

MÁSTER UNIVERSITARIO EN PREVENCIÓN DE RIEGOS LABORALES



Universidad Miguel Hernández

Trabajo Fin de Máster

RECARGO DE PRESTACIONES POR INFRACCIÓN PREVENTIVA EN CASOS DE ACOSO MORAL

Alumna: Ana Belén Mansilla Redondo
Director-Tutor: D. Fernando Fernández Dobao
Fecha de entrega: 28 de julio de 2016

Indice

ABREVIATURAS.....	1
1.Resumen.....	5
2.Introducción.....	5
3.Justificación.....	8
4.Objetivos.....	8
5.Delimitación jurídica del concepto de acoso laboral.....	9
5.1.Evolución del concepto en el ordenamiento jurídico español.....	10
5.2.Delimitación jurídico-conceptual del acoso laboral.....	13
5.3.Elementos objetivos.....	13
5.3.1.Las conductas típicas.....	13
5.3.2.El carácter sistemático, reiterado y/o continuado.....	18
5.3.3.El contexto laboral.....	22
5.3.4.El daño psíquico.....	24
5.4.Elementos subjetivos.....	26
5.5.Clasificación en atención a la relación que vincula a los sujetos activo y pasivo.....	28
5.5.1.El acoso moral vertical descendente. Delimitación frente al abuso de poder.....	28
5.5.2.El acoso moral vertical ascendente.....	31
5.5.3.El acoso moral horizontal.....	32
6.El acoso como riesgo laboral y su tratamiento preventivo.....	33
6.1.Políticas de prevención.....	33
6.2.Medidas organizativas de prevención.....	36
6.2.1.Plan de prevención de riesgos laborales.....	38
6.2.2.Evaluación de riesgos psicosociales.....	38
6.2.3.Factores de riesgo psicosocial a incluir en la evaluación.....	40
6.2.4.La planificación de la actividad preventiva.....	42
6.3.Análisis de la actuación frente al acoso moral en el trabajo.....	47
7.Compensación del daño por acoso moral: El recargo de prestaciones por incumplimiento de deber empresarial.....	50
7.1.Accidente de trabajo y enfermedad de trabajo: Delimitación conceptual.....	50
7.2.Configuración jurídica general.....	51
7.3.Antecedentes normativos.....	52
7.4.Naturaleza jurídica del recargo.....	53
7.5.Requisitos constitutivos del recargo.....	53

7.6.Reconocimiento y cuantía del recargo.....	57
7.6.1.Reconocimiento.....	57
7.6.2.Cuantía.....	57
7.7.Sujeto responsable del pago del recargo.....	58
7.8.Pluralidad de empresarios.....	58
7.8.1.Contratas y subcontratas.....	58
7.8.2.Emresas de trabajo temporal.....	59
7.8.3.Sucesión de empresas.....	59
7.9.Insolvencia empresarial.....	60
8.Procedimiento de imposición o exigencia.....	60
9.Recaudación del recargo.....	62
10.Acciones judiciales.....	64
11.Compatibilidad del recargo con otras responsabilidades.....	67
12.Conclusiones.....	69
13.Bibliografía.....	72



ABREVIATURAS

apdo./ap	apartado
APT	Acoso psicológico en el trabajo
Ar.	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
art./s	artículo/s
AS	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CCCA	Convenio colectivo Comunidad Autónoma
CCE	Convenio colectivo estatal
CCe	Convenio colectivo de empresa
CCI	Convenio colectivo interprovincial
CCOO	Comisiones Obreras
CCP	Convenio colectivo provincial
CE	Comisión Europea
CE	Comunidad Europea
CE	Constitución Española
cit.	citado
CP	Código Penal
D	Directiva

D.A	Disposición Adicional
D.F	Disposición Final
DGITSS	Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad social
Dir.	Director
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea (Unión Europea)
ed	edición
ET	Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de trabajo temporal
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
ISTAS	Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud
IT	Incapacidad Temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
JS	Juzgado de lo Social
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP y PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
pag./s	página/s
PRL	Prevención de riesgos laborales
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RD	Real Decreto
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los

	Servicios de Prevención
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STEUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UGT	Unión General de Trabajadores
UNE	Norma de estándar europeo
Vol.	Volumen
VV.AA	Varios Autores

1. Resumen

El acoso laboral es un fenómeno de gran trascendencia social, con un fuerte impacto mediático. El tratamiento jurídico de este riesgo psicosocial es relativamente reciente y puede abordarse desde distintos ángulos del ordenamiento jurídico. Así, en el presente trabajo se analizará su delimitación jurídica en el ordenamiento español, distinguiendo los diferentes elementos que lo caracterizan y su tratamiento preventivo como riesgo laboral.

El recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad es una institución clásica de nuestro ordenamiento jurídico que se encuentra regulada y reconocida en el artículo 164 de la LGSS.

El incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, puede suponer un incremento de las prestaciones de seguridad social reconocidas como consecuencia de un accidente laboral.

En el presente trabajo se analiza la doble naturaleza indemnizatoria y sancionadora del recargo, que ha ocasionado discusiones doctrinales y prácticas. Igualmente se estudiarán los requisitos para su aplicación en los supuestos de acoso laboral, para lo cual se examinará la jurisprudencia y orientaciones doctrinales sobre esta materia.

2. Introducción

El mundo laboral y empresarial, en los últimos tiempos, ha estado marcado por una serie de cambios socioeconómicos y tecnológicos a gran escala que han afectado considerablemente a los puestos de trabajo, cambios cada vez más profundos y acelerados. El análisis del impacto que tienen estos cambios en el trabajo, en los puestos de trabajo y en sus trabajadores, refleja la aparición de los denominados riesgos emergentes.

El acoso moral en el trabajo es un riesgo laboral, de los llamados emergentes o riesgos psicosociales, que puede derivar en un daño para la salud física y mental del trabajador. Afecta a las condiciones de trabajo, y puede producir consecuencias económicas importantes

para la empresa.

Como riesgo laboral, es un problema que concierne a cualquier organización, pública o privada, con independencia de su tamaño, y requiere un abordaje o actuación apropiada en la empresa.

El acoso moral en el trabajo, por un lado, puede afectar a una persona determinada o a todo un grupo, a todos los niveles jerárquicos, a hombres y a mujeres, a trabajadores jóvenes y a trabajadores con experiencia; por otro lado, puede provocarse por parte de un jefe o superior (por abuso de poder o manipulación, esta situación suele ser la más frecuente en la empresa), producirse entre compañeros (por enemistades personales, envidia o rivalidad por sobresalir), o bien, dirigirse hacia el propio jefe (por ejemplo un compañero que es ascendido a jefe, cuando un mando que se incorpora del exterior, esta situación suele ser la menos frecuente)

El acoso moral o mobbing es un riesgo psicosocial que afecta a las condiciones de trabajo y que puede provocar daños a la salud física y mental de los trabajadores (aparición de fatiga física y mental, estrés, insatisfacción laboral); y favorecer situaciones peligrosas por una inadecuada gestión de la actividad preventiva en la empresa (posibilidad de propiciar actos inseguros o potenciar riesgos debidos a condiciones peligrosas).

El origen del riesgo se encuentra, por una parte, en los aspectos psicosociales y, por otra, en la organización del trabajo. La fuente de riesgo psicosocial surge de los factores del entorno relacional que tienen lugar en el trabajo, por tanto, en la supervisión recibida, la relación con el jefe, la relación con los colaboradores y/o compañeros, el trato recibido, el clima del grupo, etc. Sin embargo el agente de riesgo directo radica en unas relaciones interpersonales inadecuadas.

Con respecto a la fuente de riesgo organizacional, ésta se debe a una inadecuada organización del trabajo, a un inapropiado diseño del propio puesto y, también a una nula o ineficiente gestión del factor humano en la empresa. Los agentes de riesgo (presión de tiempo, sobrecarga o infracarga del trabajo, tareas innecesarias, etc.) que actúen como tales pueden provocar el riesgo psicosocial por «mobbing», pero éstos serán agentes causales indirectos.

En España no existe ninguna disposición legal o reglamentaria específica que regule el acoso moral. No obstante, el artículo 14.2 de la LPRL establece la obligación de garantizar, de forma continua, la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo y dicha norma a lo largo de su articulado reconoce implícitamente la protección del trabajador de este riesgo psicosocial.

Por otro lado, frente a la perspectiva prevencionista de la LPRL, el Derecho de la Seguridad Social se sitúa en una perspectiva reparadora, por lo cual las enfermedades psicolaborales jurídicamente relevantes serán aquellas que comporten un menoscabo sobre la salud del trabajador, sin el cual no se desencadena la mecánica protectora.

En un principio, el recargo de prestaciones se aplicaba principalmente en los casos de accidentes ocasionados por falta de medidas de seguridad en máquinas, dispositivos, etc.

Recientemente, se ha venido observando un cambio en los pronunciamientos judiciales, no sin ciertas restricciones, en orden a la imposición del recargo de prestaciones por considerar que, dada su naturaleza sancionadora, no es suficiente la alegación de un deber genérico de seguridad, aun cuando se va evolucionando hacia un deber de seguridad más omnicomprendido y genérico como base del mismo. Así, la obligación general del empleador de prevenir riesgos en el trabajo (incluidos los de orden organizativo) permite fundamentar la responsabilidad directa del empresario por la falta de adopción de medidas que contribuyan a prevenir, evitar o corregir las situaciones de estrés patológico, acoso sexual, moral o discriminatorio en la empresa.

La obligación general de protección que pesa sobre el empresario es lo suficientemente amplia y flexible como para integrar la evaluación, planificación y protección frente a cualquier forma de violencia psicológica en la organización del trabajo, por lo cual los comportamientos tipificados como acoso moral deben ser considerados como infracciones de la normativa de prevención de riesgos laborales, debiendo resultar claro que cuando de tales comportamientos se deriva el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social procederá la reclamación del recargo de prestaciones a favor de la víctima de tales lesiones psíquicas.

3. Justificación

El presente proyecto consiste en un trabajo de revisión e investigación bibliográfica, en el que se han aplicado competencias adquiridas a lo largo del curso. Se han empleado las técnicas y conocimientos propios de la especialidad de psicología aplicada y los adquiridos en sendas asignaturas optativas Responsabilidades y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales y Valoración de la incapacidad laboral.

Los riesgos psicosociales – que engloba los traumas psíquicos, el estrés, el acoso moral o mobbing, el síndrome del quemado o las depresiones- se han convertido en los últimos años en la principal fuente de siniestralidad laboral.

Se viene observando un cambio de mentalidad en la percepción de estas situaciones y los factores que las desencadenan, pese a que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna referencia expresa ni definición de estos riesgos, siendo los Tribunales quienes con sus pronunciamientos van perfilando la dimensión jurídica del acoso moral.

El daño que producen las enfermedades psicosociales está comprendido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social incluyendo tanto la asistencia sanitaria, la recuperación profesional, prestaciones económicas y prestaciones de servicios sociales, en su caso. Ahora bien, lo discutible es si el origen de la contingencia es profesional o común, para lo cual es determinante fijar el nexo causal entre el trabajo y la enfermedad.

Por ello, si el empresario lleva a cabo una mala gestión del personal o gestiona deficientemente los conflictos, se puede considerar infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales. Cuando de tales comportamientos se deriva el reconocimiento de prestaciones de seguridad social, procederá la reclamación del recargo sobre dichas prestaciones a favor de la víctima por las lesiones psíquicas.

4. Objetivos

Objetivo general:

- Obtener conclusiones sobre la responsabilidad empresarial, materializada en el recargo de prestaciones, en los supuestos de acoso laboral.

Objetivos específicos:

- Delimitación conceptual y jurídica del acoso moral en el trabajo
- Definir los requisitos exigibles para la calificación del acoso moral como accidente de trabajo
- Identificar los presupuestos necesarios para la imposición del recargo de prestaciones en los supuestos de acoso moral en el trabajo.
- Extraer conclusiones sobre la necesidad de regulación expresa referente a los riesgos psicosociales

5. Delimitación jurídica del concepto de acoso laboral

El acoso moral en el trabajo es un fenómeno que se desarrolla en las relaciones laborales en el seno de la organización empresarial.

El término mobbing fue propuesto por primera vez en la década de los años 70 por el etnólogo Konrad Lorenz en sus estudios con animales para referirse a las actitudes de ciertas aves que a través de determinadas conductas conseguían que otros animales de mayores dimensiones huyesen de su territorio. Más tarde, en el año de 1980, el psiquiatra sueco Heinz Leymann, fue el primer experto a nivel europeo en proporcionar una definición técnica del mobbing en sus estudios.

Heinz Leymann utilizó el término mobbing para definir el “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”¹.

El mobbing, según la definición de Leymann, es un proceso de destrucción que se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos para el trabajador que es víctima del proceso; así, exige que el acoso debe de ser una violencia sistemática y recurrente de al menos una vez por semana prolongándose por más de seis meses. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico lo relevante no es el lapso de tiempo predeterminado, y sí la vulneración de ciertos derechos del trabajador²; de hecho ni la doctrina es unánime, así para Hirigoyen resulta excesivo fijar un límite temporal, pues la gravedad del acoso no depende sólo de la duración, sino también de la violencia de la agresión, existiendo actuaciones particularmente humillantes que pueden destruir a una persona en menos de 6 meses³.

En cualquier caso, la definición dada por Leymann excluye los enfrentamientos puntuales entre trabajadores y fija su foco en el nexo temporal donde la situación psicológica empieza a traducirse -en psicossomático o psiquiatría- en condiciones patogénicas. Así, la distinción entre conflicto laboral y acoso no se va a centrar exclusivamente en cómo se hace, sino que también tendrá su importancia la frecuencia y la duración del proceso de hostigamiento⁴. De esta manera se descartan los incidentes leves, cotidianos, propios de la conflictividad normal de las organizaciones modernas que muchas veces por error son calificadas de acoso moral. El acoso se diferencia del mero conflicto o ataque puntual porque es un proceso, y ese proceso es el que genera los efectos perniciosos que caracterizan a este tipo de conductas⁵.

5.1. Evolución del concepto en el ordenamiento jurídico español

El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo no coincide exactamente con el significado

- 1 LEYMANN, H.: “El contenido y desarrollo del Acoso Grupal/Moral (mobbing) en el trabajo”, cit., pág.5. Esta definición fue recogida por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en su NTP 476, Nota Técnica de Prevención 476 del Instituto de Seguridad e Higiene.
- 2 En esta línea de pensamiento NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al Acoso Moral Laboral, cit. pág. 36.
- 3 HIRIGOYEN, M.F.: El acoso moral en trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso, cit., pág. 30.
- 4 Vertiendo estas reflexiones, LAHOZ GIMENO, R.: La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez), cit., págs. 95 y 96.
- 5 LEYMANN, H.: Mobbing. La persécution au travail, París (Seuil), 1996, pág. 26.

y alcance del dicho concepto desde el punto de vista de la psicología, aunque ayude a crear una definición. Así, la investigación clínica del acoso se centra principalmente en sus consecuencias psicológicas, delimitándola de aquellas actividades de hostigamiento que tienen consecuencias psicológicas para el trabajador⁶.

De este modo, la configuración de la noción del acoso moral desde el punto de vista jurídico no precisa de la efectiva producción del daño, a diferencia del concepto psicológico que se concentra en torno al daño psicológico, sus causas y consecuencias.

Desde el punto de vista del derecho, la conducta de hostigamiento psicológico es reprochable en la medida en que supone un atentado contra la integridad moral y la dignidad del trabajador, con independencia de la producción efectiva del daño psicológico⁷.

En el ordenamiento español son diversas las normas que hacen referencia directa e indirectamente a los comportamientos que pueden derivar en situaciones de acoso o atentatorias de la dignidad. En primer lugar, nuestra Constitución a lo largo de sus preceptos. Así, el artículo 10 CE, cuando reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. El artículo 14 CE, al reconocer que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El artículo 18 CE, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Finalmente, el artículo 40.2 CE, donde recoge el mandato de que los poderes públicos tienen el deber de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

Dentro del ordenamiento jurídico laboral, el art. 4.2.e) ET, contempla el derecho de los trabajadores “frente al acoso de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

6 SERRANO OLIVARES, R.:El Acoso Moral en el trabajo, cit., pág. 27.

7 Así, BLANCO BAREA, Ma.J. y LÓPEZ PARADA, J.: “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, La Ley, 2002-3, pág. 1694.

El artículo 50 TRET ha servido de base legal para los órganos judiciales del orden social, cuando el trabajador solicita la extinción de la relación laboral por hostigamiento psicológico del empleador, lo que ha permitido el empleo del concepto de acoso moral laboral y su desarrollo en las sucesivas sentencias.

La LPRL regula en los artículos 14, 15, 16, 18, 22 y 25 los derechos de protección a los trabajadores. El empresario responde no sólo en aquellos otros en los que sea sujeto activo de una conducta de acoso moral sino también en los supuestos en los que teniendo conocimiento de una situación de acoso por parte de un tercero, no adopte las medidas pertinentes para hacer cesar dicha conducta.

