

# CONCLUSIONES

## **“LOS LÍMITES DEL MOBBING. SU DESLINDE DE FIGURAS AFINES”**

Coordinadora: Dña. María Lourdes Arastey Sahún

Relator: D. Ramón Gimeno Lahoz

## ÍNDICE

<b>1.- Origen, terminología, conceptos no jurídicos, conceptos jurídicos.....</b>	<b>3</b>
<b>2.- Clases, sujetos, causas, consecuencias. ....</b>	<b>5</b>
<b>3.- Requisitos objetivos y distinción respecto a figuras afines .</b>	<b>8</b>
<b>4.- Derecho comparado y Derecho comunitario .....</b>	<b>10</b>
<b>5.- Ordenamiento jurídico español.....</b>	<b>12</b>
<b>6.- Vía penal.....</b>	<b>13</b>
<b>7.- Vía laboral .....</b>	<b>14</b>
<b>8.- Vía indemnizatoria.....</b>	<b>18</b>
<b>9.- Vía protección social.....</b>	<b>20</b>
<b>10.- Vía Seguridad Social .....</b>	<b>21</b>

## 1.- Origen, terminología, conceptos no jurídicos, conceptos jurídicos

El término anglosajón “mobbing” trae su origen de un verbo, como es <to mob>, que se puede traducir como acosar, atacar en masa. Pero también de un sustantivo <mob>, traducido al castellano como acorralamiento de gentío, acoso de grupo. Ambas expresiones nos encaminan ya hacia una situación de inferioridad que vamos a analizar, pero de aquí destacamos que una pronunciación tan extendida en nuestra lengua como *mubing*, se acierta a ver como incorrecta.

La expresión mobbing se ha popularizado de tal manera en nuestro país por otro lado, que todo conflicto interpersonal tiene la posibilidad de ser tildado así. En ocasiones ello llega a ser paradigmático, como por ejemplo cuando los medios de comunicación hablan de “mobbing inmobiliario”. La consecuencia de este uso desmedido del término es la desnaturalización del concepto, pero no sólo es ésta; al desnaturalizarse el concepto de mobbing queda perjudicada la víctima, porque es la credibilidad de la víctima la que automáticamente pasa a ser cuestionada. Con ello llegamos a una conclusión y es que la inicial ayuda que prestaron a las víctimas los medios de comunicación, hoy no lo es tanto.

Dentro de la terminología que se está utilizando para referirse a este problema, bueno es familiarizarse con las siguientes expresiones: mobbing, bossing, bullying; y en nuestro país, acoso moral, acoso laboral, hostigamiento psicológico, hostigamiento moral, terrorismo psicológico, psicoterror profesional, acoso ambiental, linchamiento laboral, violencia psicológica, forma de estrés laboral, síndrome de chivo expiatorio, presión laboral tendenciosa.

El origen del concepto hay que buscarlo fuera del campo del Derecho, allí donde se vieron las terribles consecuencias que sufrían algunas víctimas: en el mundo de la medicina. Si bien es cierto que el primer autor que utilizó esta expresión fue el etólogo Karl Lorenz en referencia a un comportamiento grupal organizado entre animales, y que posteriormente Heinemann lo refirió al comportamiento entre niños, fue el psiquiatra alemán afincado en Suecia Heinz Leymann, quien detectó que muchos de sus pacientes sufrían unas consecuencias psíquicas, tras haber pasado por un

comportamiento determinado en el lugar del trabajo. Suya es la frase, *en las sociedades altamente industrializadas del primer mundo, el entorno laboral es el único “campo de batalla” en el que es posible “matar” a alguien sin ser juzgado. Y el mobbing no es mas que “matar” laboralmente, en primer lugar, y socialmente después*”.

Intentando acotar el concepto de mobbing, primero desde esta perspectiva no jurídica, Leymann efectuaba la siguiente definición: *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.*

Marie France Hirigoyen recoge uno de los conceptos más amplios de mobbing, al entender por tal *“cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad, o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo”*.

Piñuel y Zabala entiende el mobbing como *aquel acoso que se produce en el lugar de trabajo, “con el objetivo de intimidar, apocar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigado, que aprovecha la situación que le brinda la situación organizativa particular (reorganización, reducción de costes, burocratización, cambios vertiginosos,...etc.) para canalizar una serie de impulsos y tendencias psicopáticas”*.

El intento de acotar jurídicamente el concepto de mobbing ha sido si cabe mayor, pues las consecuencias de su existencia trascienden a la víctima para afectar a otra persona, el causante, lo que tiene las consecuencias correspondientes en el mundo del Derecho.

Para Molina Navarrete, es *toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o un grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente, ejercer sobre otra persona, prevaliéndose, de cualesquiera relación de poder asimétrico*

*instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (pluralidad de actuaciones dirigida a un fin y predeterminada o planificada) y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), con el fin de conseguir su estigmatización (marcado) o aislamiento (vacío) respecto del grupo, haciéndole perder su autoestima personal y su reputación profesional, bien para ensayar las «ventajas competitivas» de un estilo autoritario de gestión afirmando su poder (síndrome del chivo expiatorio, «para que aprenda quién manda»), bien para provocar su dimensión mediante una fórmula alternativa que cree la apariencia de autoexclusión (expulsión indirecta o dimisión provocada).»*

Blánquez del Corral entiende por tal, *el maltrato persistente, deliberado y sistemático de varios miembros de una organización hacia un individuo con el objeto de aniquilarlo y eliminarlo de la misma.*

Aramendi Sánchez define el mobbing como *toda conducta no deseada que, en el marco de una relación de trabajo, tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.*

La sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Girona de fecha 17-9-02, seguida por TSJ Granada 9-9-03, TSJ País Vasco 28-11-03, TSJ Galicia 16-1-04, considera que *Mobbing es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración.*<sup>1</sup>

## **2.- Clases, sujetos, causas, consecuencias.**

Dejando a un lado clasificaciones por el término (ej. bossing es el acoso del superior, bullying es el acoso con violencia física, el resto de acosos serían mobbing) dado que son excesivamente simplistas y tampoco se corresponden exactamente con la utilización que se hace en los países de origen, a la hora de efectuar clasificaciones sobre los distintos tipos de mobbing, es frecuente -quizás por su origen clínico- que se realicen teniendo en cuenta el grado de afectación personal de la víctima. Así, un mobbing de primer grado sería aquel en el que el sujeto pasivo no llega a enfermar; resiste. Un mobbing de segundo grado sería aquél en el que la víctima enferma; cae en situación de I.T., si bien su

---

<sup>1</sup> Presión laboral tendenciosa

situación tiene carácter transitorio y no le impedirá su recuperación. Finalmente, estaría el mobbing de tercer grado; mobbing donde las consecuencias para el sujeto pasivo no tienen ese carácter provisional, sino que alcanzan una permanencia en el tiempo. Este tipo de clasificación por el resultado peca -a nuestro entender- de centrar su atención excesivamente en la víctima, cuando el culpable de lo que ocurre no es el sujeto pasivo. Además, agrava o suaviza su consideración sobre un determinado comportamiento, en función de la víctima, lo que abre los interrogantes correspondientes sobre la personalidad de ésta. En la práctica, este tipo de clasificaciones pueden reconducir el juicio sobre el acosador, hacia un juicio sobre el acosado.

Otro tipo de clasificaciones ponen su atención en el origen del hostigamiento. De este modo mobbing descendente sería el que se produce desde la estructura jerárquica de la empresa -no hace falta que sea la dirección de la misma entendida como consejo de administración-, y viene a coincidir con lo que anteriormente referenciamos como bossing. El mobbing horizontal sería el que se llevaría a cabo por los propios compañeros, respecto de los que no existiría una situación de desigualdad aparente. Y finalmente el mobbing ascendente sería el que emana desde abajo. Si bien el primero y el segundo son fáciles de ver, la idea de que los inferiores realicen mobbing a un superior, en ocasiones provoca incredulidad. Sin embargo su realidad es incontestable, y puede servir para su clarificación un supuesto que se da en las fusiones de empresas con nombramiento como director de una oficina, de una persona más joven proveniente de la matriz; en ocasiones el recibimiento hacia el “forastero” por parte de los subordinados es de exageración de la ignorancia y ralentización de conductas, con lo que al final los pretendidos cambios por parte del nuevo director se convierten en inviables, y su presencia en dicha oficina carece ya de justificación para la empresa principal.

La cuestión de los rasgos de personalidad en los sujetos (sujeto activo y sujeto pasivo), es una de las más espinosas de la materia del mobbing. En los tribunales nos encontramos con mucha frecuencia ante la alegación por parte del trabajador de haber estado sometido a un trato inhumano por parte de un psicoterrorista, mientras que por la empresa se alega un espíritu pusilánime -sino enfermizo- del trabajador.

¿Existe un perfil de personalidad para el acosador? La tentación de utilizar calificativos despectivos (cobarde, mediocre, dictador, déspota con complejo de inferioridad, psicópata, perverso narcisista, ...) ha sido reiterada por quienes se han enfrentado a la

materia. Sin embargo, y al margen de que no existen estudios científicos al respecto, dichos epítetos parecen pensados para el mobbing descendente, aguantan con dificultades en el mobbing horizontal, y son muy difíciles de aplicar en el mobbing ascendente.

¿Existe por otro lado un perfil de personalidad para el acosado? También aquí se han escuchado voces dirigidas a un carácter débil, una personalidad insegura, amén de una tendencia a estados depresivos. Bien, consideramos que no existe ningún estudio científico al respecto que pueda dar algún tipo de refrendo a ello. La experiencia que detectamos en los tribunales, es que se trata de trabajadores normales, que han prestado sus servicios con normalidad hasta que se ha producido la situación de conflicto. Quizás por ello, este apartado debería concluir, más que con una identificación de rasgos de personalidad, con la advertencia de que “todos” podemos ser víctimas de mobbing.

Adentrarnos en las causas que propician la situación que desemboca en un mobbing que se argumenta en un juicio, excede normalmente del propio juicio, y de ahí que sea una materia sobre la que los magistrados, nos remitimos a otros analistas que han creído hallarlo en una organización pobre del trabajo, en una mala gestión empresarial, ...etc.. Ello no obstante, sí que queremos destacar -al margen de estas causas más o menos accidentales- que cuando el mobbing se produce de forma descendente, tiene un carácter claramente ejemplarizante para el resto de la plantilla - reforzando el aspecto jerárquico en el seno de la misma- , por lo que destaca su voluntariedad.

