determina como lesión no la infracción de esos derechos fundamentales sino incluso la puesta en peligro de los mismos, lo que en Derecho Penal se denominaría simple tentativa.

Una de las primeras sentencias dictadas en la jurisdicción social fue la estudiada en el apdo. I.3), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 18 de junio de 2001;¹⁷⁵ seguida por las siguientes: apdo. I.5), STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001;¹⁷⁶ apdo. I.8), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002;¹⁷⁷ apdo. I.9), Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 24 de mayo de 2002;¹⁷⁸ apdo. I.13), Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003;¹⁷⁹ apdo. I.14), STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003;¹⁸⁰ apdo. I.17), STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2003;¹⁸¹ y apdo. I.20), STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004.¹⁸²

Usualmente, la dignidad (art. 10.1.º CE o en legislación ordinaria, arts. 4.2.º.e) y 50.1.º.a) del ET o art. 63.1.º LF de 1964) es el primer derecho que se alega como infringido como consecuencia del acoso moral, pero no es el único.

175. (AS 2001, 1667)

176. (AS 2002, 249)

177. (AS 2002, 2411)

178. (AS 2002, 3350)

179. (AS 2003, 2227)

180. (AS 2003, 679)

181. (AS 2004, 1449)

182. (AS 2004, 458)

Junto a él se estudian: la lesión al derecho de igualdad del art. 14 CE, la lesión a la integridad moral, art. 15 CE y el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del art. 18.1.º CE. Obsérvese cómo las últimas sentencias de los tribunales incorporan este criterio en sus razonamientos en detrimento de la tesis médica, pero también se erigen en derechos diferentes que pueden provocar un trámite procedimental distinto para denunciar el acoso moral ante los órganos jurisdiccionales.

Como subcriterios dentro de la teoría jurídica, estudiaremos los distintos derechos o valores lesionados.¹⁸³

Lesión al valor de la dignidad de la persona, art. 10.1.º CE

La dignidad es definida como un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás.¹⁸⁴

La dignidad como criterio protector del trabajador frente a las acciones u omisiones del superior jerárquico —calificación más amplia y adecuada a la realidad económica que la de empresario utilizada por el ET y productos de tiempos muy pretéritos, dada la complejidad estructural de las empresas de hoy— posee una importante relevancia en la objetivación del acoso moral. No pretendo que todo hostigamiento moral deba ser reconocido como violación de la dignidad de la persona, aunque desde un plano valorativo así sea, pero sí quisiera remarcar la importancia que posee este valor que vertebra todo el Estado social, democrático y de derecho.

La dignidad, como cualidad espiritual de la persona, aún cuando no se encuentre explícitamente recogido en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la CE ni ostente la protección especial del art. 53.2.º CE, a priori, posee una relevancia como fundamento positivo de la libertad individual. Su ubicación dentro de la CE denota su jerarquía dentro no sólo entre los derechos fundamentales sino entre los principios inspiradores de todo el sistema constitucional.¹⁸⁵ Es más, se califica la dignidad como fuente de todos los derechos y deberes fundamentales.¹⁸⁶

183. Véase el estudio realizado por BORRAJO DACRUZ, E. «Derechos fundamentales y relación de trabajo: casos judiciales significativos». *Actualidad Laboral*, 2004, 3.

184. OSORIO, LUCAS, en el comentario al art. 10 CE, en JIMENEZ-BLANCO, A. dir. *Comentario a la Constitución Española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 46.

185. Acerca de los valores constitucionales y derechos fundamentales *vid.* ALEXV, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

186. CARBONELL MATEU, J.C. «Intereses difusos y derecho penal». En «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial., 1994, 36, s.p. [pero 9-22].

La dignidad de la persona contenida en el art. 10.1.º CE constituye el fundamento ideológico del Estado social y de derecho.¹⁸⁷ La correlación existente entre el apartado 1.º del art. 10 CE y su apartado 2.º otorga una cláusula de favor libertatis que autoriza a los tribunales a sumar otros derechos fundamentales no recogidos expresamente por CE y a concederles la protección especial del art. 53.2.º.¹⁸⁸ Cabe deducir de ello que la dignidad como tal, en cuanto valor esencial de la CE, puede ser defendible a través del procedimiento especial previsto en el art. 53.2.º y 161.1.º.b) CE, aunque en sentido contrario puede consultarse a Linán Nogueras.¹⁸⁹

Este razonamiento implica una asimilación, a efectos de defensa, entre el derecho del art. 10.1.º CE y el resto de derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en el Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la CE y, por ello, cabría habilitar en el ámbito social el cauce del procedimiento de protección de otros derechos fundamentales del art. 181 de la LPL o del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, en el ámbito de la función pública.

Sin embargo, frente a esta posición doctrinal, la jurisprudencia del TC es unánime en no admitir como pretensión procesal autónoma la infracción de la dignidad recogida en el art. 10.1.º CE para ser fiscalizada por los procedimientos especiales y sumarios previstos en los arts. 53.2.º y 161.1.º.b) CE. Discrepo de este criterio, ya que lo considero excesivamente rigorista con un valor, la dignidad, que es superior a los derechos fundamentales y que contribuye no sólo a su configuración sino más allá, a su propia existencia. De hecho, no puede hablarse de derechos fundamentales de la persona si no protegen la dignidad de la misma. Negado el carácter autónomo, el Tribunal Constitucional sí admite un análisis adjunto con el resto de derechos fundamentales que puedan resultar infringidos. Esta solución es lógica, en la medida en que los denominados derechos fundamentales pueden considerarse como reflejos de la dignidad de la persona, entre otras, STC 12 de julio de 1993.¹⁹⁰ De este modo el ATC de 29 de septiembre de 2003¹⁹¹ conecta en su fundamento de derecho tercero la dignidad con la no discriminación.

187. BASILE, Silvio. «Los principios fundamentales». En *La Constitución Española de 1978*, dir. PEDRIERI, A. y GARCIA DE ENTERRIA, E. Madrid: Civitas, 1981, p. 275.

188. *Ibidem.*, p. 278.

189. LINAN NOGUERAS, D. J. «La aplicación en España de los tratados relativos a derechos y libertades fundamentales». En «Cuestiones prácticas de Derecho internacional público y cooperación jurídica internacional». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 1994, 11, s.p. [pero 269-327].

190. (RTC 1993, 233)

191. (RTC 2003, 309 AUTO)

A pesar de ello, no deja de sorprendernos esta construcción si partimos del valor dado por la STC de 27 de octubre de 2003¹⁹² a la dignidad, cuando apunta en su fundamento de derecho séptimo:

« [...] La regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990\120), F. 4, y 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994\57), F. 3 A)] [...]».

O bien de las SSTC de 14 de julio de 1981¹⁹³ y STC 11 de abril de 1985,¹⁹⁴ entre otras.

La doctrina más autorizada —entre otros, García de Enterría— propugna que el principal interés público está en asegurar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes,¹⁹⁵ construcción fundamentada en la apariencia del buen derecho.¹⁹⁶

Junto a esa vía sumaria y especial en legislación ordinaria, se han dictado diversas sentencias al prever la lesión de la dignidad del trabajador como causa resolutoria del contrato de trabajo al amparo del art. 50.1.º.a) ET en relación con el art. 4.2.º.e) del mismo cuerpo normativo. Las sentencias que han utilizado la dignidad como causa *essendi* del razonamiento judicial la han justificado desde diversos aspectos: La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001,¹⁹⁷ apdo. I.5), estima la dignidad como componente de la integridad moral del trabajador; la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002,¹⁹⁸ apdo. I.8), aduce que la lesión a la dignidad del trabajador causante del acoso moral es consecuencia del incumplimiento de la buena fe en la relación contractual laboral, en los deberes y derechos que el contrato de trabajo origina para cada una de las partes contratantes. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 24 de mayo de 2002,¹⁹⁹ apdo. I.9), une la dignidad a la propia ima-

192. (RTC 2003, 192)

193. (RTC 1981, 25)

194. (RTC 1985, 53)

195. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla de las medidas cautelares, Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*. Madrid: Civitas, 1992, p. 206.

196. PRIETO ÁLVAREZ, T. *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*. Madrid: Civitas, 2005, p. 157.

197. (AS 2002, 249)

198. (AS 2002, 2411)

199. (AS 2002, 3350)

gen de la persona del art. 18 CE. Por último, la sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003,²⁰⁰ apdo. I.13), considera la lesión a la dignidad como tributaria de la acción de resarcimiento del art. 1101 CC.

Estas sentencias definen el concepto de dignidad siempre en conexión con derechos fundamentales o con consecuencias jurídicas de comportamientos abyectos constitutivos de acoso moral. No obstante, no olvidemos la fundamentación ofrecida para erigir una vía de defensa de este valor constitucional y moral del hombre que es fuente del ordenamiento constitucional y clave en la interpretación de la norma jurídica.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el criterio de la dignidad ha sido más estudiado. Baste citar las sentencias que recogen la infracción de la dignidad, art. 10 CE: apdo. II.1) STS de 23 de julio de 2001;²⁰¹ apdo. II.2) STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, de 25 de septiembre de 2002;²⁰² apdo. II.3) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Burgos, de 11 de abril de 2003;²⁰³ apdo. II.4) STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, de 25 de septiembre de 2001;²⁰⁴ fundamento de derecho tercero, apdo. II.8) STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de abril de 2004.²⁰⁵

Lesión al derecho de igualdad o a la prohibición de discriminación

El art. 14 CE insta la igualdad y la prohibición de sufrir discriminación o principio de igualdad de trato como derivación de aquélla, según recogen las SSTC de 12 de febrero de 1986,²⁰⁶ 12 de febrero de 1987²⁰⁷ y 21 de febrero de 1989,²⁰⁸ y se consideran derechos fundamentales. La igualdad o la no discriminación, en un idéntico plano jurídico, también es un valor superior del ordenamiento jurídico, como recoge el art. 1.1.º CE en su Título Preliminar, y por ello se considera un principio general del derecho con fuerza normativa,²⁰⁹ al amparo de los arts. 1.1.º y 1.4.º CC.

En el ámbito de los tratados internacionales está protegida la igualdad en la resolución de 5 de abril de 1999 que hace público el Texto Refundido del Con-

200. (AS 2003, 2227)

201. (RJ 2001, 8027)

202. (RJCA 2002, 548)

203. Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

204. (RJCA 2002, 548)

205. (Recurso 647/2003)

206. (RTC 1986, 20)

207. (RTC 1987, 52)

208. (RTC 1989, 48)

209. DIEZ-PICAZO, L. «Constitución y fuentes del Derecho». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1979, 21.

venio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 14 que dice: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

En relación con el acoso moral, la igualdad juega un papel primordial, pues los hechos constitutivos provocan en la víctima una discriminación de trato con violación de sus derechos, en su más amplia acepción, con respecto a los demás trabajadores. Desde esta perspectiva de las condiciones de trabajo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 20 de mayo de 2002,²¹⁰ recoge los postulados de la STC 4 de octubre de 2001,²¹¹ fundamento de derecho tercero, y, basándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, declara que: «constituyen infracción del principio de igualdad las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados».

El art. 14 CE se considera como un derecho fundamental a pesar de que no está calificado formalmente como tal, aunque el art. 53.2.º CE reconoce una protección especial al homologarlo con los derechos fundamentales. Confiere a todos los españoles una igualdad jurídica que se traduce en el derecho a no soportar un perjuicio desigual e injustificado, según criterios jurídicos, ocasionado por quien se encuentra obligado a procurar la igualdad real entre todos los trabajadores,²¹² entre todas las personas, dada la vinculación impuesta por el art. 9.1.º CE. Por ello, no es gratuito señalar que el art. 14 CE protege no sólo la igualdad ante la ley sino también la igualdad en la aplicación de la ley, como apuntan las SSTC 1 de mayo de 1984²¹³ y 20 de mayo de 1987.²¹⁴ Esto justifica que todos disfruten de los derechos que la ley declara *in genere*, es decir, del principio de igualdad de trato. Y a la inversa, que pueda calificarse como discriminatoria una aplicación desigual de la ley a distintas personas.

Este valor superior del ordenamiento jurídico protege la no discriminación y dentro de ella sus dos variantes: la discriminación odiosa, que infringe claramente el art. 14, y la denominada discriminación razonable que no ocasiona infracción alguna.²¹⁵ El TEDH declara que esta última se produce cuando «una

210. (RTC 2002, 119)

211. (RTC 2001, 200)

212. *Vid.* OSORIO, Lucas, en el comentario al art. 14 CE, en *Comentario a la Constitución Española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 58.

213. (RTC 1985, 166)

214. (RTC 1987, 62)

215. ALZAGA VILLAMIL, O. «Constitución y fuentes del derecho». *Derecho Político Español*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, 3.ª ed., T. I, p. 286.

distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable debiendo apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, manifestándose en una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida». ²¹⁶ La no discriminación se ha conectado, igualmente, con la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3.º CE ²¹⁷ y no sólo referido a los poderes públicos, sino a todos los ciudadanos, dado el mandato del art. 9.1.º CE.

El deber de trato igual, como recoge Montoya Melgar ²¹⁸ de la doctrina alemana, obliga no sólo a los poderes públicos sino también a los empresarios. La no discriminación, entendida como principio de igualdad de trato, viene recogida en el Convenio de la OIT núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y en la legislación ordinaria en los arts. 4.2.º.c) ET y 17 ET tras las modificaciones legislativas llevadas a cabo por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre de 2003, como consecuencia de la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

La discriminación que causa la infracción constitucional o de legislación ordinaria es la denominada propia, es decir, la perjudicial o adversa, ²¹⁹ pues el empresario privado goza de cierta autonomía dentro de su centro de trabajo. La cuestión es distinta en el caso de la Administración pública, cuya discrecionalidad se encuentra más mediatizada por la aplicación de normas organizativas y de gestión de personal, de forma que se puede constatar más claramente la desviación de poder.

La doctrina judicial contenida en el apdo. I.10), STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2002, ²²⁰ reconoce como un elemento constitutivo del acoso moral la violación del principio de igualdad. Sin embargo, no ha tenido una plasmación en los razonamientos de otras sentencias. Quizás porque el argumento de la discriminación en el trato del empresario, en el supuesto de acoso descendente o *bossing*, es una construcción excesivamente teórica ante otros derechos que puedan resultar infringidos y resulten más evidentes, por ejemplo, la integridad moral o el derecho al honor. Ni que decir tiene que este razonamiento está aún más justificado si nos referimos a otras variedades de acoso moral menos conocidos, como el horizontal —de trabajador a trabajador— o el ascendente —de trabajador a superior—.

216. GONZALEZ SALINAS, P., «La protección jurisdiccional del principio de igualdad». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1983, 83, p. 75 con remisión a las sentencias del TEDH de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.

217. BASILE, S., «Los principios fundamentales». *La Constitución Española de 1978*, op. cit., p. 283.

218. MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 25.ª ed., 2004, p. 308.

219. MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.; SEMPERE NAVARRO, A.; RIOS SALMERON. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Aranzadi, 4.ª edición, 2001, pp. 121-122.

220. (AS 2002, 2603)

No obstante, el comportamiento discriminatorio que se ocasiona como consecuencia del acoso moral, sea descendente, horizontal o ascendente, infringe deberes laborales cuya violación genera comportamientos discriminatorios propios, de contenido negativo. Esos deberes se imponen para el empresario, en los artículos ya señalados atrás: 4.2.º.c) y 17 ET; Pero también para el trabajador, art. 5.a) ET, reiterándolo el art. 20 ET, que tanto el empresario como el trabajador se someterán a las reglas de buena fe. Sobre este aspecto, véase el apdo. I.8), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002,²²¹ que ve en el incumplimiento de la buena fe la causa del acoso moral.

En el ámbito contencioso-administrativo, cabe alegar las siguientes sentencias estudiadas en el apdo. II.3), sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Burgos de 11 de abril de 2003²²² y apdo. II.7), La STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de diciembre de 2003.²²³

No olvidemos que la *buena fe* vincula a todas las partes que intervienen en el contrato de trabajo; además, frente al deber de buena fe para una parte, correlativamente se encuentra el derecho de la otra a recibirlo, como consecuencia de la naturaleza sinalagmática o bilateral y recíproca del contrato de trabajo.