La LISOS, tras la reforma operada el 30 de diciembre de 2003, incorpora el art. 8.13 bis, el cual pasa a calificar como infracción muy grave cualquier forma de “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, esté no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”

El artículo 96 de la LRJS prevé una inversión de la carga de la prueba en “aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación[.....]corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.” Tradicionalmente la atenuación de la carga de la prueba prevista en este precepto sólo se aplicaba al acoso sexual y acoso moral cuando estuviera relacionado con el acoso por razón de sexo. Hoy en día la jurisprudencia ha reconocido su aplicación también en los supuestos de acoso moral⁸

⁸ Sobre este particular, la STSJ Galicia, 23 noviembre 2012, donde se matiza la inversión de la carga de la prueba, estableciendo que “no llega a suponer una verdadera inversión de la carga de la prueba, pues ambas partes tienen obligaciones”. Es decir, una vez que la parte actora pruebe “la existencia de indicios fundados de discriminación”, corresponderá a la parte demandada probar “la justificación de las medidas adoptadas

En el ámbito de la Administración Pública, en España se introdujo el primer referente legal expreso del acoso moral en el trabajo en el art. 14 letra h de la Ley 7/2007 de 12 de abril, y se ha mantenido en el RD legislativo 5/2015 de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público. Esta norma tiene repercusión para todos los empleados al servicio de la Administración Pública, sean funcionarios, personal estatuario o personal laboral.

Por último, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico penal, la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, incluye el delito de acoso laboral dentro de los “Delitos de torturas y contra la integridad moral” tipificando la conducta de acoso laboral, entendida como el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Por tanto, hace referencia únicamente al acoso vertical, de un superior a un inferior.

5.2. Delimitación jurídico-conceptual del acoso laboral

La delimitación jurídica del concepto de acoso laboral puede realizarse partiendo de la distinción entre elementos objetivos y subjetivos.

5.3. Elementos objetivos

5.3.1. Las conductas típicas

Es necesario analizar en primer lugar la naturaleza de la conducta agresora que se expresa de múltiples y variadas formas, con elementos integrantes como la comunicación hostil abusiva y sin ética, reprobable tanto desde una perspectiva individual, por significar una pérdida de respeto a la persona agredida, y como en cuanto hace al entorno colectivo laboral, en tanto trae aparejada un deterioro de las relaciones de trabajo. La doctrina judicial se refiere a esta conducta típica como “el hostigamiento, persecución o la violencia psicológica hacia el trabajador”⁹.

9 STSJ Asturias 20 julio 2007 (AS 2007\2687), “las formas de expresión del acoso u hostigamiento psicológico van o pueden ir desde acciones contra la dignidad personal del afectado, ridiculizándole, riéndose públicamente de él, de su aspecto físico, gestos, estilo de vida, acciones contra el desempeño de su trabajo, encomendándole trabajo en exceso, difícil de realizar, innecesario, monótono y repetitivo, por debajo de su cualificación profesional, bien colocándole en situaciones de inequidad mediante el establecimiento de diferencias de trato, mediante la distribución no equitativa del trabajo, empleo de

En la esfera del Derecho se exige que los comportamientos sean objetivamente humillantes o alcancen resultados humillantes para la víctima como profesional, asegurando así un mínimo de consistencia en el comportamiento en aras del principio de seguridad jurídica¹⁰. Se caracteriza por conductas de ataque a la víctima, desde el punto de vista personal o laboral, aislándola del entorno de trabajo y el resto de compañeros.

Las formas o medios de manifestar el acoso moral en el trabajo pueden ser variados al conformarse a través de un conjunto heterogéneo de acciones y omisiones, de ahí la conveniencia de la flexibilidad en su agrupación¹¹, pues integra una diversidad de conductas cuya valoración debe ser global y no de una forma aislada, lo que incrementa la dificultad de su captación y convierte su acreditación por el trabajador afectado en una tarea ciertamente ardua. Entre otros posibles criterios de clasificación, los comportamientos de acoso moral pueden ser reconducidos a las siguientes categorías¹²:

- 1) Actos de sabotaje laboral: Los obstáculos al desenvolvimiento profesional pueden presentar muy diversas modalidades, orientadas bien a socavar la formación del acosado, bien a poner alguna dificultad al desarrollo concreto de los cometidos a desempeñar. De entre otros muchos posible, puede hacerse mención a los siguientes:
 - a) Condenar a un empleado al ostracismo, no asignándole ninguna tarea, procurando que no encuentre ocupación alguna y sancionando sus iniciativas.
 - b) Encomendar una cantidad de trabajo imposible de realizar o labores que exigen una competencia superior a la poseída.
 - c) Alterar continuamente las funciones correspondientes a una persona.

desigualdades retributivas, resultando profundamente afectada a raíz de ello la salud social del individuo”.

10 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma.F.: “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS, núm. 19, 2002, pág. 60.

11 “El panorama diverso de conductas y acciones de acoso aconseja la tipificación jurídica del elemento objetivo en términos genéricos omnicomprendivos de esa diversidad, en términos que engloben cualquier tipo de actuación que, con independencia de su intensidad lesiva, sea susceptible de calificarse como acoso moral laboral”, CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, cit., págs. 54 y 55.

12 NTP 476: El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing, 1998 (MARTÍN DAZA, F.; PÉREZ BILBAO, J. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J.A.).

- d) Saltarlo en la línea jerárquica, recabando información y dando instrucciones a un subordinado suyo.
 - e) Establecer horarios y ocultar útiles, herramientas o informaciones necesarias para la ocupación habitual.
 - f) Asignar al individuo la realización de tareas muy inferiores a las correspondientes a sus competencias o capacidades (shunting) o el desempeño de trabajos humillantes, indignos o degradantes, en todo caso impropios de su categoría profesional.
 - g) Infundir en la víctima el temor a errar.
 - h) Denegar derechos o gratificaciones merecidas por el trabajador.
 - i) Propiciar un trato desigual, sea en perjuicio del acosado, sea en su beneficio, en cuyo caso sufrirá el recelo de sus compañeros.
 - j) Fomentar el control dual, en virtud del cual, tras encomendar idéntico trabajo a sendos empleados, se ensalza siempre el resultado obtenido por uno de ellos y se critica sistemáticamente el conseguido por el otro.
 - k) Forzar al empleado a actuar contra su propia conciencia, manteniéndole permanentemente confuso respecto a cuáles sean sus competencias o responsabilidades dentro de la empresa.
- 2) Aislamiento: No es extraño que el hostigador realice cuantas maniobras resulten precisas para impedir a la víctima relacionarse socialmente dentro de la empresa, imposibilitándole, además, encontrar aliados y amenazándole con sanciones u otras consecuencias negativas en caso de intentar entrar en contacto con los representantes o con los sindicatos a fin de buscar apoyo, manteniendo al afectado en una situación de ambigüedad de rol (no informándole sobre distintos aspectos de su trabajo, como sus funciones y responsabilidades, los métodos de trabajo a realizar, la cantidad y la calidad del trabajo a realizar, etc., manteniéndole en una situación de incertidumbre);

haciendo un uso hostil de la comunicación tanto explícitamente (amenazándole, criticándole o reprendiéndole acerca de temas tanto laborales como referentes a su vida privada) como implícitamente (no dirigiéndole la palabra, no haciendo caso a sus opiniones, ignorando su presencia,...); utilizando selectivamente la comunicación (para reprender o amonestar y nunca para felicitar, acentuando la importancia de sus errores, minimizando la importancia de sus logros,...). Objetivo último: impedir al hostigado comunicarse adecuadamente con otros sujetos o con el propio acosador, quedando muy reducidas sus vías de defensa a partir de la imposibilidad de mantener relaciones normalizadas.

En este sentido el sujeto acosador tiene instrumentos fundamentales para acosar a la víctima, rechazando la comunicación directa u optando por insinuar mediante gestos, miradas o actitudes corporales. Deformará el lenguaje para que no se comprenda su contenido, enviando mensajes vagos, ambiguos o imprecisos. Emitirá continuas amenazas, insultos o reproches.

- 3) Descalificaciones; por medio de la realización de comentarios injuriosos contra su persona, ridiculizándolo o riéndose públicamente de él, de su aspecto físico, de sus gestos, de su voz, de sus convicciones personales o religiosas, de su estilo de vida, etc... Uno de estos comportamientos, de gran incidencia y objeto de diversos estudios, sentencias judiciales, etc. es el acoso sexual. Se pueden dar también diversas acciones contra la reputación del afectado como trabajador.
- 4) Violencia: Muchas veces el acoso se produce de forma soterrada y sutil, de modo que los observadores externos sólo presenciarán las reacciones aparentemente exageradas y excesivas de quien padece los ataques, pero en otras ocasiones la agresividad del autor de tan deplorable conducta se manifiesta de forma clara. El maltrato psicológico, en algunos casos, puede ir acompañado de agresiones verbales (gritos, insultos o amenazas explícitas) e, incluso, no es extraño que, en supuestos extremos, se produzcan también episodios en los cuales el hostigador recurra a la utilización de la fuerza física, con resultado de lesiones corporales más o menos graves o como simple

advertencia. Todo esto con el objetivo de lesionar la dignidad de la víctima, su integridad moral como trabajador¹³.

En fin, y conforme cabe apreciar, la casuística resulta interminable. Las formas en que se manifiestan estos comportamientos abarcan desde las conductas más burdas y viscerales hasta las más sutiles y rebuscadas, lo cual obliga a huir de generalizaciones¹⁴, no en vano el acosador directo (superior inmediato, empresario, directivo, compañero, inferior jerárquico...) pretende cumplir el objetivo de intimidar, apocar, reducir, amilantar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con objetivo de forzar su salida de la organización o de satisfacer una necesidad patológica de agredir, controlar y destruir. Aún cuando la enumeración de las conductas típicas de acoso moral podría considerarse necesaria para tener certeza jurídica, lo cierto es que la técnica de enumeración de las conductas típicas de hostigamiento laboral no se cohonestan con la complejidad de un fenómeno que adquiere diferentes formas de expresión en función del contexto organizativo e intersubjetivo en que se puede desarrollar.

Sea como fuera, resulta evidente que las conductas de acoso moral pueden ser muy variadas y adoptar múltiples y distintas formas. Es más, y esto es importante, es preciso tener en cuenta que los comportamientos no tienen necesariamente que configurarse como actitudes ilícitas, pues pueden ser al principio un ejercicio legítimo de las facultades directivas, o bien tratarse de actitudes que pongan de manifiesto la falta de educación de la persona hostigadora, lo que, de entrada, no es jurídicamente relevante; de hecho, se considera que los actos de hostigamiento, individualmente considerados pueden, resultar claramente ilícitos, formalmente lícitos o incluso algunos irrelevantes jurídicamente. El hecho de que haya comportamientos contrarios a las normas legales facilitaría que las conductas puedan inicialmente ser calificadas de acoso, pero el hecho de que no concurra ilegalidad o ilicitud no excluye por completo y definitivamente tal calificación¹⁵.

13 MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo”, TL, núm. 92, 2007, pág. 39.

14 ROMERO RÓDENAS, Ma.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo, cit., págs. 28 y ss.

15 JURADO SEGOVIA, A.: Acoso Moral en el Trabajo: Análisis Jurídico-Laboral, cit., pág. 69 o GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “El Acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales”, Revista

El polimorfismo del acoso dificulta una concreta delimitación de los comportamientos que son susceptibles de integrar la conducta y aconseja, por lo tanto, tener cierta flexibilidad para no cerrar el conjunto de actos a tener en cuenta¹⁶. En consecuencia, toda enumeración, con independencia de su grado de detalle, debe considerarse necesariamente incompleta y con un valor meramente enunciativo, sin pretensiones de exhaustividad¹⁷, por cuanto, en última instancia, será preciso un análisis casuístico¹⁸.

5.3.2. El carácter sistemático, reiterado y/o continuado

Más allá del análisis concreto de cada uno de los hechos constitutivos de una situación de acoso moral, lo que resulta indispensable para calificar una conducta como de mobbing es que se haya dado una sucesión de circunstancias a lo largo de un período de tiempo más o menos extenso o considerable. Semánticamente, el término “acoso” alude a un comportamiento con cierta continuidad en su determinación¹⁹; al margen de cuestiones terminológicas, los estudios realizados con carácter previo a la recepción del acoso moral en sede legislativa y judicial han llegado a un factor común en la caracterización del acoso: la frecuencia y la duración de los hechos o comportamientos²⁰, convertidos en factores esenciales, pero no unificadas, para diferenciar el acoso moral del mero conflicto laboral²¹.

Este es uno de los elementos principales que permite aprehender el acoso moral como

General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 2, 2003, pág. 10.

- 16 Entre otros, JURADO SEGOVIA, A.: Acoso Moral en el Trabajo: Análisis Jurídico-Laboral, cit., pág. 65; MOLINA NAVARRETE, C.: “Una „nueva” patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing)”, Diario La Ley, núm. 5436, 2001, pág. 4 y AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R.: La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo, cit., págs. 66-69.
- 17 CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, cit., pág. 55.
- 18 Así lo expresan CONESA BALLESTEROS, J. y SANAHUJA VIDAL, M.: “Acoso Moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing)”, AL, núm. 30, 2002, pág. 644.
- 19 En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22.ª ed., de 2001), el término “acosar”, en su primera acepción, significa “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o una persona”; y en la tercera acepción, “perseguir, apremiar, importunar a alguien sin descanso con pretensiones”.
- 20 Leymann expresó gráficamente esto defendiendo que “la distinción entre conflicto y psicoterror no se centra en qué se hace o cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace”. En un sentido similar a este, HIRIGOYEN, M.F.: El acoso moral en trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso, cit., págs. 30 y ss.
- 21 JURADO SEGOVIA, A.: Acoso Moral en el Trabajo: Análisis Jurídico-Laboral, cit., pág. 73

conducta típica. Estudios sobre la materia constatan que el acoso moral en el trabajo se caracteriza a través de una serie de actos, de diversa naturaleza, que se producen a lo largo de un cierto período de tiempo²². La doctrina caracteriza el acoso moral como un “proceso de destrucción”²³, por lo cual la reiteración y persistencia en los ataques de agresión forman parte de su propia naturaleza²⁴. El proceso constituye un dato estructural revelador: de un lado, demuestra la gravedad de la conducta ofensiva, de otro, la intencionalidad dañina del acoso, lo que significa la existencia de un plan preconcebido que, a su vez, forma parte de un conjunto de conductas dispersas en el tiempo determinante de la duración del proceso.

Ya se ha puesto de manifiesto como algunos estudios clínicos han fijado determinados parámetros temporales al efecto; así Leymann que defiende la necesidad de un acoso de forma sistemática (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses) estructurando la periodización del acoso en cuatro fases²⁵. Parámetros que, por otra parte, son acogidos plenamente en la Nota técnica sobre acoso del INSHT (NTP 476)²⁶. Sin embargo, esta sujeción a un criterio temporal preciso no es válida desde la perspectiva de seguridad y salud en el trabajo, cuyo eje no debe quedar situado en la producción y reparación del daño, sino en la garantía de un ambiente de trabajo libre de ataques hostiles a la persona. Esto es así aunque desde el punto de vista clínico el citado límite se torna en referencia importante a valorar a efectos de prueba del proceso de producción del daño psíquico de la persona; desde el punto de vista legal, en cambio, lo importante es la vulneración de ciertos bienes jurídicos

22 Destaca así la delimitación, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, cit., pág. 6.

23 HIRIGOYEN, M.F.: El acoso moral en trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso, cit., pág. 48, “uno no se muere directamente de recibir todas estas agresiones, pero sí pierde una parte de sí mismo. Cada tarde, uno se vuelve a casa más desgastado, humillado y hundido. Resulta difícil recuperarse”

24 CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, cit., pág. 56.

25 Las cuatro fases son: “la de conflicto, la desnaturalización del conflicto que da paso a la situación de acoso propiamente dicha, la negación de los derechos de la víctima por la tolerancia empresarial y finalmente la expulsión del mercado de trabajo”, en LEYMANN, H.: Mobbing. La persécution au travail, cit., págs. 72 y ss.

26 En su Nota Técnica de Prevención no 476 se define el mobbing como la situación en la que una persona o un 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 Terrorization, LIPT), de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo”.

de la persona, para lo que es relevante una determinada reiteración y prolongación en el tiempo del acoso moral, pero no lo es su predeterminación exacta.

Los estudios jurídicos actualmente tienden a relativizar el dato temporal, porque no parece apropiado en términos de su técnica y metodología efectuar una cuantificación concreta de la duración que debe tener el proceso de acoso para caracterizarlo²⁷. Más que un cierto número de actos de hostigamiento en un determinado período de tiempo, es necesario verificar la existencia de un ambiente de hostigamiento, un clima de acoso, como describen las leyes antidiscriminatorias; de forma específica el art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuando alude a “un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”. Desde el punto de vista del Derecho resulta claramente inapropiado asumir la precisión taxativa de los patrones cronológicos que definen las conductas de acoso por parte de la psicología, pues es muy complicado, por no decir imposible, acreditar que el hostigador lleva a cabo sus comportamientos con una periodicidad concreta y parece totalmente irrazonable exigir que la víctima soporte ciertos comportamientos ofensivos y humillantes durante un tiempo predeterminado antes de permitirle reaccionar jurídicamente²⁸.

27 En esta línea, la STSJ Castilla y León 28 febrero 2005 (AS 2005\232): “para que se aprecie la existencia de acoso es preciso que el hostigamiento intenso o extremo tenga una determinada duración, que Instituto Nacional de Seguridad e Higiene y el profesor Leymann cifran en seis meses. Este plazo ha de ser interpretado de forma flexible, ya que lo importante es la idea de continuidad en la violencia, ordenada a un fin determinado: la destrucción psicológica o moral del trabajador”.

