

LA TUTELA JUDICIAL DEL EMPLEADO
FRENTE AL LLAMADO *MOBBING*
(ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS MECANISMOS
JUDICIALES DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL
Y ORDINARIA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO)

José BONET NAVARRO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación básica al concepto de mobbing*. III. *Relevancia constitucional y tutela privilegiada*. IV. *Algunas cuestiones candentes de naturaleza procesal en relación con el mobbing*.

I. INTRODUCCIÓN

En el momento de escribir estas líneas a mediados de la primera década del dos mil con ocasión del homenaje al profesor doctor Héctor Fix-Zamudio, el fenómeno conocido internacionalmente como *mobbing*, por sus patentes implicaciones en diversas disciplinas como entre otras el derecho constitucional y procesal, está siendo objeto de una cada vez más amplia atención doctrinal y paralelamente son cada vez más habituales pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Ahora bien, la actitud desviada activa o pasiva del empresario, o la actitud negativa de otros empleados, con el fin principal de deshacerse de un trabajador o empleado sin percibir indemnización, no parece que represente nada nuevo en la práctica de los centros de trabajo. Sin embargo, su atención doctrinal es relativamente nueva, de hecho el primer estudio doctrinal sobre este fenómeno data de principios de los años noventa.¹

* Profesor titular de derecho procesal en la Universitat de València.

¹ Leymann, H., *Mobbing and Psychological Terror at Workplaces. Violence and Victims*, 5, núm. 2, Nueva York, 1990.

En este trabajo voy a ocuparme de una parte de las cuestiones relativas a esta situación: la tutela judicial del trabajador o funcionario frente a actitudes que pueden ser calificadas como de *mobbing* conforme el derecho español. Por tanto, el tratamiento va a ser de entrada estrictamente jurídico, dejando a un lado cuestiones propias de otras disciplinas como podrían ser las psicológicas o psiquiátricas en los implicados o las consecuencias económicas o sociales en la producción empresarial y hasta en la macroeconomía.² Asimismo, en tanto que de tutela judicial va a tratarse, y sin obviar la relevancia constitucional que implica esta situación, el punto de atención será exclusivamente procesal, vía que se impone cuando las medidas sociales o administrativas de carácter preventivo o incluso reactivo en los centros de trabajo han sido inexistentes o inoperantes.³ Es por ello que voy a referirme a las opciones procesales en manos de quien se considere *víctima* o afirme haber sufrido *mobbing*, más concretamente, aunque pueda ser relevante la vía penal (delito de trato degradante, lesiones psíquicas, amenazas o coacciones de los artículos 173, 147.1, 170 a 172 del Código Penal),⁴ o la civil (reclamación por responsabilidad extracontractual del artículo 1902 y ss. del Código Civil —en adelante CC—), entraré a considerar la tutela judicial privilegiada y algunas cuestiones de especial interés en los instrumentos judiciales de protección frente al *mobbing*, tanto en el orden laboral como en el administrativo, en función de la naturaleza de la relación del trabajador con el centro de trabajo, entendidos ambos en sentido amplio, de modo que se incluya tanto a funcionarios como a trabajadores de las administraciones públicas.

² Sobre esta incidencia, véase Sáez Navarro, Ma. C., “Algunas cuestiones sobre el *mobbing* en el trabajo (Comentario a la STSJ de Navarra, del 30 de abril de 2001)”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001, BIB 2001\1012.

³ Sobre las diversas posibilidades de tutela no necesariamente jurisdiccionales, puede verse Cavas Martínez, F., “El acoso moral en el trabajo “*mobbing*”: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, 2002, BIB 2002\2027. En cuanto a su incidencia y medidas preventivas, véase Menchón Sánchez, E., y Manzano Sanz, F., “La prevención del acoso moral en la empresa”, *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, núm. 1, BIB 2004\604. También Sáez Navarro, Ma. C., *idem*.

⁴ Sobre la misma específicamente, Blanco Barea, Ma. J., y López Parada, J., “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 22/2001, BIB 2002\75.

II. APROXIMACIÓN BÁSICA AL CONCEPTO DE *MOBBING*

En la materia que ahora nos ocupa, el derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, el derecho de acción, podrá ser ejercitado por quien afirme ser *víctima* o haber sufrido *mobbing*. Para el inicio y conclusión del proceso no será estrictamente necesario haber sido víctima efectiva, sino que bastará con la mera afirmación de haberlo sido. Partiendo de esta afirmación, el proceso se iniciará con el objeto de decidir si efectivamente se ha sufrido o no *mobbing*. Es claro que con independencia del resultado del proceso, el derecho de acción habrá sido ejercitado. Desde esta perspectiva, resulta de indudable interés práctico conocer con la máxima precisión posible el concepto de *mobbing*, no tanto para ejercitarse el derecho de acción, para lo que bastará con una mera *impresión* puramente subjetiva de que se ha sufrido,⁵ sino más bien para evitar en la medida de lo posible iniciar un proceso sin al menos algunas expectativas de éxito.

Quien pretenda obtener una tutela judicial eficaz y con expectativas de un resultado favorable frente a actitudes constitutivas de *mobbing* sin duda ha de alcanzar un cabal entendimiento de las situaciones concretas que en hipótesis podrían ser reconocidas por los órganos jurisdiccionales como tales. Es más, en el caso concreto, lo que fundamentalmente interesará será la posición exacta del concreto órgano jurisdiccional al que se formule la pretensión. Ardua labor por los escasos pronunciamientos publicados sobre el particular y por la propia diversidad intrínseca de las situaciones potencialmente generadoras de *mobbing*. De cualquier forma, no voy a renunciar a formular una aproximación a un concepto algo menos relativo y, por ese camino, a contribuir de algún modo en el avance jurisprudencial.⁶

⁵ Las dificultades para objetivar el *mobbing* son patentes, como pone de manifiesto la STSJ Madrid, núm. 837/2003 (Sala Social, sección 2a.), del 21 octubre de 2003 (AS 2004\453), porque “aparecen implicadas, por un lado, las intenciones de los presuntos agresores con sus conductas y, por otro, la atribución que, de esas intenciones realiza el trabajador afectado, coincidiendo los expertos en salud mental en afirmar que en la problemática en que se puede ver envuelta la víctima, el objeto de análisis lo constituye la realidad psicológica del trabajador afectado”.

⁶ Véase una referencia al concepto científico, legal y jurisprudencial de “acoso laboral”, Cavas Martínez, F., *op. cit.*, nota 3.

Desde luego sufrir *mobbing* no es necesariamente sinónimo de padecer algún malestar más o menos intenso derivado del trabajo.⁷ De ser así, la mayor parte de los trabajadores y empleados lo habríamos sufrido por las causas más heterogéneas en algún momento de nuestra vida laboral. Así pues, no se trata sólo, aunque también, de un sufrimiento subjetivo, sino que ha de venir caracterizado por una serie de hechos o acontecimientos históricos que, por su reiteración y una vez debidamente acreditados, puedan ser valorados judicialmente como constitutivos de *mobbing*. Para ello sintéticamente han de darse una serie de elementos básicos de la conducta:⁸

Primero. Hechos históricos relevantes. El fundamento del *mobbing* o, en términos técnico-procesales, la *causa petendi* de la pretensión, ha de basarse en hechos históricos que, debidamente acreditados, permitan ser valorados judicialmente como suficientes para su calificación como *mobbing*.

Estos hechos han de consistir, genéricamente considerados y en términos jurisprudenciales, en una:

violencia psicológica y sistemática durante un período de tiempo sobre otra persona en el lugar de trabajo;⁹

⁷ Como pone de manifiesto la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613), “naturalmente, no toda actitud destemplada en el desarrollo de la actividad laboral puede merecer el calificativo de acoso moral. Se impone, por consiguiente, distinguir, claramente, lo que constituyen conductas de verdadera hostilidad y persecución encubiertas de lo que puede constituir simple desacuerdo o exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, que responden a inevitables y naturales confrontaciones en el ámbito de la relación humana y, más específicamente, de la surgida del contrato de trabajo”. Sobre el tema, véase Cordero Saavedra, L., “La delimitación entre el acoso moral y las tensiones laborales (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, del 7 de marzo de 2003)”, *Aranzadi Social*, núm. 6/2003, BIB 2003\781.

⁸ Para la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 30 octubre de 2003 (AS 2004\240), “aunque no existe una definición legal de acoso moral, se puede destacar, de acuerdo con los estudios doctrinales más solventes, los siguientes elementos básicos de esa conducta: a) la intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático”.