Uno de los puntos donde se constata claramente una gran convergencia, es que las consecuencias que tiene el mobbing son tremendas. Son tremendas en primer lugar para la víctima que lo padece, pues ya el estrés desmedido que lleva aparejado hace de la prestación de servicios un sufrimiento; pero es que además en muchas ocasiones el sujeto pasivo enferma, lo que tiene consecuencias psíquicas siempre (crisis de ansiedad, depresión, trastorno adaptativo,...), en muchas ocasiones físicas (astenia, sueño no reparador, disfunciones gástricas, ...), y tiene consecuencias sociales (aislamiento, irritabilidad, fractura familiar,...). A su vez las consecuencias del mobbing para el trabajo también son importantes, porque no sólo se produce un mayor absentismo que debe cubrirse de forma interina, sino que la conflictividad se anida en el seno de la empresa, el ambiente se enrarece como consecuencia de constatarse silenciosamente el abuso que se está produciendo -más si finalmente se judicializa- , y en definitiva la atención general se predispone al conflicto existente

en la empresa, en lugar de a la actividad cotidiana . Finalmente, las consecuencias para la comunidad son también muy importantes, empezando por los gastos que conlleva para la Seguridad Social las bajas laborales por enfermedad que se suceden, las prestaciones de desempleo cuando el trabajador abandona la empresa, pero también el tener en el mercado de trabajo una persona parada y “tocada” en su autoestima laboral, lo que compromete en muchas ocasiones su reubicación profesional.

### **3.- Requisitos objetivos y distinción respecto a figuras afines**

Intentando aquilatar los elementos objetivos del mobbing desde una óptica jurídica, éstos podrían ser:

A) Conducta sistemática.- El mobbing exige un comportamiento mantenido en el tiempo, y por ende nunca se produce por un comportamiento aislado o puntual, por muy grave que éste sea; en estos casos podremos estar incluso ante la conculcación del ordenamiento jurídico penal, pero no estaremos ante un mobbing.

La sistematicidad o reiteración de comportamientos conlleva un lapsus temporal, lo que permite distinguir esta figura de los roces laborales que surgen en la prestación de servicios, pero también eludir en muchos casos las defensas de ignorancia e imprevisibilidad.

B) En el lugar de trabajo.- Frente a usos mediáticos expansivos, el mobbing es un conflicto laboral y es aquí donde debe residenciarse. La razón de ello estriba en que el trabajador durante la prestación de servicios tiene su esfera de libertad reducida y sometida al ámbito organizativo y director empresarial (art.1 ET), siendo por ello su posibilidad de reacción más limitada.

C) De violencia psicológica extrema.- El mobbing rara vez muestra una vertiente de violencia física; es precisamente su carácter psicológico lo que le hace difícil de percepción ab initio para la propia víctima, lo que le hace difícil de prueba, y lo que provoca en muchas ocasiones un efecto devastador no fácilmente comprensible por la sociedad. Si la graduación extrema puede entenderse de la propia sistematicidad de la conducta, las formas de violencia psicológica son múltiples (no encomendarle tareas, criticar desmedidamente su trabajo,

mofarse de su condición personal, trato desigualitario, prohibición de interrelacionarse con el resto de los trabajadores, etc.), sin que queden limitadas a los 45 comportamientos que ya Leymann enumeró -ej. sanciones infundadas reiteradas- .

D) Destinada a la autoeliminación del trabajador.- Entendido ello de una forma amplia, comprendiendo la marcha voluntaria de la empresa, el cambio de destino, la baja por enfermedad, pero también el mantenimiento de un trabajador dócil que voluntariamente renuncie a ejercer sus derechos como trabajador.

Una cuestión sobre la que se discute es elemento subjetivo de la conducta: si es necesario que el autor tenga consciencia de lo que está haciendo. La conclusión a la que llegamos es que dicho elemento es necesario, pero no dependerá de una autoinculpación del agresor, sino de los hechos fácticos que se acrediten, al igual que ocurre en el ordenamiento penal.

Y una cuestión sobre la que se quiere hacer especial hincapié es que el daño de la víctima no es un elemento estructural del mobbing; el daño se producirá o no en función de muchos factores (ej. personalidad del sujeto pasivo, grado de interiorización del conflicto, apoyo familiar, apoyo de compañeros de trabajo, etc.), facilitará la prueba evidentemente, pero el daño no forma parte de los elementos estructurales del mobbing.

Así las cosas, delimitado jurídicamente el mobbing, podemos entrar a distinguirlo de otras figuras afines.

**Estrés.**- Definido en el DRALE como una tensión que es provocada por una situación agobiante originadora de una reacción psicosomática, el estrés puede desencadenarse por múltiples motivos -incluido el mobbing- , pero el estrés no siempre está vinculado a una situación de mobbing. En este sentido es frecuente escuchar que el estrés ha pasado a formar parte de la sociedad competitiva en la que vivimos, siendo patológico sólo en sus últimos grados.

**Acoso sexual.**- Definido por la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre como comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, tiene como elemento diferenciador respecto al mobbing su componente sexual. En la práctica la diferenciación principal entre el acoso sexual

ambiental -verdadero supuesto límite- y el mobbing, deviene de que el primero tiene una regulación detallada como infracción al ordenamiento jurídico, con lo que acreditado el mismo, decae el interés por saber si concurre el segundo.

**Burn out.**- El síndrome de “estar quemado” es un agotamiento físico, pero sobre todo un agotamiento emocional y mental, derivado de verse desbordado por unas exigencias laborales inabarcables, cuando ha concurrido una involucración personal prolongada; ejemplos ilustradores son los de trabajadores de ONG’s, y de Cruz Roja, cuya autoexigencia no es suficiente para paliar los problemas. El conflicto, a diferencia de lo que ocurre en el mobbing, no surge tanto entre personas, como en la relación trabajador con su trabajo (percepción interna de la obligación).