28 En este sentido, ROMERO RÓDENAS, Ma.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo, cit., págs.32 y 33; LAHOZ GIMENO, R.: La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez), cit., pág. 86 y ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS I MATAS, G.: Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal, cit., pág. 201. En la doctrina judicial, rechazando la fijación temporal establecida por la psicología en la STSJ Asturias 23 marzo 2007 (AS 2007\1945), “es preciso hacer notar que aun cuando la existencia de acoso moral en el trabajo comporta la repetición en el tiempo de conductas hostiles, de forma que se ha sostenido, como se ha indicado, que ha de tratarse de una actuación "sistemática, repetitiva y reiterada", las divergencias se plantean en torno a la entidad de la reiteración, es decir, a la medición en el tiempo de la persistencia de actuaciones hostiles susceptibles de ser calificadas de acoso, pues mientras un sector doctrinal se inclina por mantener que la intimidación psicológica ha de perdurar al menos seis meses, y con una frecuencia de una o varias veces por semana, en otros casos se incide en la intensidad de la agresión, por supuesto reiterada, más que en un plazo concreto de duración de la misma. Es razonable entender que no cabe el establecimiento de una regla general de aplicación automática a cualquier supuesto, sino que ante cada caso concreto y apreciando las circunstancias concurrentes, habrá de valorarse si la reiteración de la agresión sufrida tiene entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de mobbing. En todo caso no parece admisible el exigir la acreditación de la reiteración por un plazo mínimo de seis meses, ya que obligar al trabajador a sufrir estoicamente un hostigamiento psicológico durante un plazo de

El carácter continuado y sistemático de los actos de hostigamiento puede servir, además, para fijar la delimitación entre el mero incumplimiento empresarial y mobbing²⁹, porque no es posible afirmar que con la existencia de un acto de abuso aislado, incluso grave y lesivo a la dignidad del trabajador, exista automáticamente acoso en el trabajo³⁰. En definitiva, la conducta acosadora no puede ser identificada sobre la base de hechos aislados; es necesario que la misma venga delimitada por un conjunto de actos que evidencien la existencia de un plan de acoso, plasmado en la reiteración de las conductas.

La sistematicidad y la duración de las conductas de acoso moral constituyen un elemento que permite objetivar en buen grado la calificación del acoso y permiten determinar su particular esencia antijurídica. Se puede concluir que la reiteración y permanencia en el tiempo no solo puede llegar a agravar las consecuencias de comportamientos censurables per se, sino que comporta que otros hechos u omisiones neutros o lícitos singularmente considerados adquieran una dimensión reprochable por evidenciar una lógica unitaria con propósitos lesivos³¹.

tiempo tan dilatado, resulta de todo punto ilógico, al margen de que si la violencia ejercida cesa poco antes de cumplirse el plazo en cuestión, la actuación empresarial tendría grandes posibilidades de quedar totalmente impune, y ello sin tener en cuenta las dificultades probatorias de tan riguroso plazo”.

- 29 Se observa en la STSJ País Vasco 24 octubre 2006 (AS 2007\1000) que “la conducta descrita por la instancia, imputada a la empleadora ahora recurrente, constituye un supuesto claro de acoso moral en el trabajo, puesto que se está dando de manera prolongada en el tiempo, de una manera absolutamente específica respecto de la demandante, que está siendo sometida a exhaustivos controles de jornada sin parangón en la empresa, que ha soportado violencia psicológica y comentarios y manifestaciones desagradables respecto de su persona, así como asignación de tareas desagradables que nadie quiere realizar y más zonas de limpieza, todo lo cual le ha provocado un ya instaurado síndrome ansioso depresivo reactivo a tal situación. No se trata de la descripción de un uso excesivo de facultades directivas, puesto que a ello no alcanza esa presión continuada, ese intento de desacreditar a la trabajadora, ese marcaje continuado dificultando su trabajo con asignación de más y más desagradables tareas y un control férreo y anormal”.
- 30 Según VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing “la violación de los derechos profesionales del trabajador afectado en su relación contractual laboral no es una situación constitutiva de mobbing; en primer lugar, por su finalidad, que no necesariamente es la de provocar un daño psicológico para el abandono de la empresa; y en segundo lugar, por el aspecto temporal, al no ser en principio una conducta sistemática que perdura en el tiempo” [acceso en <http://www.istas.ccoo.es> en 09 de agosto de 2010].
- 31 Muchos de los autores vinculan el carácter sistemático y duradero de la conducta con un elemento intencional o finalista del acoso, AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico”, en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J.F. y MOVILLA GARCÍA, J.F., Coords.): Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima, Granada (Comares), 2002, pág. 141; MELLA MÉNDEZ, L.: “El acoso psicológico en el trabajo”, Tribuna Social, núm. 145, 2002, pág. 17; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “El Acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales”, cit., pág. 12; SERRANO OLIVARES, R.: El Acoso Moral en el trabajo,

5.3.3. El contexto laboral

Teniendo en cuenta que el acoso moral en el trabajo es un subtipo específico de acoso desarrollado en el ambiente de trabajo, no puede prescindirse del contexto en el cual se desarrolla. Este rasgo permite diferenciarlo de otros fenómenos similares que se verifican en otros ámbitos sociales, como el acoso inmobiliario, o el familiar, y de este modo destacar sus peculiaridades a partir de una perspectiva comparativa³². Se trata de un hostigamiento que sufre el trabajador con ocasión o como consecuencia de su relación laboral, proveniente también de otros sujetos con los que se relaciona el trabajador en el lugar de trabajo. La importancia del contexto sociolaboral viene dada, principalmente, por el hecho suficientemente constatado en los estudios especializados de que los procesos de acoso moral son en gran medida producto de deficiencias en el plano organizativo³³.

Una organización de trabajo caracterizada por la ausencia de ética y de respeto en las relaciones personales, por la inexistencia o inadecuación de reglas de funcionamiento, donde no hay criterios de distribución de las tareas, donde rige la arbitrariedad e impera la sensación de impunidad generalizada, es, sin duda, un contexto propicio para la aparición y desarrollo de situaciones de acoso moral. Empresas donde no hay una correcta definición de los papeles, competencias o responsabilidades de cada trabajador crean un ambiente donde fácilmente pueden proliferar líderes no designados por la dirección que acaban provocando ambientes hostiles. El poder de dominio que acompaña a toda la situación de acoso tiene su fuente de aprovisionamiento en el marco institucional de la empresa, en la organización y en las condiciones de trabajo, comprendiendo también las relaciones interpersonales. Así, el acoso moral que importa a este análisis debe producirse en el contexto de trabajo (pero no necesariamente en el centro de trabajo³⁴), pues fuera de este ámbito el hostigamiento entre

cit., págs. 30 y 31 y CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, cit., pág. 56.

32 Sobre este conjunto de fenómenos desde una perspectiva jurídica, MARCOS GONZÁLEZ, J. I.: La tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario, Navarra (Aranzadi), 2006, págs. 35-38.

33 En esta opinión, AGRA VIFORCOS B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R. y TASCÓN LÓPEZ R.: La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo, cit., págs. 39 y ss.

34 LAHOZ GIMENO, R.: La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez), cit., pág. 85. En este sentido, la STSJ Galicia 24 octubre 2006 (JUR 2007\183264), toma en consideración la conducta de

adultos pierde gran parte de sus elementos de presión tendenciosa y la capacidad de reacción de la víctima se torna mayor; excepción hecha, claro está, de otras hipótesis de maltrato psicológico subsistentes en esferas sociales extralaborales donde también se desarrollan relaciones intersubjetivas en las cuales la paridad brilla por su ausencia.

En el plano conceptual, la relevancia del contexto sociolaboral (al menos en el mobbing descendente) viene dada por la asimetría de poderes que el contrato de trabajo consagra, derivada, en última instancia, del nexo de dependencia que estructuralmente define al vínculo. En efecto, esta relación asimétrica de poderes hace que los agresores hagan valer su posición de superioridad frente a víctimas que se encuentran en una situación de indefensión, lo que el proceso de acoso moral facilita. Ahora bien, la indicada asimetría no siempre proviene de la subordinación jerárquica característica del contrato de trabajo, pues en otras ocasiones no se trata de una circunstancia jurídica explícita procedente de dicha subordinación, sino que la desigualdad se da entre personas situadas formalmente en el mismo plano jerárquico o en una relación de inferior a un superior; es decir compañeros de trabajo que pueden contar con el apoyo explícito o implícito de otros trabajadores o de los superiores jerárquicos, dando lugar al acoso moral horizontal o, incluso, al vertical ascendente.

Asimismo, el mobbing podrá tener como sujeto activo a un tercero que no presta servicios en el propio centro de trabajo (clientes y usuarios), pero cuya actuación se produce con el conocimiento y consentimiento de la empresa³⁵. En este sentido, el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, de 26 de abril de 2007³⁶ deja la puerta abierta para aplicar a estas situaciones las reglas sobre prevención y tratamiento “en los casos apropiados”.

acoso moral sufrida por un trabajador a cargo del representante de la empresa fuera de las instalaciones de la empresa, relacionada con la situación de incapacidad del trabajador y el conflicto mantenido por tal motivo con la empresa.

35 COLLADO, L.: “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (mobbing). diferencias con otras figuras”, Cuadernos de Derecho Laboral, núm. XII, 2004, págs. 68-69.

36 Acuerdo no vinculante alcanzado entre las principales organizaciones empresariales y sindicales europeas, remitiendo para su efectiva aplicación y desarrollo a la autonomía colectiva interna de cada Estado miembro; al respecto, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS, núm. 11, 2007, págs. 9 y ss.

5.3.4. El daño psíquico

La potencialidad lesiva forma parte de la conducta típica de acoso moral y deriva de los actos, acciones u omisiones en los que habitualmente la conducta se expresa. El desarrollo del proceso de hostigamiento y los diferentes actos de agresión que se van sucediendo en el tiempo no siempre alcanzan el mismo grado de intensidad, variando en función de la gravedad de los ataques y de los bienes jurídicos que fueran afectados en cada caso de acoso, pero a lo largo del período pueden producir agresiones constitutivas de vulneraciones de derechos fundamentales del trabajador.

En todo caso, lo evidente es que el acoso normalmente se sirve de actos leves y aparentemente anodinos, que solo alcanzarán una cierta relevancia si contextualizados a partir del proceso o en el plan de hostigamiento preconcebido para hacer daño al trabajador que es víctima. La lesividad de tales conductas no se podrá valorar de forma autónoma o aislada; es necesario tener en cuenta el modo en que contribuirán al hostigamiento del afectado, pudiendo provocar daños en diversas esferas del individuo, tales como la moral, la psíquica, la profesional y/o la patrimonial³⁷.

En este punto, es necesario plantearse si la calificación de una conducta como acoso moral en el trabajo requiere la producción efectiva de tales daños o si bastará con poner en peligro los bienes jurídicos protegidos. También habrá que decidir qué importancia deben tener los distintos tipos de daño verificables en la identificación del fenómeno y cuáles de ellos habrán que quedar integrados (si alguno merece tal trascendencia) en la configuración del concepto de acoso moral, sin perjuicio de reconocer que todo daño producido sea relevante jurídicamente.

La respuesta a estos interrogantes pasa por recordar que la eventualidad de la producción de daños va depender mucho de variables de índole personal, como la resistencia del trabajador (en el caso de los daños psíquicos o físicos) o de su situación socio-profesional.

En cualquier caso, las conductas de acoso afectan a la integridad moral del trabajador,

³⁷ Una ejemplificación de tales daños en PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, cit., págs. 75 y ss.

pudiendo provocar un daño a su esfera personal, constitutiva de un bien jurídico merecedor de tutela constitucional materializado como derecho fundamental en el art. 15 CE³⁸. Ya no se puede negar que el daño moral está íntimamente ligado al proceso de acoso, pues la finalidad del acosador es atacar la integridad moral de la víctima.

Ahora bien, si el daño moral identifica la conducta acosadora y, por ello, debe quedar integrado en el concepto jurídico de acoso, éste queda impregnado de un juicio de subjetividad, pues no todas las personas van a reaccionar de igual modo ante las mismas conductas de hostigamiento, pues cada trabajador percibe los actos de los agresores de diferente forma y los efectos dependerán de los rasgos propios de la personalidad de cada sujeto.

Por tanto, que la violencia acabe produciendo daños va a depender de variables muy subjetivas y contextuales a la propia personalidad de la víctima, por lo que la existencia o no de lesión no puede afectar al concepto jurídico de acoso, pues limitaría mucho su alcance. Al margen de aspectos de carácter subjetivo como la personalidad de la víctima y su mayor o menor capacidad de resistencia psicológica a los ataques recibidos por el acosador, los actos concretos de acoso moral atentan la integridad moral. El resultado de los actos o el daño eventualmente producido, en la medida en que va a depender principalmente de las circunstancias personales de la víctima, que solamente debe tenerse en cuenta para apreciar y cuantificar la responsabilidad en el plano reparador.

La conducta de acoso moral será antijurídica por sí misma y sin la exigencia de producción del daño porque es un atentado a la integridad moral del trabajador. Pero si se verifican daños, éstos no van a ser irrelevantes jurídicamente; al contrario, el ordenamiento jurídico deberá ofrecer una reparación una vez confirmada la relación de causalidad entre la conducta de acoso y los daños producidos. Lo que no puede perderse de vista es que el resultado lesivo no forma parte de la configuración conceptual del mobbing, por lo que no es preciso que ocurra para que las conductas se puedan calificar como acoso moral en el trabajo³⁹.

38 Es el bien jurídico protegido por este precepto el que resulta directamente afectado por el acoso moral, ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Tipificación jurídica del acoso moral”, cit., pág. 50.

39 Disertando en este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de la prevención y nuevos riesgos

Así pues el acoso supone un atentado contra la integridad y la dignidad del trabajador, con independencia de la producción efectiva de un daño psicológico, de modo que esta lesión va a constituir un elemento meramente accidental en la definición normativa del acoso moral, pues el acoso resulta reprochable por ser un atentado a los derechos fundamentales del individuo⁴⁰.

5.4. Elementos subjetivos

La intencionalidad lesiva y la persecución de un fin, las conductas hostigadoras, actos u omisiones, que se suceden durante el transcurso de un proceso de acoso moral están dirigidos a lograr una finalidad: la destrucción profesional del trabajador, su expulsión de la organización productiva en la que trabaja. Las agresiones realizadas por los acosadores están preordenadas (al margen de los resultados concretos y de su mayor o menor grado de lesividad) a la persecución del resultado lesivo para la víctima.

Los daños que el acoso pueda causar a la víctima (de causarlos) tienen un efecto diferenciado en cada persona, pero forman parte de un plan preconcebido para lograr el objetivo trazado por el acosador.

La intencionalidad o la finalidad perseguida, así considerada, sería un elemento configurador del acoso moral, pues la violencia psicológica que se ejerce usualmente contra el trabajador va dirigida a lesionar su dignidad personal y profesional. Por tanto, para valorar la existencia de una auténtica situación de mobbing, hay que tener en cuenta la intención del acosador de minar la moral del trabajador y desestabilizarlo.

No obstante, la cuestión de la intencionalidad ofrece cierta polémica, pues frente a quienes defienden que en un plano conceptual tal factor es inherente al acoso moral⁴¹, para otros⁴², la

profesionales”, AS, 2006, núm. 18, pág. 16.

40 SERRANO OLIVARES, R.: El Acoso Moral en el trabajo, cit., págs. 27 y 28.

41 En este sentido, CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, cit., pág. 38.

42 Parte de la doctrina defiende que la intencionalidad es un elemento accidental del acoso moral [SERRANO OLIVARES, R.: El Acoso Moral en el trabajo, cit., págs. 36 y ss.; SAGORDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L.: “El acoso psicológico en el trabajo”, en AA.VV.: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, cit., pág. 816], defendiendo esta posición por las dificultades que su consideración como elemento tipificador del acoso moral introduciría en la prueba judicial del elemento subjetivo (la

integración de la intencionalidad como elemento esencial del acoso moral es inoportuna, incluso desaconsejable, porque introduce la subjetividad en la determinación del concepto jurídico, haciendo que el operador del derecho deba analizar la situación desde el ámbito de las motivaciones personales.

En cualquier caso, este elemento se puede analizar desde puntos de vista distintos, en función de los criterios objetivos y subjetivos. Lo más conveniente sería partir de los primeros, pues si se atiende a los segundos tendrán que ser valorados los motivos o la finalidad que persigue el acosador y las circunstancias personales del acosado, que pueden hacerlo más o menos sensibles a las conductas de hostigamiento que a otras personas.

Además, a través de la interpretación subjetiva se pueden tener problemas de carácter probatorio, lo que haría difícilmente demostrable una situación de acoso moral.

A partir de una valoración objetiva, lo importante es comprobar que los comportamientos del acosador son idóneos para causar una lesión a los bienes del trabajador y ello con cierta independencia del motivo que genera la situación de hostigamiento. Esto significaría que, al margen de la finalidad subjetiva perseguida por el acosador, su conducta ha sido capaz de crear un ambiente hostil, pudiendo considerarse una situación de acoso moral.

Centrado así el análisis del fenómeno, y asumiendo el matiz objetivo de la intencionalidad cabe afirmar que sólo la presencia de motivación permite llegar a una distinción entre acoso moral en el trabajo y otros fenómenos similares en apariencia, como es el caso del acoso sexual, convirtiéndose en una característica fundamental para delimitar tal diferencia.