⁹ STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057). Véase el comentario a esta misma sentencia, por Marín Moral, I., “El despido de una abogada de UGT por motivos de acoso moral, con derecho de la actora a optar entre la readmisión o la indemnización”, *Aranzadi Social*, núm. 12/2004, BIB 2004\629.

conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo;¹⁰

sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión;¹¹

agresión del empresario o de alguno de sus empleados con el consentimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes, o palabras, repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, lo que puede llegar a deteriorar la salud de éste. La finalidad del acoso es conseguir un auto-abandono del trabajo y producir un daño progresivo y continuo a su dignidad;¹²

violencia psicológica extrema, de forma sistemática y prolongada en el tiempo, sobre otra persona en el lugar de trabajo, lo que en España se ha venido a tipificar como psicoterror laboral.¹³

En mi opinión, podrá ser constitutivo todo hecho que suponga una actitud desviada y tendenciosa en perjuicio del sujeto pasivo del *mobbing*. Me inclino por una concepción amplia de los hechos históricos que permita incorporar actos de violencia física,¹⁴ y hasta incluso de contenido sexual. Ciertamente tales hechos podrán y deberán ser calificados específicamente como corresponda, esto es, como constitutivos de delito o falta, así como del llamado “acoso sexual”. Sin embargo, aunque sea indi-

¹⁰ STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril de 2004 (AS 2004\1803), y del mismo órgano, del 18 julio de 2003 (AS 2004\1735).

¹¹ STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613).

¹² STSJ Cantabria, núm. 296/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 17 marzo de 2004 (AS 2004\1050). Y en los mismos términos ya se había pronunciado la STSJ Aragón, núm. 752/2003 (Sala Social, sección única), del 30 octubre de 2003 (AS 2003\2227).

¹³ STSJ Comunidad Valenciana, núm. 2466/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 11 junio de 2003 (AS 2004\964).

¹⁴ Como pone de manifiesto con rotundidad la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613), “la presión psicológica es la que caracteriza, esencialmente, al acoso moral, lo que no excluye el que, la misma, se pueda hacer acompañar, también, de algún tipo de violencia física”.

rectamente de algún modo se relacionan con el fenómeno que ahora estudiamos en cuanto, en concurrencia con otros hechos, permitan calificar aquéllos como constitutivos de *mobbing*, al menos cuando sin los mismos quizá tal calificación no se produciría. Así, por ejemplo, una actitud empresarial limitadamente desviada y tendenciosa que, aisladamente considerada, por leve, pudiera ser inocua en la salud de un trabajador, en concurrencia con otros actos de violencia física o sexual podría en cambio repercutir y, de ese modo, coadyuvar en la producción de situaciones de *mobbing*, sin perjuicio de la calificación que aisladamente corresponda a la violencia física o sexual ejercida.

Segundo. Tendenciosidad. El *mobbing* ha de tender a una finalidad, una intencionalidad más o menos consciente y premeditada.¹⁵ La más grave aunque no necesariamente única, dejando al margen hechos que pudieran ser calificados como delito o falta, será la de deshacerse de uno o vario trabajadores sin indemnización.¹⁶ Sobre este aspecto se presenta particularmente clarificadoras e interesantes los términos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala Social, sección 1a.) 16 enero 2004 (AS 2004\631) cuando entre otras cosas afirma que:

presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración la esencia del *mobbing*, la tendenciosidad del comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (...) el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación. La denigración laboral, es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico (...) comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad (...) es una acepción que se queda en la esfera laboral, con lo que también parece más acertado que la referencia a la patología, a la búsqueda del daño psi-

¹⁵ Indica la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613) que “el acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin. Son, por tanto, elementos básicos de este anómalo proceder humano, de una parte, la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio moral de otro, requisito, éste, siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo”.

¹⁶ Así, estimo que no cabría excluir otras finalidades como la de lograr el sometimiento psicológico del trabajador para obtener rendimientos o trabajos más allá de la estricta relación laboral o en condiciones sociales limitadas o nulas.

cológico. La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral, etcétera), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo —definitivo o médico—; el objetivo del *mobbing* se ha cumplido, y el fraude a la Ley se ha consumado. Resumiendo todo lo anterior en una sola frase, que resuelve a su vez la litis, ésta sería: “*Mobbing* es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral”.

Tercero. Cierta consecuencia práctica o relevancia sobre la salud. Y aunque no se logre esta finalidad en la práctica, al menos, las actitudes han de tener alguna consecuencia o efecto sobre el empleado.¹⁷ Para ello se habrá generado una situación de específico estrés laboral con origen en las relaciones interpersonales en el ámbito del trabajo,¹⁸ y una situación que haga al trabajador más conveniente abandonar la empresa “voluntariamente” que soportar el estado de cosas creado torticeramente. El problema fundamentalmente se planteará a la hora de la acreditación de esta situación, lo que vendrá dificultado en el caso concreto si se plan-

¹⁷ Como señala la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril de 2004 (AS 2004\1803), y del mismo órgano, del 18 julio 2003 (AS 2004\1735), las actitudes de hostigamiento “conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndose ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarles insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen —más que en el trabajo— en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa”. También la STSJ Comunidad Valenciana (Sala Social, sección 1a.), del 30 abril de 2003 (AS 2004\1426) afirma que la “situación de hostigamiento o acoso de tal entidad que llega a provocar síntomas psicósomáticos y reacciones anormales o de estrés hacia el trabajo, causados por actitudes hostiles (...) Entre las consecuencias del hostigamiento se señalan la ansiedad, pérdida de la propia autoestima, producción de enfermedades como la úlcera gastrointestinal y depresión”.

¹⁸ Esta referencia la recoge múltiple jurisprudencia, entre otras, el TSJ STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057); mismo órgano, núm. 1299, 2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2051) y núm. 3185, 2003 (Sala Social, sección 1a.), del 17 octubre 2003 (AS 2004\1455); así como STSJ Comunidad Valenciana (Sala Social, sección 1a.), del 30 abril de 2003 (AS 2004\1426).

tean situación de antecedentes psiquiátricos en quien afirma sufrir acoso o incluso en sus familiares directos.¹⁹

Todos los elementos integrantes de ese estado de cosas en su conjunto considerado permitirán valorar al juzgador que se ha producido una situación de *mobbing*. Desde esta perspectiva, me parece muy interesante la traducción de este neologismo como “presión laboral tendenciosa” realizada recientemente en la doctrina española,²⁰ que es suficientemente omnicomprendensiva de situaciones heterogéneas y con énfasis en sus hechos constitutivos más que en las consecuencias sobre la psique del trabajador.

Las conductas, acontecimientos o hechos históricos han de ser valorados judicialmente. Esto implica cierta dosis de subjetividad en el juzgador ante una múltiple posibilidad de situaciones concretas. El entendimiento de que nos encontramos ante una situación de *mobbing* o “presión laboral tendenciosa” supone partir de unos hechos que, ante la expectativa poco alentadora de un resultado desestimatorio del proceso, impone que el conjunto de hechos que lo fundamentan tenga una entidad suficiente para que en condiciones de racionalidad pueda ser valorado generalmente como tal por cualquier juzgador y por tanto obtener un resultado estimatorio de la pretensión.

Cuarto. Cierta vocación de permanencia de los hechos en el tiempo. Se afirma que es necesaria y cierta subsistencia de los hechos en el tiempo y, aunque se han aportado algunas indicaciones en la duración mínima: generalmente una vez a la semana durante seis meses,²¹ comparto con Gimeno Lahoz que si bien es necesaria cierta duración, no hay necesidad de un tiempo concreto, puesto que tal exigencia temporal resulta arbitraria e injustificada.²² Basta sencillamente con que las situaciones tengan cierta vocación de permanencia. Así, por ejemplo, si el empresario o autoridad destina al trabajador o empleado a un nuevo despacho

¹⁹ Sobre esta cuestión, véase Lorenzo de Membiela, J. B., “Acoso moral, entidades públicas y derechos de los trabajadores. Análisis de la Sentencia del STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo social, del 6 de septiembre de 2004, Recurso núm. 623/04”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2004.

²⁰ Gimeno Lahoz, R., *La presión laboral tendenciosa (el mobbing desde la óptica de un juez)*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

²¹ Así la mayor parte de la doctrina a partir de Leymann. Entre otros, Sáez Navarro, Ma. C., *op. cit.*, nota 3; Molina Navarrete, C., “La tutela frente a la «violencia moral» en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2002.

²² Gimeno Lahoz, R., *op. cit.*, nota 20, p. 86.

ahora sin luz directa, con precarias condiciones de salubridad, humedades y falta de limpieza y además sin necesidad ni justificación aparente para que a partir de ese momento realice sus nunca asignadas funciones en el mismo, nada justifica ni autoriza a que el trabajador deba permanecer durante seis meses en el mismo antes de poder formular demanda en condiciones de éxito. Basta con que la orden tenga en principio vocación de cierta permanencia en el tiempo, sin que se exija plazo determinado alguno, sino meramente que no se trate de una situación puntual y no dudosa que no supondría más que un mero conflicto laboral.²³

Ni siquiera será necesaria la citada vocación de permanencia cuando el *mobbing* se funde en un conjunto de hechos que, aunque individualmente considerados pudieran entenderse como puntuales, en su conjunto ya la llevan implícita.²⁴ Una vez más, el número de hechos serán valorados judicialmente como suficientes cuando en condiciones de razonabilidad —y no por tanto de arbitrariedad—, se entienda que los mismos tie-

²³ Dice la STSJ Burgos, Castilla y León, núm. 466/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 6 julio de 2004 (AS 2004\2074) que “no debe considerarse por ello acoso moral (*mobbing*) los ataques puntuales y de duración limitada, que tienen otras vías para ser sancionados o erradicados. Asimismo, es preciso para que estemos ante acoso moral, que la conducta abusiva del empresario, u otro trabajador de la empresa, ponga en peligro el empleo y denigre el puesto de trabajo del trabajador igual, inferior o superior agredido”. Asimismo la STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057), recuerda que “la presencia de cualquier conflicto no determina la presencia de un hostigamiento laboral, porque, como sostiene la doctrina especializada, los conflictos son inevitables, pero no estamos hablando aquí sin embargo del conflicto, sino de un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios, psíquicos y físicos”. Con todo, el acoso moral y el *mobbing* se encuentran íntimamente relacionados, tal y como resalta la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 30 octubre de 2003 (AS 2004\240), señalando que “el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto. Por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa en un conflicto larvado, aunque, unido a otros indicios; la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio —ciertamente no determinante a la vista de la posibilidad de conflicto sin acoso moral— de la existencia de un acoso moral”.