Más difícil sería justificar el acoso horizontal sobre la lesión a la buena fe, pero también se podría fundamentar sobre la consideración de que se le debe a la propia organización, a su eficiencia y eficacia, que resultaría dañada ante conductas que alienen a compañeros de trabajo.

El principio de igualdad o de trato no discriminatorio sin perjuicio de ostentar autonomía propia no sólo protege la dignidad de la persona, sino que se erige en cauce a través del cual pueden hacerse valer otros derechos fundamentales, sean estos los recogidos en la CE o bien otros referidos en tratados internacionales ratificados por España.

Lesión a la integridad moral

La integridad moral es un derecho de la personalidad, como apunta la temprana STS de 7 febrero 1962, con anterioridad a la CE.²²⁴ Este derecho queda recogido en el art. 15 CE, dentro de los derechos fundamentales de la persona, que están protegidos por la vía del art. 53.2.º CE y art. 161.1.º.b) CE. Por esa condición de derecho fundamental es operativo en el ámbito social, a través del procedimiento de protección de otros derechos fundamentales del art. 181 de la LPL o

221. (AS 2002, 2411)

222. Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

223. (Recurso de apelación 1/94/2003)

224. O'CALLAGHAN MUNOZ, X., «Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la sala 1.º del Tribunal Supremo». En «Honor, intimidad y propia imagen». *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 35, s.p. [pero 149-205].

del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, en el ámbito de la función pública.

El art. 15 CE tiene como antecedente inmediato el Unversehtheit de la doctrina alemana, es decir, la incolumidad: el derecho a la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la propia apariencia personal.²²⁵ Por ello no es de extrañar la íntima conexión de este artículo con el art. 43.1.º CE que protege el derecho a la salud.²²⁶

Son aspectos importantes, decisivos, en el campo de aplicación de este derecho. Pero la lesión del derecho a la integridad moral no debe llevarnos a ponderar la teoría médica del acoso moral, que requiere un resultado lesivo en la psique del trabajador, sino que la teoría jurídica emerge con fuerza cuando la jurisprudencia del TC manifestada en la STC de 25 de noviembre de 2002,²²⁷ fundamento de derecho cuarto, con remisión a las SSTC 11 de febrero de 1996,²²⁸ 16 de diciembre de 1996²²⁹ y 14 de enero de 2002,²³⁰ estima que para poder apreciar la vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que basta que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse.

Es más, algunos autores se han remitido a la doctrina penalista que sí ha hecho un esfuerzo interpretativo para su definición. La protección penal de la integridad moral se encuentra en el art. 173.1.º CP. No define expresamente la integridad moral, tampoco la CE lo hace, pero cabe inferir del CP una aproximación al concepto de integridad moral aunque ésta, a decir de Serrano Gómez,²³¹ sea amplia y difusa porque no está concretada. Se entienden por atentando a la integridad moral los actos que supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. De esta acotación conceptual se deriva la importancia que para el estudio del acoso moral posee este derecho fundamental.

No olvidemos que la alineación del trabajador, en su más amplia extensión, provoca atentados a su integridad moral de modo directo o indirecto. De ahí la importancia de acotar conceptualmente este derecho fundamental.

Las sentencias de los tribunales sociales que han ponderado la integridad moral esta explicitadas en el apdo. I.3), sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de

225. RODRIGUEZ MOURULLO, G., «Derecho a la vida y a la integridad personal». *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa, 1982.

226. *Vid.*, BLASCO ESTEVE, A., «Idas y venidas en la lucha contra el ruido». *Revista de Administración pública*, 2000, 153, pp. 270-1.

227. (RTC 2002, 221)

228. (RTC 1996, 35)

229. (RTC 1996, 207)

230. (RTC 2002, 5)

231. SERRANO GOMEZ, A. *Derecho Penal, Parte especial*, op. cit., p. 187.

Madrid, de 18 de junio de 2001,²³² y en el apdo. I.5), STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001.²³³

En el ámbito contencioso-administrativo, se analiza la dimensión jurídica de la integridad moral en las sentencias estudiadas en el apdo. II.1) STS en 23 de julio de 2001;²³⁴ apdo. II.3), sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Burgos de 11 de abril de 2003;²³⁵ apdo. II.4), STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 25 de septiembre de 2001;²³⁶ apdo. II.5), sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid núm. 18 de 24 de octubre de 2003²³⁷ y apdo. II.7), STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de diciembre de 2003.²³⁸

Lesión al derecho al honor y a la intimidad personal y a la propia imagen: el honor y su estrecha relación con el trabajo

El art. 18.1.º CE garantiza el honor, la intimidad personal y la propia imagen. Los tres derechos fundamentales son independientes y diferentes en su contenido pero se encuentran estrechamente unidos siendo prácticamente imposible escindirlos.²³⁹ Para De Castro y Bravo, son derechos de la personalidad, y cabe considerarlos como bienes esenciales de la persona, que son los que atañen a la existencia física o jurídica del ser humano.

Junto a la protección especial del art. 53.2.º CE, estos derechos se encuentran amparados por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los mismos. Por su cualidad de fundamentales, cabe igualmente su defensa a través del ámbito social por el cauce del procedimiento de protección de otros derechos fundamentales del art. 181 de la LPL o del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y siguientes de LJCA de 1998.

El honor y la fama, son bienes que se refieren a la estimación de la persona en y por la sociedad y contribuyen a configurar el Estado social. Igualmente ostenta un aspecto íntimo y personal, consistente en la propia estimación por la persona de su dignidad por ajustar su vida y su conducta a un patrón moral que la sociedad mayoritariamente estima honesto y honrado. Todas estas consideraciones derivan a su vez de la dignidad de la persona.

232. (AS 2001, 1667)

233. (AS 2002, 249)

234. (RJ 2001, 8027)

235. Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

236. (RJCA 2002, 548)

237. (RJCA 2003, 1026)

238. Recurso de apelación 1/94/2003.

239. Vid. DIEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A. «Introducción. Derechos de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica». *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 9.ª ed., 1998, V. I., p. 342.

La intimidad constituye una esfera secreta o reservada de las personas que debe ser protegida contra las intromisiones o indagaciones ajenas. Pugliese habla de «colocar esa esfera lejos de ojos y oídos indiscretos, impedir la divulgación de los hechos y vicisitudes que entren en ella». Nizer la define como *right of privacy*, el derecho del individuo a una vida retirada y anónima.

El derecho a la propia imagen es el poder de consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio de reproducción de la imagen o sonido, así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento.

De estos tres, el honor, como derecho fundamental, es el derecho más alegado como infringido en los procesos sobre acoso moral. Nos hemos referido al honor y la fama, pero son conceptos que pese a su concomitancia presentan diferencias importantes: el honor se refiere al trato dado o recibido por o de los demás, y puede distinguirse de la fama, concepto éste relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública. Sin embargo ambos conceptos sirven para delimitar el concepto de honor.

El TC ha reconocido la dificultad de encontrar una definición satisfactoria del derecho al honor. No está recogida en ninguna ley, y esa dificultad se refleja en la STC 23 de diciembre de 1992,²⁴⁰ fundamento de derecho tercero, con remisión a la STC de 13 de noviembre de 1989,²⁴¹ que señala que «el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento». El honor puede subsumirse en la categoría general de los conceptos jurídicos indeterminados, como apunta la STC ya citada de 23 de diciembre de 1992, fundamento de derecho tercero.

A pesar de estas evidentes dificultades, el TC ha definido el honor en diversas sentencias. En la de 3 de diciembre de 1992²⁴² con remisión a la STC de 14 de junio de 1983²⁴³ aparece como «el respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás».

En términos similares, la STC de 28 de enero de 2003,²⁴⁴ fundamento de derecho decimosegundo, apunta que «lo prohibido por el derecho al honor es que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el art.18.1 CE es la indemnidad de la apre-

240. (RTC 1992, 223)

241. (RTC 1989, 185)

242. (RTC 1992, 219)

243. (RTC 1983, 50)

244. (RTC 2003, 14)

ciación que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener».

Por estas consideraciones, el concepto de honor actual se encuentra estrechamente unido al trabajo y desde esta dimensión su relevancia en el estudio del acoso moral es importante. No es extraño, entonces, encontrar sentencias cuyos razonamientos jurídicos encuentran en la lesión del derecho al honor una plataforma idónea para declarar la existencia de acoso moral. Es más, el honor de la persona abarca toda clase de acosos, ya sea de tipo descendente, ascendente u horizontal.

La conexión entre honor y trabajo se justifica en la STC de 23 de diciembre de 1992, ya citada, por la decisiva interrelación entre trabajo y dignidad de la persona,²⁴⁵ fundamento de derecho tercero: «El trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal».

Este vínculo entre trabajo y dignidad queda confirmado en la LO 1/1982, que no diferencia dentro del concepto mismo de protección al honor la difamación o la falta de consideración producida en el trabajo o fuera del mismo, máxime cuando el daño profesional se subsume para su defensa en la LO 1/1982.

Sin embargo, la jurisdicción laboral no ha abordado la conexión entre el derecho al honor y el acoso moral. Aunque no se haya manifestado expresamente, muchas de las causas de resolución unilateral del contrato de trabajo basadas en el menoscabo de la dignidad, art. 50.1.º.a) ET son, de hecho, verdaderas transgresiones del derecho al honor del trabajador. Por ello, lesión a la dignidad y lesión al honor, confluyen, de modo obligado, en esta causa de extinción del contrato de trabajo.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la lesión al honor de las personas cobra una especial relevancia. Pueden verse las sentencias estudiadas en el apdo. II.4), STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 25 de septiembre de 2001;²⁴⁶ apdo. II.5), sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18 de 24 de octubre de 2003 y apdo. II.7) STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de diciembre de 2003.²⁴⁷

245. Señala su fundamento de derecho tercero que en esa evolución ascensional el punto de inflexión lo marca el real decreto que el 25 de febrero de 1834 dirige la reina gobernadora doña María Cristina, en nombre de su amada Hija la Reina doña Isabel II, al secretario del Despacho de Fomento don Javier B., «Informada de que algunas profesiones industriales se hallan aún degradadas en España», a pesar de la pragmática de Carlos III recogida en la Novísima Recopilación (Ley 8.ª, Título 23, Libro VIII), manda y declara que «todos los que ejerzan artes u oficios mecánicos por sí o por medio de otros, son dignos de honra y estimación, puesto que sirven útilmente al Estado», por lo que desde ahora pueden obtener cargos públicos, honores y distinciones. Casi un siglo después, la Constitución de 1931 definiría a España como una «República de trabajadores de todas clases» y hoy la nuestra configura el trabajo con la doble vertiente del deber y del derecho (art. 35.1 CE).

246. (RJCA 2002, 548)

247. Recurso de apelación 1/94/2003.

Capítulo IV

Novedades normativas en torno al acoso moral: el principio de no discriminación y el criterio técnico de la Dirección General de Inspección de Trabajo de 14 de marzo de 2003

Las modificaciones operadas por la Ley 62/2003 y el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007

Explícitamente no hay una regulación sobre el acoso moral considerado como tal. Las reformas generadas por la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social con ocasión de la transposición de las Directivas 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 y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, no incluyen expresamente referencia alguna al acoso moral tal y como se ha determinado en este estudio.

El legislador persiguió, mediante estas trasposiciones, establecer un marco legal para combatir la discriminación por el origen racial o étnico de las personas en todos los ámbitos, definiendo la *discriminaron directa e indirecta*, y actualizando la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo. Para ello se modifican algunos textos legislativos como son el ET, la LPL de 1995 y la LISOS de 2000.

En materia procesal, el art. 36 de la Ley 62/2003 declara la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos civiles y contencioso-administrativos en los que la parte actora alegue indicios racionales de discriminación. En el proceso laboral se introduce, igualmente (art. 40.Uno de la Ley 62/2003), la inversión de la carga de la prueba ante la concurrencia de indicios de discriminación en la nueva redacción del art. 96 LPL.

El art. 181 LPL amplía el ámbito del procedimiento de *protección de otros derechos fundamentales* al tratamiento discriminatorio, tras una nueva redacción contenida en el art. 40.Dos de la Ley 62/2003.

Sin embargo, debemos tener en cuenta una circunstancia: la discriminación, como tal, es una variante del principio de igualdad constitucional del art. 14 y por ello, una vez alegada, ocasionaba la inversión de la carga de la prueba. Esta variación del onus probandi —u obligación de probar— fue declarada por el TC y apoyada por una reiterada jurisprudencia (*vid.* las STC 23 de noviembre de 1981²⁴⁸ y 25 de noviembre de 1997,²⁴⁹ con remisión a las STC de 17 de junio de 1987,²⁵⁰ 26 de septiembre de 1988,²⁵¹ 22 de junio de 1989,²⁵² 19 de julio de 1990,²⁵³ 14 de febrero de 1992,²⁵⁴ 18 de enero de 1993,²⁵⁵ 20 de septiembre de 1993²⁵⁶ y 18 de octubre de 1993,²⁵⁷ entre otras.

Entonces, ¿qué ha supuesto la Ley 62/2003 en esta materia en concreto? La aportación de esta norma ha consistido en normativizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por otro lado, y de conformidad con el art. 5.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vincula a todos los órganos jurisdiccionales.

En materia de derecho sustantivo de trabajo, se modifica el art. 4.2.º.c) ET, art. 41.Uno de la Ley 62/2003, y se declara:

«c) 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 étnico, 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.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

Igualmente, el art. 4.2.º.e) ET, art. 41.Dos, de la Ley 62/2003, y no sólo se protege la dignidad del trabajador, sino que también se regula la protección frente a la discriminación del siguiente modo:

«e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

248. (RTC 1981, 38)

249. (RTC 1997, 202)

250. (RTC 1987, 104)

251. (RTC 1988, 166)

252. (RTC 1989, 114)

253. (RTC 1990, 135)

254. (RTC 1992, 21)

255. (RTC 1993, 7)

256. (RTC 1993, 266)

257. (RTC 1993, 293)

El art. 40.Cuatro de la Ley 62/2003 modifica el art. 17.1.º ET, declarando:

«1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada 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 y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas 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 judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

El art. 40. Cinco de la Ley 62/2003 introduce un nuevo párrafo g) en el apartado 2.º del artículo 54 del ET, con la siguiente redacción:

«g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

Igualmente, el principio de no discriminación afecta a los arts. 8.12.º y 8.13.bis) LISOS de 2000. El art. 41.Uno de la Ley 62/2003 modifica la redacción del artículo 8.12.ª con el siguiente tenor:

«Las decisiones unilaterales del empresario 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 judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Y el art. 41.Dos, modifica el art. 8.13.ª bis) LISOS de 2000, al que da el siguiente tenor:

«El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan 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».

En materia de derecho sustantivo de la función pública, el art. 50.6.º de la Ley 62/2003 modifica la redacción del art. 31.b) de la LMRFP de 1984, que es derogado por la Disposición Derogatoria Única del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007.

El art. 51.Uno de la Ley 62/2003 declara el principio de no discriminación mediante la adición de un párrafo al apartado 1.º del art. 63 de la LF de 1964. No obstante, éste es derogado por la Disposición Derogatoria Única del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, la cual declara como derecho del funcionario la protección contra la discriminación, art. 14.h) y el acoso moral en su art. 14.i), tipifica el acoso moral como falta muy grave en el art. 95.b), y enfatiza específicamente su gravedad en el art. 95.o).

El art. 95.b) de la Ley 7/2007 tipifica:

«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».

Y el art. 95.o) tipifica: «El acoso moral».

La aplicación del principio de no discriminación como medio de control del acoso moral

El principio de no discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, contenido en la Ley 62/2003, suscita dudas razonables en cuanto a su aplicación al acoso moral. Hay que partir de un hecho cierto: si nos atenemos a un tenor literal, el legislador no introdujo explícitamente el acoso moral como motivo de discriminación. Sin embargo, el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, diferencia entre discriminación y acoso moral, y los considera derechos distintos del funcionario (arts. 14.h) y art. 14.i) Ley 7/2007). Ello se debe a que el acoso moral, efectivamente, es, en esencia, discriminación, pero discriminación cualificada por la finalidad que persigue, que es la alienación del empleado público. Y es discriminación cualificada porque los métodos y formas que los acosadores emplean violan el principio de igualdad del art. 14 CE: todo acoso moral implica una discriminación hacia la víctima respecto a la situación del resto de trabajadores

o personas en su centro de trabajo, o, si lo preferimos, en su círculo de trabajo.²⁵⁸ Esa *diferenciación* provocada por terceros es lo que ocasiona los efectos ilícitos del hostigamiento moral. No obstante, en el ámbito disciplinario el art. 95.h) castiga como falta muy grave el acoso moral junto a la discriminación.