En resumen, los motivos subjetivos que impulsan a los acosadores son múltiples; en todo caso, el carácter sistemático del acoso moral revela la existencia de un plan preconcebido, dirigido a la destrucción profesional de la víctima, mediante su expulsión de la organización

intencionalidad del acosador). Como observa también en la STJS Galicia 23 noviembre 2005 (JUR 2006\80246), “la habitual ocultación de la intención de dañar y la producción del daño a través de actos de apariencia inocua, incluso amparados en el uso social, unido al carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático, obligan a una valoración global de las conductas, de modo que, si se disgregan, la intencionalidad no se manifiesta y la situación de acoso resulta difuminada”.

productiva, su autoeliminación del ámbito laboral y la neutralización de su capacidad laboral⁴³. Por ello, los propósitos buscados por los acosadores (diversos, múltiples e incluso ambivalentes) no deben ser considerados como punto clave en la calificación jurídica del acoso moral, porque se podría correr el riesgo de constituir el eje central de la figura en torno de la psique del acosador y restringir injustificadamente el alcance de este nefasto actuar⁴⁴.

5.5. Clasificación en atención a la relación que vincula a los sujetos activo y pasivo

5.5.1. El acoso moral vertical descendente. Delimitación frente al abuso de poder

El acoso moral descendente o *bossing* es desarrollado por un superior jerárquico de la organización empresarial, sea el propio empresario, sean sus delegados o representantes. Los actos de hostigamiento se ven favorecidos en este caso, por la diferente posición jerárquica de poder que tiene el sujeto activo respecto al sujeto pasivo y de su puesto dentro de la organización empresarial⁴⁵.

El agresor no necesita de una coalición con otros trabajadores o sea de su complicidad, pues su posición de superior jerárquico o de jefe es suficiente para que no se cuestionen sus decisiones. El acoso es ejercido por el empresario sobre el trabajador, facilitando los objetivos de la conducta hostigadora; a saber, el hundimiento psicológico del mismo hasta llegar al descrédito profesional con el objetivo del cese en el trabajo, sin coste alguno para la empresa.

Es la modalidad de acoso moral más frecuente y, en cierta medida, la que mayor daño psíquico suele provocar al trabajador, tanto porque este percibe la repulsión de su empresa, como por la indiferencia o la pasividad de sus compañeros de trabajo, que son testigos de los actos de hostigamiento por parte del superior jerárquico pero por temor callan, lo cual

43 CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, cit., pág. 61.

44 Entre otros, MOLINA NAVARRETE, C.: *La Tutela Judicial frente al Acoso Moral en el trabajo*, cit., págs. 59 y 60; ROMERO RÓDENAS, Ma.J.: *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pág. 27 o JURADO SEGOVIA, A.: *Acoso Moral en el Trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, cit., pág. 146.

45 TSJ Castilla La Mancha 30 mayo 2007 (AS 2007\2865).

conduce a una posición de desorientación y de falta del apoyo tan necesario en situaciones críticas. En tales casos, el autor se beneficia de su condición de directivo o empresario para prolongar la situación de acoso y llevarla a los máximos extremos ante el temor de la víctima, y del resto de empleados, a perder su puesto de trabajo⁴⁶.

El fenómeno del bossing sirve habitualmente al empresario para deshacerse de un empleado incómodo, sirviendo además de ejemplo para el resto de la plantilla ⁴⁷. El objetivo último dado por la autoeliminación de la empresa sin coste, una vez cumplido, significará la consumación de un autentico fraude a la ley laboral.

En este caso, la relevancia del contexto sociolaboral viene dada por la evidente (y jurídica) asimetría de poderes entre los sujetos presentes en la relación, lo cual provoca que los agresores puedan hacer valer su posición de superioridad frente a la víctima como cauce para desarrollar el proceso destructivo. Sin duda, el hecho de que el empresario (o aquellos en quienes delegue sus facultades) ostente poderes organizativos y/o disciplinarios aumenta considerablemente las posibilidades de que se sirvan de ellos para llevar a cabo conductas de acoso moral, incrementando su frecuencia y/o intensidad⁴⁸.

Ahora bien, uno de los elementos que diferencian el acoso moral en el trabajo de otro tipo de conductas tiene su fundamento en la finalidad de dañar o destruir psicológicamente a la víctima del hostigamiento. No se pueden calificar de acoso moral aquellas conductas que, aun reuniendo los rasgos objetivos que lo definen, son perpetradas por personas con patologías psíquicas con actuación violenta, ni tampoco aquellas otras actuaciones cuyos fines aparecen ligados al mantenimiento de la empresa y la mejora de la competitividad de la misma y que acaban constituyendo un ejercicio arbitrario del poder de dirección y organizacional empresarial, pese a que tales conductas pudieran atentar contra la dignidad e integridad de la

46 STSJ Madrid 16 octubre 2007 (JUR 2008\22228).

47 En este sentido, AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo, cit., pág. 50 o ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS I MATAS, G.: Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal, cit., pág. 105.

48 “La buena fe viene llamada a delimitar las posiciones activas y pasivas de trabajador y empresario y para reconducir a sus justos límites el poder de dirección”; un examen más detallado en RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Poder de dirección y derecho contractual”, cit., pág. 21.

persona objeto de las agresiones⁴⁹.

Por ello, hay que delimitar el abuso de poder por parte del empresario en su utilización de las prerrogativas patronales, a fin de distinguirlo de la concurrencia del acoso moral⁵⁰.

“Resulta preciso deslindar adecuadamente las conductas calificables de acoso de otros posibles desafueros cometidos por el empresario ejercitando de forma abusiva sus poderes de dirección y organización, pues no resulta admisible llegar a la conclusión de que todo ejercicio abusivo de aquellas potestades pueda calificarse de mobbing, y ello obviamente sin perjuicio de las respuestas que desde la legalidad puedan obtenerse en contra de esas actuaciones antijurídicas. En efecto no es parangonable el acoso moral con el ejercicio arbitrario del poder directivo, pues mientras con éste el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorable a sus intereses, con el acoso lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad”⁵¹; por tanto el móvil que induce el empresario a emplear las potestades directivas es distinto.

En todo caso, la diferencia entre el mero ejercicio ilícito de los poderes empresariales y el acoso moral, no sólo va a depender de la concreta finalidad perseguida por el acosador; tendrá que tomar en consideración el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En el primer supuesto se ven afectados los derechos laborales sobre tiempo, modo y contraprestación por el trabajo y en el mobbing quedan dañadas la integridad psíquica y, en su caso, la salud mental del trabajador. Se exige, por tanto, la práctica de medios de prueba distintos: quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales en el ejercicio del poder directivo, sino que es preciso que

49 ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Acoso Moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, AS, núm. 2, 2002, págs. 65, 66 y 68.

50 STSJ Galicia 3 marzo 2008 (AS 2008\1125): “se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio abusivo o arbitrario de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona -básicamente su dignidad e integridad moral - en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés - mal entendido - empresarial”.

51 En este sentido, la STSJ Madrid 25 febrero 2008 (AS 2008\1118).

demuestre que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido⁵².

5.5.2. El acoso moral vertical ascendente

El acoso moral ascendente consiste en hostigar a un superior jerárquico. Constituye un comportamiento menos habitual en la relación laboral; sin embargo, algunas circunstancias pueden llevar a los trabajadores a obstaculizar el trabajo de quien se sitúa por encima en el escalafón, el cual difícilmente presentará alguna queja por temor a presentarse como débil, o como incapaz de gestionar conflictos, ante la dirección.

Un caso típico se da en los procesos de fusión de empresas, donde los trabajadores pasan a recibir órdenes de un jefe distinto al que estaban acostumbrados proveniente de la otra entidad afectada por la unificación; también puede ocurrir cuando el nuevo mando es de menor edad que el antiguo o que los subordinados o cuando un compañero de trabajo ha sido ascendido por la dirección sin el necesario consenso del resto, generando la envidia general del resto de la plantilla. En estos casos existe una actitud recelosa inicial, que puede derivar hacia un boicot por el cambio, realizando la prestación deliberadamente mal o lentamente y asumiendo un comportamiento colectivo que repercute negativamente sobre el nuevo jefe⁵³.

Esto tipo de acoso moral se diferencia de los otros dos, porque la superioridad jerárquica dentro de la empresa permite a la víctima, al menos en teoría, defenderse mejor de los ataques, incluso sancionando los acosadores. Por ello, se observa una cierta limitación de la actuación en estos casos ya que la conducta acosadora se manifiesta básicamente con los actos de desprestigio personal y profesional del superior; en cambio, los hostigadores no tienen en su mano ciertos instrumentos como medidas organizativas relacionadas, por ejemplo, con el cambio de funciones o condiciones. Ahora bien, el potencial lesivo sigue siendo enorme en base a dos circunstancias esenciales: de un lado, la actuación grupal, característica de esta

52 STSJ Galicia 3 marzo 2008 (AS 2008\1125).

53 Sobre las causas del acoso ascendente, ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS I MATAS, G.: *Mobbing: análisis multicliplinar y estrategia legal*, cit., pág. 107.

modalidad; de otro, la situación de algunos mandos intermediarios, sometidos al permanente juicio de superiores y de subordinados.

5.5.3. El acoso moral horizontal

Es el acoso practicado, de forma individual o grupal, entre sujetos que se encuentran en un mismo nivel jerárquico, sin ninguna relación de superioridad entre ellos. Su fundamento se sustenta en el hecho de que muchas veces la asimetría de poderes no es explícita, pues no proviene de una relación de subordinación jurídica, sino que es más informal y viene dada por una situación fáctica en la que los agresores, aun estando formalmente en el mismo plano, logran tener sometidas a las víctimas por otros motivos.

Cuando la agresión procede de los propios compañeros del trabajador, con un estatus igual o similar dentro de la organización empresarial, la finalidad suele ser el desgaste físico y psicológico orientado a lograr una mejor posición de cara a futuros ascensos o a lograr la permanencia en la empresa⁵⁴. También puede darse cuando las actitudes hostigadoras son practicadas por un compañero, o grupo de compañeros confabulados, que, ocupando una posición similar a la de la víctima dentro de la organización empresarial, procede a atacarla por motivos tales como la envidia o el rechazo a quien consideran diferente, por cuanto sus características (de etnia, orientación sexual, ideología, raza, sexo, edad...) no coinciden con las del grupo en el cual está integrando.

En el segundo caso, el fenómeno conecta con el acoso discriminatorio. Por su parte la envidia competitiva maligna es propia de situaciones en las cuales quien tiene mayores cualidades profesionales se ve atacado por enemigos que quieren su derrota llegando a veces a una persecución constante durante el tiempo y el lugar del trabajo con la finalidad de aislarlo, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente sea ese trabajador el que abandone el lugar de trabajo a fin de beneficiarse del abandono del compañero que es percibido como oponente. En el acoso moral entre compañeros suele ocurrir que trabajadores con extraordinarias facultades experimentan en ocasiones

54 STSJ Andalucía 18 julio 2007 (AS 2008\328).

sentimientos de fracaso, quizás porque sus exigencias internas sean muy superiores, mientras que los mediocres poseen un interés de superación muy mermado o carecen de él, factor que suele potenciar ataques sistemáticos con el fin de ridiculizar a la persona y desprestigiarla a fin de tener un control sobre ella.

Cuando la causa del acosado se sitúa en la competitividad, la víctima será aquel a quien el agresor perciba como un rival dentro de la empresa. El caso típico es aquel que se produce cuando dos trabajadores rivalizan por un mismo puesto de trabajo, dado que se enfrentan para conseguir un contrato indefinido, destino, ascenso... y cuando uno de los sujetos en lid opta por actitudes agresivas puede encontrar el apoyo de la dirección y, con ello, una actitud permisiva basada en el convencimiento de que la competitividad es positiva para el incremento de la productividad.

6. El acoso como riesgo laboral y su tratamiento preventivo

6.1. Políticas de prevención

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la prevención de riesgos laborales se articula básicamente en torno a dos conceptos⁵⁵: de un lado, la definición de una política de prevención de riesgos laborales a desarrollar por las administraciones públicas (ex art. 40.2 CE); de otro, el reconocimiento de un derecho del trabajador a una protección adecuada y eficaz, lo que genera una obligación empresarial de naturaleza contractual, con una elevada delimitación y concreción en la norma⁵⁶.

Así, esta política no debe descuidar las consecuencias de los factores de riesgo psicosocial y, entre ellas, el acoso moral, que atenta, no sólo contra el derecho a la salud, sino también contra el derecho a la vida y a la dignidad del que aquél forma parte. De este modo, entra en la definición de riesgo laboral que el art. 4.2 LPRL recoge, pues su materialización puede

55 NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al Acoso Moral Laboral, cit., pág. 80.

56 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "El nuevo marco de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre", AL, núm. 8, 1996, pág. 206.

suponer que un trabajador sufra determinado daño y, merced a ello, por imperativo del art. 14 LPRL, el empresario debe adoptar medidas contra el mismo⁵⁷

En el ámbito estrictamente preventivo, el art. 4 LPRL define la prevención como el “conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo” (apartado 1), el riesgo laboral como la “posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” (apartado 2) y el daño derivado del trabajo como las “enfermedades, patológicas y lesiones sufridas con motivo y ocasión de trabajo” (apartado 3). El art. 5.1 LPRL, por su parte, afirma que “la política en materia de prevención tendrá por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de promoción de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”⁵⁸.

Los artículos citados no incluyen una alusión expresa a la prevención del riesgo psicosocial ni a las lesiones de tal naturaleza, pero tampoco hay restricción de las nociones a los factores físicos; por ello cabe afirmar que unos y otros tendrán cabida en el marco aplicativo de la norma⁵⁹. La conclusión precedente es clara cuando el art. 14.2 LPRL establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, adoptando “cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores”; se constituye así en deudor de seguridad frente a sus trabajadores⁶⁰ por el simple hecho de “de que estos prestan servicios bajo su ámbito de organización”⁶¹. Tal actividad se configura en el siguiente párrafo como una tarea permanente que exige el

57 PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: “Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): Acoso Moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños, Pamplona (Aranzadi), 2006, págs. 112 y 113.

58 AGRA VIFORCOS, B.: “Prevención de los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): Las Enfermedades del Trabajo: Nuevos Riesgos Psicosociales y su valoración en el Derecho de la Protección Social, cit., pág. 134.

59 SSTSJ Cataluña 22 diciembre 2004 (AS 2005\354) y Castilla-La Mancha 13 octubre 2005 (AS 2005\3125).

60 STSJ Madrid 17 octubre 2001 (AS 2001\5560). En la doctrina, por todos, ALONSO OLEA, M.: “El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia”, REDT, núm. 5, 1985, págs. 95 y ss o APARICIO TOVAR, J.: “Las obligaciones del empresario de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo”, REDT, núm. 49, 1991, págs. 705 y ss.

61 STSJ Castilla y León\Burgos 11 abril 1994 (AS 1994\1361).

seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continúa los sistemas de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar, disponiendo lo necesario para la adaptación de las medidas adoptadas a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

El empresario es el principal obligado como consecuencia de tener la titularidad del centro de trabajo y ser quien organiza y dirige la actividad productiva de la que se beneficiará, de tal forma que, además de ostentar el poder directivo y de toma de decisiones, también recaerá sobre él la obligación de que la prestación de servicios por cuenta ajena tenga toda la seguridad que la normativa exige⁶² .

Estas obligaciones no finalizarán, por tanto, con el diseño formal de un plan preventivo, sino que, además, exigen su integración en el sistema general de gestión de la empresa (art. 16.1 LPRL), lo que obliga a realizar una evaluación de los riesgos y, partiendo de sus resultados, “planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo” (art. 15.1 LPRL). Al final, “la evitación y no acaecimiento de contingencias laborales dependerá de cómo el empresario haya planificado su actividad preventiva, no debiendo consistir en una mera serie de actuaciones formales de un conjunto de obligaciones sino que ha de tratarse de una protección y prevención eficiente⁶³ .

Las medidas de actuación preventiva, propiamente dicha, son las acciones que se aplican antes de que se materialicen los procesos de acoso moral. Son, básicamente y como no podría ser de otro modo, de carácter organizativo, tendentes a eliminar el ambiente de trabajo hostil, aumentar la transparencia de las tareas y fomentar la participación de los trabajadores en las decisiones. Evidentemente, la corrección de las deficiencias en la organización y ejecución del trabajo no va a garantizar totalmente la no aparición del acoso moral en la empresa, ninguna organización es ni puede ser perfecta, de manera que, aunque existan unas condiciones de

62 ALARCÓN CARACUEL, M.: “Los deberes del empleador en materia de prevención, en AA.VV. (SALVADOR PÉREZ, F., Coord.): La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Sevilla (Junta de Andalucía), 1997, pág. 72.

63 SALCEDO BELTRÁN, Ma.C.: El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 15.

trabajo adecuadas habrá que asumir la posibilidad de que surjan conflictos interpersonales y que éstos deriven en conductas hostigadoras⁶⁴.