#### 4.- Derecho comparado y Derecho comunitario

La regulación explícita del mobbing en Europa es excepcional, debiendo no obstante citarse la Ley Básica de Prevención de Riesgos de Suecia de 1993<sup>2</sup>, primer país en legislar expresamente sobre mobbing. La influencia que ejerció Leymann en aquel país de adopción, llevó al legislador a la siguiente definición: *recurrentes acciones reprobables o claramente hostiles frente a un trabajador o trabajadores, adoptadas en el ámbito de las relaciones interpersonales entre los trabajadores de forma ofensiva, y con el propósito de establecer el alejamiento de estos trabajadores respecto de los demás que operan en un mismo lugar de trabajo*, para poco después recordar: “el empresario es responsable de los riesgos que puedan manifestarse en el ámbito de trabajo, tanto físicos como psicológicos, y para prevenirlos debe planificar y organizar el trabajo de tal forma que garantice un ambiente laboral saludable, para lo cual debe dejar patente, mediante el ejercicio del poder de dirección, su firme decisión de no consentir conductas de acoso, y su firme resolución de atajar y erradicar tales conductas mediante la aplicación del poder disciplinario y del poder sancionador”.

Ya en fechas recientes el Código Laboral Francés<sup>3</sup> se refiere en los siguientes términos: “Ningún trabajador puede sufrir las

---

<sup>2</sup> Vocational Rehabilitation Act de 21 de septiembre de 1993

<sup>3</sup> Modificación llevada a cabo por la Ley de modernización social de 17 de enero de 2002, que introduce el nuevo artículo L.122-49.

conductas repetidas de acoso moral por parte de un empresario, de su representante o de todo aquel que *abuse de la autoridad que le confieren sus funciones, y que tengan por objeto o como efecto, una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de afectar sus derechos y su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional*".

Y algo parecido intentó la ley belga de 11 de junio de 2002 relativa a la protección contra la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo, si bien la dificultad de un concepto uniforme se hace patente. Así define el acoso moral como aquellas "*conductas abusivas y reiteradas de todo género, externas o internas a la empresa o institución, que se manifiesten principalmente en comportamientos, palabras, intimidaciones, actos, gestos y escritos unilaterales, que tengan por objeto o por efecto atentar a la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador, o de otra persona a la que este capítulo le sea aplicable, con ocasión de la ejecución de su trabajo, poner en peligro su empleo o crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*".

La Comisión Europea, en un intento de aquilatar el concepto de mobbing, aceptó en fecha 14 de mayo de 2002, la definición propuesta por el Grupo de estudio Violencia en el Trabajo (con representantes de gobiernos, empresarios y sindicatos), como "*un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío*". Esta definición se confeccionó como paso previo para un proyecto de directiva comunitaria; que se orientará a que el empresario prevenga este tipo de comportamiento, se observen los derechos de los trabajadores afectados, se vigile su salud, y a que se emprenda una campaña de sensibilización en los <Quince> países.

Como es fácil apreciar, el denominador común a todas ellas - más allá de la sensibilización por un problema real- , es su carácter no unidireccional, de tal forma que se puede decir no sólo que no existe un concepto uniformado de mobbing, sino que ésta es la principal razón para no avanzar.

Tampoco el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ha ayudado en esta materia -pese a que así se cita en ocasiones- y la sentencia de 23-1-02 (caso Patrick Reynolds) sólo sirvió para constatar su traducción de <hàrcelement moral> como <acoso psicológico>.

## 5.- Ordenamiento jurídico español

En España ha habido intentos por acotar el concepto de mobbing, de entre los que se debe conocer por su vigencia, la Nota Técnica Preventiva (NTP) 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que lo configura como “una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas 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 que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

Un intento legal por la regulación explícita lo supuso la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista de 23 de noviembre de 2001 a las Cortes Generales<sup>4</sup>, definiendo el acoso moral como “*toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realiza de forma sistemática sobre 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*”. Aquella proposición no salió adelante en el Parlamento, siendo el argumento esgrimido que Europa no tenía todavía un concepto uniformado de mobbing.

La Moción Legislativa aprobada por el Parlamento de Navarra aprobada en fecha 14-2-02, solicita al Gobierno de la Nación que se defina el acoso laboral en el trabajo como “*el que en el marco de una relación laboral, y aprovechando la situación de poder que detentase por razón del cargo, función o encargo de tarea, ya sea con o sin relación jerárquica, con facultades de dirección, disciplinaria o sin ellas, llevase a cabo conductas de acoso psicológico que atentando contra la dignidad de otro u otros trabajadores pusiese en peligro la salud psíquica, con o sin consecuencias físicas, de forma persistente, que coloquen a la víctima en una situación de hostigamiento, serán responsables por*

---

<sup>4</sup> BOCG 23-11-01

*los siguientes ilícitos civiles, laborales, administrativos o penales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.”*

La Proposición no de Ley sobre el acoso moral o psicológico en el trabajo planteada por el grupo parlamentario socialista a las Cortes Regionales de Castilla La Mancha en fecha 25-4-02, definía el mismo como *“la conducta o combinación de conductas, contra un trabajador o varios de ellos, tanto dentro como fuera del puesto de trabajo, por parte de uno o varios acosadores -con independencia de la relación jerárquica existente-, consistente en una serie de acciones u omisiones contra el acosado que, sin tener que comportar violencia física, son por si mismas capaces de afectar la salud mental y física de la víctima de acoso, de tal forma que el acosado queda completamente degradado como trabajador y como ser humano”*.

El hecho de que en España no exista una regulación legal explícita antimobbing -como en la mayoría de los países por otra parte- , no debe significar que el ordenamiento jurídico sea ajeno a esta problemática laboral. Basta realizar una somera búsqueda de sentencias, y se aprecia fácilmente que los Tribunales españoles vienen conociendo, hasta con profusión, de esta materia. Entonces ¿qué partes del ordenamiento español transgrede el mobbing?