Podríamos traer a colación las directivas de la Unión Europea 43/2001, de 29 de junio y la 78/2001, de 27 de diciembre que, al referirse al acoso moral, lo consideran «como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno discriminatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo».²⁵⁹

Y con ello cabe concluir que, superando el criterio de interpretación literal de la norma pero basándonos en el espíritu y finalidad de la misma, la prohibición de trato discriminatorio, el acoso moral estaría comprendido en la no discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, contenido en la Ley 62/2003. En apoyo de esta tesis y su interpretación véase la STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de noviembre de 2004.²⁶⁰

Carratalá Teruel estima que la figura del acoso moral se encuentra amparada por las modificaciones operadas por la Ley 62/2003. Reproduciendo la definición de acoso ofrecida en su art. 28 y sobre una interpretación integradora, reconoce implícitamente la figura del acoso moral junto a las otras causas explícitas en donde se enumera el origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.²⁶¹ Todo ello será válido aún la Ley 7/2007, en espera que su desarrollo reglamentario pueda ofrecernos un concepto de acoso moral que hoy por hoy el Estatuto Básico del Empleado Público no contiene.

La dignidad del personal funcionario como calificación del acoso moral

La redacción original del art. 63.1.º del Decreto 315/1964, de 7 febrero, que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, decía:

258. Vid. ESCUDERO MORATALLA, J.F.; POYATOS MATAS, G. «Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción». *Actualidad Laboral*, 2003, 47-48, p. 811.

259. Aunque inicialmente se había previsto la elaboración de una directiva sobre el *mobbing* en materia de seguridad y salud laboral, fue descartada por la Comisión Europea por la dificultad de encajar la violencia en el trabajo en los supuestos generales de evaluación de riesgos y planificación preventiva.

Esta situación ha provocado que, según señala la Comunicación de la Comisión de la CEE de 11 de marzo de 2002, en vez de elaborar una directiva en tal sentido, se haya sustituido por el compromiso de estudiar la conveniencia y el ámbito de aplicación de un instrumento comunitario sobre el acoso psicológico y la violencia en el trabajo.

260. (LLJ 1865871, 2004)

261. CARRATALA TERUEL, J.L. «Igualdad de trato, discriminación y acoso en la llamada Ley de Acompañamiento». *Tribuna Social*, 2004, 161, pp. 82-85.

«1. El Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos, y les otorgará los tratamientos y consideraciones sociales debidos a su jerarquía y a la dignidad de la función pública».

La Ley 3/1989, incorpora el párrafo 1.º del art. 63 de la LF de 1964 con el siguiente tenor:

«Asimismo, los funcionarios tendrán derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual».

La Ley 62/2003 incorpora, por último, la problemática del acoso. La redacción es la siguiente:

«Asimismo, los funcionarios tendrán derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

La Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público, derogando el art. 63 LF de 1964, declara en el art. 14.h) como derecho del empleado público:

«Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral».

La protección de la dignidad del funcionario no ha merecido otras consideraciones que la de conectarlo con el régimen disciplinario del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, cuyo art. 7.1.º.ñ) castiga como falta grave: «El atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración». La gravedad de la falta se califica en el art. 89 de la LF de 1964 en la medida en que afecte a la dignidad del funcionario o de la Administración.

En el Estatuto Básico del Empleado Público, la dignidad como derecho del art. 14.h) no posee una cobertura disciplinaria. Sin embargo, si a efectos prácticos nos referimos, la discriminación, los distintos tipos de acoso, sexual, racial, religioso, art. 95.b) y el acoso moral, art. 95.o), no hay duda de que se protege al empleado público frente a las acciones u omisiones que atentan contra la dignidad.

Lo que se deriva de todo ello es que la dignidad del funcionario está vinculada al ámbito disciplinario de la Administración. Y por ello es ésta la que decide o no incoar la apertura del expediente. Nada hay que objetar respecto a la discre-

cionalidad administrativa reconocida en tal sentido, pero sí habrá que plantearse que, generalmente, los funcionarios afectados por ilícitos contra su dignidad optan por acudir a los tribunales de justicia. Y desde luego, si nos atenemos estricto sensu al criterio técnico 34/2003, de la Dirección General de Inspección de Trabajo, la remisión a los tribunales de lo contencioso postulando una responsabilidad patrimonial de la Administración pública es inevitable. El criterio 34/2003, en sus conclusiones, determina:

« [...] b) Las posibles denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por funcionarios de cualquier ámbito de la Administración, ya sea General del Estado. Autonómica o Local, respecto a hechos que merezcan tal calificación, habrán de ser devueltas al denunciante, informándole acerca de la posibilidad de proceder conforme a lo dispuesto en el ya mencionado Real Decreto 429/1993 de 26 de Marzo (Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial).

c) Sólo excepcionalmente en casos muy relevantes en que se pudiera apreciar la posible aplicación del artículo 13.4 de la LISOS, es decir, cuando de los hechos denunciados pueda presumirse una actitud deliberada de colocar en situación de riesgo grave e inminente al funcionario víctima del acoso, mediante la adscripción del trabajador a un puesto de trabajo notoriamente incompatible con su estado y características psico-físicas y por tanto pueda tipificarse como infracción muy grave, en materia de prevención de riesgos laborales, los Órganos de Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social correspondiente ordenarán el inicio del procedimiento, conforme a lo establecido en el RD 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimiento Administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado [...]».

Con las cargas onerosas que cualquier proceso judicial ocasiona para el empleado público, pero también, con el clima de tensión que presumiblemente pueda desarrollarse en su centro de trabajo, y ello, muy a pesar del *principio de indemnidad* que teóricamente debe proteger al recurrente. La lesión de este principio ocasionado por los responsables administrativos, que ordinariamente se manifiesta mediante una aplicación rigorista de las normas de personal, desconoce que, con ello, se incurre en una flagrante discriminación. No son admisibles en derecho tales prácticas, ni tan siquiera bajo la equívoca apariencia de cumplir estrictamente la norma, haciendo desaparecer flexibilidades consentidas.

Con independencia de ello, hay que convenir que la dignidad del funcionario público es un valor protegido que cualifica la gravedad de los hechos en el ámbito disciplinario. Esa importancia decisiva deberá actuar como criterio interpretativo en el dictado de resoluciones judiciales que deban analizar la infracción de este valor constitucional del art. 10 CE. Y deberá ser causa suficiente para suge-

rir a las Administraciones la creación de órganos colegiados, con independencia jerárquica, que puedan conocer y adoptar, en su caso, las medidas oportunas para prevenir y perseguir el acoso moral.

Es más, frente a una organización construida sobre los arquetipos burocráticos de gestión, en donde el management directivo no implica más que la organización y participación en cursos para directivos que son cesados con cada cambio de Gobierno y en donde la carrera administrativa no supone más que la consolidación de determinados grados personales en relación con el grupo de pertenencia sin mayores previsiones, la dignidad constituye un patrimonio espiritual que debe actuar como elemento motivador dentro de la organización, una de cuyas múltiples manifestaciones es la de considerar al funcionario no como un número de registro de personal sino como persona, elemento primordial de cualquier organización que gestiona servicios para los ciudadanos.

La primera consecuencia de esta tesis sería la integración o participación del personal en las estructuras de decisión de la Administración. Quizás la excesiva importancia de la jerarquía, sobre otras consideraciones personales, es la causa del fracaso de las políticas públicas de personal porque no provoca la fidelización, el compromiso con la organización. Y ello es importante, pues la burocracia administrativa pertenece a un acerbo cultural, a una forma de dirigir y gestionar recursos públicos fuertemente arraigado en nuestro país que es inmune a los intentos de cambio. La explicación no es otra que una leve pérdida de auctoritas de los mandos superiores respecto a cualquier intromisión en la gestión del personal funcionario base.

En estas estructuras fuertemente jerarquizadas, el acoso moral se desarrolla con más facilidad, al primar el mando sobre la consideración del individuo y añadiría, al considerar el servicio público como algo secundario y todo ello en ejecución de una estrategia muy conocida y raída: al respaldar la dirección a sus mandos inmediatos se pretende consolidar su posición de preeminencia en la organización. Es decir, no se persigue un liderazgo dentro de la Administración, y con ello, el respaldo del funcionario base que soporta el peso de la gestión, sino instrumentalizar una táctica para consolidar un cargo derivando responsabilidades y alcanzar con ello lo que podríamos calificar como *hedonismo gestor*.

Capítulo V

Vías jurídicas para prevenir el acoso moral

Los procedimientos jurídicos para responder frente al acoso podemos clasificarlos en razón del carácter público o privado que posea la persona.

En el marco de las relaciones laborales del Estatuto de los Trabajadores

Acción de resolución unilateral del contrato de trabajo por el trabajador en virtud del art. 50.1.º.a) ET: la indemnización adicional por daños por responsabilidad contractual del art. 1101 CC y art. 1902 CC

Son numerosos los procedimientos que esgrimen esta causa de resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador ante la concurrencia de acciones constitutivas de acoso moral, al amparo del art. 50.1.º.a) ET, todos articulados ante la infracción del derecho a la dignidad de la persona. Ejemplo de ello lo tenemos en las sentencias estudiadas en el apdo. I.5), STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2001;²⁶² apdo. I.8), STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002;²⁶³ apdo. I.13), Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003;²⁶⁴ apdo. I.14), STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003²⁶⁵ y apdo. I.17), STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2003.²⁶⁶

Se persigue con ello percibir la indemnización que prevé el ET para el despido improcedente, que será, por aplicación del art. 56.2.º ET, una indemnización

262. (AS 2002, 249)

263. (AS 2002, 2411)

264. (AS 2003, 2227)

265. (AS 2003, 679)

266. (AS 2004, 1449)

de 45 días de salario por año de servicio, con una prorrata por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de 42 mensualidades. La solicitud para instar esta causa resolutoria del contrato de trabajo corresponde al trabajador en el plazo de un año.²⁶⁷

Sin embargo, varios autores y tribunales no aplican, aunque sí aceptan, esta solución. San Martín Mazzuconi, en el comentario a la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de abril de 2004,²⁶⁸ estima la idoneidad de la misma aún cuando la sentencia no la reconozca, no por imposibilidad jurídica, sino por defectos coyunturales. Es un razonamiento jurídico en boga, porque no es la única resolución que razona la idoneidad de la misma, pero sin atreverse a declararla aún por cuestiones accidentales.

Así es que en 2006, el TS, Sala de lo Social, como hemos expuesto en otro apartado de este estudio, dicta la sentencia de 17 de mayo de 2006,²⁶⁹ y declara el derecho a percibir la indemnización no como consecuencia del art. 1161 CC, sino la prevista en el juego de los arts. 50.2.º ET en relación con el art. 56 ET, extinción unilateral de la relación laboral por el trabajador por infracción de valores o derechos fundamentales.

Responsabilidad contractual del art. 1101 CC

El origen de ese plus indemnizatorio puede originarse por la concurrencia del art. 1101 CC, responsabilidad contractual, que dice: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

Es la sustentada por la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2002,²⁷⁰ STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2003,²⁷¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2.ª, de 21 de octubre de 2003²⁷² y STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2004.²⁷³

Para que pueda prosperar, exige la prueba de los daños ocasionados. Se suelen aceptar, a modo indicativo, los requisitos contenidos en la STS de 20 de febrero de 1986,²⁷⁴ que prevé:

267. GARCÍA FERNÁNDEZ, M. *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Palma de Mallorca, 1983; VIQUEIRA PÉREZ, C. *La resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Madrid, 1993.

268. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «Un nuevo caso de extinción causal del contrato de trabajo por acoso moral (con algunas peculiaridades)». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 19 de abril de 2004 (AS 2004, 2051)», op. cit.

269. (JUR 2006, 177791)

270. (AS 2002, 2411)

271. (AS 2003, 2227)

272. (AS 2004, 453)

273. (AS 2004, 1684)

274. (RJ 1986, 962)

- a) Un cabal acreditamiento del daño.
- b) Un probado incumplimiento de la contraparte.
- c) La relación causal clara y directa entre este incumplimiento y el daño.

Ahora bien, frente a esta permisividad, no obviamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004²⁷⁵ reiterando la de 3 de abril de 1997.²⁷⁶ La primera de ellas corrige la doctrina sentada por la STS de 12 de junio de 2001, señalando la imposibilidad de que pueda adicionarse a la indemnización prevista en el art. 50.2.º ET otra distinta por daños y perjuicios. No es precisamente que impida ésta, sino que razona la elección que tiene el trabajador de optar o bien por la indemnización del art. 50.1.º.a) ET y la indemnización del art. 50.2.º ET o bien ejercitar la prevista en el art. 1101 CC como consecuencia de la responsabilidad contractual que el contrato de trabajo genera en la Administración pública o en la empresa.

Como apunta la STS, Sala 1.ª, 20 de junio de 2006,²⁷⁷ la responsabilidad contractual trae causa del incumplimiento de una relación obligatoria entre acreedor y deudor, que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser una relación enmarcada en el área de cualquier servicio privado o público, SSTS 26 de enero de 1984,²⁷⁸ 1 de marzo de 1984,²⁷⁹ 19 de junio de 1984,²⁸⁰ en cualquier otra relación jurídica que conceda un medio específico para su resarcimiento.

Sin embargo, esta doctrina únicamente es de aplicación a la causa extintiva prevista en el art. 50 ET cuando se solicita otra indemnización al amparo del art. 1101 CC —responsabilidad contractual—.

Responsabilidad extracontractual o aquiliana del art. 1902 CC

Lo dicho no es de aplicación, sin embargo, cuando se ejercita la acción por responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC. En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 1997,²⁸¹ declara la aplicación correcta de este art. 1902 CC cuando resulte evidente la omisión de la diligencia debida para evitar el daño producido, y exige como requisitos, conforme a las SSTS 17 de noviembre de 1998²⁸² y 25 de septiembre de 1998:²⁸³

275. (RJ 2004, 3401)

276. (RJ 1997, 3047)

277. (RJ 2006, 4608)

278. (RJ 1984, 386)

279. (RJ 1984, 1192)

280. (RJ 1984, 3250)

281. (RJ 1997, 5208)

282. (RJ 1998, 8809)

283. (RJ 1998, 7070)

- a) Acción u omisión ilícita.
- b) La constatación de un daño causado.
- c) La culpabilidad.
- d) El nexo causal entre la acción u omisión ilícita y la culpabilidad.

La STS, Sala de lo Civil, 10 de abril de 1999,²⁸⁴ declara la compatibilidad del despido con una indemnización complementaria derivada de conducta culposa del empresario, causante de una depresión al trabajador. Por ello cabrá accionar ante los tribunales sociales en virtud del art. 50.1.º.a) ET, bajo la modalidad procedimental ordinaria y ejercitar la acción indemnizatoria ante los tribunales civiles en virtud del art. 1902 CC que dice: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

La misma Sentencia de 10 de abril de 1999 citada, admite la jurisdicción de los tribunales civiles para conocer esta indemnización en su fundamento de derecho primero, razonando que «La responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente, que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre [...]».

La jurisdicción civil, como competente para conocer estas indemnizaciones extracontractuales al amparo del art. 1902 CC derivadas de las relaciones laborales, ha sido ratificada por una frondosa jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo amparándose en el carácter residual de la jurisdicción civil al amparo del art. 9.2.º LOPJ (*vid.* SSTS de 18 de julio de 1995²⁸⁵ y de 29 de septiembre de 1995²⁸⁶ y la SAP de Madrid de 30 de diciembre de 2000²⁸⁷ entre otras).

No obstante, no han faltado sentencias dictadas por el TS en signo contrario, atribuyendo la competencia a la jurisdicción social para conocer de esa responsabilidad (*vid.* STS 20 de septiembre de 1990²⁸⁸ y STSJ de Valencia de 14 de octubre de 1997,²⁸⁹ aunque de escaso eco en el foro de los tribunales y autores).