Cuando se habla de prevención, no sólo procede hacer referencia a las actuaciones en el origen, sino que es menester hablar también de otros aspectos que son de máxima importancia: la evaluación de los riesgos en el desarrollo habitual de la actividad laboral (además de los aspectos organizativos y estructurales, la consideración de los relacionales), la planificación, debidamente acompañada de tareas formativas y de vigilancia⁶⁵. En todo caso, la política de prevención tendría que comenzar por educar la conciencia de trabajadores y directivos, creando códigos de conducta, protocolos de buenas prácticas que sean conocidos por todos los miembros de la empresa, donde se puedan verificar conductas y pautas capaces de controlar efectivamente los sistemas de trabajo y la ética en la entidad⁶⁶.

6.2. Medidas organizativas de prevención

El acoso laboral se origina por la confluencia de varios factores que se producen en el entorno laboral. Los factores organizativos son necesarios, pero no suficientes, para que se produzcan las situaciones de acoso laboral.

El acoso psicológico puede ser o no conocido o consentido por la organización en la que presta sus servicios el trabajador, pero siempre una situación de acoso laboral es responsabilidad, en último término, de la organización en la que ocurre, que está llamada a identificarlo y a poner los medios y los remedios para prevenirlo y evitarlo. Los factores organizativos que producen el incremento de la violencia psicológica, son: el trato injusto, la existencia de incidentes que generan frustración, el incremento en la diversidad de la fuerza laboral, la banalización y la normalización del comportamiento de hostigamiento, el ambiente o clima de terror, los cambios vertiginosos y las condiciones deficitarias de trabajo⁶⁷.

64 RODRÍGUEZ COPÉ, Ma.L.: "Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso", en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona (Aranzadi), 2006, pág. 135.

65 En este sentido, ROJAS RIVERO, G.P.: *Delimitación, prevención, y tutela del acoso laboral*, cit., pág. 147.

66 TASCÓN LÓPEZ, R.: *Implicaciones Jurídico-Laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*, Madrid (Centro de Estudios Financieros), 2008.

67 PIÑUEL Y ZABALA, I. *Mobbing. Manual de autoayuda. Claves para reconocer y superar el acoso*

La dirección se ha de pronunciar claramente sobre el lugar que ocupa en sus prioridades la salud, el bienestar de los trabajadores y su desarrollo profesional. Introducir cambios en la organización del trabajo puede ser una tarea necesaria, pero no parece fácil a simple vista. Para los empresarios, decidir la organización del trabajo forma parte de sus prerrogativas, y discutirlo significa cuestionar su autoridad. Los trabajadores pueden desconfiar de los objetivos de los cambios organizativos: mejorar su bienestar o, simplemente, la productividad.

Pero ambos objetivos son compatibles, existen evidencias de que las empresas que mejoran su organización mejoran no sólo la salud y la satisfacción de sus trabajadores, sino también su nivel de productividad y la calidad del trabajo. En definitiva, una empresa puede avanzar hacia una organización más saludable a través de pequeñas iniciativas y modificaciones progresivas, tales como: la promoción de la participación de los trabajadores en el establecimiento de su situación de trabajo concreta, su transformación y desarrollo; el diseño de la tecnología; la organización y el contenido de las tareas de forma que no comporten la exposición del trabajador a cargas físicas o mentales excesivas, incluyendo las formas de remuneración y de horarios de trabajo que comportan un riesgo apreciable de enfermedad o accidente; la eliminación del trabajo estrictamente controlado y pautado; la provisión de oportunidades para el contacto social y la cooperación; además de la promoción del desarrollo personal y profesional⁶⁸.

Esa conexión entre acoso laboral y organización del trabajo resulta fundamental desde una perspectiva preventiva, pues su aparición y desarrollo, se ven fuertemente favorecidos por deficiencias de tipo organizativo. Consiguientemente, cabe rechazar de plano la idea de que el hostigamiento tiene su origen, exclusiva y principalmente, en las particulares características personales o psicológicas del agresor y/o de la víctima. Todo ello lleva a sostener que la prevención del acoso laboral sólo resultará operativa en la medida en que se parta de la identificación de los factores psicosociales presentes en la organización del trabajo y se evalúen los riesgos para la salud de los trabajadores que se derivan de aquéllos, adoptando las

psicológico en el trabajo, cit. pág. 220-225; TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva, cit. pág. 397-423.

68 ALUJAS RUIZ, J. A. "Gestión de personal y prevención de los riesgos psicosociales en la empresa". *Tribuna Social*. No. 216. (2008), pág. 46-47.

medidas preventivas oportunas que, a menudo, exigirán cambios en la organización del trabajo.

6.2.1. Plan de prevención de riesgos laborales

El elemento estructurador de toda la actividad preventiva en la empresa es el Plan de Prevención de Riesgos Laborales y la LPRL dispone que el empresario tiene obligación de implantar y aplicar el mismo. El Plan de Prevención es la herramienta a través de la cual se integra la actividad preventiva de la empresa en su sistema general de gestión y estableciendo la política de prevención de riesgos laborales.

6.2.2. Evaluación de riesgos psicosociales

La evaluación inicial de los riesgos es un instrumento vital que permite anticipar las necesidades de la prevención⁶⁹ obteniendo la información necesaria sobre la magnitud de los riesgos existentes en el contexto laboral.

Los principios de la acción preventiva del art. 15.1 LPRL se basan en la necesidad de combatir los riesgos en su origen; “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono, repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”; “planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”; en fin, “adoptar medidas que antecedan la protección colectiva a la individual”⁷⁰.

La LPRL guarda silencio respecto al procedimiento para la evaluación, no así el RSP, que alude a la cuestión en su art.5, donde establece las pautas generales a seguir, teniendo en

69 ROJAS RIVERO, G. P. Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral, cit. pág. 122-131

70 El objetivo final buscado es convertir la política de seguridad y salud laboral en un trabajo ordinario en el seno de la actividad cotidiana de la empresa, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, Ma.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, págs. 58 y 59 o AGRA VIFORCOS, B.: “Prevención de los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): Las Enfermedades del Trabajo: Nuevos Riesgos Psicosociales y su valoración en el Derecho de la Protección Social, cit., pág. 136.

cuenta que, de conformidad con el art. 3.2 RSP, el empresario debe consultar con los representantes de los trabajadores (o con los propios empleados en defecto de los anteriores) acerca de cual se va a utilizar en la empresa o centro de trabajo⁷¹, y que en virtud del art. 5.2 RSP el “utilizado deberá proporcionar confianza sobre el resultado”⁷²

El empresario debe planificar y adoptar todas las acciones preventivas que garanticen un mayor nivel de protección y que aumenten la seguridad y salud de los trabajadores, si del resultado de la evaluación de riesgos psicosociales se revela la existencia de riesgo de acoso laboral.

La evaluación objetiva del riesgo debe tomar en consideración el conjunto de condiciones de trabajo en un sentido amplio, esto es, desde elementos materiales y procedimientos técnicos hasta los aspectos organizativos, relacionales y ambientales presentes en la actividad empresarial (art. 4.7 LPRL y art. 4.1.a RPS), y se completa con una evaluación subjetiva que exige valorar las posibles repercusiones de las condiciones de trabajo sobre la seguridad y salud de los trabajadores teniendo en cuenta sus características personales (art. 4.1.b RPS), lo que conecta íntimamente con la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 22 LPRL)⁷³ y con la posible presencia de personas especialmente sensibles (art. 25.1 LPRL).

Entre los aspectos a considerar en el momento de evaluar el acoso laboral están la prevalencia (número de trabajadores de una organización que se ven afectados por una o varias de las situaciones descritas, en la duración y frecuencia especificadas), el tipo y magnitud de las consecuencias que está experimentando, y la relación de estas consecuencias con las situaciones de acoso laboral. Pero, además, es necesario realizar un análisis causal de la situación, que permita detectar el origen del problema y oriente las posibles soluciones a tomar. Para ello resulta oportuno recoger información concreta sobre: características personales del trabajador; historia sociolaboral de la persona en su puesto actual y en puestos o empresas anteriores; análisis y condiciones de trabajo de su puesto actual; sucesión y

71 Sobre la disconformidad respecto del método, STS 20 diciembre 1999

72 “Contar con una metodología fiable es indispensable para obtener un buen resultado”, UGT Guía Prevención de Riesgos Psicosociales en el sector textil

73 NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: La evaluación de los riesgos derivados del trabajo, cit., pág. 23.

frecuencia de los acontecimientos traumáticos origen del problema; las consecuencias físicas, psicológicas, familiares y sociales; cualquier otro dato que se considere de interés para esclarecer el problema; el empleo de cuestionarios y el ajuste a los criterios establecidos, aunque sobre esto último se suele subrayar la complejidad y la dificultad técnica que tiene la concreta identificación y estimación de los riesgos psicosociales, y en particular el riesgo de acoso moral, pues las herramientas disponibles, las encuestas, cuestionarios e otros instrumentos similares, no aseguran siempre resultados certeros⁷⁴.

6.2.3. Factores de riesgo psicosocial a incluir en la evaluación

La valoración de los riesgos psicosociales plantea dificultades relacionadas con los métodos de evaluación, dado que las intervenciones o actuaciones adoptan formas diversas y las soluciones que se han aportado se encuentran ligadas a la fase última del problema, esto es, cuando la víctima decide intervenir para poner fin al hostigamiento psicológico.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) otorga relevancia tanto los aspectos objetivos del trabajo y la organización, como los subjetivos del trabajador (personalidad, necesidad, expectativas, vulnerabilidad, capacidad de adaptación...), las cuales también tienen gran importancia en el desarrollo de problemas de tal naturaleza⁷⁵.

Entre los factores de riesgo de carácter común cabría incluir los siguientes:

- 1) Factores relacionados con el ambiente de trabajo. Los espacios ocupados por los trabajadores, la iluminación, la temperatura, los ruidos, lugares de esparcimiento o de alimentación, son factores que pueden influir directamente en el bienestar del trabajador y, por tanto, deben ser considerados.
- 2) Los factores relacionados con la estructura organizacional (horizontal y vertical) y jerarquía y la forma como son ejercidas las funciones organizativas (delegación, concentración de responsabilidades). En este apartado han de incluirse los estilos

74 En AA.VV. OSALAN-INSTITUTO VASCO DE SEGURIDAD Y SALUD LABORALES: El acoso moral en el trabajo. Evaluación, prevención e intervención, Bilbao, 2004, pág. 37 o VALLEJO DACOSTA, R.: Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora, cit., pág. 58.

75 NTP 443: Factores psicosociales: metodología de evaluación, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y PÉREZ BILBAO, J.).

autoritarios de mando, la rigidez de la estructura, el exceso de control de las actividades desarrolladas, la ausencia de participación, la falta de apoyo social entre los compañeros y los superiores, etc.

- 3) Contenido del trabajo y realización de tareas. Es muy importante para la prevención determinar el “grado en que el conjunto de tareas que desempeña el trabajador activan una cierta variedad de capacidades, responden a una serie de necesidades y expectativas del trabajador y permiten el desarrollo psicológico del mismo”⁷⁶. También es importante el diseño de actividades de grupo que puedan fomentar un conocimiento entre compañeros no mediatizado por la interposición de otras personas, como mandos intermediarios, que a la vez permitan la puesta en común de ideas y opiniones⁷⁷.

Por su parte, la VI Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo de 2015, en lo que respecta a las exigencias del trabajo, confirma que predomina el trabajo intensivo, indicando que el 36% de los trabajadores de la UE trabaja “siempre” o “casi siempre” sujetos a plazos ajustados.

- 4) Condiciones laborales. Procede analizar si la empresa demuestra interés de carácter personal y a largo plazo por el trabajador o si tiene hacia él una consideración de carácter instrumental y a corto plazo, como un mero factor de producción más. Este interés se demuestra, por ejemplo, procurando darle estabilidad, tomando en consideración su carrera profesional, facilitando una formación adecuada y al mismo tiempo favoreciendo la conciliación de la vida laboral y familiar⁷⁸. En fin la inestabilidad laboral, la imposibilidad de promoción, etc... constituyen fuentes de riesgo psicosocial.

Con el estudio de estos factores de riesgo se puede identificar la potencial incidencia del surgimiento de los conflictos interpersonales que puedan degenerar en situaciones de acoso moral en el trabajo.

76 NTP 443: Factores psicosociales: metodología de evaluación, cit.

77 RIVAS VALLEJO, P.: La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial, cit., pág. 105.

78 NTP 745: Nueva cultura de empresa y condiciones de trabajo, 2007 (ARENAS SAINZ, B. y BESTRATÉN BELLOVÍ, M.).

6.2.4. La planificación de la actividad preventiva

La evaluación de las condiciones psicosociales busca “hacer un diagnóstico de la situación de trabajo para pasar luego a una intervención que puede ser global o diferenciada. Es decir, planteando la intervención sobre la estructura y sistemas organizativos, comunicativos y de poder, o bien actuando sobre el individuo: su aprendizaje, motivación, actitudes, toma de conciencia y capacidad de decisión”⁷⁹. La investigación mostrará en ocasiones la necesidad de proceder a los oportunos cambios y ajustes en la entidad misma y/o en los puestos de trabajo para minorar en lo posible los riesgos, así como a actuaciones individualizadas frente a uno o varios trabajadores; también pondrá de manifiesto situaciones saludables que pueden transferirse a otras que no lo sean.

Por lo tanto, la planificación de la actividad preventiva a desarrollar por la empresa habrá de incluir lo referente a estas cuestiones, a fin de eliminar o reducir y controlar los riesgos detectados, para lo cual deben incluirse los medios humanos y materiales adscritos al proyecto (que debe programarse para un período determinado), así como los recursos económicos necesarios para conseguir los objetivos (arts. 16.2 LPRL y 9.1 RSP)⁸⁰

Tales orientaciones normativas pueden y deben ser aplicadas con respecto al riesgo de acoso moral, de modo que se ha de incluir el diseño y planificación de las medidas oportunas para prevenirlo y proteger a los trabajadores de la empresa frente al mismo. De acuerdo con la configuración normativa de la planificación de la normativa preventiva y los diversos estudios especializados, estas medidas deben estar dirigidas a erradicar, minorar o controlar los factores de riesgo de acoso moral que se hayan detectado a través de la evaluación de riesgos⁸¹.

La oportuna investigación mostrará en ocasiones la necesidad de realizar los cambios y ajustes pertinentes en la empresa y/o en los puestos de trabajo para eliminar o disminuir la

79 NTP 450. Factores psicosociales: fases para su evaluación

80 Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo: Como abordar los problemas psicosociales y reducir el estrés relacionado con el trabajo

81 MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela penal frente al acoso moral en el trabajo: ventajas e inconvenientes de una estrategia de defensa posible”, cit., pág. 69 o VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales, cit., págs. 188 y 194.

amenaza, como también a actuaciones individualizadas frente a uno o varios trabajadores. La primera intervención (prevención primaria) es prioritaria y tiene por objeto eliminar el origen del acoso y no la causa que lo produce. De tal forma que en esta primera fase se adoptarán medidas por parte de la empresa, orientadas a eliminar un ambiente de trabajo hostil, competitivo, con alto nivel de presión en cuanto a los objetivos a conseguir, etc.,.

El objetivo es poder reducir el nivel de insatisfacción presente en el lugar del trabajo, creando un entorno psicosocial adecuado que dificulte la posible aparición de situaciones de acoso moral. Las medidas a adoptar pueden coincidir, por ejemplo, con las propuestas de los agentes sociales a nivel comunitario a través del Acuerdo Marco en materia de estrés laboral⁸².

El INSHT recoge como posible propuesta para la disminución de los riesgos psicosociales el ya clásico modelo de demanda-control-apoyo social, según el cual es necesario actuar en los tres ámbitos, considerados planos que interactúan, en tanto que control y apoyo social suelen verse influidos por los cambios en la organización del trabajo y, de hecho, las intervenciones preventivas que modifican en origen los riesgos psicosociales por lo general afectan conjuntamente a ambas dimensiones⁸³.

El INHST plantea ejemplos de actuación en cada una de las tres dimensiones psicosociales básicas⁸⁴:

1) Intervención sobre las demandas:

- Distribuir con claridad y transparencia las tareas y las competencias.
- Establecer objetivos de trabajo claros.
- Marcar prioridades en las tareas.
- Establecer la carga de trabajo considerando el contenido tanto cuantitativo como cualitativo de la tarea.

82 MARTÍNEZ BARROSO, Ma.R.: “Reflexiones en torno al acuerdo marco europeo sobre estrés en el trabajo”, AS, núm. 22, 2004, pág. 12.

83 NTP 603: Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social, 2003 (VEGA MARTÍNEZ, S.).

84 NTP 604: Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social II, cit.

- Establecer la carga de trabajo considerando las capacidades y recursos de la persona.
- Planificar y coordinar los trabajos teniendo en cuenta la posible llegada de trabajo extra o imprevisto.
- Proporcionar la suficiente dotación personal a las unidades de trabajo.
- Sustituir adecuadamente las bajas.
- Establecer pausas que permitan una recuperación adecuada después de tareas muy exigentes.
- Proporcionar el tiempo suficiente para hacer bien el trabajo.
- Establecer mecanismos que permitan al trabajador tomar decisiones sobre el ritmo, la cantidad de trabajo, las pausas.

2) Intervención sobre el control:

- Establecer mecanismos que permitan al trabajador tomar decisiones sobre los métodos y el orden de las tareas.
- Asegurar mecanismos de consulta en relación con las decisiones que afecten a la unidad o departamento donde se trabaja.
- Eliminar el trabajo estrictamente controlado o pautado.
- Proporcionar tareas significativas, con sentido.
- Incluir demandas que impliquen decisiones cualificadas.
- Proporcionar tareas que impliquen retos.
- Crear oportunidades para la autorrealización.
- Proporcionar, para todos los estatus de trabajo, oportunidades de aprender y usar habilidades nuevas.