La respuesta a la anterior pregunta debe comenzar por la Constitución Española. El mobbing es un comportamiento pluriofensivo de la Carta Magna y afrenta derechos fundamentales siempre, como son el derecho al honor (art.18-1) y el derecho a la integridad moral (art.15 CE); en ocasiones vulnera el derecho a la no discriminación (art.14 CE), además de ser un ataque a la dignidad de la persona (art.10 CE); pero sobre todo, por encima de otros derechos que pueden quedar también afectados, el mobbing constituye una quiebra directa del derecho al trabajo (art.35 CE).

Dicho lo anterior, los cauces para reaccionar en nuestro ordenamiento jurídico frente a este comportamiento laboral, son varios.

## **6.- Vía penal**

Es la vía que más solicitan las asociaciones de víctimas de mobbing, pero precisamente por ser la última ratio del ordenamiento, es la que menos éxitos ha reportado.

La ausencia de una tipificación expresa dificulta la represión directa de esta conducta, represión que sin embargo sí puede encontrar acomodo indirecto a través del delito/falta de coacciones (art.172 y 620 CP), delito de trato degradante (art.173 CP) -incluida su agravación por el resultado del art.177- , delito/falta de lesiones (art.147 y 617 CP), y delito/falta de injurias (art.208 y 620 CP).

El delito contra los derechos de los trabajadores (art.311 CP), se nos acierta a ver como ineficaz por la doctrina jurisprudencial de la progresión delictiva, dado que en la práctica los casos más severos de mobbing generan unas lesiones -entendidas legalmente como menoscabo de la integridad corporal o su salud física o mental- , que llevarán a la inaplicación del precepto.

Destacamos por el contrario, que el delito de trato degradante (*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*) cuenta con un aval en la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado.

## 7.- Vía laboral

La aplicación del ordenamiento jurídico laboral español puede analizarse partiendo de una disyuntiva: que el trabajador no abandone la relación laboral pese a sufrir mobbing, o que si que lo haga finalmente; pero en ambos casos surge una cuestión procesal previa y esta es la de los sujetos que deben ser demandados.

El interrogante sobre el **litisconsorcio pasivo necesario** surge desde el momento en que no siempre coincide la persona del acosador con la del empresario, pudiendo entonces tener consecuencias la sentencia que se dicte para una persona que no ha sido demandada. El tema es harto complejo, dejándolo nosotros abierto; por un lado el trabajador es libre de dirigir su demanda contra aquella persona que considera responsable -y en el ámbito del contrato de trabajo esa persona es el empresario y no otros trabajadores- , siendo apoyo de ello pronunciamientos del TS como el contenido en su sentencia de fecha 3-7-01 donde no dudó en afirmar, sobre el despido administrativo de la trabajadora interina con mayor antigüedad por amortización de plaza, que *no existe vinculación propia y directa de la acción de despido con aquellos otros trabajadores de la misma empresa que no han sido despedidos; pues en principio, la decisión judicial que la resuelva*

les es ajena, dado que sus disposiciones sólo alcanzan al empresario y al trabajador despedido. Esos otros terceros trabajadores no son, en forma alguna, titulares de la relación jurídica debatida en el pleito de despido, y por ello no son parte en tal proceso; no existiendo razón de ningún tipo para ser llamados al mismo. Pero por otro lado, a nadie escapa que el relato fáctico en un caso de mobbing, puede tener consecuencias futuras -no sólo de honor, que también-, para el presunto acosador que no ha sido demandado a juicio. La cuestión se complica todavía más en los supuestos de subcontratas y en los supuestos de empresas de trabajo temporal, donde la interrelación de empresas conlleva la interrelación de plantillas y una mayor posibilidad de que se produzca este mobbing externo.

Tal y como se decía antes, la primera posibilidad es que el **trabajador no abandone la empresa** pese al mobbing padecido. Al margen de la viabilidad de una acción declarativa en un procedimiento ordinario, dado que este comportamiento conlleva siempre la vulneración de derechos fundamentales, el cauce adecuado de reacción es la modalidad procesal prevista en el art.181 LPL.

La tutela de derechos fundamentales genera un primer interrogante acerca del plazo para accionar. En este sentido se rechaza la aplicación del plazo de caducidad de 20 días hábiles por analogía con el despido o con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto porque son procedimientos distintos, como porque el art.177 se refiere al plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión. Como tal -consideramos- que debe entenderse el plazo general de 1 año del art.59 ET, siendo apoyo en este sentido la sentencia del TS de fecha 20-6-00 que al respecto razonaba: *el legislador laboral no ha sometido la acción de tutela a plazos breves y específicos de caducidad o prescripción.*

Otra cuestión que surge en el debate es la carga de la prueba del mobbing en esta modalidad procesal, y más en concreto si el art.179-2 LPL -que establece que una vez constatada la concurrencia de indicios sobre vulneración, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad-, queda afectado por el art.96 LPL cuando el mobbing se realiza mediante comportamientos discriminatorios por razón de sexo. El posicionamiento mayoritario se inclina por considerar que entre la expresión anterior del art.179-2 LPL, y la

expresión del art.96 <...de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios...> , no hay diferencias relevantes, y la parte actora tendrá que probar la existen dichos indicios; una posición distinta, basada exclusivamente en la demanda, podría derivar hacia la indefensión de contrario, cuando no a pronunciamientos desmedidos en casos de incomparecencia empresarial (ej. empresa cerrada).