La derivada de la lesión de derechos fundamentales

Se basa en una interpretación integradora de los arts. 27.2.º y 182 LPL. Éste señala que «las demandas por despido y las demás causas de extinción del contrato de trabajo [...] en que se invoque la lesión de un derecho fundamental se

284. (RJ 1999, 1877)

285. (RJ 1995, 5713)

286. (RJ 1995, 6677)

287. (AC 2001, 2000)

288. (RJ 1990, 7031)

tramitará con arreglo a la modalidad procesal correspondiente». Ello implica que, junto a la demanda presentada por los cauces del procedimiento ordinario por causa de extinción unilateral del trabajador, cabrá pedir la indemnización prevista en el art. 180 LPL que regula el procedimiento de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas.²⁹⁰

La razón sobre la cual se construye esta doctrina se encuentra en la elaboración de la denominada *tesis integrativa*, según la STC de 29 de enero de 2001,²⁹¹ recogida por la STS de 12 de junio de 2001,²⁹² fundamento de derecho segundo, y STJCE de 2 de agosto de 1993,²⁹³ caso Marshall.

Este criterio es el seguido por la STSJ de Murcia de 2 de septiembre de 2003,²⁹⁴ que trata sobre la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y extinción unilateral del trabajador del contrato de trabajo, y la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2004,²⁹⁵

La indemnización prevista en el art. 180 LPL será determinada por la aplicación analógica de la prevista en la LO 1/1982, art. 9.3.º, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,²⁹⁶ defiende Albiol Montesinos. En cambio, Baylos Grau esgrime un amplio margen de discrecionalidad del tribunal,²⁹⁷ dentro de los parámetros previstos en cada caso en concreto, como apunta la STS 23 de julio de 1990.²⁹⁸

En el marco de la Administración pública

Caben distintos procedimientos judiciales para luchar contra los actos administrativos o vías de hecho dictados por la Administración pública que los funcionarios pueden esgrimir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo. Entre los más usuales destacamos los expuestos a continuación.

289. (AS 1997, 3193)

290. Sobre la indiferenciación entre la tutela del derecho de la libertad fundamental y el resto de derechos fundamentales véase ROMAN DE LA TORRE, M. D. «Proceso de tutela de derechos fundamentales» en «El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, 17, s.p. [pero 195-242].

Vid. también las consideraciones de MONTERO AROCA, J. *Proceso Laboral Práctico*. Aranzadi, 2003, p. 676, en cuanto a la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 175 a 180 si los derechos lesionados se encuadran en el ámbito del art. 53.2.º CE.

291. (RTC 2001, 10)

292. (RJ 2001, 5931)

293. (TJCE 1993, 129)

294. (AS 2003, 3208)

295. (AS 2004, 1684)

296. ALBIOL MONTESINOS, I. «Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical», en «Comentarios a las leyes laborales». *La nueva Ley de Procedimiento laboral*. T. XIII, V. 2.º, dir. Borrajo Da Cruz. Madrid: Edersa, 1990, p. 1243.

297. BAYLOS CRUZ, A.; CRUZ VILLALON, J.; FERNANDEZ, M.F. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. 2.ª ed. Madrid: Trotta, 1995, p. 213.

298. (RJ 1990, 6457)

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública

— El criterio técnico de la Inspección de Trabajo 34/2003

El acoso moral en la Administración pública es abundante, rico y florido en formas y modos de manifestarse. Una estructura esclerótica y un personal gestor cuya cultura, esencialmente jerárquica e inmovilista, ocasiona problemas insolubles, chocan frontalmente con la mentalidad actual que quiere plasmarse en la organización de personal, una gestión moderna, aperturista y consensuada, no atada por atávicos complejos derivados del uso y abuso del ejercicio efímero de los cargos.

El criterio técnico de la Inspección de Trabajo 34/2003, de 14 de marzo, prevé que las situaciones de presunto acoso moral en la Administración pública se resolverán a través de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública de los arts. 139 de la Ley 30/1992 y siguientes, en relación con el procedimiento descrito en el RD 429/1993, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Únicamente admite una excepción, y es cuando el acoso sea manifiestamente abyecto, e infrinja el art. 13.4º LISOS de 2000, en el supuesto que adscriban al funcionario público a un puesto de trabajo incompatible con su estado y características psicofísicas y lo coloquen en situación de grave e inminente riesgo a su salud. Lo que, de facto, excluye, prácticamente, la mayoría de supuestos causantes de acoso moral que no precisamente utilizan la técnica de adscribir al funcionario público de un puesto de trabajo a otro.

La responsabilidad imputada a la Administración cubre todos los daños producidos por la actuación de sus órganos y formas de personificación, atendiendo al resultado lesivo producido, como apuntan las SSTS 10 de junio de 1986²⁹⁹ y 23 de marzo de 1992.³⁰⁰

Es una responsabilidad directa y no subsidiaria de su personal. Es también una responsabilidad objetiva que se genera con independencia de que la acción u omisión causante del acoso moral se hubiera realizado con dolo (intención de causar daño) o culpa.

La responsabilidad objetiva comprende cualquier tipo de funcionamiento de los servicios públicos, sean éstos normales o anormales y siempre que no intervenga fuerza mayor (*vid.* las SSTS 28 de enero de 1993,³⁰¹ 8 de junio de 1993,³⁰² 14 de

299. (RJ 1986, 320)

300. (RJ 1992, 3277)

301. (RJ 1993, 422)

302. (RJ 1993, 4371)

mayo de 1994,³⁰³ 4 de junio de 1994,³⁰⁴ 2 de julio de 1994,³⁰⁵ 27 de septiembre de 1994,³⁰⁶ 7 de noviembre de 1994,³⁰⁷ 19 de noviembre de 1994,³⁰⁸ 11 de febrero de 1995,³⁰⁹ y 25 de junio de 2002,³¹⁰ entre otras).

— Responsabilidad extensible a los directivos administrativos

Esa responsabilidad puede manifestarse tanto por *culpa in comittendo*, acción de los órganos administrativos, como por *culpa in vigilando*, por la omisión de su actuación una vez que fuera conocida. Este dato es relevante para derivar responsabilidades a los superiores que tienen una obligación positiva de cuidar por el buen funcionamiento de los servicios públicos, ya que el art. 81.1.º LF de 1964, en vigor según la Disposición Derogatoria Única, Ley 7/2007, declara que «los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo».

El Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, previene en el art. 13 que los directivos estarán sometidos a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. Sin embargo, aparte de este contenido declarativo, no se especifica el procedimiento a seguir, con lo que se mantiene el status quo, con el peligro de la discrecionalidad en la aplicación discriminatoria de controles de evaluación.

Se imputa a la Administración cualquiera que sea su comportamiento como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad al art. 106.2.º CE en relación con el art. 139.1.º Ley 30/1992.³¹¹

— Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

De acuerdo con estos antecedentes, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública pivota sobre dos elementos esenciales para su declaración: a) el concepto de lesión, b) el nexo de causalidad y c) el daño causado.

— Lesión o daño causado

De las distintas formas de lesión, para ser sistemáticos con el trabajo, importa el producido por el causante del daño moral que constituye el objeto del acoso

303. (RJ 1994, 4190)

304. (RJ 1994, 4783)

305. (RJ 1994, 6673)

306. (RJ 1994, 7361)

307. (RJ 1994, 8578)

308. (RJ 1994, 8834)

309. (RJ 1995, 2061)

310. (RJ 2002, 7169)

311. Vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General*. T. II, 1.ª ed. Madrid: Iustel, 2004, pp. 490 y siguientes; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed. Aranzadi, 2004, p. 218.

moral, ya se trate como lesión de derechos y valores fundamentales de las personas, ya se opte por la causación de un daño psíquico. Este elemento finalista es usual, aunque no necesariamente obligado, como consecuencia de la presión psicológica a la que está sometida la persona acosada. Pero puede no ser el único, cuando de ese daño espiritual se deriven otras consecuencias distintas que puedan y deban añadirse al daño originario. No olvidemos que la responsabilidad de la Administración prevista en el art. 139.1.º de la Ley 30/1992, se extiende a *cualquier lesión* prevista en sus bienes o derechos, lo que no excluye otros efectos colaterales causados.

Cabe incluir entre éstos las distintas lesiones a los derechos fundamentales, así como los derivados de la pérdida de consideración propia y ajena y los daños a la unidad familiar.

En la lesión deben concurrir los siguientes caracteres:

1. Debe ser real y no potencial.
2. La lesión debe ser efectiva e individualizable, bien sea en la persona del propio funcionario, bien en su entorno familiar.
3. El daño producido debe ser evaluable económicamente.
4. El funcionario no debe estar obligado a soportar, de acuerdo con la Ley, las lesiones producidas, art. 141.1.º de la Ley 30/1992, y el daño debe estar ocasionado por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, art. 106.2.º CE y art. 139.1.º Ley 30/1992.

— Nexos de causalidad

Adopta la teoría de la causalidad adecuada, que exige para apreciar la culpa del acosador que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la voluntad productora del acto. Consecuencia natural es la que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados.³¹³ Esta tesis ha sido ratificada por última jurisprudencia del Tribunal Supremo, (*vid.* sentencias de 26 de febrero de 2000,³¹⁴ 15 de abril de 2000,³¹⁵ 21 de julio de 2001,³¹⁶ 18 de mayo de 2002,³¹⁷ 15 de junio de 2002³¹⁸ y 26 de junio de 2002).³¹⁹

312. MARTÍN REBOLLO, L. «Responsabilidad de la Administración» en «Expropiación forzosa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 19, s.p. [pero 399-436].

313. ERICE MARTÍNEZ, M. E. «Ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual» en «Derecho de la circulación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 25, s. p. [pero 135-94].

314. (RJ 2000, 2450)

315. (RJ 2000, 6255)

316. (RJ 2001, 9167)

317. (RJ 2002, 5740)

318. (RJ 2002, 8849)

319. Recurso de casación 1635, 1998.

La fundamentación de la lesión administrativa causante de la responsabilidad patrimonial se encuentra en la producción de una lesión antijurídica, salvo que se ocasione por fuerza mayor, STS de 3 enero 1979³²⁰ o por algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad, STS 27 de septiembre de 1979.³²¹

Estas previsiones son enteramente de aplicación a la Administración local, como ya recogió la STS 8 de julio de 1982, en relación con el art. 54 de la Ley 7/1985, según ha matizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Cabe la posibilidad de que, junto con aquel funcionamiento anormal del servicio público, se aprecie la concurrencia de otra concausa o causa trascendente en la producción del suceso, lo que permitiría fiscalizar la cooperación de otros funcionarios en la realización del acoso moral. Entonces podría apreciarse una concurrencia de culpas, con compensación de responsabilidades, STS de 4 de noviembre de 1993.

Recordemos que el marco de responsabilidad abarca hasta los perjuicios producidos como consecuencia de la revocación judicial de actos administrativos, como apunta la STS 20 de febrero de 1989.³²²

Otros procedimientos

Cabe utilizar en defensa de los derechos fundamentales contenidos en el art. 14 y arts. 15 a 29 CE el Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, arts. 114 y siguientes de la LJ de 1998, cuyo fallo estimatorio por el tribunal competente determinará la indemnización que proceda y la revocación de la actuación atentatoria de los derechos fundamentales.

El daño moral como substrato del acoso moral

La indemnización por daños ocasionados por el acoso moral y exigidos al tribunal, sea por culpa extracontractual, sea por responsabilidad patrimonial de la Administración, sea por responsabilidad contractual, merece un estudio aparte.

De entre todos los tipos de daños, el relevante es el jurídico y dentro de los mismos el principal para nosotros es el calificado como moral, en tanto el acoso laboral mediante la infracción de valores y derechos fundamentales ocasiona en la víctima un atentado a sus bienes espirituales o anímicos más íntimos y profundos.

320. (RJ 1979, 7)

321. (RJ 1979, 3299)

322. (RJ 1989, 2526)

El concepto de daño moral cabe emplearlo tanto en la jurisdicción civil y laboral como en la administrativa. Es una lesión que tiene protección en todas las jurisdicciones y por ello su significación jurídica, aunque sea enjuiciado por diversos tribunales, es idéntica.

A los efectos que perseguimos, es válida la definición dada por García López, para quien «la naturaleza del daño depende única y exclusivamente de la naturaleza del bien afectado, ya resulte atacado de forma directa o indirecta, ya lo sea con exclusividad o junto con el menoscabo de otros bienes de distinta naturaleza».³²³

La última jurisprudencia del Tribunal Supremo acota su definición en la sentencia, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 2004,³²⁴ entendiéndose como daño moral «aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita y, que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica».

Desde esta perspectiva, el daño moral comprendería:

- a) El sufrimiento o padecimiento psíquico (SSTS, Sala de lo Civil, de 22 mayo 1995,³²⁵ 9 octubre 1996³²⁶ y 24 de septiembre de 1999).³²⁷
- b) El impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1990³²⁸ y 12 de julio de 1999).³²⁹
- c) La impotencia, zozobra, ansiedad o angustia (STS, Sala de lo Civil, de 6 de julio de 1990).³³⁰
- d) La zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 1995).³³¹
- e) El trastorno de ansiedad, impacto emocional e incertidumbre consecuente, STS, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1998.³³²
- f) Las resoluciones administrativas de carácter restrictivo o sancionador adoptadas por la autoridad administrativa cuando éstas son creídas injustas por el funcionario que primeramente ha de acatarlas aunque luego sean recurridas (STS 8 de febrero de 1991).³³³

323. GARCÍA LOPEZ, R. *Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch, 1990, pp. 53 y siguientes.

324. (RJ 2004, 5681)

325. (RJ 1995, 4089)

326. (RJ 1996, 7508)

327. (RJ 1999, 7272)

328. (RJ 1990, 6164)

329. (RJ 1999, 4770)

330. (RJ 1990, 5780)

331. (RJ 1995, 4089)

332. (RJ 1998, 551)

333. (RJ 1991, 1214)

Se incluyen las situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad tenga traducción económica (STS, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2000);³³⁴ SAP de Málaga de 5 de enero de 2001³³⁵ y SAP de Barcelona de 10 de junio de 2004.³³⁶ Lo que sin duda cabrá reconducir a los daños producidos a valores y derechos fundamentales de la CE.

El resarcimiento y la indemnización del daño moral

El daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados, motivando la obligación de resarcimiento. No cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor (lo que es cierto) por lo que no cabe indemnizar (lo que no es cierto) sino que la indemnización valora económicamente y, sin duda, parcialmente, este daño moral, es el llamado en la doctrina alemana *Echmerzengeld*: «el dinero del dolor» (STS, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1998).³³⁷

El resarcimiento del daño moral no es un medio de reparación patrimonial, sino una forma de contribuir a sobrellevar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro (STS, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2003),³³⁸ y desde esta interpretación debe ser reclamado independientemente de quién reciba esta acción y de quién la haya causado.

Son difíciles de cuantificar debido a su carácter anímico. Las soluciones ofrecidas por la jurisdicción contencioso-administrativa son diversas aunque todas acaban en una misma solución: o bien la aplicación del art. 141.2.º de la Ley 30/1992 en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, que remite a la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, abriendo la posibilidad de aplicación a cualquier norma valorativa del ordenamiento jurídico; o bien la remisión a otros elementos como la edad de los afectados, sus expectativas y trayectoria profesional, la equidad y, en definitiva, la prudencia del propio tribunal, permitiéndose indemnizaciones a tanto alzado (STS 2 de febrero de 1990³³⁹ con ante-

334. (RJ 2000, 5089)

335. (AC 2001, 315)

336. (AC 2004, 1014)

337. (RJ 1998, 9980)

338. (RJ 2003, 8643)

339. (RJ 1990, 743)

340. (RJ 1980, 735)

341. (RJ 1983, 4065)

cedentes en la SSTS 18 de febrero de 1980,³⁴⁰ 18 de julio de 1983³⁴¹ y 18 de marzo de 1985).³⁴² En definitiva, la aplicación de la indemnización prevista en el art. 9.3 de la LO 1/1982 no sólo podrá ser empleada en el ámbito civil o laboral sino también en el contencioso-administrativo, independientemente de la jurisdicción y del procedimiento empleado.