- Proporcionar suficiente capacitación para asumir tareas y responsabilidades.
 - Proporcionar oportunidades de más desarrollo profesional (formación continua y específica, provisión de posibilidades para la promoción).
 - Potenciar el uso de las capacidades mentales en el trabajo en cadena.
 - Aplicar ampliación y diversificación entre tareas más y menos creativas.
 - Establecer, siempre que sea posible, enriquecimiento de tareas, incluyendo tareas de planificación, control de calidad, etc.
 - Negociar con los trabajadores sistemas de rotación, ampliación o enriquecimiento de tareas para los puestos/áreas de peores condiciones psicosociales.
 - Proporcionar una dotación adecuada de medios materiales.
 - Evitar la excesiva burocratización de las tareas.
- 3) Intervención sobre el apoyo social:
- Impulsar la creación de grupos de consulta para diversos temas (por ejemplo, cualquier cambio en el contenido y estructura del trabajo).
 - Potenciar el trabajo en equipo y la comunicación.
 - Consultar en relación con la composición de los equipos de trabajo.
 - Proporcionar formación específica sobre el trabajo en equipo.
 - Favorecer el trabajo en parejas cuando no sea posible el enriquecimiento ni ampliación de tareas, ni tampoco el trabajo en equipo.
 - Establecer objetivos de equipo, que favorezcan la colaboración entre compañeros.
 - Crear espacios de reflexión, de compartir dudas y poner en común experiencias.
 - Dar a las reuniones de trabajo un espacio e importancia igual a otras tareas que se

realizan dentro del horario (por ejemplo, incluyéndolas en la programación, no colocándolas a última hora de la jornada, etc.).

- Establecer mecanismos de recompensa y reconocimiento del trabajo.
- Establecer mecanismos de retroalimentación al trabajador sobre su desempeño.
- Respaldar las decisiones tomadas por los trabajadores en el desarrollo de sus tareas habituales.
- Informar a los trabajadores de los asuntos que les competen e interesen.
- Proporcionar a los mandos intermedios formación en materia de dirección/gestión de personal.
- Valorar formal y explícitamente el trabajo colectivo.
- Establecer medidas que impidan las conductas competitivas entre los trabajadores (sistemas de remuneración, acceso a formación, información, sistemas de promoción, etc.).
- Difundir, por parte de la dirección, declaración pública que rechace explícitamente cualquier forma de acoso en la empresa.
- Hacer un modelo claramente definido de funciones y jerarquías, crear canales de comunicación entre los diversos niveles jerárquicos con el objetivo de fomentar la información y la participación de los trabajadores en la toma de decisiones organizativas con incidencia directa en el desarrollo del trabajo.
- Potenciar el trabajo en equipo, la comunicación entre los compañeros y el reconocimiento profesional por parte de los compañeros y de los superiores jerárquicos frente a la competitividad y el aislamiento.

6.3. Análisis de la actuación frente al acoso moral en el trabajo

La primera tarea imprescindible consiste en identificar la existencia del acoso moral en la

empresa. Realizada esa operación, se impone la necesidad de actuar preferentemente en el plano preventivo.

Para luchar contra cualquier manifestación de acoso es preciso que se actúe desde distintas instancias: las organizaciones empresariales han de tomar conciencia del problema y adoptar cuantas actuaciones estén en su mano para prevenir, reaccionar (eliminando aquellas circunstancias que puedan haber sido causa o estar situadas en el origen de estos comportamientos reprochables) y sancionar a quienes incurran en conductas de este tipo. Los representantes de los trabajadores, por su parte, también ocupan un lugar privilegiado para forzar la actuación del empresario y para apoyar y asesorar a las víctimas.

Como obligado punto de partida, es menester hacer mención al hecho de que la “la existencia de un riesgo de violencia o acoso, con o sin antecedentes, deberá figurar en la correspondiente evaluación de riesgos, debiendo poderse objetivar la toma de medidas de prevención y protección práctica”⁸⁵. Para proceder a esta operación de análisis existen ya, al menos en cuanto al acoso moral, “herramientas específicas estandarizadas” de gran utilidad (de hecho, merced al art. 5.3 RSP, el recurso a las mismas puede resultar obligado); igualmente, hay que destacar el importante papel que tanto el director de recursos humanos como el médico de empresa van a jugar a la hora de advertir al empresario o al servicio de prevención la presencia de peligro o de hechos consumados. Sea como fuere, la localización de un riesgo de acoso o la aparición de un caso merecedor de tal calificativo en el seno de la organización, fuerza al empresario a acometer medidas que eviten para el futuro la materialización de tal riesgo o, por lo menos, capaces de aminorarlo en cuanto sea posible. Aun cuando “no existen normas específicas, metodología que pueda ser aplicada in genere, que determine las concretas obligaciones preventivas del empresario en relación a la evitación de los supuestos de acoso”⁸⁶, parece claro que los programas de erradicación exigen

85 PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C.; MARTÍN DAZA, F.; SANCHO FIGUEROA, T. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J.A.: *Mobbing, violencia física y acoso sexual*, cit., pág. 52

86 “Ello no exige de adoptar las medidas que sean necesarias, ex art. 14.2 LPRL, y de conformidad con los principios plasmados en el art. 15 LPRL, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, cit., pág. 57.

actuaciones de prevención, de intervención y de control y evaluación⁸⁷

Las estrategias preventivas (ámbito donde jugarán un papel estelar los servicios de prevención) han de incluir la definición de metas y estrategias; la redacción de un documento en el cual se recoja el propósito de lucha contra el acoso; la creación de códigos o normas de conducta y su difusión; la atención a los procedimientos de reclutamiento y selección, a fin de evitar la elección de quienes muestran mayor tendencia a un comportamiento autoritario, agresivo y maquiavélico; el desarrollo de programas específicos de capacitación (proporcionar adecuada formación sobre los protocolos de actuación en caso de acoso y en materia de relaciones interpersonales, incluidos instrumentos de resolución de conflictos, así como entrenar para la detección precoz del problema y sensibilizar a los trabajadores en la materia); el establecimiento de foros a través de los cuales quienes se consideren acosados puedan comunicar su situación (ámbito donde, sin duda, deben tener cabida los representantes del personal); la elaboración de cuestionarios anónimos que permitan a los empleados poner en conocimiento de la instancia pertinente la existencia de tales agresiones o su posibilidad; el diseño de políticas informativas y difusión de las actuaciones (la transparencia de los canales de comunicación reduce el riesgo, por lo que resultan convenientes sesiones informativas, reuniones, discusiones en grupo..., pero también es importante que la empresa sepa como afrontar las denuncias y que se lleven a cabo programas destinados a la capacitación de los directivos); el incremento del apoyo social para restaurar o mejorar de las redes intersubjetivas; etc. Para el concreto caso de acoso moral, conviene apuntar la singular importancia de maniobrar en el plano organizacional, procediendo al rediseño del trabajo, definiendo claramente las tareas y objetivos de cada sujeto, reorganizando los horarios, estableciendo un sistema transparente para evaluar el rendimiento...; la Ergonomía ha elaborado un conjunto de técnicas cuya aplicación reduce el peligro, al minimizar los niveles de estrés, proporcionar a los trabajadores un mayor control del proceso de trabajo y una superior capacidad de decisión, y modificar el comportamiento de los directivos a fin de que desarrollen sus habilidades para reconocer y manejar conflictos y reconozcan tempranamente las situaciones de mobbing.

87 NTP 476. El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing

En cuanto hace a las estrategias de intervención, éstas se orientan, tanto a proporcionar inmediata respuesta y apoyo a la víctima⁸⁸(sin duda, en este punto también resulta esencial la actuación de los representantes de los trabajadores, en tanto que cauce idóneo para obtener asesoramiento y ayuda), como a detener el comportamiento lesivo. También se sitúan en este plano el ejercicio del ius variandi empresarial, o los instrumentos de la movilidad geográfica o funcional, para separar físicamente a los sujetos implicados en la relación perversa; también, el ejercicio del poder disciplinario. Conviene recordar que, en base a esta obligación de prevención y protección, la total pasividad de la empresa en supuestos conocidos de acoso, le haría incurrir en comisión por omisión, con las graves consecuencias que de ello derivan⁸⁹; además de constituir *per se* nuevo riesgo psicosocial, vinculado a la situación de indefensión y desamparo que provoca la ausencia de toda reacción por parte de quien ostente la competencia.

En fin, las estrategias de control y evaluación sirven de apoyo a las citadas, en tanto permiten su seguimiento para optimizar su efectividad, detectando problemas irresueltos, nuevas modalidades, etc. El carácter dinámico de la prevención exige diseñar las correspondientes revisiones en caso de actualización del riesgo o cuando los controles periódicos (incluida la vigilancia de la salud) concluyan sobre la necesidad de dicha actuación (art. 6 RSP).

7. Compensación del daño por acoso moral: El recargo de prestaciones por incumplimiento de deber empresarial

7.1. Accidente de trabajo y enfermedad de trabajo: Delimitación conceptual

El TRLGSS vigente diferencia las contingencias protegidas según cual sea la causa que las origina, clasificándolas en comunes (accidente no laboral y enfermedad común) y profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional). Por tanto, la expresión “riesgo

88 Sistemas de ayuda y/o asistenciales, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Mobbing . El acoso moral en el trabajo”, RTSS (CEF) , núm. 253, 2004, págs. 153 y ss.

89 Si denunciada a la dirección una situación de acoso la empresa no actúa, incluyendo la evaluación de riesgos psicosociales y otras medidas preventivas, la empresa será responsable, STSJ Cataluña 9 enero 2006

profesional” es utilizada en el Derecho de la Seguridad Social para distinguir el diverso tratamiento del accidente laboral de otras contingencias o situaciones de necesidad, de etiología común, también protegidas por el sistema, es decir, para delimitar, dentro de su acción protectora, un tipo específico de contingencias, las ocasionadas por el accidente de trabajo y, sobre todo hoy, por su especificidad, la enfermedad profesional⁹⁰

El Derecho de la Seguridad Social tiende a establecer conceptos jurídicos definidos y precisos para asegurar certeza y seguridad en la prestación concedida y en la responsabilidad asumida. Sin embargo, pese a la centenaria definición legal, subsisten delicados problemas conceptuales en la definición del accidente de trabajo y, en función de ello, un margen de apreciación relativamente dilatado de los órganos judiciales, sobre todo en el supuesto de las denominadas “enfermedades del trabajo”.

En la legislación de Seguridad Social no se reconoce como concepto ni término separado la enfermedad del trabajo, la cual, en sentido propio ni es enfermedad común, ni tampoco es enfermedad profesional, ni accidente de trabajo en el sentido estricto del término. Pero esta equiparación no implica confusión entre los términos enfermedad y accidente. Entendidas las enfermedades del trabajo (en sentido amplio) como las que sufra el trabajador, tanto de naturaleza profesional⁹¹ como de naturaleza común, siempre que tengan su causa u origen (y además exclusiva/o) en el trabajo, son enfermedades equiparadas en su tratamiento al accidente de trabajo, dada la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. Pero la equiparación con el accidente tipo no es, sin embargo, total. Algunos resquicios como el juego de la presunción del art. 156.3 LGSS, el estricto régimen de prueba de la causalidad laboral, la etiología de la enfermedad, el momento de su manifestación o el alcance de la propia responsabilidad siguen evidenciando las diferencias entre el accidente laboral y la enfermedad del trabajo.

90 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Seguridad Social, riesgo profesional y accidente de trabajo”, RL, núm. 1, 2000, pág. 9.

91 ORDEIG FOS, J.M^a.: El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea), cit., pág. 184, considera que no se trata de “enfermedad profesional”, pues esta norma exige que la enfermedad no esté incluida en el artículo que regula las enfermedades profesionales.

7.2. Configuración jurídica general

El recargo de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, cuando el mismo sea debido a incumplimientos empresariales en materia de seguridad e higiene es una institución clásica de nuestro ordenamiento jurídico, que actualmente se encuentra regulada en el artículo 164 de la LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, siendo el contenido de dicho precepto el siguiente:

- 1) Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.
- 2) La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.
- 3) La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

7.3. Antecedentes normativos

La primera referencia normativa del recargo de prestaciones la encontramos en la Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, que en su artículo 5º.5ª establecía que “Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución ...”

Esta figura y su carácter indemnizatorio, se reproducirá en el artículo 6.5 de la Ley de 10 de enero de 1922; en el artículo 65 del RD de 29 de diciembre de 1922, por el que se aprobó el Reglamento provisional de la Ley; artículo 27 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956 y 55 del Reglamento de la misma fecha que el anterior.

Posteriormente, el Decreto de 6 de diciembre de 1962, incluyó en el precepto las normas protectoras relativas al trabajo de mujeres y menores y la falta de medidas de prevención de la enfermedad profesional.

La Ley de Seguridad Social de 1966 en su artículo 147, recogió la cuantificación del recargo de prestaciones entre un 30 y un 50 por ciento, no extensible a las prestaciones por Incapacidad Temporal y sólo haciendo sólo referencia a las indemnizaciones a tanto alzado, pensiones vitalicias y cantidades tasadas en el baremo de lesiones no invalidantes.

A partir de la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972, el recargo se extiende a todas las prestaciones económicas derivadas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional⁹².

Nos encontramos pues, ante una materia sumamente compleja y ampliamente discutida en cuanto a su naturaleza y su compatibilidad con otras responsabilidades, aspectos estos que pasaremos a analizar⁹³.

7.4. Naturaleza jurídica del recargo

La postura tradicional es la que se inclina por el carácter sancionador o punitivo del recargo⁹⁴.

Los argumentos esgrimidos a favor de esta postura, se citan, entre otros ⁹⁵: procede de una autoridad administrativa; requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario; tiene una finalidad represiva de los

92 De igual modo se mantuvo en el art. 93.1 de la LGSS de 1974; el art. 123 de la LGSS, aprobada por RDL 1/1994 de 20 de junio, que se reproduce en el artículo 164 actual.

93 Entre otros, MONEREO PEREZ. El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, Civitas, Madrid, 1992.

94 Entre otros ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. Instituciones de Seguridad Social. Civitas, Madrid, 2002.

95 CRUZ VILLALON, J. Y JOVER RAMIREZ, C. "La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo"

comportamientos ilícitos; no es susceptible de aseguramiento.

Por su parte, la Jurisprudencia mayoritaria considera el recargo como una medida sancionadora⁹⁶, entendiéndolo que el recargo es una pena o sanción que se une a una prestación previamente establecida.

La segunda postura mantiene que el recargo tiene una naturaleza indemnizatoria, basándose en su finalidad reparadora, compensando al trabajador que no debió sufrir un accidente o enfermedad profesional si se hubiesen observado las medidas de seguridad. A este respecto, el artículo 42.3 de la LPRL señala que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador, serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social.”, con lo que parece decantarse por la naturaleza o carácter indemnizatorio de la figura que venimos analizando.

Finalmente, existe una postura intermedia entre aquellas dos, calificándolo en este sentido como una sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio⁹⁷ y de igual modo, la doctrina judicial ha hecho alusión a la naturaleza híbrida del recargo.

7.5. Requisitos constitutivos del recargo

Para la imposición del recargo es necesaria la concurrencia de tres requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia:

1º Existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional:

Así el artículo 156 de la LGSS define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, incluyendo aquellas enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

Por tanto, la conexión con la ejecución del trabajo es indispensable siempre en algún grado

96 STS de 8 de marzo de 1993

97 MONEREO PEREZ, J.L y en la misma línea SEMPERE NAVARRO A.V.

sin necesidad de que se concrete su significación⁹⁸. La consideración de una situación de acoso laboral como accidente de trabajo exige la concurrencia de un nexo causal entre ese proceso y la actividad laboral.⁹⁹

La doctrina judicial ha declarado la procedencia del recargo de prestaciones a las situaciones de acoso laboral. Un supuesto ilustrativo viene determinado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 25 de enero de 2012¹⁰⁰. En ella se impone el recargo de prestaciones en su máxima cuantía en un supuesto de suicidio en que se declara la contingencia del suceso como profesional. No impide tal calificación el hecho de que el suceso se produjera en el domicilio de los padres del trabajador al precipitarse al vacío desde un balcón, al margen de la protección de laboralidad constituida por el tiempo y lugar de trabajo. La relación de causalidad respecto de la enfermedad depresiva que padecía el fallecido se considera plenamente acreditada.¹⁰¹

2º Incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales:

Cuando el empresario es cumplidor “escrupuloso” de su obligación de suministrar seguridad, la responsabilidad por recargo no puede llegar a nacer¹⁰².

El principal problema que plantea este requisito es delimitar las medidas de seguridad e higiene cuyo incumplimiento genera la imposición del recargo; esto es, si la infracción debe recaer en una medida de seguridad concreta o se trata de una alusión general, teniendo en cuenta el deber general de prevención a que está obligado el empresario¹⁰³.