Mención aparte merece la Ley 62/03 al haber modificado el art.181 LPL, e incorporar la palabra acoso para su tutela. Debe hacerse constar que la Ley 62/03 únicamente responde a la finalidad de transposición de las Directivas 2000/43 -relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico- y 2000/78 -relativa a la igualdad de trato frente a las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad, y la orientación sexual- , y se refiere expresamente a un tipo de acoso, que es aquél que se produce por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La otra posibilidad es que el **trabajador finalmente abandone la empresa**, bien a instancia suya (art.50 ET), bien por despido (art.54 ET).

En el supuesto de extinción por voluntad del trabajador del art.50 ET, un primer tema a debate es la determinación de su cauce; en concreto si debe ser a través del apartado a), o si debe formularse a través del apartado c). Entendemos que lo correcto es esto último, dado que el mobbing constituye siempre un incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario, sin que sea técnicamente correcto afirmar que antes el trabajador tenía unas condiciones laborales y que con el mobbing tiene otras condiciones que conllevan una modificación sustancial con menoscabo de su dignidad; la razón de ello estribaría en que las condiciones de trabajo del apartado a) se entienden dentro de la legalidad -no condiciones de trabajo ilegales- .

Esta acción será ejercida normalmente de forma conjunta con la de tutela de derechos fundamentales -anteriormente analizada- , y la razón de ello se encuentra en que no obstante lo previsto en los art.176 y 182 LPL, el TS en su sentencia de fecha 12-6-01 ya estableció que la acción extintiva del art.50 ET por vulneración de derechos fundamentales, debía tener las singularidades procesales del Capítulo XI del Título II, para respetar la previsión constitucional del art.53-2 de la Carta Magna.

Otra cuestión que surge es la relativa a la vigencia de la relación laboral para el ejercicio de la acción del art.50 ET. En muchas ocasiones el trabajador se encuentra en situación de IT cuando solicita la extinción de la relación laboral por este cauce, no siendo ello inconveniente para poder ejercitar esta acción al seguir vigente la relación laboral aunque se encuentre en situación de suspensión -exoneración de trabajar y remunerar- conforme al art.45 ET. Más dificultades presentan los supuestos en los que el trabajador, tras un período más o menos largo de IT, es declarado en situación de invalidez permanente. Conforme al art.49-1-e ET, la extinción de la relación laboral se produce por la declaración de IPT e IPA -con la cautela del art.48-2 ET- por lo que una demora en extinguir la relación laboral por esta vía -al amparo de encontrarse el trabajador en situación de IT- , puede revelarse como perjudicial para el trabajador si finalmente es declarado en situación de IPT o IPA, pues la relación laboral se extingue entonces por ministerio de la ley y no cabe accionar para extinguir una relación ya extinguida.

En el supuesto de que el trabajador víctima de mobbing sea despedido, en lo que algunos denominan última manifestación del hostigamiento psicológico, la cuestión que planteamos es la relevancia que pasa a tener entonces acreditar un mobbing. En realidad el trabajador tendrá como norte de su defensa la carta de despido correspondiente, y en particular que no ha realizado los incumplimientos allí contenidos, para lo cual la situación en el interior de la empresa puede ser explicativa de su comportamiento sobre los hechos imputados a modo de antecedentes, pero la carga de probar un mobbing con todos sus elementos parece excesiva cuando estamos ante un procedimiento que impone la carga probatoria al empresario (art.105-1 LPL).

Más enjundia tiene el supuesto de que el despido vaya precedido o sucedido de la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador ex art.50 ET -en una expresión más adecuada que “por voluntad del trabajador”- , y ello de conformidad con la previsión establecida en el art. 32 LPL. Aquí sí que la acreditación de una situación de hostigamiento psicológico por parte del trabajador tiene consecuencias. La primera, que el art.50 ET conlleva la carga probatoria del trabajador, de conformidad con el 217 LEC; y la segunda, que este trabajador que acciona por vulneración de los derechos fundamentales, puede no desear ya la continuidad en el seno de la empresa. ¿Puede el trabajador en estos casos dejar de solicitar la nulidad inherente a la vulneración de derechos fundamentales, y solicitar únicamente la improcedencia del despido? La conclusión a la que llegamos es que el

planteamiento es incorrecto, y ello por dos razones: la primera es que la vulneración de derechos fundamentales lleva aparejada la calificación de nulidad del despido -y por lo tanto la readmisión inmediata con abono de salarios de tramitación-, al margen de que se utilicen las singularidades procesales de los art.175 y ss., y ello por expresa disposición del art.55 apartados 5 y 6 ET; y la segunda, que realmente la petición de improcedencia y no nulidad del despido, tampoco termina de resolver el problema de no regresar a la empresa, dado que en principio será esta quien tenga la opción prevista en el art.56 ET. El criterio mayoritario es entender que la solución correcta pasaría por pedir la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, en su caso la extinción de la relación laboral conforme al art.50 ET, y solicitar la no reincorporación a la empresa al amparo del art.180 LPL, entendiendo que en la expresión *reparación de las consecuencias derivadas del acto* debe incluirse el no mantenimiento de la situación.