²⁴ Como indica la STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057), “el *mobbing* es un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles, que, tomadas de forma aislada, podrían parecer incluso anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos”.

nen entidad suficiente por su gravedad individual o en conjunto²⁵ y por su vocación de cierta persistencia en el tiempo.

Quinto. Producción en el ámbito de desarrollo de la actividad laboral. Asimismo, los hechos han de producirse en el ámbito en que se desarrollan las funciones laborales. Habitualmente ocurrirán en el propio centro de trabajo de la empresa o institución en la que el trabajador o funcionario esté adscrito y cumpla su actividad. Ello no ha de excluirse situaciones en las que, por diversas razones como comisiones de servicios, subcontratas, fusiones temporales de empresas, etcétera, puedan desarrollarse actividades laborales en centro o institución distinta a la del empleador. Igualmente, ante fenómenos en alza como la de realización de trabajos en despachos u oficinas en el domicilio del trabajador (por ejemplo, labores investigadoras de profesores universitarios, periodistas), favorecidas por las características de determinadas funciones y por las nuevas tecnologías, tampoco habría que excluir la posibilidad de situaciones de *mobbing* a pesar de que físicamente el trabajador no desarrolle funciones en el mismo centro en que se encuentra el causante de esta situación. En cualquier caso, el *mobbing* ha de producirse en el ámbito en que se desarrollan funciones laborales y en relación e incidencia directa con las mismas. Lo que implica que el sujeto activo y el pasivo tengan una relación laboral, normalmente de empleador-empleado o de dependencia, aunque no necesariamente, puesto que también puede darse entre empleados ambos subordinados o incluso el sujeto pasivo del mismo puede ser quien se encuentre en situación jerárquica superior.²⁶

²⁵ La gravedad o intensidad podrá derivar de muchos actos leves o de pocos graves. Como indica la STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057), y también del mismo órgano la núm. 1299/2004 (AS 2004\2051), “en ocasiones la conducta es prolongada en el tiempo y se compone de actos de intensidad hostil moderada o baja, en otras el período es breve y los actos son de especial intensidad o gravedad”. O en otros términos, como pone de manifiesto la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613), puede ser entendido como “«el sometimiento sin reposo a pequeños ataques repetidos» o, también, desde un punto de vista laboral ya, como «una degradación deliberada de las condiciones de trabajo» (declaración de la Asamblea Nacional Francesa del 14 de diciembre de 1999)”. Y en este último sentido, y hasta palabras, la STSJ Extremadura, núm. 765/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 16 diciembre de 2003 (AS 2004\653).

²⁶ El *mobbing* puede ser calificado como horizontal o vertical, en este último caso, de arriba a abajo o viceversa. Dice la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril de 2004 (AS 2004\1803), y también del mismo órgano, del 18 julio 2003 (AS 2004\1735), que “los mecanismos del *mobbing* —en sus variedades vertical y horizontal— (...) pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (*mobbing* horizontal) como al personal directivo

Dada la relativa novedad del fenómeno y su escasa regulación específica, la jurisprudencia ha ido recogiendo el concepto de *mobbing*,²⁷ que ha de ponerse en relación con los conceptos de acoso sexual, racial o étnico contenidos en normas comunitarias.²⁸ Particularmente interesante

(«bossing»), el que incluso puede ser sujeto pasivo *mobbing* vertical); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder”. O, como explica la STSJ Comunidad Valenciana, núm. 2466/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 11 junio de 2003 (AS 2004\964), “debe darse una relación asimétrica de poder. Éste no tiene por qué ser necesariamente jerárquico, puede ser también de experiencia adquirida, etcétera. Y puede ser en ambos sentidos, del «poderoso» al «débil», del «débil» al «poderoso», o entre trabajadores del mismo rango jerárquico”.

²⁷ La STSJ Extremadura, núm. 765/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 16 diciembre de 2003 (AS 2004\653), recoge conceptos provenientes del derecho comparado cuando manifiesta que “se define en la legislación italiana como «actos y comportamientos hostiles que suman las características de violencia y la persecución psicológica en el ámbito laboral de las relaciones de trabajo», y también como «los actos realizados y los comportamientos mantenidos por empleadores, además de por sujetos que asumen funciones o tareas en posición supraordenada o de igualdad de grado en relación con el trabajador, orientados a dañar a estos últimos y que son desarrollados con carácter sistemático, duradero y con evidente predeterminación» (Proyecto de Ley número 6.410 de la Cámara de los Diputados de Italia, artículos 1.1 y 1.2). En Francia se viene a definir genéricamente el acoso moral como «la degradación deliberada de las condiciones de trabajo». La Carta Social Europea del 3 de mayo de 1996, alude al acoso moral como «actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo» y la Comisión Europea, el 14 de mayo de 2001, determina como característica esencial del acoso, «los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto». Por último las Directivas de la Unión Europea 43/2001, del 29 de junio y la 78/2001, del 27 de diciembre, al referirse al acoso moral desde la perspectiva de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo considera como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno discriminatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo”.

²⁸ Como señala la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 2328/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 23 diciembre de 2003 (AS 2004\613), el “concepto de acoso moral puede verse reforzado a la luz de las definiciones de acoso relacionada con el sexo del artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, que es una definición paralela —y casi idéntica en su literalidad— a la de acoso relacionado con el origen racial o étnico del artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y a la de acoso, contenida en su artículo 2.3, relacionado con alguno de los motivos de discriminación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El artículo 2.3 Directiva 2000/43/CE dispone que “El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o

me parece la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala Social, Sección 1a.) 28 noviembre 2003 (AS 2004\669), cuando entre otras cosas afirma que:

A) Siguiendo la Sentencia del 7 de marzo de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que realiza un minucioso e interesante estudio sobre esta materia, diremos que el acoso moral o «mobbing», expresión acuñada por el profesor de la Universidad de Estocolmo H. L., define una situación de hostigamiento que sufre un trabajador sobre el que se ejercen conductas de violencia psicológica de forma prolongada y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad y, en ocasiones, provocan que abandone el empleo al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido.

Los intentos de acotar el concepto de *mobbing* no han faltado. Pueden destacarse los tres que siguen:

a) El de su descubridor H. L., para quien se trata del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.

b) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el «mobbing» el 14 de mayo del 2001 como un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques siste-

consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro». El artículo 2.3 Directiva 2000/78/CE establece que «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1o. que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro».

máticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo o el efecto de hacerle el vacío.

c) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral...

Desde una perspectiva de tutela judicial lo relevante no será tanto que la situación sea sufrida subjetivamente como acoso moral en el trabajo sino de que la misma pueda ser considerada como tal por el órgano jurisdiccional al que corresponderá conocer del asunto. Quien cree sufrir *mobbing* tendrá que hacer una predicción más o menos fundada de que su situación además de ser vivida como tal puede ser considerada objetivamente por el juzgador como estimatoria de la pretensión fundada en el *mobbing*. Para ello habrá de hacerse un juicio comparativo entre los hechos que son vividos subjetivamente como acoso y otras situaciones que han sido consideradas como tal por la jurisprudencia y, de ser posible, por el mismo juzgador que conocerá el asunto. Esta actividad, sin embargo, no está exenta de inevitables incertidumbres, puesto que los pronunciamientos jurisprudenciales no son siempre todo lo uniformes que cabría esperar y, además, resultan particularmente inseguras las proyecciones en cuanto que en materias relativamente nuevas como la presente los pronunciamientos judiciales suelen recibir notables evoluciones.

En fin, las actividades que pueden ser calificadas como *mobbing* admiten pluralidad de formas (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, agresiones verbales por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones);²⁹ “insultos, vejaciones y vigilancia estrecha a que está sometido en el trabajo”;³⁰ “acciones contra la reputación o la dignidad, acciones contra el ejercicio de su trabajo, manipulación de la comunicación o la información, acciones de inequidad...”;³¹

...conductas hostiles contra la dignidad personal de la víctima —injurias, burlas, mofas, críticas o cualesquiera otros actos de escarnio— o contra su profesionalidad —encargos monótonos, innecesarios, desproporcionados,

²⁹ STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril 2004 (AS 2004\1803), y del mismo órgano, del 18 julio de 2003 (AS 2004\1735).