En la concreción de los daños morales habrá que ponderar los conceptos de daño emergente y lucro cesante: Como daño emergente se entiende la pérdida o menoscabo sufrido (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 17 de noviembre de 1992,³⁴³ fundamento de derecho tercero y jurisprudencia allí citada). El lucro cesante es la ganancia o expectativa de ganancia que se ha dejado de obtener (*vid.* SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de septiembre de 1984,³⁴⁴ 9 de marzo de 1985,³⁴⁵ 27 de septiembre de 1985³⁴⁶ y 21 de junio de 1988).³⁴⁷

El prestigio profesional como daño moral cualificado

Una de las consecuencias del acoso moral es la lesión al prestigio profesional de la víctima. No olvidemos que la finalidad del hostigamiento moral es la exclusión de la persona de su centro de trabajo, ya sea público o privado, su alienación, y por ello, los daños que dicha alienación producen a su prestigio son evidentes, irremediables.

En todo caso, ante el enjuiciamiento de estos eventos debe ponderar el *principio pro actione* no limitando las posibilidades procesales de la víctima, si vemos cómo el prestigio profesional trasciende las fronteras del fuero interno, proyectándose al exterior, a la dimensión social del individuo. Ese salto es, cualitativa y cuantitativamente, más dañino que la propia acción lesiva al patrimonio espiritual de la víctima.

El prestigio profesional es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar, y, desde luego, tiene repercusión en el ámbito social, como apunta la STS 22 de enero de 1999.³⁴⁸

La protección del prestigio profesional dada por la LO 1/1982 se refiere a la realizada mediante la divulgación de expresiones o hechos [...], como requiere

342. (RJ 1985, 2635)

343. (RJ 1990, 9172)

344. (RJ 1984, 4548)

345. (RJ 1985, 1498)

346. (RJ 1985, 4295).

347. (RJ 1988, 4408)

348. (RJ 1999, 416)

349. (RJ 1997, 8978)

el art. 7.7º.³⁴⁹ Esta cualificación encaja perfectamente en los métodos que los acosadores emplean para alienar a la víctima dentro de la organización. Es más, la STS 15 de diciembre de 1997 exige para que el ataque al prestigio profesional prospere que se haya realizado con un cierto grado de intensidad.

La ubicación de la lesión al prestigio profesional, como apunta la STC 14 de diciembre de 1992,³⁵⁰ ha de reputarse incluida en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor. Concretamente, en su fundamento de derecho tercero lo define como: «el que por su naturaleza, características y forma en que se divulgue la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona». Este criterio es el seguido por las SSTC 25 de marzo de 1993,³⁵¹ 24 de mayo de 1994,³⁵² 15 de diciembre de 1997,³⁵³ 26 de junio de 2000³⁵⁴ y 30 de septiembre de 2003,³⁵⁵ así admitido por la doctrina.³⁵⁶

La defensa del prestigio profesional puede ser tutelada bien a través de la LO 1/1982, bien a través de la acción indemnizatoria derivada por responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, como así ha venido siendo admitido por jurisprudencia inveterada. En el ámbito público, se encontraría atraído por la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.³⁵⁷

350. (RTC 1992, 223)

351. (RJ 1993, 2237)

352. (RJ 1994, 3737)

353. (RJ 1997, 8978)

354. (RJ 2000, 5309)

355. (RJ 2003, 6448)

356. CHINCHILLA MARIN, C. «El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en « Honor, intimidad y propia imagen». *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 35, s.p. [pero 105-48].

357. Cfr. MARTIN GONZALEZ, F. «La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos» en «Estudio de la L.R.J. de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común II». *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 8, s.p. [pero 121-173].

Capítulo VI

Tras cuatro años de acoso moral

La problemática actual del *mobbing*

Tras cuatro años de un análisis, creativo y valiente, de autores que se han enfrentado a las luces y las sombras de este fenómeno laboral y sobre todo humano, no he podido verificar una voluntad decidida del Ejecutivo, nacional y autonómico, para abordar con seriedad esta lacra del trabajo del hombre por su modo de operar y finalidad atenta a su dignidad. Tampoco he detectado un avance especial en la actitud de los tribunales cuando se trata de abordarlo con rigor; sin embargo, sí se han pronunciado algunas sentencias analíticas y comprometidas que han dado como resultado estudios muy completos sobre este fenómeno trágico en el centro de trabajo. Véanse dos ejemplos muy significativos: Por un lado el estudio del catedrático González Navarro, ponente en la primera sentencia del Tribunal Supremo, que aborda la problemática del acoso moral en toda su criminal extensión (STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, 23 de julio de 2001)³⁵⁸ y que causó un estudio muy interesante, titulado «Acoso psíquico en el trabajo: el alma, bien jurídico a proteger», en 2002. También es destacable la labor del magistrado Gimeno Lahoz, sobre todo en el análisis que realiza en su sentencia del Juzgado de lo Social de Gerona de 17 de septiembre de 2002³⁵⁹ y cuyo interés sobre la materia se plasmó en su tesis doctoral publicada en 2005 con el título *La presión laboral tendenciosa (el mobbing desde la óptica del juez)*. Son dos ejemplos valientes, en dos jurisdicciones distintas, una, la contencioso-administrativa, la otra, la social. Dos respuestas decididas, imparciales y rigurosas, a lo que esta lacra ocasiona en la sensibilidad anímica de personas que han vivido este fenómeno desde la posición privilegiada que le atribuye el ejercicio de la magistratura con mayúsculas.

358. (RJ 2001, 8027)

359. (AS 2002, 2691)

Sin embargo frente a estos casos, en otros, la actividad jurisdiccional mira con recelo y con prejuicios los pleitos sobre *mobbing*. Prejuicios que atentan contra la imparcialidad del juzgador, dado que nos encontramos con sentencias que pueden limitar potestades públicas directivas ciñéndolas a la legalidad constitucional. Función esta, no olvidemos, que se encuentra en el art 106.1.º CE y que es atribuida a los órganos jurisdiccionales. También el art. 103.1.º CE somete a la Administración a la CE y a la legalidad. Es decir, que también es responsable la Administración por no adoptar los mecanismos adecuados para prevenir este fenómeno que carcome una de las manifestaciones importantes del hombre de hoy, que no es otra que su derecho al trabajo y a desempeñarlo en un ambiente de respeto y buena fe, es decir, de cooperación en pro de la eficiencia del servicio público.

Posiblemente por estos antecedentes, porque quizás nos llevemos la impresión de que ni los unos controlan la actuación administrativa *in stricto*, y los otros se la saltan sin mayor repercusión y sin ninguna responsabilidad. Sin embargo, el principio de responsabilidad gestora se encuentra en el art. 3.2.º.d) LOFAGE. Ya Prats Catalá apuntó que «la espiral irresponsabilidad-control ha sido una de las estrecheces mayores que ha padecido la Administración española». ³⁶⁰ Esto es el resultado de observar un mayor número de sentencias condenatorias no sólo laborales, sino también penales, impuestas a particulares, a empresas o trabajadores del sector privado, causantes de *mobbing*.

Sin embargo, esa realidad contrastada en el sector laboral o civil no tiene una equitativa correspondencia con las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo cuando del acoso moral en las Administraciones Públicas y en sus diversas personificaciones, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, se trata. Máxime cuando en uno y otro sector concurren organizaciones humanas de producción de servicios. Es decir, como apunta Herbert Simon, «entre las organizaciones gubernamentales y las no gubernamentales las similitudes son mayores de lo que generalmente se supone». ³⁶¹

En estos casos, ya no se intenta ponderar la concurrencia de acciones u omisiones que constriñen y lesionan la dignidad del funcionario, del empleado público, sino que aparece otro elemento más, el político, a través del titular del órgano administrativo —el director/a— y, más concretamente, de la autoridad política que lo haya designado y nombrado y de las autoridades políticas que lo respaldan a cualquier precio, incurriendo en lo que cabe llamar talibanismo burocrático.

360. PRATS CATALÁ, J. «Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo» en *Estudios para la reforma de la Administración pública*, dir. SAINZ MORENO, F., Madrid: INAP, 2004, pp. 105.

361. SIMON, HERBERT A.; SMITHBURG, DONALD W.; THOMPSON, VICTOR A. *Administración pública*. México: Editorial Letras, 1968, p. 7.

Sobre esta consideración, la situación es injusta y cabría hablar de fracaso institucional, cuando en la resolución judicial no se enjuician objetivamente los hechos y los derechos, sino subjetivamente su repercusión social y política, como criterio ambiental, ponderando interacciones ajenas a lo que es puramente la relación jurídica procesal. Es decir, los derechos infringidos alegados y que son objeto de análisis en el proceso. Así expuesta la problemática, el diagnóstico es evidente: la falta de madurez constitucional de unas elites que ignoran el sistema político. Lo que no es extraño, si aplicamos el teorema de Michels, la llamada ley de hierro de las oligarquías: «en las organizaciones [...] cuyos fines son democráticos surgen, con toda probabilidad, *estructuras oligárquicas que desvían a las organizaciones de los medios y los fines de la práctica democrática*». ³⁶²

Podríamos hablar de quiebra del Estado por absorción de uno de sus poderes, básico y esencial, sin el cual la democracia es ineficaz. No olvidemos la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003, firmada por España en 16 de septiembre de 2005 y ratificada en BOE 19 de julio de 2006, y su art. 11, medidas relativas al poder judicial y al ministerio público, que dice:

«1. Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga».

Esto prueba, sin más razonamientos, una cierta erosión en la teoría de la división de poderes. Y ello debe ser así, porque como dijo Rousseau en 1755: «Si se encuentra en un pueblo un solo hombre que no esté sometido a la Ley, todos los demás están sometidos a éste». ³⁶³ Que es idéntico a lo que Lincoln asentó: «Nadie está por encima de la Ley, nadie está por debajo de la Ley». Estas citas son necesarias en la medida en que estos razonamientos vertebran, de modo esencial, la concepción original del Estado democrático-constitucional. Si esta idea quiebra el principio de igualdad del art. 1.1.º CE, como valor fundamental de la CE, frustra el Estado de derecho. Antítesis del Estado policía y

362. MICHELS, R. *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Buenos Aires: Amorrortu, 1983.

363. ROUSSEAU, J. J. *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre hombres*. Buenos Aires: Losada, 2006.

absolutista,³⁶⁴ sucumbiendo a la arbitrariedad política. Pero también el Estado social, que protege, no sólo a la libertad del Estado, sino a la libertad en el Estado. Y con él la cláusula favor libertatis o in dubio pro libertate, que permite una mayor protección jurisdiccional de los derechos de la persona. Ello afecta a la Administración pública en la medida en que debe escoger, entre varios actos limitativos posibles habilitados por la ley, el que resulte menos restrictivo para la libertad individual.³⁶⁵

Este principio, debería ser empleado con más asiduidad por los abogados y tendría que ser permeable a los órganos jurisdiccionales en beneficio de un centro de trabajo digno.

López Guerra habló de que los jueces deben ceñirse a la estricta aplicación de la ley.³⁶⁶ Pero yo defiendo que la aplicación de la ley bajo la concurrencia de los otros poderes institucionales es suficiente tarea, no exenta de dificultades, donde no faltan los héroes pero tampoco los villanos. La función jurisdiccional consiste precisamente en eso, en controlar la legalidad de la actuación del legislativo, y en lo que a nosotros respecta, del ejecutivo, y especialmente de la Administración pública. La constante beligerante del poder judicial es algo intrínseco a la actividad que le encomienda la CE en el art. 117 CE. Es síntoma además, de que la Justicia funciona independientemente.

El *mobbing* administrativo o público existe en las estructuras burócratas de la Administración General del Estado, como expone el Informe Cisneros V,³⁶⁷ elaborado en 2005 por la Universidad de Alcalá de Henares, el sindicato GESTHA y asociaciones profesionales del Cuerpo Técnico. Pero no es sólo un fenómeno local, concreto, es algo más, es producto de una decadencia ideológica, de valores, que traslada al centro de trabajo las ambiciones y las podredumbres de lo peor de cada uno. Se trata de una extralimitación en el ejercicio y en el abuso de la jerarquía o de cualquier poder de hecho que se produce en muchos países con independencia de cualquier condición.

La 95.^a Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),³⁶⁸ de junio de 2006, sobre el estudio realizado por Di Martino y Chappel,³⁶⁹ declaró que la violencia en el trabajo aumenta en el mundo entero, llegando a alcanzar en algunos países la condición de epidemia. Las prácticas de intimidación, el hostigamiento sistemático o *mobbing*, las amenazas por parte de trabajadores

364. HILLMANN, K.H. *Diccionario enciclopédico de sociología*, 2.^a reimp. Barcelona: Herder, 2005, p. 303.

365. Vid. BELTRAN AGUIRRE, J.L. «La incidencia de la actividad administrativa en los derechos y libertades fundamentales de las personas». *RVAP*, 1983, 6, pp. 155-185.

366. LOPEZ GUERRA. «La legitimidad democrática del juez». *Cuadernos de Derecho Público*, 1997, 1, p. 60.

367. <http://www.acosomoral.org/pdf/informeCisnerosV.pdf>

368. (OIT/06/33)

369. DI MARTINO, V.; CHAPPELL, D. *Violencia en el trabajo*, 3.^a ed., 2006.

psicológicamente inestables a otros compañeros, el acoso sexual y los homicidios se incrementan, convirtiendo el centro de trabajo, hay que reconocerlo, en un centro de delincuencia cualificado por razón de sus sujetos y las obligaciones que pesan sobre esos sujetos.

Ya observamos que no es un fenómeno nuevo. Herbert Simon, en su obra *Administración pública*, referencia indirectamente el acoso moral en la versión norteamericana de 1950, de la siguiente manera:

«Una filosofía de oficina tiende a la propia conservación. El organismo tiende a reclutar y conservar el personal en función de su aceptación de esa filosofía, y a sujetar a sus miembros a continuo adoctrinamiento en sus valores [...]».

La identificación del grupo refuerza la aceptación de la filosofía, para que el candidato pueda ser plenamente aceptado como miembro del grupo, y por lo mismo, debe a la vez identificarse con los valores del grupo. La vida se hace incómoda para las personas que no aceptan estos valores, y transcurrido cierto periodo de tiempo, tales personas por lo general abandonan el campo. Sólo en circunstancias extraordinarias permanece firmemente en el grupo un número suficiente de individuos disidentes durante un lapso de tiempo bastante para amenazar con la “revolución” triunfante y la subversión de la filosofía de oficina [...]».

De estas reflexiones se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1. El funcionario es dominado por la organización.
2. El funcionario debe aceptar los roles de la organización, de hecho y de derecho. Se impone la jerarquía situacional de facto, que se debe asumir por completo.
3. El funcionario debe acatar los valores de la organización.
4. La no asunción de la cultura de la organización provoca rechazo y se le empuja a abandonar el trabajo.
5. La finalidad del *mobbing* no es otra que mantener el status quo de la organización imperante, con objeto de proteger estructuras trombosadas, grupos de intereses, jerarquías establecidas, en suma, proteger un poder concreto y todo lo que ello conlleva. El *mobbing*, por tanto, posee una faceta hasta ahora encubierta pero que se revela como una modalidad de corrupción. Lord Acton ya comentó: «El poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente».³⁷⁰

Como apunta Nieto, «en la Administración, lo fundamental es el mantenimiento o conservación de la dominación y obediencia». En la empresa privada,

370. ACTON, Lord. *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Madrid: Unión Editorial, 1999.

teóricamente, sobresale la eficiencia y eficacia en los resultados,³⁷¹ y la gestión por objetivos como medio, preconizada por Parker Follet y desarrollada por Drucker, sustituye a la dirección jerárquica, de mando y control (management by drive).³⁷²

Verificando una tendencia innata de la Administración a protegerse contra funcionarios «molestos al régimen», Nieto razona: «Con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política».³⁷³

En 2005, en su obra *Derecho administrativo sancionador*,³⁷⁴ declaraba Nieto: «El Derecho administrativo sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, exolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho». De forma sistemática con esta doctrina, el catedrático explica en el prólogo al estudio de Trayter Jiménez que «el funcionario es un instrumento del poder político y lo que de él pide el Estado (y las demás administraciones y corporaciones públicas) es su sumisión, no su eficacia».³⁷⁵

Lo que describe no es ni más ni menos que la dominación del funcionario por la Administración pública, prescindiendo de su dimensión personal, de su dignidad. Se buscan y protegen funcionarios que encajen con un determinado patrón ideológico y burocrático. Y se excluyen, de cualquier modo y forma, a quienes sean ajenos al *lobby*. En su ética y en su estética, es una conducta discriminatoria: el perseguido se convierte en un objetivo, primero, para luego ser una excusa después, cuya alienación en el mundo laboral —consumación del acoso moral— crea vínculos de complicidad y forja alianzas presuntas para mantener un estatus de poder, un estatus de confort burocrático sin temor a críticas y rechazos, y consolidar una posición de hegemonía. Son terribles los efectos destructivos que estas complicidades provocan en un Estado de derecho, porque su objetivo es la destrucción de la persona que disiente como primera operación. Espantoso, porque constituye la antesala del pensamiento único, de la interpretación jurídica excluyente sin espacio para el debate, la reflexión constructiva o la autocritica en beneficio de la sociedad, y con ello, sin duda, la violación de preceptos constitucionales que legitiman el Estado social y democrático de derecho del art. 1.1.º CE. Pero, en definitiva, el acoso moral es una estrategia para la conservación de un estatus de preeminencia sobre el resto de miembros de una organización.