Así, algunos pronunciamientos de TSJ sostienen que la imposición del recargo no puede fundamentarse en vulneración de un precepto que imponga obligaciones genéricas, condicionando su imposición al incumplimiento de medidas de seguridad impuestas por

98 STS 4-11-1988

99 Se ha declarado accidente de trabajo la enfermedad contraída por un ertzaina con motivo de agresiones materiales y verbales por elementos del entorno abertzale sufridas durante su actividad profesional (STS 18-1-2005)

100 STSJ Galicia 334/2012, de 25 de enero

101 MONEREO PEREZ, J.L. Revista Doctrinal Aranzadi Social

102 SEMPERE NAVARRO, A.V. “La responsabilidad...”

103 MUÑOZ MOLINA, J. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, núm. 59, 2005

normas reglamentarias¹⁰⁴.

No obstante, la doctrina judicial mayoritaria adopta una postura amplia y flexible, considerando que la omisión puede afectar a medidas generales y particulares de seguridad.

Los términos en los que está redactado el artículo 164 de la LGSS permite entender que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Así, se deben adoptar medidas de protección que sean necesarias, sin que ello signifique que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de las medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de tales infracciones¹⁰⁵.

Esta tesis amplia permite extender el reconocimiento del recargo a las omisiones de reconocimientos médicos u otras medidas preventivas, incluso las de facilitar la suficiente información, medidas de adecuación personal a cada trabajo, etc, siempre que dichas omisiones hayan influido en los daños sufridos por el trabajador.

3º La relación de causalidad:

Es necesario que exista una adecuada relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador.

Si la causa de la enfermedad, por más que haya sido declarada como accidente de trabajo, no guarda el necesario nexo causal con la actuación empresarial, no queda patente que lo fuera por una vulneración determinada e identificable de la normativa sobre prevención de riesgos laborales¹⁰⁶. Por lo que no se puede aplicar el recargo por meras probabilidades o sospechas y el siniestro ha de tener su origen en la infracción empresarial y tal circunstancia ha de quedar suficientemente probada¹⁰⁷.

La mayoría de la doctrina judicial se inclina por rechazar los planteamientos objetivos del

104 En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1 octubre 1996

105 STS 8 octubre 2000

106 SSTSJ Madrid 8 octubre 2014

107 En este sentido, SSTSJ Andalucía 21 febrero 1995; Cataluña 6 julio 1998; Galicia 15 septiembre 1999

recargo, exigiendo que concurra en la conducta empresarial el elemento de dolo, culpa o negligencia¹⁰⁸, aunque no faltan pronunciamientos que hablan de responsabilidad cuasi-objetiva, señalando que lo determinante para su imposición es la ausencia de medidas de seguridad¹⁰⁹ -requisito objetivo-.

Si en la producción del accidente hubiese influido la conducta negligente del trabajador accidentado, la mayoría de la doctrina judicial considera que lo esencial para la imposición del recargo consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna norma de seguridad. No obstante, si el accidente se debió exclusivamente a la imprudencia del trabajador, sin la concurrencia de la infracción empresarial, no procedería imponer el recargo¹¹⁰.

4º Existencia del derecho a una prestación económica:

A este respecto es determinante la calificación de la contingencia como profesional, siendo frecuente que las situaciones de incapacidad temporal o permanente con origen en el acoso moral, sean calificadas como accidente de trabajo.

Esta opción representa enormes beneficios para los trabajadores víctimas de tan perversas agresiones, desde el momento en que los períodos carenciales, el nivel de protección, la base reguladora de las prestaciones, los porcentajes aplicables a dichas bases y, en su caso, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social otorgan un trato más favorable a dichas contingencias profesionales que a las comunes¹¹¹.

7.6. Reconocimiento y cuantía del recargo

7.6.1. Reconocimiento

La declaración del recargo corresponde al INSS, sin perjuicio de reconocer la gran importancia que cobra la Inspección de Trabajo, pues de conformidad con la Ley 42/1997, de 14 de noviembre Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el RD

108 SSTSJ de La Rioja 25 mayo 1995; Andalucía 26 junio 1998

109 STS 7 mayo 2014

110 SSTJS Comunidad Valenciana 29 junio 2001; 10 enero 2002; 29 enero 2003

111 ROMERO RÓDENAS, Ma.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo

928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, el inspector, tras la actuación comprobatoria seguida, puede instar a la entidad gestora tal declaración, teniendo en cuenta que si la propuesta no viene acompañada de acta de infracción debe justificar tal circunstancia; de actuar en ambos sentidos, la resolución de la autoridad laboral relativa al procedimiento administrativo debe aportarse al expediente de iniciación del relativo al recargo.

7.6.2. Cuantía

Por lo que se refiere a la cuantía del recargo, el artículo 164 de la LGSS señala que oscilará entre un 30 y un 50 por ciento según la gravedad de la falta, lo que supone dejar un amplio margen de apreciación al órgano resolutor para la concreción del mismo. Ahora bien, el criterio mantenido, en su caso, por el Inspector de Trabajo no tiene por qué ser coincidente con el del INSS o el del órgano jurisdiccional laboral.

No obstante, junto con el criterio de gravedad de la falta, la jurisprudencia ha tenido en cuenta para la graduación del porcentaje del recargo, otros aspectos como el tipo de infracción cometida, las consecuencias derivadas de la falta, intencionalidad, posibilidades de evitar el resultado, etc.

Finalmente, sobre las posibilidades del órgano de suplicación de modificar la cantidad establecida en instancia, numerosa doctrina modera el importe del recargo cuando el Juzgado de lo Social, no había valorado la conducta negligente del trabajador accidentado, de tal manera que la discrecionalidad del juzgador es controlable por el Tribunal Superior en la medida en que se aparte del mandato legal, es decir, cuando el recargo no guarde manifiestamente proporción con la gravedad de la falta cometida¹¹².

7.7. Sujeto responsable del pago del recargo

El artículo 164 de la LGSS atribuye la responsabilidad del pago del recargo directamente al

112 STSJ de Cataluña de 29 de julio de 1997.

empresario infractor, con la prohibición de su aseguramiento y la nulidad de cualquier pacto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir esa responsabilidad.

No obstante, concurren situaciones especiales, como el caso de concurrencia de una pluralidad de empresarios, o cuando el empresario infractor deviene insolvente.

7.8. Pluralidad de empresarios

7.8.1. Contratas y subcontratas

El principal problema reside en establecer qué empresa o empresas responderán del abono del recargo, cuando el trabajador accidentado pertenezca a una empresa contratista o subcontratista de otra principal.

Tradicionalmente se ha negado la posibilidad de trasladar la responsabilidad al empresario principal, sin perjuicio del derecho de repetición frente al culpable. Según esta tesis, recae en el empresario de la víctima del accidente la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad, cualquiera que sea el lugar donde el empleado preste sus servicios.

La anterior teoría puede entenderse superada, ya que en la actualidad se ha venido admitiendo la responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratista o subcontratista, siempre que se contraten obras o servicios de la misma actividad, que el accidente de trabajo se produzca en el centro de trabajo de la empresa principal y que la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata.

En definitiva, el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño.

7.8.2. Empresas de trabajo temporal

De acuerdo con el art. 28 LPRL, los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La ETT debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad

reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la cualificación o aptitud profesional, controles médicos específicos, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a aquellos riesgos.

Así, la ETT es responsable del abono del recargo cuando el accidente se debe a falta de formación e información al trabajador o cuando el trabajador no está capacitado para desarrollar el trabajo adecuadamente¹¹³; así lo ha reconocido la jurisprudencia para los supuestos de «(in)adecuación del trabajador al puesto, ya que es su obligación seleccionarlo, formarlo y comprobar que su estado de salud es compatible con el trabajo y no sufre deterioro alguno por causa del mismo». Por el contrario, será la empresa usuaria responsable cuando el accidente «tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad»¹¹⁴.

Finalmente, cabe extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la ETT, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la producción del siniestro¹¹⁵.

7.8.3. Sucesión de empresas

Existe responsabilidad solidaria de la empresa incumplidora de los deberes de seguridad y de la empresa sucesora por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 168.2 LGSS que dispone que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Si bien en un principio la jurisprudencia declaró que la responsabilidad que comporta el

113 STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2003

114 Responsabilidad directa y exclusiva de la empresa usuaria que mantiene el art. 42.3 pf 2º de la LISOS.

115 En esta línea la STSJ de Castilla y León 16 julio 2002, siempre que el siniestro haya acaecido en el lugar de trabajo de la usuaria y traiga su causa en la carencia formativa.

recargo es intransferible por vía de sucesión de empresas¹¹⁶, recientemente se ha declarado aplicable al recargo, dada su naturaleza prestacional, la responsabilidad solidaria prevista en el art. 168.2 de la LGSS. A estos efectos en relación con prestaciones derivadas de enfermedad profesional, interpreta el término «causadas» no en un sentido formal, alusivo a «prestaciones reconocidas», sino al material de «generadas», es decir a las que están en curso de generación en el momento de la transmisión¹¹⁷.

7.9. Insolvencia empresarial

El sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente el empresario; no hay responsabilidad subsidiaria del INSS, y ello porque al tener un carácter sancionador, es intransferible la responsabilidad por actuación culpable del empresario¹¹⁸.

De la misma forma que no procede anticipo por el INSS, ya que la naturaleza del recargo y la nulidad de pleno derecho de los pactos que el empresario celebre para cubrir, compensar o transmitir su responsabilidad, impide que se traslade la misma, ni por vía de anticipo, a persona o entidad distinta del empresario infractor¹¹⁹.

8. Procedimiento de imposición o exigencia

El art. 1.1.e) RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, reconoce al INSS la competencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad o higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

El INSS incoa el procedimiento, a petición del beneficiario o tras la actuación de la Inspección de Trabajo, a quien también corresponde instar la declaración del recargo. El informe-propuesta de la Inspección recogerá los hechos y circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, la causa concreta de las enumeradas en el art. 164.1 LGSS que

116 STS 23 marzo 2015; STJUE 5 marzo 2015

117 SSTS 5 mayo 2015; 10 diciembre 2015; 25 de febrero 2016

118 STS 11 marzo 1993; STS 22 septiembre 1994; STS 22 abril 2004.

119 STSJ Calaluña 12 noviembre 2002

motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar. Si se hubiese practicado el acta de infracción y hubiese recaído resolución de la autoridad laboral sobre la misma, dicha resolución se aportará al expediente de infracción. Si no se hubiere practicado previamente acta de infracción, en el informe-propuesta se justificará razonadamente esta circunstancia (art. 27 RISOS).

La falta del informe propuesta de la Inspección, no quiere decir que la parte perjudicada, a la vista de la inacción de la Inspección, no pueda solicitar el recargo correspondiente; en estos casos, cuando el proceso se inicie por solicitud del beneficiario, el INSS deberá recabar el oportuno informe de la Inspección.

Se dará trámite de audiencia al empresario responsable de la falta de medidas de seguridad¹²⁰, pudiendo previamente hacer alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio por los interesados¹²¹. Además el equipo de valoración de incapacidades deberá emitir y a elevar al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictamen-propuesta, en relación con el «porcentaje de incremento de prestación que propone y posibilidades de recuperación del trabajador».

Si bien la LRJAP-PAC de 1992 (vigente hasta el 2 de octubre de 2016), es aplicable a la actividad administrativa de reconocimiento de prestaciones de seguridad social, y, en particular, sus arts. 62 y 63 sobre nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, la falta de un trámite como el de audiencia no supone en sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido legalmente, y sólo producirá la anulación del acto si produce indefensión¹²².

La falta del dictamen propuesta sobre el porcentaje de recargo de prestaciones por parte del equipo de valoración de incapacidades no puede determinar la ineficacia de la resolución administrativa sobre el recargo ya que en todo caso, se trataría de un defecto determinante de anulabilidad¹²³.

120 Art.11 de la OM de 18 de enero de 1996

121 Art. 79 Ley 30/1992

122 SSTS 30 abril 2007; 3 julio 2007; 9 mayo 2008 y 12 mayo 2014

123 STSJ de Castilla-La Mancha 30 marzo 2006

La Entidad Gestora debe resolver el expediente en el plazo de 135 días desde el inicio de la tramitación (RD 286/2003, de 7 marzo [RCL 2003, 976]), El efecto del transcurso del plazo sin recaer resolución expresa es la desestimación de la solicitud por silencio administrativo, abriéndose para el interesado el plazo para ejercitar en vía judicial las acciones pertinentes, sin que pueda entenderse producida la caducidad del expediente administrativo por vía del art. 44.2 de la Ley 30/1992 ya que como se desprende del mismo «la caducidad se produce únicamente en los procedimientos en los que se ejerciten potestades sancionadoras y el de imposición del recargo no tiene exactamente esa naturaleza jurídica. Su finalidad es, de una parte, disuasoria para obtener el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y de otra, incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación trabajador empresa cuando esta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone»¹²⁴.

La resolución del INSS en la que se acuerde el recargo, contendrá la determinación de la cuantía y las bases de las prestaciones a las que debe aplicarse, así como el empresario responsable de su abono.

9. Recaudación del recargo

Los recargos fijados serán objeto de capitalización o de liquidación, según proceda, por la Tesorería General de la Seguridad Social, que recaudará el capital coste correspondiente del recargo que recaiga sobre pensiones o la cuantía del relativo a las demás prestaciones mediante reclamación de deuda que contendrá los datos señalados en el art. 39 de la O. 1562/2005, de 25 de mayo (añadido por O. 3512/2007, de 6 noviembre), en el plazo y condiciones que se establecen en el art. 75 RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, sin que pueda concederse aplazamiento al respecto.

Así, las resoluciones administrativas que lo impongan, una vez que sean firmes, deben comunicarse a la TGSS para la recaudación de su importe, incluidos los intereses de

124 STS 5 diciembre 2006 y STS 27 junio 2007

capitalización que procedan, aun cuando dichas resoluciones no sean definitivas y sin perjuicio de las devoluciones que en su caso procedan si se redujese o anulasen los derechos que se hubiesen reconocido (art. 71 RD 1415/2004).

La devolución de la parte no consumida por revisión por mejoría del estado invalidante del beneficiario o por extinción de las prestaciones por muerte y supervivencia por causas distintas al fallecimiento del beneficiario o al cumplimiento del período o edad límite para su percepción no tienen la consideración de ingresos indebidos, si bien procede aplicar lo previsto en el art. 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Ley General Presupuestaria (vigente hasta el 2 de octubre de 2016)

Si el recargo es declarado nulo en vía judicial, la TGSS viene obligada a devolver la suma íntegra capitalizada por la empresa, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, quienes quedan exentos de efectuar devolución alguna¹²⁵.

Una vez notificada la reclamación de deuda del capital coste de las pensiones o el importe debido por otras prestaciones, el responsable deberá ingresarlo antes del último día del mes siguiente al de la notificación. Los intereses de capitalización que se devenguen desde el día en que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda hasta el de su pago serán liquidados y adicionados por el sujeto responsable de éste.

El recargo tiene, al menos respecto de sus beneficiarios, la naturaleza de verdadera prestación de la seguridad social, y sigue el mismo régimen que es resto de prestaciones en lo que se refiere a su capitalización, liquidación o devengo de intereses¹²⁶.

Cuando el recargo sobre las prestaciones se haya fijado por sentencia, ésta se ejecutará por los trámites establecidos en la LRJS, y se pondrá también en conocimiento de la TGSS para que sea fijado el capital coste correspondiente en caso de que el recargo recaiga sobre pensiones. En este caso los intereses de capitalización se fijarán desde la fecha del hecho causante de la

125 STS 3 mayo 2006 2006

126 STS 21 julio 2006

prestación económica¹²⁷.

El orden jurisdiccional social es competente para conocer de la impugnación del importe del capital coste correspondiente al recargo independientemente de que éste se hubiere fijado en sentencia o por resolución administrativa, pues tanto en uno como en otro supuesto la controversia gira sobre el carácter prestacional del acto (STS 26-9-2000 [RJ 2000, 8287]).

10. Acciones judiciales

La carga de la prueba de la eficaz protección o suficiente medida de seguridad incumbe al empresario, porque la obligación de cuidado pertinente se le impone inicialmente a él, como creador del riesgo y responsable de la seguridad en la empresa, de modo que, dado el resultado fatal acaecido, se invierte la carga de la prueba, que, en principio, conforme al art. 217 LECiv., corresponde al que reclama¹²⁸.

El porcentaje del recargo fijado por Juez de instancia puede ser revisado en vía de recurso por el Tribunal de suplicación que puede modificarlo cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con la directriz legal de fijarse en atención a la gravedad de la falta o infracción cometida¹²⁹.

Los hechos recogidos en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la forma en que aconteció el accidente laboral, al igual que sobre las condiciones de seguridad y salud existentes a la sazón de su ocurrencia, gozan de presunción legal de certeza , lo que también cabe predicar de aquellos hechos que aparezcan reflejados en las actas de infracción que con tal motivo se practiquen; no obstante, el hecho de que la sanción administrativa sea dejada sin efecto por la Autoridad laboral, no afecta a la imposición del recargo¹³⁰ y su reconocimiento no genera un error judicial¹³¹.

Como ya se ha indicado, a tenor del art. 42.3 LPRL, las responsabilidades administrativas que

127 STS 21 julio 2006

128 STSJ Aragón 27 noviembre 2000; STSJ Aragón 19 diciembre 1998

129 STS 19 enero 1996

130 STSJ Madrid núm. 392/2006

131 STS 26 marzo 1999

deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y con el recargo de prestaciones económicas que pueda establecerse.