³⁰ STSJ Las Palmas, Canarias, núm. 457/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 19 mayo de 2004 (AS 2004\2079).

³¹ STSJ Comunidad Valenciana, núm. 2466/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 11 junio de 2003 (AS 2004\964).

abusivos o impropios de su categoría profesional—. Tales manifestaciones externas del acoso moral, sean directas o sean indirectas mediante manipulación de la información —creación de situaciones de ambigüedad de roles o acentuación de errores y minimización de logros— determinan un conflicto, aunque ese conflicto puede ser más o menos explícito o más o menos larvado;³²

—acciones contra la reputación o la dignidad del trabajador— contra el ejercicio de su trabajo, encomendándole una cantidad excesiva, un trabajo difícil de realizar o innecesario o privándole de los medios necesarios para desarrollarlo, acciones dirigidas a manipular la comunicación o la información, no informándole sobre distintos aspectos de su trabajo, como sus funciones y responsabilidades, métodos de trabajo a realizar, la cantidad y calidad del trabajo o amenazándole, criticándole o 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, acciones de iniquidad mediante las cuales se establecen diferencias de trato, distribución no equitativa del trabajo o desigualdades remunerativas...³³

En otros términos, como indica recientemente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala Social, sección 1a.) 30 abril 2003 (AS 2004\1426), integrará las siguientes conductas:

a) ataques a través de medidas adoptadas contra el acosado por las que se le limita las posibilidades de comunicarse con sus compañeros, aislándole o se cuestionan repetidamente sus decisiones o su trabajo; b) con ataques a su vida privada a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo; c) agresiones verbales consistentes en la crítica permanente de su trabajo, o a través de gritos, insultos o levantar la voz repetidamente, d) a través de la creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo, contra dicha persona.³⁴

³² STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 30 octubre de 2003 (AS 2004\240).

³³ STSJ Madrid, núm. 837/2003 (Sala Social, sección 2a.), del 21 octubre de 2003 (AS 2004\453).

³⁴ Jurisprudencia que a su vez ha sido recogida en un gran número de resoluciones judiciales como, por ejemplo, las SSTSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1299/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2051); del mismo órgano y fecha (AS 2004\2057); del mismo órgano, del 17 octubre de 2003 (AS 2004\1455); Cantabria, núm. 296/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 17 marzo de 2004 (AS 2004\1050), y Comunidad Valenciana, núm. 2005/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 14 mayo de 2003 (AS 2004\1233).

El problema no se termina de resolver porque quien estima que sufre una situación de *mobbing* está sometido a unos hechos concretos que han de ser calificados cualitativamente como “ataques”, “violaciones”, “agresiones”, etcétera, y cuantitativamente como de entidad suficiente. Solamente el análisis de los concretos hechos enjuiciados en diversos pronunciamientos jurisprudenciales permitirá hacer una predicción medianamente precisa sobre si efectivamente podrá ser reconocida la situación concreta sufrida como constitutiva de *mobbing*. Sin ningún ánimo de exhaustividad y de forma muy resumida, son algunos ejemplos concretos de hechos acreditados en los que ha habido pronunciamiento jurisprudencial en los que se estima que se produce *mobbing*:³⁵ a) cuando se priva a la actora de su cargo de letrada, adscribiéndola a puesto en que el responsable era administrativo, ubicándola en otro despacho sin luz ni ventilación exterior, y con relaciones inexistentes con los directivos;³⁶ b) se requiere para renunciar a condición más beneficiosa de no trabajar en domingo, denegando peticiones de adaptación a puesto con condiciones ambientales más soportables o de modificación horaria, con incidentes con su superior funcional;³⁷ c) relevación en su puesto no existiendo más reestructuración patronal, con traslado a otro centro para fines inexistentes, siendo el único desplazado, sin poner a su disposición los medios adecuados (conexión a Internet para informático);³⁸ d) impago y retraso reiterado e injustificado en el pago de salario, obligándole a imponer reclamaciones judiciales en reclamación de cantidad, con imposición de realizar labores de limpiadora en lugar de encargada, a pesar de existir demanda judicial declarando la improcedencia de la modificación.³⁹

³⁵ En muchas ocasiones, el estado de hechos es muy compleja por su cantidad y diversidad, véase, por ejemplo, la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 16 enero de 2004 (AS 2004\631).

³⁶ STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1298/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2057).

³⁷ STSJ Sevilla, Andalucía, núm. 1299/2004 (Sala Social), del 19 abril de 2004 (AS 2004\2051). Véase el comentario a esta misma sentencia, por San Martín Mazzucconi, C., “Un nuevo caso de extinción causal del contrato de trabajo por acoso moral (con algunas particularidades)”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2004, BIB 2004\1628.

³⁸ STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 13 abril de 2004 (AS 2004\1669).

³⁹ STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 27 febrero de 2004 (AS 2004\1119).

Con todo, los pronunciamientos favorables en el mejor de los casos escasamente llegan a ser tan numerosos como los desestimatorios.⁴⁰ Así, entre otros supuestos acreditados, no se estima constitutivo de *mobbing*: *a*) por la mera existencia de numerosos litigios y denuncias frente a la empresa;⁴¹ *b*) por un problema puntual y técnico tras el cual se le dijo que “no vales para nada, eres una inútil”;⁴² *c*) reducción de un complemento de productividad, ajustando el horario a lo pactado en el contrato de trabajo, y considerarle como de carencia de titulación exigible y de conocimientos;⁴³ *d*) reducción de categoría al propio de su categoría profesional por puesta en funcionamiento de departamento específico, con conducta de la empresa prohibiendo al personal de nuevo ingreso en la empresa relacionarse con él;⁴⁴ *e*) realizar desplazamientos puntuales durante un tiempo limitado (durante 3, 5 y 26 días) a otros centros para realizar funciones propias de su categoría, justificadas por carácter organizativo, debiendo conducir furgoneta de reparto hasta las dependencias del cliente de modo ocasional y por no haber chofer en ese momento, siendo que las funciones de chofer y mecánico se contienen en el mismo grupo profesional e incluso en la misma categoría del Convenio colectivo aplicable;⁴⁵ *f*) propinar un manotazo previa expresión de que “le daba risa”, actitud sancionada por la empresa y que propició que el agresor cesara en su cargo, no supone cobertura de la actitud por la misma empresa. Retrasos en abono de salarios, “externalización de servicios” o conductas de presión productiva, sin perjuicio de ser sancionadas administrativamente, no suponen acoso;⁴⁶ *g*) enfrentamiento y discordia con la empresa, con denuncias y demandas, no siempre estimadas judicialmente, pago de nóminas con cheques sin fondo y no asignación de ocupación alguna cuando se reincor-

⁴⁰ Incluso puede estimarse la concurrencia de modificaciones de condiciones sustanciales de condiciones de trabajo pero no *mobbing*, véase por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana, núm. 4727/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 29 diciembre de 2003 (AS 2004\1449).

⁴¹ STSJ Catalunya núm. 1125/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 11 febrero de 2004 (AS 2004\1788).

⁴² STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 18 julio de 2003 (AS 2004\1735).

⁴³ STSJ Burgos, Castilla y León, núm. 466/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 6 julio de 2004 (AS 2004\2074).

⁴⁴ STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril de 2004 (AS 2004\1803).

⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha, núm. 1738/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 25 septiembre de 2003 (AS 2004\1555).

⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana (Sala Social, sección 1a.), del 30 abril de 2003 (AS 2004\1426).

pora al trabajo tras baja médica durante dos o tres meses, con sentencia desestimatoria de modificación de condiciones de trabajo.⁴⁷

En fin, he de resaltar de nuevo que el problema en el caso concreto de quien estime sufrir *mobbing* será determinar si los hechos concretos a los que está sometido tienen la suficiente entidad cuantitativa y cualitativa para su valoración judicial como constitutiva de una situación de presión laboral tendenciosa. Estos hechos pueden tener una multitud de manifestaciones,⁴⁸ desde las más burdas a las más sibilinas, y, además, adquirirán definitiva relevancia en el concreto conjunto de hechos sufridos. Esta circunstancia implica que ante un concreto conjunto de hechos solamente será posible hacer una previsión aproximada de las posibilidades de obtener una resolución estimatoria, pues la consideración de los mismos dentro de los parámetros cuantitativos y cualitativos de lo que un juzgador determinado puede considerar como constitutivo de *mobbing*, será el resultado de su valoración en el contexto de una jurisprudencia no siempre uniforme. A tal efecto, aunque resulte paradójico, desde un punto de vista de tutela judicial del empleado, convendrá a éste que los hechos sean numerosos, revistan la mayor gravedad y, sobre todo, que sea posible su acreditación.

III. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y TUTELA PRIVILEGIADA

Como hemos visto, la situación de presión laboral tendenciosa se compone de una serie más o menos numerosa de hechos ocasionalmente diversos. Los mismos, en su conjunto, permiten calificar la situación como de *mobbing*, lo que implica *per se* y necesariamente la infracción de

⁴⁷ STSJ País Vasco (Sala Social, sección 1a.), del 28 noviembre de 2003 (AS 2004\669).