371. NIETO GARCÍA, A. *El pensamiento burocrático*. Granada: Comares, 2002, pp. 526-7.

372. STEIN, G. *El arte de gobernar según Peter Drucker*, 2.ª ed. Gestión 2000, pp. 157 y 171.

373. NIETO, A. «Problemas capitales del Derecho disciplinario». *Revista de Administración pública*, 1970, 63, p. 39.

374. NIETO, A. *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 29.

375. NIETO, A. «Prólogo» a TRAYTER JIMÉNEZ, J. *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*. Madrid: Marcial Pons — Generalitat de Cataluña, 1992, p. 11.

La OIT advierte de los costos del acoso moral, que produce pérdidas cuantiosas debido a causas como el absentismo o las bajas médicas (por no hablar del *absentismo presencial*, consecuencia de una defectuosa gestión por objetivos que no compromete al funcionario en su ejecución). En este sentido, la OIT adoptó algunos convenios sobre la protección de los trabajadores y la dignidad en el trabajo, y publicó una serie de recomendaciones prácticas sobre acoso moral en el trabajo en 2004, concretamente el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el trabajo en el sector de servicios y medidas para combatir este fenómeno*, que incluye la violencia en la Administración pública. Esta cuestión fue analizada en Ginebra, los días 8-15 de octubre de 2003, en la reunión de expertos encargada de elaborar unas recomendaciones sobre la violencia y el estrés en el sector de los servicios.

La Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en junio de 1998 en Santa Fe de Bogota, Colombia, la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*,³⁷⁶ que obliga a los Estados miembros a respetar, promover e implantar una serie de derechos considerados fundamentales, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Esta declaración ha sido asumida por la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales*, como conducta empresarial responsable. Igualmente la OCDE los ha asumido para las empresas multinacionales, y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas los promueve como valores universales que han de tenerse en cuenta en las transacciones comerciales en el mundo entero.

Los códigos de conducta nacidos en el sector privado, que han sido adoptados por algunas Administraciones, se han redactado sobre esta declaración de la OIT relativa a los derechos fundamentales.

No hablamos de caprichos pasajeros. No hablamos de algo que produce hilaridad. Hablamos de delitos que rompen a la persona y truncan toda una vida.

Recientemente se han publicado dos sentencias, cada una en distinta jurisdicción que, al menos, muestran un cambio significativo en la credibilidad de esta trágica rémora en el centro de trabajo.

Por una parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha condenado a esta comunidad autónoma por *mobbing* a una funcionaria. De los hechos probados se deduce la forma de actuar:

«[...] Una situación de “olvido administrativo”, ya que “en ocho años largos años (la trabajadora) sólo ha realizado siete estudios e informes”, un comportamiento claramente excluyente por parte de la Junta, que sin embargo no se olvidó de controlar exhaustivamente las ausencias de su puesto de trabajo desde las 8:30 a las 8:35 horas de un determinado día. Todo

376. (CIT/1998/PR20A)

http://www.ilo.org/dyn/DECLARATIONWEB.ISSUESHOME?var_lenguaje=SP

ello sin olvidar el trato de marginación que se ejerció sobre ella, que en alguno de los casos y para alguno de los trabajos que debía realizar no contó con los materiales y herramientas necesarias (impresoras, acceso a Internet, etc.) para llevarlos a cabo [...]».

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de marzo de 2007, desestima los recursos de suplicación de la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua de Accidentes de Trabajo Fremap y empresa, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social de instancia que declaró, en fecha 17 de abril de 2006, a una joven de 29 años una incapacidad permanente absoluta por accidente de trabajo en su empresa. Se trataba de una empresa privada, no pública. Esta sentencia es la primera de España en la que un Tribunal Superior de Justicia declara un grado de invalidez tan elevado a causa de acoso moral. Las consecuencias del *mobbing* sufridas por esta trabajadora se describen en el fundamento de derecho tercero:

«Tercero. Las lesiones que se describen en el hecho probado cuarto ponen de manifiesto que la demandante se encuentra incapacitada para todo tipo de profesión u oficio al no poder realizar ningún tipo de actividad con la continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad que exige el mercado laboral.

El trastorno de estrés postraumático por acoso laboral y trastorno mixto (ansioso-depresivo) de intensidad grave tienen la suficiente intensidad y gravedad como para limitar la capacidad laboral de la actora para la realización de cualquier tipo de actividad.

A la actora se le han aplicado diversos abordajes terapéuticos farmacológicos y psicológicos sin clara mejoría, habiéndose cronificado la enfermedad y hecho resistente a los abordajes.

En los informes de la Unidad de Salud Mental recogidos por el EVI se manifiesta que necesita de la tutela de otras personas en aspectos básicos de la vida cotidiana, necesitando ir acompañada para salir de casa».

Problemas concurrentes en el acoso administrativo

Destaco tres aspectos de suma importancia en el acoso moral dentro de la Administración pública, a saber:

1. El *prejuicio* judicial sobre el empleo de la pericial médica.
2. La justicia gratuita no reconocida a los funcionarios públicos.
3. El análisis de la gerencia realizada por el acosador en el supuesto de *mobbing* descendente.

Analizaremos esta problemática.

El perjuicio judicial sobre el empleo de la pericial médica

Una de las manifestaciones más discriminatorias que sobre los pleitos de acoso moral concurre es el excesivo celo jurisdiccional sobre algunos medios probatorios y, en particular, sobre la pericial médica practicada por la parte acosada, en la fase declarativa del proceso. Esta pericial es realizada por especialistas médicos, psicólogos o psiquiatras, ya sean públicos o privados.

Me refiero a una tesis que infringe directamente las normas procesales probatorias con perjuicio para la parte que la propone y, en general, para el proceso en su aspecto constitucional. La exposición de las dolencias psíquicas que el acoso moral genera en la persona son desvirtuadas sobre la consideración que el perito médico no ha presenciado los hechos.

Este criterio ha sido defendido por varios tribunales, entre ellos: STSJ de Castilla-La Mancha, 6 de septiembre de 2004,³⁷⁷ fundamento de derecho décimo; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 26 de enero de 2005,³⁷⁸ fundamento de derecho séptimo y STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, 10 de junio de 2005,³⁷⁹ fundamento de derecho primero.

Este hecho grave hace que debamos estudiar estos aspectos:

- a) Significado procesal del dictamen de peritos.
- b) Qué es un perito.
- c) El objeto de la pericia

— Significado procesal del dictamen de peritos o prueba pericial

De la Oliva estima que la prueba pericial es la información que proporcionan personas con conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre principios de su ciencia, arte o práctica, en relación con hechos o circunstancias fácticas de influencia en el proceso civil.³⁸⁰

Gómez Orbaneja determina que son peritos aquellas personas con conocimientos especializados (científicos, artísticos o prácticos), llamados al proceso para aportar máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto de debate.³⁸¹

Gómez Colomer distingue entre la definición del medio probatorio y la definición del perito, de conformidad con las previsiones de la LEC de 2000. Respecto

377. (AS 2004, 2679)

378. (AS 2005, 5)

379. (AS 2005, 1601)

380. DE LA OLIVA SANTOS, A.; FERNANDEZ DELGADO. *Derecho Procesal Civil*, t. II, 4ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, p. 376.

381. GÓMEZ ORBANEJA; HERCE QUEMADA. *Derecho procesal Civil*, v. I, 8ª ed. Madrid: Artes gráficas y ediciones, 1976, p. 357.

a la primera, el dictamen de peritos o prueba pericial es un medio concreto de prueba (*vid.* art. 299.1.º.4ª LEC de 2000) en virtud del cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos), que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (*vid.* art. 335.1.º).³⁸²

— ¿Qué es un perito?

El perito es una persona ajena al proceso, que posee unos conocimientos técnicos especializados, tenga título profesional o no, y que los vierte en el proceso tras haberlos aplicado al estudiar los hechos u otros elementos objeto de prueba. Derivan de esta definición las siguientes notas:

1. El perito puede ser bien una persona física, bien una jurídica. Esta última posibilidad se encuentra plasmada en el art. 340.2.º LEC cuando declara que «podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello».
2. El perito no ha presenciado los hechos o no es traído al proceso por esta circunstancia sino que es buscado por poseer esos conocimientos técnicos especializados, sin importar cómo ha conseguido esos conocimientos, por lo que se rechaza la posesión de titulación oficial como requisito condicionante de la práctica de la prueba (*vid.* artículo 340.1.º LEC de 2000).

— El objeto de la pericia

El objeto de la pericia es verificar unos hechos o averiguar su naturaleza con determinados conocimientos científicos. Por ello no pueden ser objeto de la pericial, basándonos en jurisprudencia inveterada:³⁸³

1. La averiguación de un hecho material reciente, como la construcción de un edificio (STS 23 de diciembre de 1896).
2. La declaración sobre el sentido y significado de un documento (STS 22 de marzo de 1888).
3. El reconocimiento de cartas firmadas por quienes no eran litigantes que debieron citarse como testigos (STS 19 de octubre de 1898).

382. GÓMEZ COLOMER. «El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)», op. cit., p. 311. No se ha citado anteriormente, faltan datos.

383. MEDINA Y MARANON (*et. al.*). *Leyes Civiles de España*. Novísima Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.

4. La existencia misma de los hechos que han de apreciarse (STS 28 de septiembre de 1932).
5. Reconocer un informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Sentencia de 19 de noviembre de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, fundamento de derecho segundo).³⁸⁴

Es importante para nuestra tesis la recogida en el apartado núm. 4, sancionada por el Tribunal Supremo en 1932. Y ello es lógico aún hoy, en 2007, porque el perito no es testigo, pero depone sobre las consecuencias médicas de unos hechos alegados, y el acoso moral posee un cuadro clínico específico y concreto.

— Máximas de experiencia

En las sentencias ya citadas de los TSJ de Madrid, Cataluña y Castilla La Mancha concurre un elemento extraño a la relación procesal que distorsiona las normas jurídicas probatorias. Este elemento es motivo suficiente como para acceder a la instancia judicial superior mediante un recurso de suplicación (si se trata de asunto laboral) o mediante un recuso de apelación (si se trata de un asunto contencioso-administrativo).

Cabría fundamentar el recurso mediante el motivo llamado predeterminación del fallo, por infracción del art. 117.3.º CE en relación con los arts. 24.1.º y 2.º CE. En este sentido, a título de ejemplo, se puede ver STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 3 de enero de 1996,³⁸⁵ fundamento de derecho primero:

«[...] Existe la predeterminación del fallo denunciada, pues el contenido del hecho probado en cuestión constituye una anticipación de valoraciones jurídicas [...]».

Profundizando en la causa de este error, podríamos encontrar las llamadas *máximas de experiencia*. Se trata de definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares, concretos, de cuya observación se han deducido.

O bien, cabe entenderlos como los conceptos o juicios de valor sobre hechos e incluso conceptos dependientes de un saber especializado, en suma, traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*, es decir, los hechos que la experiencia vulgar enseña que acontecen en la normalidad estadística de los casos.

Su función en el proceso es fijar los hechos, pues no siempre la premisa ma-

384. (AS 1992, 5412)

385. (AS 1996, 85)

yor de un juicio o silogismo es una norma jurídica sino una norma o máxima real de la vida perteneciente al comercio, al arte o la ciencia siendo necesarias para la aplicación de las normas que emplean conceptos cuya explicación no es dada por la Ley.³⁸⁶ Por ello, la conexión entre máxima de experiencia y prueba pericial queda en una situación de mutua complementación.

El proceso formativo de la máxima de experiencia implica la concreción a reglas generales de los criterios extraídos de la experiencia, conformando el juicio de hecho que recibe una cierta impronta normativa y el tratamiento lógico de un proceso deductivo, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor. Rosemberg lo explicaba considerando el juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales, formada, por tanto, mediante reglas lógicas.³⁸⁷

La doctrina del Tribunal Supremo ha definido y analizado estas máximas en diversos pronunciamientos:

STS, Sala 1.ª, 20 de julio de 2006,³⁸⁸ fundamento de derecho tercero:

« [...] No constituyen presunciones las deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes que llevan a conclusiones razonables en el orden normal de las cosas (Sentencias 5 de julio de 2004 [RJ 2004\4996] y 19 de diciembre de 2005 [RJ 2006\295] y cita) [...]».

STS, Sala 2.ª, 3 de febrero de 2004,³⁸⁹ fundamento de derecho primero, y STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 6 de febrero de 2006,³⁹⁰ fundamento de derecho tercero.

La estrecha conexión entre máxima de experiencia y prueba pericial revelan, por otro lado, lo erróneo de lo declarado por los tribunales, ya que el único capaz de aportar reglas de experiencia especializadas es el perito, en nuestro caso, un perito médico, que auxilie al juez aclarando sus dudas. Lo que no es admisible es que este mismo juez rechace una pericial de parte por el simple hecho de que lo narrado no es de su gusto.

Junto a este argumento jurídico, cabe exponer otro, más discriminatorio, que evidenciaría esta irracionalidad. En numerosos pleitos sobre incapacidad permanente en materia de Seguridad Social, propios de la jurisdicción social, o en la cuantificación de daños por cualquier perjuicio que deba conocer el juez de lo con-

386. PRIETO CASTRO. *Derecho Procesal Civil*, t. I, *op. cit.*, p. 300. No se ha citado anteriormente, faltan datos.

387. IBÁÑEZ, A. «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, *op. cit.*, s.p. [pero 115 a 159].

388. (RJ 2006, 4735)

389. (RJ 2006, 2838)

390. (RJ 2006, 2216)

tencioso, por ejemplo, en una responsabilidad patrimonial contra la Administración pública, no se conocen sentencias en donde el juez sustituya las máximas de experiencia especializadas dadas por médicos especialistas o psicólogos por sus propias convicciones o creencias.

Los médicos deben actuar como peritos, pero no como testigos, pues, según razona la SAP de Pontevedra, 29 de noviembre de 1994,³⁹¹ fundamento de derecho cuarto:

«[...] A partir de ahora es conveniente advertir que los juicios de valor y las máximas de experiencia científicas que habremos de tomar en consideración son las de quienes han intervenido en el procedimiento en su condición de peritos; y no lo han sido los facultativos que emitieron los informes que se acompañan a la demanda y que sirvieron de justificación a la misma, que comparecen como testigos y que su presencia en autos no tiene otra relevancia que ratificar su propia opinión otrora formulada por escrito [...]».

Sin perjuicio de que procesalmente cabe admitir al perito-testigo, en los supuestos en que el perito haya presenciado las acciones de acoso.

Concurre una sentencia aclaratoria de la dimensión de la pericial médica que aún dictada en la jurisdicción penal goza de efectos en otras jurisdicciones, en la medida en que se emplea idéntica prueba regulada por iguales preceptos de la LEC de 2000. Me refiero a la STS, Sala 2.^a, 7 de diciembre de 2005,³⁹² fundamento de derecho sexto:

«[...] Debemos hacer notar que la prueba pericial psicológica se refleja como una fuente probatoria eficaz para apreciar el testimonio de una menor víctima de un delito de naturaleza sexual —véanse sentencias de esta Sala de fechas el 16/05/2003 (RJ 2003\5286) y el 24/01/2005 (RJ 2005\4343)—, aparte de que la Audiencia ha dispuesto de la intermediación en la exploración de la afectada[...]».