Por tanto, producido un accidente de trabajo en el que concurra falta de medidas de seguridad, ello dará lugar a una responsabilidad administrativa de la empresa por la infracción cometida, que lleva consigo una sanción a imponer conforme a la LISOS y al RISOS, pero además la Entidad Gestora impondrá al empresario el recargo de las prestaciones económicas causadas (incapacidad temporal, permanente, muerte y supervivencia). Las resoluciones que se dicten en estos procedimientos son impugnables ante el orden jurisdiccional social - art. 2. e) y n) LRJS-.

La acción sobre imposición de recargo no produce el efecto de cosa juzgada sobre el procedimiento en el que se reclama una indemnización de daños y perjuicios, si bien la declaración sobre la actuación del empresario que pueda realizarse en el proceso de recargo puede tener un valor prejudicial sobre el otro procedimiento, al venir configuradas ambas acciones sobre los mismos hechos¹³². A tal efecto, el Tribunal Constitucional exige la necesidad de que el órgano judicial tenga conocimiento de la resolución firme, y en caso de ser diversa la apreciación de la prueba, que se razone adecuadamente sobre esa diversidad¹³³, para evitar lesión del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva¹³⁴.

Con anterioridad a la Ley 36/2011, de 10 de octubre - art. 2.n -, reguladora de la jurisdicción social, correspondía al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de la impugnación de las resoluciones sancionadoras de la autoridad laboral, lo cual podía dar lugar a diversidad de criterio respecto de unos mismos hechos (existencia o no de infracción de la normativa de seguridad con ocasión del accidente de trabajo) entre dicho orden y el social, que entendía de los pleitos relativos al recargo de prestaciones¹³⁵. Para afrontar esa eventual

132 STSJ Cataluña 11 mayo 2000

133 STC 158/1985, 26 noviembre 1985

134 STC 31 enero 2008

135 Como hizo ver, por ejemplo, STS 5 junio 1996

discrepancia, el art. 42.5 LISOS (en el mismo sentido que el derogado art. 42.5 LPRL) dispuso que la declaración de hechos probados de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vincularía al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo de prestaciones económicas de seguridad social. La doctrina judicial había entendido en algún caso que esa regla no podía interpretarse en el sentido de que debía paralizarse el expediente de recargo de prestaciones por tramitarse un procedimiento sancionador, pues únicamente entrañaba un mandato de vinculación del orden social a la sentencia firme de lo contencioso-administrativo en relación con los hechos probados¹³⁶. En algún caso la jurisprudencia constitucional había declarado que carecía de suficiente motivación la sentencia del orden social que se apartaba de la resolución judicial firme de lo contencioso administrativo anuladora de sanción administrativa amparándose simplemente en “la distinta óptica del enjuiciamiento” en uno y otro orden jurisdiccional¹³⁷.

Conforme a la nueva redistribución de competencias entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social, al no ser posible la remisión que el art. 42.5 LISOS hace a los hechos probados de la sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, la misma deberá entenderse referida a los hechos probados de la sentencia que dicte el juez social al resolver la impugnación de la sanción administrativa.

11. Compatibilidad del recargo con otras responsabilidades

Según el art. 164.3 LGSS - reforzado por el art. 42.1 y 3 LPRL- , la responsabilidad por recargo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción. Ni la jurisprudencia ni la doctrina judicial han cuestionado dicha compatibilidad¹³⁸ . El recargo, pese a tener naturaleza pública y contenido patrimonial, es compatible a la postre con la responsabilidad penal, con la responsabilidad administrativa y con la responsabilidad civil o patrimonial, aparte de ir añadido, naturalmente, a la prestación

136 STSJ Cataluña 11 noviembre 1999

137 STC 21/2011, de 14 marzo

138 STS 20 julio 2000; STSJ Madrid 18 enero 2001

ordinaria de seguridad social.

En relación con la responsabilidad penal del empresario por infracciones de medidas de seguridad, la independencia del recargo se manifiesta en que no procede la suspensión de la tramitación del expediente por seguirse proceso penal. La cuantía de su importe es compatible, por mandato legal, con las que se puedan derivar de la causa penal. El proceso penal sanciona conductas individuales, personas que intencionada o culposamente pudieran ser responsables de la ausencia de medidas de seguridad determinantes del siniestro y el recargo se impone a la empresa como tal, por ausencia de medidas de seguridad, requisito objetivo, independientemente de la persona física responsable de su ausencia¹³⁹.

En relación con la responsabilidad civil, hay que partir de la premisa de que el trabajador puede sufrir otros daños y perjuicios como consecuencia de la lesión, y que para su reparación puede plantear las correspondientes acciones de responsabilidad patrimonial al amparo de las cláusulas generales del Código Civil, en busca de una indemnización reparadora. En este sentido la jurisprudencia es uniforme y reiterada¹⁴⁰.

La reparación de los daños producidos por el accidente de trabajo puede proceder de distintas vías y puede manifestarse en distintos conceptos: prestaciones de seguridad social, recargo por falta de medidas de seguridad, sanción administrativa y responsabilidad civil por daños y perjuicios. Ello plantea problemas de relación y combinación de esas distintas consecuencias jurídicas. Según la jurisprudencia, no debe detrarse de la cuantía de la indemnización por daños el importe del recargo por falta de medidas de seguridad, pues son conceptos independientes y compatibles¹⁴¹.

Añade la jurisprudencia que el recargo de prestaciones es una institución específica y singular, no subsumible en otras categorías jurídicas, por las siguientes razones: la finalidad del recargo de impulsar al cumplimiento del deber empresarial de seguridad; la declaración legal de la independencia y compatibilidad del recargo con las demás consecuencias del accidente; no

139 STS 17 mayo 2004 y STS 8 octubre 2004

140 STS 10 diciembre 1998; STS 17 febrero 1999

141 STS de 2 octubre 2000

existe vulneración del principio «non bis in idem» porque el recargo y la sanción no contemplan el mismo hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se basa en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores; tampoco consiste el recargo en una mera indemnización, pues de ser así carecería de fundamento la inicial intervención administrativa en su imposición a la empresa; finalmente, de adoptarse el criterio de la deducción de la indemnización, se vaciaría de contenido al recargo, pues de fijarse con anterioridad la indemnización, ya no se podría imponer el recargo por estar los daños plenamente compensados.

En voto particular se ha sostenido que de considerarse el recargo una indemnización no podría sumarse a la civil de daños y perjuicios porque se incurriría en un exceso en la reparación del daño con enriquecimiento del perjudicado, y de considerarse una sanción se infringiría el principio non bis in idem¹⁴².

La indemnización de daños y perjuicios, que suele fundarse en la infracción de medidas de seguridad con la consecuencia de accidente de trabajo, también es compatible con las prestaciones de la seguridad social¹⁴³ aun cuando para ello deba atenderse a la cuantificación del daño, a sus diversas manifestaciones y al montante de la reparación obtenida por el interesado¹⁴⁴.

12. Conclusiones

El acoso moral en el trabajo o mobbing, se caracteriza por la concurrencia de un elemento intencional lesivo y por conductas hostigadoras sistemáticas malintencionadas y perversas ejercidas sobre el trabajador, bien por parte del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros de igual nivel, con el propósito de socavar su voluntad y forzar su salida de la organización. Estas situaciones, carentes de regulación jurídica, se encuadran por los Tribunales en los supuestos de accidentes de trabajo.

142 STS 2 octubre 2000

143 STS 10 diciembre 1998 ; STS 14 febrero 2001

144 STS 17 julio 2007

Estos comportamientos hostiles pueden no ser muy significativos; es su repetición y su intencionalidad más o menos consciente de hacer daño a una persona en concreto, lo que constituye el acoso moral. Tales comportamientos pueden causar graves daños psicológicos, físicos o profesionales y, a su vez, como muy bien de termina la doctrina judicial, no corresponde a los profesionales médicos realizar la calificación del mobbing, sino que la misma ha de derivarse de la constatación de determinados extremos fácticos en vía judicial, sin perjuicio de las competencias relativas a la calificación de la contingencia atribuidas al INSS.

Existen multitud de pronunciamientos judiciales sobre el acoso moral en el trabajo, pero la jurisprudencia continua realizando aportaciones muy interesantes que permiten continuar avanzando en la tutela efectiva del acoso laboral, revelando la labor trascendental y compleja que tienen encomendada los Juzgados y Tribunales en el conocimiento de este tipo de situaciones.

Se ha apreciado la existencia del nexo causal entre la situación laboral y la dolencia psíquica padecida por el trabajador, dando lugar al reconocimiento de situaciones de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, e incluso permanente absoluta.

Las enfermedades del trabajo de naturaleza psicosocial abrirán o no la vía del recargo de prestaciones en atención a que se incluyan o no dichos riesgos psicosociales dentro del campo de acción preventiva del empleador y parece que, ya no hay fundamento alguno, ni normativo ni práctico, que permita excluir los riesgos emergentes en general, y los psicosociales en particular, ni del deber general de protección del empleador ni de los instrumentos específicos predispuestos para su organización y gestión técnico-colectiva -evaluación y planificación-. En este sentido, la obligación general del empleador de prevenir riesgos en el trabajo (incluidos los de orden organizativo) permite fundamentar la responsabilidad directa del empresario por la falta de adopción de medidas que contribuyan a prevenir, evitar o corregir las situaciones de estrés patológico, acoso sexual, moral o discriminatorio en la empresa.

No obstante lo anterior, algún pronunciamiento judicial reciente deniega la aplicación de tal

recargo solicitada por el trabajador al INSS, razonando, por las consecuencias que de modo general se derivan para la prevención y sanción de este tipo de riesgos, que “no es posible imponer el recargo por falta de medidas de seguridad que solicita, porque sencillamente no es posible prevenir el tipo de daño que sufrió (por acoso moral), y en consecuencia no le son exigibles a la empresa unas medidas preventivas sobre un riesgo que ignora si puede llegar a producirse... y en el caso del mobbing , no existe ninguna norma que establezca las medidas de seguridad que deban observarse para que este concreto daño no se produzca, por lo que también falta el elemento normativo que sirva de base a la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad”.

La obligación general de protección que pesa sobre el empresario es lo suficientemente amplia y flexible como para integrar la evaluación, planificación y protección frente a cualquier forma de violencia psicológica en la organización del trabajo, por lo cual los comportamientos tipificados como acoso moral deben ser considerados como infracciones de la normativa de prevención de riesgos laborales, debiendo resultar claro que cuando de tales comportamientos se deriva el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social procederá la reclamación del recargo de prestaciones a favor de la víctima de tales lesiones psíquicas. Esta solución tiene además la virtualidad de dar un tono punitivo o sancionador a este tipo de comportamientos, diferenciando así tales supuestos de aquellos otros en los cuales aun cuando el origen de la enfermedad psíquica esté en el trabajo (estrés laboral, depresión, ansiedad...) no se ha producido propiamente un acoso moral. Esto es, la intencionalidad merece un tratamiento sancionador e indemnizatorio que no parece razonable exigir en los supuestos en que no existe un comportamiento doloso orientado a la destrucción psíquica del trabajador.

13. Bibliografía

AA.VV. OSALAN-INSTITUTO VASCO DE SEGURIDAD Y SALUD LABORALES: *El acoso moral en el trabajo. Evaluación, prevención e intervención*, Bilbao, 2004.

AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo, *Revista Alcor*, núm. 12, 2008

- “Prevención de los riesgos psicosociales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Las Enfermedades del Trabajo: Nuevos Riesgos Psicosociales y su valoración en el Derecho de la Protección Social*, Madrid (MTAS), 2007.

AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico”, en AA.VV.: *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima* (CABEZA PEREIRO, J.; LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, J.F., Coords.), Granada (Comares), 2002.

ALARCÓN CARACUEL, M.: “Los deberes del empleador en materia de prevención”, en AA.VV. (SALVADOR PÉREZ, F., Coord.): *La seguridad y salud en el trabajo en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Sevilla (Junta de Andalucía), 1997.

ALONSO OLEA, M.: “El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia”, *REDT*, núm. 5, 1985.

ALUJAS RUIZ, J.A. “Gestión de personal y prevención de los riesgos psicosociales en la empresa”, *Tribuna Social*, núm. 216, 2008

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): *El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997.

APARICIO TOVAR, J.: “Las obligaciones del empresario de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo”, *REDT*, núm. 49, 1991.

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: Tipificación jurídica del acoso moral”, *Social Mes a Mes*, núm. 73, 2002

BLANCO BAREA, MaJ. Y LÓPEZ PARADA, J.: “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, *La Ley*, 2002-3

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, 2002

- “El acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, *AS*, núm. 11, 2007

- “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, *AS*, núm. 18, 2005.

COLLADO, L.: “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (mobbing). Diferencias con otras figuras”, *Cuadernos de Derecho Laboral*, núm. XII, 2004

CONESA BALLESTEROS, J y SANAHUJA VIDAL, M.: Acoso Moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing), *AL*, núm 30, 2002

CORREA CARRASCO, M, “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Navarra (Aranzadi), 2006.

CRUZ VILLALÓN, J. y JOVER RAMÍREZ, C.: “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de seguridad y salud laboral”, *TL*, núm. 50, 1999.

ESCUADERO MORATALLA, J.F y POYATOS I MATAS, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Barcelona (Bosch), 2004

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma.F.: “El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?”, RDS, núm. 19, 2002

GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2, 2003

HIRIGOYEN, M.F.: *El Acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona. (Paidós) 2001

JURADO SEGOVIA, A.: *Acoso Moral en el trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, Madrid (La Ley), 2008.

LAHOZ GIMENO, R.: *La presión laboral tendenciosa*. Tesis doctoral, Girona, 2003

LEYMANN, H.: El contenido y desarrollo del Acoso Grupal/Moral (mobbing) en el trabajo. *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol. 5, núm. 2, 1996.

Mobbing. La persécution au travail, París (Seuil), 1996.

MARCOS GONZÁLEZ, J.I.: *La tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario*, Navarra (Aranzadi), 2006

MARTINEZ ABASCAL, V.A.: “La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo”, TL, núm, 92, 2007

MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: “Reflexiones en torno al acuerdo marco europeo sobre estrés en el trabajo”, AS, núm. 22, 2004.

MELLA MÉNDEZ, L.: “El acoso psicológico en el trabajo” *Tribuna Social*, núm. 145, 2002

MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing)”, *Diario La Ley*, núm. 5436, 2001

-*La Tutela Judicial frente al Acoso Moral en el trabajo: de las normas a las practicas forenses*, Albacete (Bomarzo), 2007.

- “La tutela penal frente al acoso moral en el trabajo: ventajas e inconvenientes de una estrategia de defensa posible”, *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid (Civitas), 1992.

MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo de prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *RMTAS*, núm. 59, 2005.

NAVARRO NIETO, F.: *La tutela jurídica frente al Acoso Moral Laboral*, Navarra (Aranzadi), 2007.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

NTP 443: *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 1997 (MARTÍN DAZA, F. y PÉREZ BILBAO, J.).

NTP 450: *Factores psicosociales: fases para su evaluación*, 1997 (OCINS DE FRUTOS, M. y ALMODÓVAR MOLINA, A.)

NTP 603: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social*, 2003 (VEGA MARTÍNEZ, S.).

NTP 604: *Riesgo psicosocial: el modelo demada-control-apoyo social*, 2003 (NOGAREDA

CUIXART, C.).

NTP 475: Nueva cultura de empresa y condiciones de trabajo, 2007 (ARENAS SAINZ, B. y BESTRATÉN BELLOVÍ, M.)

NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*, 1998 (MARTÍN DAZA, F.; PÉREZ BILBAO, J. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.).

ORDEIG FOS, J.M^a.: El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea), Editoriales de Derecho Reunidas, 1982

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El nuevo marco de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre”, *AL*, núm. 8, 1996.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid (CES) 2005, “Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona (Aranzadi), 2006.

PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C.; MARTÍN DAZA, F.; SANCHO FIGUEROA, T. y LÓPEZ GARCÍA SILVA, J.A.: *Mobbing, violencia física y acoso sexual*, Madrid (MTAS), 2001.

PIÑUEL Y ZABALA, I. : *Mobbing: manual de autoayuda. Claves para reconocer y superar el acoso psicológico en el trabajo*, (Aguilar), 2003

- y OÑATE CANTERO, A.: *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santander (Sal Terrae), 2001

RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso”, en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): *Acoso Moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela*

procesal y reparación de daños, Pamplona (Aranzadi), 2006.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “*Mobbing. El acoso moral en el trabajo*”, *RTSS (CEF)*, núm. 253, 2004.

ROMERO RÓDENAS, Ma.J.: *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004

ROJAS RIVERO, G.P.: *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete (Bomarzo), 2005.

SAGORDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: “El acoso psicológico en el trabajo”, en AA.VV.: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid (La Ley), 2006.

SALCEDO BELTRÁN, M^a.C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La responsabilidad empresarial por accidente de trabajo”, en *V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, 27/28 mayo 1994.

SERRANO OLIVARES, R.: *El Acoso Moral en el trabajo*, Madrid (CES) 2005

TASCÓN LÓPEZ, R.: *Implicaciones Jurídico-Laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*, Madrid (Centro de Estudios Financieros), 2008

VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Navarra (Aranzadi), 2005

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing “, *Jornadas sobre mobbing organizadas por UGT*, septiembre, 2001
- *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo. Aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, Barcelona (Gestión 2000), 2005.