⁴⁸ Como indica la STSJ Extremadura, núm. 765/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 16 diciembre de 2003 (AS 2004\653), “los mecanismos a través de los cuales se produce el acoso personal son muy variados si se tiene en cuenta que lo esencial para su manifestación es la concurrencia de una conducta perversa. Esta última se puede originar por diferentes factores que inciden en la mente del acosador y que le llevan de forma consciente a aislar del grupo laboral al trabajador acosado, a exponer públicamente sus errores profesionales, a agravar sus normales condiciones de trabajo, a ofenderle verbalmente e incluso físicamente, a atacarle en su dignidad personal, a hacerle perder toda su autoestima y a convencerle de que se encuentra totalmente carente de justificación alguna, conductas todas estas tendentes a menoscabar la dignidad personal del acosado, derecho que aparece recogido en nuestra Constitución (artículo 10), y que resalta el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 4.2.c), 18, 20.3 y 39”.

determinados preceptos constitucionales (derechos a la dignidad de la persona, a la integridad moral y al honor de los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución Española —en adelante CE—),⁴⁹ así como, a pesar de su inexistente regulación específica, de normas de rango legal ordinario (así, por ejemplo, artículos 4.2.c) y e), 18, 20.3 y 39 del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET—).⁵⁰

A su vez, el carácter heterogéneo de los hechos permite eventualmente la infracción de otros preceptos de carácter constitucional que, aunque no necesariamente, pueden ser ocasionalmente infringidos (entre otros, derecho a la igualdad, a la integridad física, libertad ideológica, secreto de las comunicaciones, libertad de expresión de los artículos 14, 15, 16.1, 18.2, 20 de la CE).

La importancia de la infracción de preceptos constitucionales, más que la circunstancia anecdótica de que pueda ser vulnerada una Constitución, es que cuando se vulneren los derechos fundamentales, esto es, el artículo 14 y los contenidos en el capítulo segundo, sección primera de la CE, cualquier ciudadano podrá recabar su tutela “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (artículo 53.2 de la CE). Previsión que implica importantes ventajas frente a la tutela judicial ordinaria.

1. *Infracción de precepto constitucional consustancial a todo supuesto de mobbing*

Sin perjuicio de los preceptos constitucionales que eventualmente puedan ser infringidos por alguno de los hechos que integran la situación de *mobbing*, interesa ahora concretar cuáles resultan necesariamente vulnerados en toda situación de presión laboral tendenciosa. De ese modo,

⁴⁹ Sobre su relevancia constitucional, véase García Pechuán, M., “La justicia ante los nuevos restos para la Constitución socioeconómica española: la cuestión del *mobbing* o acoso moral en el trabajo”, *Consideraciones prácticas sobre derecho, justicia y Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, CIDP, 2004, pp. 59-72.

⁵⁰ Por ejemplo, la STSJ Extremadura, núm. 765/2003 (Sala Social, sección 1a.), 16 diciembre 2003 (AS 2004\653), se refiere a “conductas todas estas tendentes a menoscar la dignidad personal del acosado, derecho que aparece recogido en nuestra Constitución (artículo 10), y que resalta el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 4.2.c), 18, 20.3 y 39”.

aunque sea como mera consecuencia, la infracción de estos derechos constitucionales formará parte del contenido esencial del *mobbing*. Estos derechos son los siguientes:

Primero. Derecho a la dignidad de las personas. Los pronunciamientos jurisprudenciales citados antes con ocasión del concepto de *mobbing* representan buen ejemplo de que suele considerarse que la situación de presión laboral tendenciosa sufrida por un empleado implica la vulneración del derecho a la dignidad de las personas que previene el artículo 10.1 de la CE.⁵¹ No obstante, además de no ubicarse sistemáticamente entre los derechos fundamentales con especial protección constitucional, ha venido considerándose más que como derecho subjetivo, como principio informador del ordenamiento jurídico, de modo que viene a negarse su invocación directa.⁵²

Segundo. Derecho a la integridad moral. También se infringe el derecho a que se refiere el artículo 15 de la CE, cuando señala, entre otras cosas, que todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a tratos inhumanos o de-

⁵¹ Dice la STSJ Aragón núm. 1005/2003 (Sala Social, sección 1a.), del 6 octubre de 2003 (AS 2004\1731), que el *mobbing* opera “produciendo un daño progresivo y continuo a su dignidad (...) La «dignidad del trabajador» como atributo de la persona se encuentra expresamente reconocido en el artículo 10 de la Constitución, que señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social. Se ha definido la dignidad personal por el Tribunal Constitucional (SS núm. 53/1985 del 11 de abril o 120/1990 del 29 de junio), como un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. Y con los mismos términos, la del mismo órgano, núm. 752/2003, del 30 octubre de 2003 (AS 2003\2227); así como la STSJ Las Palmas, Canarias, núm. 457/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 19 mayo de 2004 (AS 2004\2079).

⁵² En palabras de la STSJ Las Palmas, Canarias, núm. 457/2004 (Sala Social, sección 1a.), del 19 mayo de 2004 (AS 2004\2079), “como ha dicho esta Sala en sentencia del 28 de abril de 2003 recurso 1460/2002 el atentado a la dignidad de la persona, sin más, al no ser derecho fundamental sino principio inspirador del ordenamiento jurídico, no sería tutelable a través del procedimiento especial. A tal fin es preciso que la agresión afecte a la integridad física y moral (artículo 15 CE), al derecho al honor (artículo 18.1 CE) a la libertad de comunicación (artículo 20.1 CE) al derecho a no sufrir discriminación (artículo 14 CE) en suma, a concretos derechos fundamentales inspirados en los valores de respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad”.

gradantes.⁵³ Constituye junto a la integridad física el fundamento jurídico de protección de la dignidad de la persona.⁵⁴

Tercero. Derecho al honor. Aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado, condicionado, por tanto, por las normas y valores en el momento en que han de ser apreciados, puede afirmarse que la situación de *mobbing* implica también conculcar el derecho al honor al que se refiere el artículo 18.1 de la CE.

En todo caso, estimo que puede compararse con Gimeno⁵⁵ que la presión laboral tendenciosa no genera tanto la vulneración de un derecho fundamental como la de un espíritu constitucional que trasciende los propios derechos que se conculcan cuando se lleva a cabo, de modo que conlleva siempre y *per se* una vulneración constitucional.

2. *Proceso especial de protección de derechos fundamentales.*

Aspectos más sobresalientes

Partiendo de la infracción esencial de derechos fundamentales que implica cualquier situación de *mobbing*,⁵⁶ conviene recordar que el artículo 53.2 de la CE establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo 2o. ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Por ello que en el ámbito del correspondiente proceso laboral o administrativo

⁵³ Según la STSJ Galicia (Sala Social, sección 1a.), del 5 abril de 2004 (AS 2004\1803), y en los mismos términos la del mismo órgano, del 18 julio de 2003 (AS 2004\1735), “es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207 (9 febrero), vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 CE, y en el ámbito normativo laboral desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el artículo 4.2.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad”. También, entre otras, las SSTSJ Comunidad Valenciana, núm. 2466/2003 (Sala Social, sección 1a.) del 11 junio de 2003 (AS 2004\964); Sevilla, Andalucía, núm. 3185/2003 (Sala Social, sección 1a.), 17 octubre 2003 (AS 2004\1455).

⁵⁴ Gimeno Lahoz, R., *op. cit.*, nota 20, p. 186.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 190.

⁵⁶ Como recuerda Gimeno Lahoz, R., *ibidem*, pp. 219-220, solamente sería viable este procedimiento si no se entiende vulnerado exclusivamente el artículo 10 CE, por no contenerse formalmente entre los derechos de especial protección, en cuyo caso procedería estimar la inadecuación de procedimiento.

que por competencia genérica corresponda se contemplan normas específicas para la tutela de los derechos fundamentales vulnerados. Así, en el orden social, el artículo 181 Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL) prevé que las demandas se tramitarán conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 175 a 182 de la LPL, expresando el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos; en el orden “contencioso-administrativo”, conforme el artículo 114.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA), el procedimiento se registrará con carácter especial por lo dispuesto en los artículos 114 a 122 de la LRJCA.

A. Orden social

Sin duda este procedimiento tendrá considerables ventajas respecto de la tutela judicial ordinaria. Entre éstas destaca que en la misma puede solicitarse la reparación de las consecuencias del *mobbing*, sin necesidad de solicitar la extinción contractual, si bien podrán acumularse otras pretensiones; caben medidas cautelares que impidan que se causen daños de imposible reparación; supone una inversión de la carga de la prueba, y, una vez estimada, la sentencia resulta inmediatamente ejecutiva sin necesidad de someterse al régimen de ejecución provisional.