Conviene por último mencionar, como ejemplo de la objetivación científica sobre el acoso moral, los criterios esgrimidos por la Sociedad Española de Psiquiatría Forense, que define el *mobbing* del siguiente modo:

«A) Como comportamiento orientado a la destrucción psicológica, moral y laboral de la víctima a medio plazo, que tiene su origen, de forma principal, en la interacción de determinadas características de la organización del trabajo con las necesidades, habilidades y expectativas individuales. Tales características son las mismas que concurren en cualquier otro problema de

391. (AC 1994, 1983)

392. (RJ 2006, 2675)

índole psicosocial en el trabajo; es decir, las exigencias del trabajo, el nivel de influencia que tiene el trabajador sobre la organización del trabajo y el clima social en el trabajo. Por tanto, el *mobbing* es, ante todo, una configuración particular de la organización del trabajo que se traduce, como diría Leyman, en una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema (en una o más de las 45 formas o comportamientos descritos por el *Leymann Inventory of Psychological Terroritation* (LIPT), de forma sistemática (al menos una vez por semana) durante un tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo.

B) Comportamiento que responde a una intención consciente de dañar o perjudicar a otra persona, ya sea como un fin en sí mismo o como instrumento para lograr otro fin.

— Se realiza de forma reiterada.

— Alguien resulta afectado y dañado, la intensidad y gravedad del daño depende no sólo de la agresión, sino también del grado de vulnerabilidad de las personas objeto de la agresión.

— El maltrato es dirigido por lo general hacia alguien en una situación de desigualdad con respecto al agresor.

C) El superior se prevale de manera abusiva de la situación que ocupa en la organización para intentar reducir la influencia social de un subordinado en su entorno o bien para forzarlo a dejar su trabajo de modo voluntario, o a que solicite un cambio en el puesto de trabajo o la baja laboral.

Desde un prisma clínico y personalógico el *mobbing* es la expresión de rasgos de personalidad psicopatológicos: personalidad paranoide, narcisista, psicópata. O como poco, de los procesos psicológicos, por ejemplo, la frustración, que resultan de la influencia de determinadas condiciones de trabajo».

Para la Sociedad de Psiquiatría Forense son los factores organizacionales los que originan el *mobbing*. Entre éstos, los de índole psicosocial que tienen que ver con la organización del trabajo y con la inexistencia de sistemas adecuados de gestión de conflictos. Entre los primeros, se han señalado los siguientes:³⁹³

- «1. Pobre organización de la producción y métodos de trabajo.
2. Falta de apoyo e interés de los jefes.
3. Existencia de múltiples jerarquías.
4. Cargas excesivas de trabajo debido a la escasez de plantilla o a la mala distribución de la misma.
5. Deficiente organización diaria del trabajo.
6. Existencia de líderes espontáneos no oficiales.

393. GUILLEN GESTOSO, C.; CANO VALERO, J.; DEPOLO, M. «*Mobbing* desde una perspectiva organizacional». *Psiquiatría Legal, newsletter*, 2005, 13.

7. Trabajo con bajo contenido.
8. Conflictos de rol.
9. Flujos pobres de información.
10. Estilos de dirección autoritarios.
11. Burocratización y rigidez en las organizaciones.
12. Caos y desorganización interna.
13. Fomento de la competitividad interpersonal como valor cultural.
14. Ausencia de ética empresarial.
15. Promoción inadecuada a posiciones de dirección (personas incompetentes o con rasgos psicopatológicos).
16. Falta de formación en management y liderazgo.
17. Fomento de un clima de inseguridad personal y laboral.
18. Presentar la solidaridad, confianza y compañerismo como valores sospechosos.
19. Trabajos cargados por la urgencia.
20. La utilización de lenguajes técnicos codificados que excluyen a los no iniciados en la materia.
21. La organización rígida del trabajo y un funcionamiento organizacional demasiado centralizado y compartimentado.
22. La falta de reconocimiento del trabajo realizado.
23. Tareas que no sean fácilmente evaluables.
24. No fijación de objetivos bien definidos u objetivos fácilmente manipulables que propician el abuso de poder».³⁹⁴

Todos estos factores tienen en común su carácter potencialmente estresante.

En cualquier caso, las pruebas testifical y pericial tienen diferencias sustanciales que deberían ser esgrimidas ante sentencias en donde el tribunal de instancia desnaturalice la pericial, y la rechace sin motivación legal suficiente. Las diferencias principales son las siguientes:

- La legitimación del testigo deriva de su proposición por las partes; la del perito, de la aceptación del cargo.
- La capacidad del perito implica conocimientos técnicos no exigibles al testigo, pues a éste únicamente se le reclama la posibilidad de percibir por los sentidos, recordar esas percepciones y exponerlas después. El perito aporta nociones o reglas y síntesis de ciencia que son llevadas por el iudex no a la premisa de hecho menor del silogismo judicial sino a la mayor o jurídica, aquella referente a definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido obtenidos de la ciencia pero no vinculados a los casos singula-

394. GUILLEN GESTOSO, C.; CANO VALERO, J.; DEPOLO, M. «*Mobbing desde una perspectiva organizacional*». *Psiquiatría Legal, newsletter*, 2005, 13.

res de cuya observación se inducen.³⁹⁵ A tenor de esta afirmación, véase STS 30 de junio de 1981,³⁹⁶ considerando segundo.

- Los testigos no vienen elegidos por las partes sino por la relación histórica con los hechos. Los peritos aportan lo que se denominan máximas de experiencia especializadas,³⁹⁷ es decir, conocimientos científicos, artísticos o prácticos.
- En definitiva, como recoge la LEC, la prueba pericial se recoge en el art. 335, que dice:

«1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito».

Mientras que la prueba testifical esta tipificada en el art. 360 LEC, que declara:

«Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio».

A pesar de estas diferencias normativas, suficientes como para solicitar procesalmente nulidad de actuaciones, sea por predeterminación del fallo (infracción del principio de imparcialidad judicial) y la indefensión subsiguiente ex art. 24.1.º CE o/y o infracción de las normas procesales sobre la prueba, el Diario Médico publica en 31 de marzo de 2007³⁹⁸ una declaración de la Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial (OMC) comunicando la elaboración de un texto con los principios éticos que deben seguir los médicos ante la Administración de justicia. Aunque, en realidad, sólo se remite al Código Español de Ética y Deontología Médica de 10 de septiembre de 1999, y concretamente a su art. 4.3.º que dice: «la primera lealtad del médico es la que debe a su paciente, y su salud debe anteponerse a cualquier otra conveniencia».

395. PRIETO CASTRO. *Derecho Procesal Civil*, t. I *op. cit.*, pp. 353 y 300 con remisión a STEIN, *Das private Wissen des Richters*, 1893.

396. (RJ 1981, 2917)

397. RAMOS MENDEZ. *Enjuiciamiento Civil*, t. I, *op. cit.*, p. 430; MONTERO AROCA. *La prueba en el proceso civil*. *Op. cit.*, p. 178.

398. http://www.diariomedico.com/edicion/diario_medico/normativa/es/desarrollo/782686.html

El facultativo presionado, y esto lo alego yo, podría presentar una queja ante el Colegio Médico para que emprenda medidas legales oportunas ante el Consejo General del Poder Judicial, contra el juez, o bien ante el Colegio de Abogados, si fuera el abogado de la parte quien lo haya violentado.

El deber de guardar secreto se encuentra en el art. 371 LEC de 2000, pero únicamente respecto a la prueba de testigos y la prueba de perito-testigo, recogida en el art. 370 LEC de 2000. Sin embargo, la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999 otorga cobertura suficiente como para evitar cualquier consecuencia negativa al médico que se negase a responder sobre otros aspectos privados de la salud de la parte procesal.

En su dimensión penal, el art. 459 CP castiga «a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años».

También se castiga, del mismo modo, en el art. 460 «el perito que sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años».

Con toda esta concurrencia de normas que protegen la veracidad de los dictámenes médicos, no se puede entender la desconfianza de algunos tribunales hacia las periciales, sólo en los supuestos de acoso moral.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el médico es un funcionario de comunidad autónoma, por ejemplo, un inspector médico y es presionado por la Subsecretaría de algún Ministerio o de una Dirección Provincial? ¿Qué ocurre cuando lo intentan presionar con una apertura de expediente disciplinario? En esta cuestión, como en la de los procesos de *mobbing*, en la Administración pública, surge un silencio delator de un vacío institucional.

La justicia gratuita no reconocida a los funcionarios públicos

En la travesía legislativa de acercamiento y fusión de derechos laborales y funcionariales se producen distorsiones que crean una discriminación negativa para los funcionarios públicos. Se trata del tema, nada desdeñable, de la asistencia jurídica gratuita, verdadera piedra de toque para la estabilidad de la marcha organizacional que amordaza a los funcionarios en sus demandas jurisdiccionales a no sobrepasar la primera instancia judicial por los costos elevados que ello genera. Esta situación engendra una indefensión sobre la discriminación que se produce, pues los empleados laborales gozan de la asistencia jurídica gratuita reconocida por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, 10 de enero y se encuentran exentos del pago de costas procesales.

Este reconocimiento redundaría en un mayor prestigio de la carrera administrativa, alejando sobre todo el uso político de la burocracia contra sus empleados no afines, porque los órganos jurisdiccionales controlarían las acciones administrativas constitutivas de desviación de poder o, en los casos más toscos, de abuso de derecho, sin ninguna merma pecuniaria del empleado público. Facilitaría la confianza del empleado con la organización, de la cual derivan obligaciones de lealtad con el administrado. Una de ellas, la libertad ideológica y de expresión. Además, incrementaría la reputación de la organización, factor no ponderado adecuadamente por los gestores públicos españoles, más empeñados en el mantenimiento de su relación directiva que del mejoramiento de su gestión.

— Asistencia jurídica gratuita para los empleados laborales

El concepto de asistencia jurídica gratuita de la Ley 1/1996 conecta con el recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, art. 47 in fine: «Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia», artículo construido sobre la redacción de los arts. 13 y 6.1.º del Tratado de Roma de 1950. No hay diferenciación alguna entre distintos órdenes jurisdiccionales (*vid.* STJCE 15 de mayo de 1986, As. 222/84, Jhonston).³⁹⁹

Los empleados laborales podrán acudir a los órganos jurisdiccionales sociales para tratar sus discrepancias laborales con la Administración, pudiendo alzar su pretensión a instancias judiciales superiores sin que puedan ser condenados a costas.

La Ley 1/1996 AJG, art. 2.d), reconoce este derecho en la jurisdicción social: «además los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales».

Su ámbito subjetivo no incluye a los funcionarios, y por ello, tampoco a los sindicatos que los representen en procesos jurisdiccionales sobre una interpretación ad litteram de la Ley 1/1996, artículo 2, que conecta con ATSJ de Castilla y León, Valladolid, 11 de febrero de 1994,⁴⁰⁰ fundamento de derecho único. En la misma línea argumentativa, ATS 19 de mayo de 1998,⁴⁰¹ fundamento de derecho único y AATS, Sala de lo Social, 14 de mayo de 1998⁴⁰² y 11 de julio de 1995.⁴⁰³ Se reconocería este beneficio cuando actuaren los sindicatos en repre-

399. LOPEZ CASTILLO, A. «Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE». *Revista de Estudios Políticos*, 2004, 113, p. 62.

400. (AS 1994, 477)

401. (RJ 1998, 5078)

402. (RJ 1998, 4917)

403. (RJ 1995, 6126)

sentación del empleado litigante (*vid.* ATS, Sala de lo Social de 11 de julio de 1995, fundamento de derecho primero).⁴⁰⁴

El art. 2 de la Ley 1/1996 no reconoce al funcionario público la justicia gratuita ante los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, lo que de por sí genera una indefensión tácita por el temor del empleado a enfrentarse a gastos que mermen su economía. La justicia es cara y máxime para un empleado cuyos recursos son limitados y cuyo empleo es incompatible con otro que pudieran complementar su retribución. Y todo ello en aras de una supuesta moralización del sector público, cuando lo realmente importante es el comportamiento ético con su entorno.

Esta situación plantea la paradoja de que si con la Ley de Incompatibilidades de 1984 —en vigor conforme a la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público— se exige de los empleados públicos «un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración», según reza su exposición de motivos, nada contribuye a este fin, el no reconocimiento explícito de la gratuidad en los procesos contencioso-administrativos sobre cuestiones de personal. Máxime cuando esta norma es de aplicación in toto tanto al personal laboral como al de carrera.

El funcionario se encuentra ante una encrucijada: por un lado, el mantenimiento de la ética laboral y por otro la imposibilidad de poder sufragar los gastos derivados de actuaciones ante los tribunales en defensa de sus derechos dentro de la organización. Pavoroso dilema y sombría falta de previsión del Ejecutivo. Aunque más penosa me parece, insisto, la falta de medidas ante problemas psicosociales que surgen, se mantienen y se enquistan en sus estructuras productivas, lo que demuestra el fracaso de una gestión pública más volcada hacia la *terribilitá* gerencial que hacia la optimización de ambientes laborales. Las vacaciones y los días de permiso retribuido no son la solución. Se requiere más innovación y compromiso con el capital humano. Ello implica cambios en la cultura burocrática, entre ellos, la apertura a nuevos valores olvidando la *gestión introspectiva*.

Como apunta Martínez de Pisón, «el funcionario, con sus escasos recursos, se enfrenta a toda una estructura que dispone de grandes medios para su defensa. Incautamente, se cae en la trampa de acudir al proceso sin la debida asistencia y representación, dado que le está permitido el recurso sin necesidad de procurador y letrado al presuponerse en el funcionario unos conocimientos jurídicos de los que, por lo general, carece. Eso sí, la tentación de ahorrarse unos honorarios que mermarían su paupérrimo sueldo es acicate suficiente como para incurrir en el error comentado».⁴⁰⁵

404. (RJ 1995, 6126)

405. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., «La comisión de servicio y la expectativa de destino». *Revista de Administración Pública*, 1991, 125, p. 408.

Análisis de la gerencia realizada por el acosador en el supuesto de *mobbing* descendente

Un tercer elemento que concurre y que debiera ser analizado es la ponderación del entorno gestor creado por el directivo acosador como indicio del abuso o no de poder en el centro de trabajo. Frente a una gerencia creativa, abierta al aprendizaje, flexible, humana; otra gestión cerrada, autárquica, represora, vulgar, rígida, jerárquica y conservacionista.

Para mí es un aspecto importante, ya que las organizaciones reflejan su entorno laboral, se quiera o no se quiera. La interacción entre la individualidad del funcionario y el «ser» de la colectividad de la unidad administrativa están unidos.

Un ambiente laboral bajo presión creará una organización presionada con serios problemas de eficiencia. La empresa refleja siempre la personalidad del gerente, como el hecho de que cada director público marca su impronta en su unidad administrativa, por muchos esfuerzos que se hagan para borrar su huella.

En el acoso-tipo, el descendente, no suele analizarse la forma de dirección, el modo de desempeñar el poder del acosador, es decir, su gerencia. El ejercicio del poder, de cualquier poder por minúsculo que sea, siempre que suponga la subordinación de otras voluntades ajenas, es un elemento a valorar porque posibilita un indicio conductual del cual pueden derivarse acciones propias de *mobbing*. Si se mantiene, por ejemplo, en las formas clásicas burocráticas o, por el contrario, asume las nuevas dinámicas directivas derivadas del management empresarial. Estas nuevas formas o habilidades directivas implican:

1. Una gestión horizontal, no vertical.
2. Un compromiso con códigos éticos.
3. Una sumisión obligada con los derechos humanos.
4. Ponderación adecuada de la persona y su circunstancia, su realidad y entorno en sentido amplio.
5. Respeto a la vida, incluida la del nasciturus de funcionarias embarazadas. El aborto provocado por un medio laboral sumido en el caos del acoso produce estas consecuencias dados los altos niveles de estrés. Porque el estrés como tal, mata, aunque no se quiera reconocer explícitamente considerándolo como una patología menor. Cosa que infringe no ya formas de carácter administrativo, sino más bien penales.