Una última situación que debe ponderarse es que el trabajador acosador sea despedido como consecuencia del mobbing llevado a cabo. El primer interrogante es con base en qué precepto la empresa puede despedir al trabajador que ha llevado a cabo esta conducta respecto a otro trabajador. Ciertamente el art.54-2-g ET contiene como causa de despido un supuesto de acoso, pero sólo es el vinculado a origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Repárese por lo tanto que no es todo tipo de acoso el aquí subsumible -de hecho no queda aquí incluido si quiera el acoso sexual-, y por lo tanto el mobbing no podría incardinarse en este precepto. El trabajador que lleva a cabo un mobbing podrá ser sancionado por el art.54-2-c ET (ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa), y sobre todo por el art.54-2-d (transgresión de la buena fe contractual). Ni qué decir tiene que el trabajador acosador podrá defender su situación laboral en la medida que haya recibido órdenes expresas o tácitas de la empresa, surgiendo así una materia moralmente conflictiva que no debe cegar la respuesta jurídica.

## **8.- Vía indemnizatoria**

La posibilidad de resarcir el daño sufrido por la víctima de mobbing es algo que el ordenamiento jurídico faculta por distintas vías.

En este sentido mostramos unanimidad en considerar no acertada la sentencia del TS de fecha 11-3-04, que pretende tener por resarcidos los daños sufridos por una víctima de mobbing, mediante la indemnización objetiva de los 45 días de salario por año trabajado con el tope de las 42 mensualidades. El resarcimiento ad integrum de la persona es un derecho constitucional (art.15 CE), es un derecho que ya fue reconocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 2-8-1993 (*..Una persona perjudicada por un despido discriminatorio puede alegar lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva (LCEur 1976\44), frente a una autoridad estatal que actúe en calidad de empleador para excluir una disposición nacional que imponga límites al importe de la indemnización que puede obtenerse en concepto de reparación.*), y en definitiva no debe confundirse lo que es la compensación por la privación injustificada de la relación laboral, con la compensación por otros daños causados.

Desde nuestro punto de vista el debate se centra en dos preguntas ¿qué daños indemnizamos? y ¿cuánto indemnizamos por esos daños?.

A la primera pregunta sobre los daños a indemnizar debe contestarse que los daños físicos, los daños psíquicos y los daños morales sufridos por la víctima de mobbing, entran en el resarcimiento integral de la persona por lo que todos pueden ser exigidos, sin que de ello tenga porqué derivarse una cantidad desmesurada -aspecto que se trata después- . Respecto al daño moral, entendido como el dolor inferido<sup>5</sup>, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones a favor de una acreditación para su apreciación, siendo ejemplo de ello la sentencia de 23-3-00. Nosotros entendemos que la vulneración de los derechos fundamentales debe llevar aparejada siempre la indemnización correspondiente - cuestión distinta será la cuantificación de los mismos- , y la razón de ello estriba en que el daño se produce desde el momento que una persona tiene que soportar la violación de sus derechos fundamentales; otro argumento en esta línea es que el art.180 LPL establece en todo caso la reparación de las consecuencias derivadas del acto vulnerador, y sin la indemnización no es fácil ver la reparación de una vulneración ya producida; y finalmente todavía habría otro argumento, y éste es que cuando el

---

<sup>5</sup> Ss TS (1ª) 9-12-03, 22-2-01

legislador ha regulado recientemente la vulneración de derechos fundamentales, como en el caso de la Ley 51/03 para la no discriminación de la discapacidad, lo ha hecho partiendo de la indemnización automática (art.18-2).

Entre los daños a indemnizar, y junto a los daños personales, se encuentran también los daños patrimoniales. Aquí se ubican los gastos por informes periciales que haya tenido que abonar la víctima de mobbing, los gastos de curación que haya tenido que abonar (ej. terapia con psicólogo), y también se encuentran los honorarios de letrado. No es óbice a ello la ausencia de costas en la fase declarativa con carácter general (art.18, 21, y 97-3 LPL), porque el art.180 LPL, al utilizar la expresión *reparación de las consecuencias derivadas del acto*, no está estableciendo diferencia alguna, y dichos gastos fueron consecuencia de la vulneración constitucional -máxime en una materia tan compleja en su acreditación judicial como es el mobbing- ; únicamente el carácter consecuente -se entiende según los usos sociales comunes- permitirá al Juez moderar cantidades desmedidas.

Y en qué cantidad indemnizamos dichos daños. Realmente esta es una materia en donde seguimos sin más apoyo que la ponderación judicial de las circunstancias. La ausencia de parámetros objetivos se evidencia en el rechazo de la aplicación supletoria del denominado “baremo de circulación” -pues responde a unas finalidades distintas de la vulneración de derechos fundamentales-. También en el rechazo a transpolar automáticamente el período de enfermedad (IT), dado que ello llevaría a aumentar o a disminuir la indemnización en función del momento en que se accione. Por supuesto también el que sea una referencia la cantidad contenida en la demanda. Quizás la única respuesta que podemos dar, es que el Juez explique lo más explícitamente el amplio arbitrio que le concede la Ley para resarcir las consecuencias de la vulneración de los derechos fundamentales.

## **9.- Vía protección social**

Tal y como ocurre en el resto del ordenamiento jurídico, el mobbing está huérfano de una regulación explícita aquí, pero ello no significa que no exista suficiente ordenamiento jurídico.

Debe tenerse presente que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 parte de un concepto de riesgo laboral amplio en

su art.4-2 *-posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo-* ; que para la graduación del mismo pondera las condiciones de trabajo, entendiéndose por tales cualquier característica del trabajo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos, incluidas las relativas a su organización y ordenación (art.5-7); y que establece como derecho del trabajador el de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuyo garante es el empresario (art.14).