El procedimiento será el mismo previsto específicamente para la protección del derecho de libertad sindical. Del mismo resalta la innecesariedad de conciliación y de reclamación previa a la vía judicial en virtud de los artículos 64 y 70 de la LPL; así como la participación del Ministerio Fiscal como parte, quien además habrá de adoptar las actuaciones necesarias para depurar posibles conductas delictivas.⁵⁷

Asimismo, no se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos (artículo 86.1 de la LPL). Sobre este punto ha de recordarse la jurisprudencia por la que la resolución penal absolutoria, salvo que sea por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, no tendrá efecto de cosa juzgada sobre otros órdenes jurisdiccionales, básicamente porque al contrario del resto de órdenes, en el penal opera el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Por

⁵⁷ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “Supuestos de acoso moral o «*mobbing*» y el procedimiento especial laboral de protección de derechos fundamentales”, *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 18/2002, BIB 2002/2246.

ello, una eventual absolución del empresario por falta de pruebas no implicará *per se* desestimación de la pretensión basada en *mobbing*.

La demanda habrá de expresar con claridad los elementos constitutivos de la pretensión, que, en el supuesto que nos ocupa, implicará la descripción de los hechos integrantes de la situación de presión laboral tendenciosa denunciada. Esta demanda iniciará un procedimiento calificado con carácter urgente y preferente (artículo 177.1 de la LPL), integrado por los trámites contenidos en los artículos 177 a 180 de la LPL.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares, la remisión del artículo 181 a los artículos 178 y 179 de la LPL, debidamente adaptadas y en relación con la regulación general de las medidas cautelares previstas en los artículos 721 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), no parece que presente dudas la posibilidad de solicitar medidas cautelares.⁵⁸

Como particularidad especialmente reseñable está la inversión de la carga probatoria una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido una situación de presión laboral tendenciosa (artículo 179.2 de la LPL). De ahí la capital importancia que adquiere el relato, acreditado, de las concretas situaciones producidas y que, valoradas en su conjunto, permitan considerar indiciaria o presumiblemente la existencia de *mobbing*, salvo que se acredite que las intenciones eran justificadas o en todo caso ajenas al hostigamiento.

En principio, en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales quedan excluidos los actos de disposición, en virtud del artículo 3.5 ET en relación con el artículo 245 de la LPL, incluidos los que pueden suponer una finalización anormal del procedimiento como la renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción,⁵⁹ salvo que se pronuncie declarando la inexistencia de infracción de derecho fundamental alguno.

La sentencia, en caso de ser estimatoria, tendrá plena eficacia ejecutiva desde el momento en que se dicte, sin que la interposición de recursos

⁵⁸ En opinión de Mazuelos Fernández-Figueroa, M., *ibidem*, ante inadecuada previsión del artículo 178.1 de la LPL y la parca regulación del artículo 179 de la misma, para la adopción de medidas cautelares habrá que acudir a las normas previstas en los artículos 721 y ss. de la LEC.

⁵⁹ Más discutibles serán los supuestos de caducidad o de pérdida sobrevinida de objeto, en el primer caso, siempre que sea posible ésta no obstante ser imprescriptibles los derechos fundamentales, porque operaría por el transcurso del tiempo y a través de una norma que así la impone; y en el segundo caso, porque no tiene sentido seguir un procedimiento sin objeto.

frente a la misma tengan efecto suspensivo alguno (artículo 301 LPL). Supondrá en definitiva la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento de hostigamiento y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera (artículo 180.1 de la LPL). La indemnización procederá, obviamente, no solamente cuando la sentencia sea estimatoria sino cuando haya sido solicitada, fundada y acreditada.⁶⁰ Y, además, cabe la posibilidad de que se impongan tanto costas como sanciones (artículo 97.3 de la LPL).

B. Orden “contencioso-administrativo”

Al igual que en el orden social, el procedimiento se declara expresamente como “preferente” (artículo 114.3 LRJCA), y también en algún aspecto como “urgente” (artículo 116.1 LRJCA en relación con el requerimiento al órgano administrativo para remisión de expediente).

El “recurso contencioso-administrativo” se formulará en el plazo señalado en el artículo 115 LRJCA, señalando con precisión y claridad el derecho cuya tutela se pretende, de manera concisa y los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso, esto es, una vez más, los hechos que implican situación constitutiva de *mobbing* y, por tanto, vulneración de los correspondientes derechos fundamentales objeto de protección especial.

El recurso iniciará el procedimiento previsto en los artículos 116 a 121 de la LRJCA que, como todo proceso administrativo se articula en dos fases: la que se inicia con recurso y con demanda. Destacan los pronunciamientos por los que no se suspenderá el procedimiento por falta de remisión del expediente administrativo por la administración (artículo 116.4 de la LRJCA).

Una vez decretada la admisión, se formulará la demanda, alegaciones y prueba (artículos 117 a 120 de la LJCA). Por último, aunque expresado en otros términos, la sentencia estimatoria será inmediatamente ejecutiva

⁶⁰ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., *op. cit.*, nota 57, con referencia a diversa jurisprudencia como la STS, del 9 junio de 1993.

puesto que cabrá la apelación en un solo efecto (artículo 121 de la LRJCA) por lo tanto, solamente con efecto devolutivo, no suspensivo.

3. *Recurso de amparo constitucional*

Partiendo de la vulneración constitucional, en principio, parece colegirse que será admisible la vía del recurso de amparo constitucional una vez agotados los “recursos” en la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, siendo esta afirmación indubitada en el supuesto de funcionarios o empleados al servicio de poderes o entes públicos (artículo 41.2. de la LOTC), en las relaciones laborales sin tal componente público resulta más que dudosa.

Si los derechos y libertades públicas surgen con la vocación de acotar los excesos de los poderes públicos y de modular las relaciones con los mismos, resultan inoperantes al menos de forma directa en la regulación de las relaciones privadas. Por ello que la infracción por particulares, concretamente al provocar una situación de *mobbing*, no legitimará a la víctima del mismo para formular amparo constitucional. En mi opinión, resultan excesivamente forzados los esfuerzos doctrinales para darle alguna viabilidad al amparo constitucional en estos casos.⁶¹

IV. ALGUNAS CUESTIONES CANDENTES DE NATURALEZA PROCESAL EN RELACIÓN CON EL *MOBBING*

En el ámbito administrativo contamos con el RD 33/1986, del 10 enero, Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, por el que se establecen en su artículo 60. como falta muy grave, toda actuación que suponga discriminación, obstaculización del ejercicio de libertades públicas y derechos sindicales, limitación de libre expresión; siendo faltas leves (artículo 7o.), el abuso de autoridad, conductas constitutivas de delito doloso, tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de los subordinados, grave desconsideración con los superiores, grave perturbación del servicio, atentado grave a la dignidad del funcionario. Podrá

⁶¹ De interés resultan, no obstante, los que aporta Gimeno Lahoz, R., *op. cit.*, nota 20, pp. 192-193, con base en ciertos precedentes jurisprudenciales, y, sobre todo, en su fundamento a través de la infracción del artículo 24 de la CE por no dar una respuesta garante de esos mismos derechos fundamentales que otorgaría una vía indirecta al amparo.

acudir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo por lo general para obtener indemnizaciones por los hechos sufridos que incluyan a su vez la declaración de injusticia de la situación sufrida.

Quien acude a los órganos jurisdiccionales del orden social con base en haber sufrido *mobbing* puede pretender que se condene al demandado al cese de actividades de hostigamiento; que la situación sea considerada como accidente de trabajo (artículo 115 de la LGSS, a pesar de que el RD 1995/1978, del 12 mayo, no contiene referencia a la ansiedad, estrés u otras enfermedades mentales); también la nulidad del eventual despido efectuado o, al contrario, la extinción del contrato de trabajo con base en el artículo 50 del ET.⁶² Todo ello sin perjuicio de que pueda igualmente reclamarse responsabilidades civiles derivadas de los hecho de *mobbing* por cuanto suponga incumplimiento del contrato de trabajo (artículo 4o. ET), y al amparo del artículo 2.a de la LPL, sea de forma independiente o acumuladamente a los procedimientos previstos en el artículo 182 de la LPL.⁶³

⁶² Para algunos autores, como Aramendi Sánchez, P., “Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, *Aranzadi Social*, núm. 2/2002, nota 28, la única solución real, la más eficaz aunque no la única para el acosado pasa por la ruptura de la relación laboral, siempre que la integridad física de la víctima haya sido alterada. En cambio, para otros autores como Gimeno Lahoz, R., *ibidem*, pp. 226 y ss., desde luego no puede considerarse un triunfo total para el trabajador haber obtenido la extinción de la relación laboral conforme al artículo 50 del ET, por cuanto, en última instancia, era lo buscado por el acosador. Siendo que lo ideal es que no se llegara a esta consecuencia.