Ya hablamos del acoso moral criminalizado y de funcionarios homicidas por razones que no son otras que su burda mediocridad personal y profesional. Pero esto no es lo peor, participan en idéntico grado de autoría los superiores que permiten dicha situación. Su responsabilidad viene impuesta por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, art. 14, a la Administración pública res-

pecto a sus funcionarios. Sin embargo en los planes de evaluación de riesgos laborales no suelen tener cabida los riesgos psicolaborales, con lo cual queda evidenciada la importancia que el *mobbing* tiene en la organización pública. Y es que el miedo es un arma de gestión, es generador de complicidades inconfesables y de silencios clamorosos. Pero no es efectiva.

Herbert A. Simon, creador de la teoría de la organización, destaca la atracción que la burocracia genera en individuos con personalidad paranoica.⁴⁰⁶ Algunos críticos de la Administración han alegado esta razón para menospreciar la organización pública: los puestos en la Administración pública atraen a aquellos individuos cuyas necesidades personales producen en ellos tendencias autoritarias.

Como autoritarismo, el amor al poder por encima de las demás apetencias. Éste puede derivar de tendencias sádicas o paranoicas. Muestra como ejemplo, estadístico, de personas que buscan destino en instituciones penitenciarias u hospitales psiquiátricos en donde les resulta más justificable el empleo de la violencia. El régimen nazista y los comunistas buscaban rentabilidad a esta debilidad humana, contratando a este tipo de personas. La identificación propia con el poder del Estado proporciona una fuente profunda de satisfacción a la personalidad paranoica. Así podemos explicar cómo algunos funcionarios se encuentran más dedicados a las relaciones públicas, sin mayor dignidad y finalidad que alimentar su ínfima valía intelectual y personal, y perviven, sin apenas recursos intelectuales, a la sombra de sus favores y deudas. No hay mérito ni capacidad académica, pero sí mercantilismo administrativo.

La intervención de los delegados de prevención de riesgos laborales en cada unidad administrativa no es operativa, porque se muestra impotente para evitar estas actuaciones, dado que este puesto de trabajo no se encuentra recogido en las relaciones de puestos de trabajo que están a merced del directivo, y lo único que puede evitar es que sea cesado de su dulce destino.

Frente a esto, hay que tener en cuenta la conmixión, es decir, la identificación del directivo con el elemento humano de la organización. O si lo preferimos, el imperativo categórico de considerar a la persona como un fin en sí mismo y no un medio a merced de los elementos que puedan concurrir.⁴⁰⁷ Entre ellos, uno muy utilizado y que provoca un acoso a los funcionarios veteranos cercanos a la edad de jubilación o de máximo tiempo de permanencia en lo público.

Por ello, cabe decir que en la Administración pública pueden concurrir muchos y diversos argumentos que conduzcan al *mobbing*: por su naturaleza, por su sujeto y por su finalidad. Porque no se trata de una simple humillación al fun-

406. SIMON, HERBERT A.; SMITHBURG, DONALD W.; THOMPSON, VICTOR A. *Administración pública*. Op. cit., p. 477.

407. HABERMAS, J. *El futuro de la naturaleza humana*. Barcelona: Biblioteca del presente, 2002, p. 77.

cionario, se trata de apartarlo para mantener el poder, ése es el verdadero fondo del acoso moral: el desarrollo de estrategias para mantener un poder omnímodo quitando obstáculos que incomoden.

Frente a esta situación, sólo la educación, la ética y la personalidad del gestor, aún nombrado mediante libre designación política, marcará un liderazgo ético. Al menos, un liderazgo coherente y sistemático. Acosar discrecionalmente es acosar discriminadamente y la discriminación supone una lesión a los derechos humanos y a nuestros derechos fundamentales, art. 14 y 23.2.º CE. Éste último cuando afecta a la relación jurídica de función pública, como tiene declarado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

— Autotutela de la Administración en la prevención del acoso moral

Es un contrasentido que en la Administración pública pueda existir *mobbing*, dado su sometimiento al ordenamiento jurídico exigido por el art. 103.1.º CE y por el art. 9.1.º CE. Y, sin embargo, concurre y, en algunos casos, es permitido y apoyado por órganos superiores y directivos. Es decir, el acoso moral provoca el incumplimiento de lo que el art. 9.3.º CE garantiza, que no es otra cosa que el principio de legalidad como esencia del Estado de Derecho del art. 1.1.º CE. Lo que supone tanto como decir que la Administración pública debe respetar los derechos fundamentales, y demás tratados internacionales sobre derechos humanos del art. 10.2.º CE y actuar conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional pero también por la jurisprudencia dictada por el TEDH.

Estos tratados que vinculan a España son los siguientes:

- a) Declaración de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Con procedimiento para enjuiciar las lesiones provocadas por los Estados parte a sus nacionales.
- b) Tratado de Roma, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos. Creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con jurisdicción propia y vinculante a los Estados parte.
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 diciembre 1966. Instrumento de ratificación, de 13 abril 1977.
- d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 diciembre 1966. Instrumento de ratificación, de 13 abril 1977.

Otros comportamientos se incluirían en el abuso de derecho que no es otra cosa que el ejercicio de potestades administrativas burdamente ejercitadas. Las Subsecretarías de los Ministerios al amparo del art. 15 LOFAGE, por ejemplo, tie-

nen atribuidas la potestad inspectora, atribuidas a la Inspección General de Servicios de cada Departamento. Esta actividad se presume imparcial y, por ello, idónea para prevenir actuaciones de acoso.

En este sentido se dictó una instrucción administrativa, ya citada en este estudio, llamada «Criterio Técnico de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 34/2003, de 14 de marzo», designando no a los inspectores de trabajo cualificados e independientes (hasta lo permitido en aplicación del principio de jerarquía), sino a la Inspección General de Servicios del Ministerio, lo que provoca, sin duda, una sospecha, en algunos casos más que razonable, de parcialidad operativa. Pero todo esto resulta insuficiente a la vista de los resultados producidos y consentidos.

Es decir, la Administración pública carece de medios que puedan frenar situaciones de acoso contra sus funcionarios, que es tanto como decir, que la organización pública puede obrar a su libre capricho sin que nada ni nadie actúe para frenar estas dinámicas. Y, con todos mis respetos, el obrar por capricho, por el anhelo de destruir, aunque produzca placeres paroxísticos, no es de recibo en una organización pública, que sólo pertenece al Estado y por ello no puede ser patrimonializada a gusto y antojo de la directiva/o de turno. Únicamente caben actuaciones dentro de los márgenes que establece la Ley. No obstante ello se produce y no por el mérito y capacidad intelectual sino por el demérito e incapacidad política.

Ante estos hechos, hablar de derechos en la Administración es un eufemismo de mal gusto, incluso grosero. La razón no es otra que la falta de directivos/as con formación ética y preparación técnica suficiente, que no significa que no los haya, que los hay, y buenos, pero están relegados por una mediocridad imperativa y una excelencia silente.

Ante unas Administraciones Públicas que carecen de potestad para autorregularse, autocontrolarse en acciones que lesionan la dignidad de sus empleados, podría el funcionario acudir al Defensor del Pueblo. Sin embargo, de sus anuarios estadísticos no se desprende una actuación llamativa en cuestiones de acoso moral ni aún cuando en el ejercicio de tal acoso se violen derechos fundamentales que por su objeto competencial le corresponde. Y todo ello ignorando la importancia que los derechos fundamentales tienen en un Estado liberal, que supone el reconocimiento a los ciudadanos, a las personas, de esferas vitales que no pueden ser violadas por el poder estatal. De aquí nace el «estatismo, la estatolatría como religión imperante y que supone la subordinación incondicional de la persona al Estado, al aparato social de compulsión y coerción».⁴⁰⁸ Algunas asociaciones privadas de ayuda al acosado tampoco son operativas, bien porque carecen de

408. VON MISES, L. *Gobierno Omnipotente (en nombre del Estado)*. Madrid: Unión Editorial, 2002, p. 77.

recursos, bien porque los intereses políticos se encuentran detrás de ellas, lo que las hace ineficaces en tanto concurren connivencias tácitas. Cabría denominar todo esto como vacío institucional, contra el acoso moral y el acosado, con falta de apoyos y recursos.

Tampoco la Fiscalía General del Estado se ha pronunciado sobre el *mobbing*, únicamente sobre el acoso escolar en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre. El porqué de ello cuando hay una infinidad más de pleitos sobre acoso moral que sobre acoso escolar no puede obedecer a criterios científicos sino a criterios de oportunidad. Y por lo general sometidos a la presión mediática. Que es importante, porque todo cuanto afecte a la dignidad de la persona lo es. Y que hubiera sido preferible un tratamiento amplio, globalizado de toda acción que menoscabe los derechos fundamentales de la persona en sus diversas manifestaciones: acoso escolar, acoso sexual, acoso inmobiliario y cómo no, acoso moral, y dentro de él, el acoso institucional, administrativo o público,⁴⁰⁹ el más perverso y deleznable, que produce pavor jurídico e institucional.

Sobre estas consideraciones el acoso en la Administración pública parece sumirse en un denso velo, únicamente comprensible por la renovatio de un exceso de jerarquía y mando hasta ahora no vistos. Ello es consecuencia de la denominada Administración de policía, incitada por la reducida operatividad de los sindicatos en defensa de funcionarios. Pero igualmente de las agrupaciones profesionales, comprometidas entre el ser y el no ser algo, simplemente, en la organización pública-política en un momento determinado. En suma, el funcionario se encuentra sólo frente a lo que Levi calificó como «la maldad consustancial a cada hombre y en un sentido inabordable desde una perspectiva meramente humana».

Y frente a esta situación surgiría la imprevisibilidad dentro de las corporaciones, que afecta directamente a lo que es el objeto de la Administración pública: la gestión de servicios para el ciudadano y la eficiencia de las políticas públicas de servicios. Finalidad que no podría ser alcanzada por el miedo, porque la dinámica del órgano será de sumisión y obediencia a órdenes que no son respuestas a las necesidades de su organización, sino ajenas a éstas. O si ese poder no se acepta, la dinámica del grupo será de rebelión, abierta o encubierta.⁴¹⁰

O quizás las razones del *mobbing* se deban a una profunda crisis de valores. Una decadencia social, la vuelta del hombre a su primigenia tribalidad, perdiendo la perspectiva de comunidad, fortaleciendo la localidad, provocando una génesis que, desde nuestra perspectiva jurídica, destruye la libertad, la dignidad, el honor, el núcleo esencial de la persona.

409. La violencia de género se encuentra recogida en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

410. STACEY, RALPD L. *Gestión del caos. Estrategias empresariales dinámicas para un mundo impredecible*. Barcelona: Ediciones S, 1994.

Cuando el soporte espiritual del hombre desaparece, el individuo pierde su conciencia, embarcándose a la deriva, sin rumbo. Las referencias éticas y morales entran en crisis volviéndose valores vacíos, referentes inocuos de actuación. Palabras sin contenido. El fariseísmo útil en la medida en que sirva al promotor para conservar su estatus de poder es lo único válido: la egolatría es la única confesión admisible y permitida, la doble moral alejada de la realidad y más cercana a espurios intereses.

Más allá del uso y abuso temporal de efímeros cargos, hoy, el relativismo más extremo priva al hombre de una dimensión espacial, concretándolo en otra brevísima, de carácter temporal, insignificante. El hedonismo se eleva como fruto deseable de un presente que es lo único válido y trascendente. Ello genera la condensación del hombre a un momento concreto. Una vez que pierde su perspectiva universal, lo inminente es la angustia de su vida porque contempla su insignificancia. Y esa idea permite prescindir de la dignidad y el honor como patrimonio esencial de la persona. Y llegados a este punto, cualquier actitud está permitida porque el individuo pierde toda referencia y límite.

Con razón apunta Rodríguez Arana, en su ponencia *Reflexiones sobre la reforma y modernización de la Administración pública*,⁴¹¹ que nos encontramos ante una nueva etapa histórica del Derecho administrativo centrada en la recuperación del valor de la persona y de sus derechos inalienables: el elemento central es la persona, por lo que el conjunto del Derecho público no supone más que un ordenamiento al servicio del libre desarrollo de la personalidad.

El Derecho no es extraño a esta concepción, en ninguna de sus diversas manifestaciones: de creación legislativa y de interpretación legislativa. El juez, hoy más que nunca, se encuentra en una encrucijada: o la salvaguarda del ciudadano o el encubrimiento de la organización bajo la presión ambiental de una Administración omnímoda. Un código ético para el poder judicial quizás sea más imprescindible que nunca para salvaguardar y proteger los derechos constitucionales de todos porque de ello se deriva la credibilidad y confianza en el sistema democrático.

411. RODRIGUEZ-ARANA, J. «Reflexiones sobre la reforma y modernización de la Administración pública» en *Gestión y Administración pública*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración pública, Xunta de Galicia, 1996, p. 55.

Sentencias estudiadas

Sentencias de los tribunales de la jurisdicción social

1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 30 de abril de 2001, de 18 de mayo de 2001 y de 15 de junio de 2001, p. 24
2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 21 de febrero de 2001, p. 25
3. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 18 de junio de 2001, p. 25
4. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pamplona, de 24 de septiembre de 2001, p. 27
5. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de noviembre de 2001, p. 28
6. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de febrero de 2002, p. 28
7. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de 28 de febrero de 2002, p. 28
8. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de abril de 2002, p. 28
9. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, de 24 de mayo de 2002, p. 30
10. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de septiembre de 2002, p. 30
11. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Gerona, de 17 de diciembre de 2002, p. 31
12. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 8 de abril de 2003, p. 34
13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 30 de junio de 2003, p. 34
14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 23 de diciembre de 2003, p. 35
15. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de octubre de 2003, p. 36
16. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 16 de diciembre de 2003, p. 36
17. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de mayo de 2006, p. 36 y p. 84

18. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 29 de diciembre de 2003, p. 38
19. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de enero de 2004, p. 38
20. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de febrero de 2004, p. 38
21. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 17 de febrero de 2004, p. 39
22. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 19 de abril de 2004, p. 39
23. Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2006, p. 85
24. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de enero de 2005, p. 105
25. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de junio de 2005, p. 105

Sentencias de los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2001, p. 40
2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 25 de septiembre de 2002, p. 40
3. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Burgos, de 11 de abril de 2003, p. 41
4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 25 de septiembre de 2001, p. 41
5. Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Madrid nº 18, de 24 de octubre de 2003, p. 42
6. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 27 de noviembre de 2003, p. 43
7. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24 de diciembre de 2003, p. 44
8. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 2 de abril de 2004, p. 45
9. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de abril de 2004, p. 45
10. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 12 de julio de 2004, p. 46
11. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, de 23 de julio de 2004, p. 46
12. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1999, p. 46
13. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 18 de noviembre de 2004, p. 47

14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, de 17 de octubre de 2006, p. 48
15. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2006, p. 50

Sentencias de los tribunales de la jurisdicción civil

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2006, p. 108
2. Sentencia del Tribunal Superior de Navarra, de 6 de febrero de 2006, p. 108

Sentencias de los tribunales de la jurisdicción penal

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2004, p. 108
2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 2005, p. 109

El autor

Juan B. Lorenzo de Membiela (Albacete, 1964) es doctor en derecho por la Universidad de Valencia. Actualmente, está destinado en el servicio jurídico de la Tesorería General de la Seguridad Social de Albacete.

Ha publicado diversas monografías, cinco de las cuales sobre la función pública: *Licencias y permisos de los funcionarios públicos* (Aranzadi, 2001), *Provisión sobre puestos de trabajo en la Administración pública* (Aranzadi, 2002), *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos* (Aranzadi, 2004), *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración pública* (Aranzadi, 2005), *Permisos, licencias y situaciones administrativas de los funcionarios públicos* (Aranzadi, 2005), *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera* (Aranzadi, 2006) y *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas* (Aranzadi, 2007).

Ha colaborado en varias revistas sobre temas jurídicos y función pública, entre otras: *Revista de Administración Pública*, *Actualidad Administrativa*, *Revista Española del Derecho del Trabajo*, *Actualidad Laboral*, *Tribuna Social*, *Aranzadi Social*, *El Consultor de los Ayuntamientos*, *Capital Humano*, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, *Revista Aragonesa de Administración Pública* y *Revista Catalana de Derecho Público*.