⁶³ Sobre esta cuestión resulta de obligada lectura la STS, Sala Cuarta, del 11 marzo de 2004, considera que la indemnización que procede del artículo 50 del ET está ya tasada y no cabe su cuantificación. Pronunciamiento que favorece que este tipo de reclamación se reconduzca a la vía civil, en la que sí es posible la cuantificación de los daños efectivamente sufridos. No obstante, otros pronunciamientos, como la STSJ Cantabria, núm. 296/2004 (Sala Social, sección 1a.) del 17 marzo de 2004, AS 2004\1050, han señalado que “como ya dijo alguna otra Sala de lo Social (STSJ de Castilla-La Mancha, del 28 de mayo de 2002), «con el actual régimen normativo, que sin duda podría ser mejorable al hacerlo más específico, es posible, realizando una aplicación del mismo acorde con la realidad social actual, como es exigencia del artículo 3.1 del Código Civil, dar respuesta a las situaciones de persecución, maltrato psicológico o acoso laboral que se puedan producir, tanto en el ámbito público como privado. Ello debe insistirse, no sólo a través de la posibilidad extintiva, sino también mediante el derecho a otras indemnizaciones adicionales, que pueden ser compatibles con las estrictamente tasadas por la Ley (para un caso particular, STS del 12 de junio de 2001, o STJCE del 2 de agosto de 1993, caso Marshall, quizá extrapolable a otros supuestos), o la calificación como contingencia de origen laboral de la situación de perturbación psicofísica o el desgaste psicológico (bur-

El proceso adecuado para conocer todas estas pretensiones es el ordinario previsto en la Ley de Procedimiento Laboral, sin especialidades expresas para esta materia. No obstante, considero que merece hacer una breve referencia sobre determinadas cuestiones de naturaleza procesal y relevancia práctica con particular significación en materia de *mobbing*.

1. *Competencia genérica entre el orden laboral y contencioso-administrativo*

La competencia genérica, esto es, la distribución de la jurisdicción entre los distintos órdenes viene atribuida a los órganos jurisdiccionales administrativos por los artículos 1o., 2o., 4o. de la LJCA y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) en sentido positivo, y en sentido negativo por las cuestiones atribuidas expresamente a otros órdenes, a la jurisdicción militar y a la “jurisdicción” de conflictos o a la decisión del superior jerárquico administrativo.

Posiblemente la determinación más problemática de competencia genérica se dé en ciertos supuestos entre el orden social y el contencioso administrativo, particularmente porque no todo el personal al servicio de las administraciones públicas tiene la consideración de funcionario público. Según los artículos 5o. y 9.4 de la LOPJ:

los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos... de los recursos contra la inactividad de la administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive... Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

nout) producidos por el acoso (STSJ de Navarra, del 30 de abril de 2001), con las consecuencias legales a ello inherentes»”.

Puede afirmarse, en definitiva, que el personal al servicio de la administración vinculado por relación laboral determinará el orden jurisdiccional competente. El problema así se limita a la determinación del concepto “funcionario público”. Si bien resulta más problemática la distinción en los supuestos de intervención administrativa en las relaciones laborales y de actuación de la administración de la seguridad social.⁶⁴

Asimismo, interesa destacar que del artículo 3.1 del texto refundido en la LPL, tras varias modificaciones, por fin se trasladan al orden social las pretensiones relativas al ejercicio de la potestad sancionadora por infracciones, con la única excepción de las que imponga la tesorería de la seguridad social o entidades gestoras, así como las resoluciones administrativas relativas a la regulación de empleo y actuaciones administrativas en materia de traslados colectivos. No se menciona al personal estatutario de la seguridad social, ahora bien, dado que la disposición derogatoria del RDL declara expresamente la vigencia del artículo 45 D 2065/1974, del 30 mayo, el personal de las instituciones sanitarias de la seguridad social, sigue sometido a los tribunales del orden social.⁶⁵ Y de otro lado, interesa resaltar que el artículo 3.b) LJCA excluye de su ámbito el “recurso contencioso-disciplinario militar”, que se regula en los artículos 448 y 518 LO 2/1989, del 13 abril, Procesal Militar.

La competencia genérica, o por órdenes jurisdiccionales, podrá ser apreciada en cualquier momento (artículos 9.6 de la LOPJ y 5o. de la LJCA), con indicación del orden que corresponda, y con la previsión al respecto del artículo 5.3 de la LJCA.

2. Prescripción del derecho y caducidad de la “acción”

Un tema importante desde una perspectiva práctica en todo supuesto en que deba acudir a los órganos jurisdiccionales a los efectos de hacer valer derechos es el de si ha prescrito el derecho en que se funda la pre-

⁶⁴ Cordon Moreno, F., *El proceso contencioso administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 53-58.

⁶⁵ Fernández Valverde, F., “Del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, Jurisdicción contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, en Alnaldo Alcubilla y Fernández Valverde (dirs.), *El consultor*, Madrid, 1998, pp. 376 y 377.

tensión o el de si ha caducado la acción.⁶⁶ De ser así, eventualmente todo el proceso instado podrá ser inútil, en el caso de que estos hechos excluyentes (la prescripción) o extintivos (la caducidad) fueran alegados y estimados por el juzgador. Conviene, en definitiva, conocer exactamente los plazos previstos con incidencia en los supuestos relativos al *mobbing*; para ello hay que distinguir diversos supuestos:

Primero. Hechos constitutivos de *mobbing* realizados por persona distinta al empresario y éste es despedido por la empresa. El plazo se prevé en el artículo 60.2 del ET, esto es, sesenta días desde que la empresa tiene conocimiento de su comisión o, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. Supuesto que, en todo caso, resulta improbable puesto que o bien la empresa ha participado en dichos hechos o rodeándolos o bien han sido tolerados por la misma.⁶⁷

Segundo. Hechos constitutivos de *mobbing* realizados por la empresa cuando se solicita la extinción de la relación laboral: Aunque se ha planteado la posibilidad de que fuera aplicable el plazo de veinte días de caducidad del artículo 59.4 del ET, o el de 20 días de prescripción del artículo 59.3 del ET, mayoritariamente considera que el plazo aplicable es el de un año del artículo 59 del ET. Sin embargo, este precepto no habría de ser aplicable puesto que no ha terminado el contrato de trabajo ni se solicitan obligaciones devengadas, de modo que la acción del artículo 50 del ET no requiere de tal plazo. Sin embargo, aunque no opere tal plazo, en opinión de Gimeno Lahoz,⁶⁸ el citado artículo 50 está pensando en que la situación que provoca la extinción sea presente y no pretérita, de modo que cuando se solicita la extinción deba concurrir la causa que lo motiva. En definitiva, siendo la prescripción apreciable meramente a instancia de oficio, como hecho excluyente de la pretensión, basado en la seguridad jurídica y no en la justicia, de modo que debe interpretarse restrictivamente, parece razonable concluir que el plazo ha de ser el del artículo 60.1 del ET, de modo que el plazo en el que prescribirán los hechos cometidos por el empresario subsumibles en *mobbing* será de tres años. En definitiva, la estimación de la pretensión exigirá que la situación de *mob-*

⁶⁶ Sobre la distinción de la prescripción con la caducidad, por todos, véase Puig Brutau, J., *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 8 y ss., 93 y 105 y ss.; Gómez Corraliza, B., *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990, pp. 26 y 511 y ss.

⁶⁷ Gimeno Lahoz, R., *op. cit.*, nota 20, p. 200.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 202.

bing sea presente en el momento de formular demanda y podrá abarcar hechos hasta tres años antes.

Tercero. Hechos que produzcan daños físicos, psíquicos o morales no laborales sino civiles. En principio el plazo de prescripción será el de un año desde la terminación del contrato de trabajo, salvo de que se trate de obligaciones de tracto único, desde el momento que la acción pudiera ejercitarse (artículo 59 del ET). El problema es que tratándose de responsabilidad extracontractual, el plazo sería el del artículo 1968 del CC, esto es, el de un año desde el día que lo supo el agraviado.

La determinación del *dies a quo* plantea complejidades importantes. Parece que inicio el cómputo habrá de iniciarse en la fecha en que puedan ejercitarse, esto es, cuando ya se han producido y son previsiblemente definitivos: el alta en incapacidad laboral transitoria o en la correspondiente declaración de invalidez.⁶⁹

Resulta dudoso que se puedan analizar hechos acaecidos con anterioridad al plazo prescrito correspondiente, si bien parece que será posible en atención a la doctrina de los antecedentes, más correcta que a la doctrina de la falta continuada por que respeta la institución de la prescripción puesto que los hechos anteriores solamente se atenderán como antecedentes para entender el supuesto en todos sus términos.

Igualmente resulta dudoso que opere la interrupción de la prescripción el hecho de interponer acciones penales por todos o parte de los hechos constitutivos de *mobbing*. Según el artículo 4.3 de la LPL las cuestiones prejudiciales solamente suspenderán el plazo cuando se basen en la “falsedad documental y su resolución sea de todo punto indispensable para dictarla”. El resultado absolutorio de un proceso penal no es vinculante en cuanto a la prueba y, por último, según el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LEC), por el que “La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”, siendo que conforme el artículo 110 de la LEC se entienden acumuladas las acciones civiles y penales. En cualquier caso, desde una perspectiva práctica, resulta aconsejable que, sin perjuicio de que pudieran acordarse suspensiones, dado lo asistemático de la regulación, se interpongan conjuntamente las acciones civiles con las eventuales penales.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 211.

3. *Eventual pluralidad subjetiva*

La propia diversidad y pluralidad de actos implicados en una situación de acoso permite la posibilidad de que éstos sean realizados por un conjunto de personas. En ese caso, cabe plantearse si nos encontramos ante un supuesto de legitimación plural sobre un mismo objeto procesal, esto es, ante supuestos de litisconsorcio, o, por el contrario, ante una acumulación de pretensiones en la que la diversidad subjetiva deriva de esta acumulación, pero sin que en cada objeto concurra más de un sujeto. En mi opinión, sin perjuicio de supuestos particulares en que algún acto de acoso pudiera ser realizado con el concurso de varias personas al mismo tiempo, y que éstas ostentaran la misma condición de empleador o empleado, en mi opinión nos encontraríamos, en su caso, ante un supuesto de acumulación inicial y objetivo-subjetiva. Para los supuestos demandados, las consecuencias pueden ser diversas, de modo que sería posible la absolución de alguno de ellos y no la de los restantes, pudiéndose modular los posibles pronunciamientos en función de su participación. En cualquier caso, en mi opinión, no cabría hablar realmente de supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, siendo que, en cualquier caso, en la actualidad la LEC prevé unos mecanismos suficientemente eficaces de protección de terceros que podrían verse afectados por la resolución judicial, en supuestos de mobbing, por ejemplo, en su honor a través de las previsiones de los artículos 13 y ss. de la LEC. Por su parte, cuando de proceso contencioso-administrativo se trate, el artículo 116.2 de la LRJCA prevé que por el órgano administrativo se remita el expediente, y la comunicación de la existencia del proceso a los que aparezcan como interesados, todo ello para que quede bien constituida la relación jurídica-procesal.⁷⁰

⁷⁰ Como afirma la sentencia 180/2003 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, del 24 octubre de 2003 (RJCA 2003\1026), “la finalidad del emplazamiento regulado en el artículo 116 (y del artículo 49), en términos empleados en la sentencia del TS de 64/84 es que «La relación jurídico procesal ha de quedar bien constituida, en garantía y salvaguardia no sólo de las partes implicadas, sino respecto de los que integran la comunidad social, sobre los cuales repercute todo el proceso con sus efectos indirectos o colaterales»”.

4. *Acumulación de pretensiones y de procesos*

En cuanto a la acumulación de procesos resulta específicamente interesante señalar que, como se ha dicho,⁷¹ con base en los argumentos expresados por la sentencia del Tribunal Supremo, del 12 de junio de 2001, para considerar que el procedimiento de despido es cauce adecuado para solicitar indemnización resarcitoria y reparadora de la vulneración de un derecho fundamental añadida a la propia del despido, cabe llegar a la conclusión de que podrá solicitarse la resolución indemnizada del contrato en los términos del artículo 50 del ET y además la indemnización del derecho fundamental vulnerado en el artículo 180.1 del ET.

5. *Medidas cautelares*

Desde luego una situación de *mobbing* implica un riesgo para la salud del actor derivada del tiempo en que dura el proceso. En el mismo, es necesario, por poco que sea, un tiempo de tramitación, impuesto por la propia ordenación de los actos procesales que está condicionada, además, por la lógica, por las necesarias garantías para las partes. Lo cierto es que se da una situación de cuidado en cuanto que la pendencia del proceso se seguirá produciendo la situación objeto de proceso con un posible agravamiento de los daños sobre el actor. Se justifica así plenamente la posibilidad de solicitar y obtener por parte del trabajador de las medidas cautelares que permitan conjurar los riesgos para la eficacia de la resolución que se dicte, en tanto el proceso sin estas medidas cautelares no estaría impidiendo que se produzca la situación de abandono voluntario que se pretende por el acosador.

Como ya se indicó, para la adopción de medidas cautelares habrá de acudirse a la regulación de los artículos 721 y ss. de la LEC,⁷² siendo adecuadas las medidas, sin perjuicio de alguna otra específica, al menos la prevista en el punto 11 del artículo 727 de la LEC, referida a “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria

⁷¹ Aramendi Sánchez, P., *op. cit.*, nota 62.

⁷² Para un estudio de las medidas cautelares civiles en derecho español resulta imprescindible Ortells Ramos, M., “Las medidas cautelares”, *La Ley*, Madrid, 2000.

que recayere en el juicio”. Estas medidas podrían ser de diversa índole, desde órdenes concretas para el cese de las conductas de hostigamiento, pasando por la suspensión de eficacia de concretas órdenes que pudieran suponer en sí mismas o junto con otras en medidas de hostigamiento, hasta incluso la posibilidad de autorizar la suspensión del deber de acudir al centro de trabajo y de realizar actividades laborales durante el tiempo necesario, sin perder derecho a las correspondientes contraprestaciones salariales y de seguridad social. En absoluto se opone el erróneo entendimiento de que las medidas cautelares tienden a garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en el futuro, puesto que su eficacia va más allá cuando habla de efectividad de la sentencia y no meramente ejecución, de modo que claramente incluye en su ámbito sentencias condenatorias como mero declarativas y constitutivas, como sería una sentencia de resolución contractual de la relación laboral.

Como toda medida cautelar, incluso podría solicitarse con antelación a la propia demanda, tal y como autoriza el artículo 730.2 de la LEC, siempre que se aleguen y acrediten razones de urgencia o necesidad, y para su adopción, como toda medida cautelar, implicará la concurrencia de los presupuestos para su adopción: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* (que, en mi opinión, va implícito en el propio objeto de la demanda, y en particular en la vocación de permanencia de los hechos del acoso y en sus consecuencias para la salud), así como la correspondiente caución, que creo podría consistir en la retención de una parte del salario, y que habría de calcularse, pues su finalidad es la de restituir a quien sufra una medida cautelar adoptada respecto de una resolución que fue favorable para el sujeto pasivo de la medida, atendiendo a los previsibles daños que la medida pudiera suponer para el mismo.

6. Posibilidad de ejecución provisional

La ejecución provisional consiste en la posibilidad de instar ejecución de sentencias no firmes mientras se encuentre pendiente la tramitación de recursos frente a la misma.⁷³ La ejecución, sea provisional como por supuesto definitiva, no es admisible ni siquiera posible en resoluciones que no sean de condena, esto es, aquellas que no impongan un deber de pres-

⁷³ Sobre la ejecución provisional véase, entre otros, Cámara Ruiz, J., *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 895-911.

tación y un mandato de cumplirlo.⁷⁴ Ahora bien, las resoluciones no son de condena, o de otra modalidad, *per se*, sino que dependerá de los concretos pronunciamientos que contenga, es más, lo normal es que las resoluciones contengan junto a pronunciamientos mero declarativos o constitutivos otros de condena. De ese modo, si bien la resolución de extinción contractual no puede ejecutarse, ni provisional ni definitivamente, porque como en todo supuesto de sentencia de extinción contractual, la satisfacción se obtiene con la mera existencia del pronunciamiento, en cambio, podrán perfectamente ejecutarse definitiva y provisionalmente, los pronunciamientos de condena que vayan aparejados, consistentes en las correspondientes indemnizaciones. De ese modo, la obtención de los efectos propios de la extinción, y más difícilmente los de adelantamiento de la indemnización, se obtendrán plausiblemente vía cautelar; en cambio, la ejecución pecuniaria de los pronunciamientos de condena, normalmente pecuniaria, podrán obtenerse por vía de la ejecución provisional prevista actualmente en los artículos 524 y ss. de la LEC 1/2000, aplicable dado el silencio de la LPL y la aplicación supletoria de la citada LEC.⁷⁵

Así, se ha argumentado que la ejecución provisional podría derivar respecto de determinadas obligaciones que van implícitas en la relación contractual, como la de prestar servicios, de modo que lo que se pretendería ejecutar provisionalmente es la exoneración de prestar servicios laborales a partir de que se obtiene una resolución que ha sido recurrida. Sobre ello, el Tribunal Supremo ha entendido que cuando afecta a la dignidad o integridad personal o se afecten los derechos fundamentales del trabajador, se justifica la interrupción del vínculo laboral (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo del 18 julio 1990). En mi opinión, sin embargo, para no forzar las interpretaciones, entiendo que el mismo resultado práctico podría obtenerse mediante medidas cautelares, que, atendidas las circunstancias de concurrir sentencia no firme a favor de la pretensión, habría de permitir obtener la medida cautelar sin problemas en cuanto al *fumus boni iuris* y sin caución, siempre que concurra, como

⁷⁴ Sobre los diversos supuestos de tutela, *ibidem*, pp. 44-55.

⁷⁵ Por supuesto, siempre que no se trate de proceso de tutela de derechos fundamentales puesto que, como se advirtió, sus resoluciones son ejecutivas a pesar de los recursos, de modo que en todo caso serán ejecutivas provisionalmente sin necesidad de más previsiones.

parece que es igualmente implícito, un *periculum in mora*. Todo ello sin perjuicio de que las resoluciones dictadas en pronunciamientos sobre derechos fundamentales como se ha advertido sean directamente ejecutivas o, en realidad, eficaces y con efectos (la sentencia de extinción no es ejecutiva en modo alguno al no contener en principio el mandato de cumplir o no cumplir una prestación por el condenado) no obstante la interposición de recurso.