Dicho lo anterior, entendemos que cuando no se ha prevenido eficazmente y se produce un mobbing, el ordenamiento sancionador contiene herramientas para castigar al empresario incumplidor de sus obligaciones. En este sentido el art.12-16 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000, califica como infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales el incumplimiento de la normativa de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores. Y el art.8-11 de dicha ley, más específicamente, califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales, los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debidas a la dignidad de los trabajadores, con lo que tenemos un precepto que podrá ser aplicado en muchos de los casos de mobbing. Por otro lado, y con la misma limitación ya comentada, la Ley 62/03 incorporó el acoso por raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual, al elenco de infracciones muy graves en materia de relaciones laborales (art.8-13 bis).

Con ello *-entendemos-* existe ordenamiento jurídico para sancionar muchas conductas de mobbing cuando son realizadas por el propio empresario, pero también cuando son llevadas a cabo por personas intermedias y la empresa alega ignorancia, dado que la normativa es generosa y el mobbing es una conducta sostenida en el tiempo *-lo que es una dificultad para dicha alegación-* .

## **10.- Vía Seguridad Social**

En muchas ocasiones el mobbing termina provocando enfermedades en el trabajador y con ello la intervención del sistema público de Seguridad Social, pero esto ya nos sirve para afirmar con rotundidad, que el mobbing no es una patología; contrariamente a lo que en ocasiones se escucha, el mobbing es un conflicto laboral que puede producir enfermedades (crisis de ansiedad, depresión, trastornos adaptativos, etc.), pero no es una enfermedad.

Estas enfermedades conllevan la tentación de ser calificadas como enfermedades profesionales, dado el nexo firme que existe muchas veces entre la causa profesional y las mismas. Sin embargo, y al margen que de lege ferenda sería deseable actuar en esta línea, en la actualidad ello es un camino que se encuentra cerrado. El art.116 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 remite a un cuadro específico de desarrollo, que hoy por hoy lo forma el RD 1995/1978, y en él no es factible ubicar las enfermedades que suceden a un mobbing.

Así las cosas, el otro cauce que queda para vincular estas consecuencias a la actividad profesional de la que dimanen, es el accidente de trabajo. El art.115 LGSS comienza su redactado indicando que se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo, por lo que la duda se centra en si las enfermedades psíquicas (depresión, crisis de angustia, etc.) se subsumen en el concepto lesión corporal. La respuesta no es lineal, porque el art.115-2-e afirma que tendrán la consideración de accidente de trabajo, las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente - enfermedades profesionales- , que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo siempre que sea por causa exclusiva la ejecución del mismo. Es razonable entender que el art.115-2-e supone un plus sobre el art.115-1, plus que no tendría razón de ser si las enfermedades quedaran ya comprendidas en la expresión lesión corporal; consecuentemente, las depresiones, los trastornos adaptativos reactivos a conflicto laboral, etc. no pueden ser considerados como accidentes de trabajo por el hecho de sufrirse con ocasión o por consecuencia del trabajo, sino que sólo cuando tengan por motivo la realización de su trabajo y se pruebe que él fue la causa exclusiva de la enfermedad. El esfuerzo probatorio para las enfermedades consideradas accidente de trabajo, cambia de esta forma sustancialmente, porque el beneficiario de la Seguridad Social víctima de mobbing tendrá que probar una exclusividad profesional, siempre difícil de afirmar por las distintas personalidades que tenemos.

Quizás siendo consciente el legislador de esta dificultad que incorporaba el precepto anterior, el art.115-3 LGSS establece la presunción de accidente de trabajo para las lesiones sufridas durante el tiempo y el lugar de trabajo. Este precepto no utiliza la expresión <lesión corporal> como el 115-1, sino que utiliza el término <lesión>, y por lo tanto dentro de este término entra tanto la

lesión corporal como la lesión mental, la lesión física como la psíquica. Así las cosas, las anteriores enfermedades que surjan en tiempo y lugar de trabajo, gozan de este beneficio legal para su consideración de accidente de trabajo.

Pero este art.115-3 LGSS, por su carácter coyuntural -que sufra en tiempo y lugar de trabajo- está partiendo de un carácter súbito, compatible con la IT por crisis de ansiedad, fobias reactivas, ... , pero no ampara con su manto de presunción las enfermedades mentales que sufra una víctima de mobbing fuera del ámbito laboral, o que por su propia naturaleza, no respondan a un carácter súbito; de esta forma la IT extralaboral, y las depresiones crónicas, los trastornos mayores permanentes (la IP), deben reconducirse para su consideración como accidente de trabajo al art.115-2-e, y por ende precisarán probar la exclusividad laboral de la causa que originó tal enfermedad. Es aquí donde la prueba sobre el mobbing sufrido, alcanza todo su interés en sede de Seguridad Social.

Respecto a la prueba (partes de asistencia, recetas, informes médicos recibidos, etc.) destacamos que precisamente en los procesos mentales -como son los que suceden al mobbing severo-, la cantidad probatoria no siempre va ligada a la severidad de la enfermedad; esto es, a estadios más graves en la enfermedad mental se corresponde mayor despreocupación vital, lo que conlleva muchas veces una despreocupación sobre la guarda documental de la enfermedad.

Por otro lado, la tentación de utilizar al médico forense está siempre presente, pero sobre esto queremos destacar que la apreciación de la exclusividad (art.115-2-e LGSS), no es ya una cuestión estrictamente médica. Por un lado, el médico forense tendrá prácticamente la misma información que el juzgador, y por otro, la exclusividad del nexo causal, no nos ubica tanto en la patología como en el mobbing causante, y esto es una labor de apreciación judicial. Consecuentemente, sin rechazar la ayuda que puede suponer el médico forense, es un tipo de prueba menor para la acreditación de la exclusividad.

Si esto lo afirmamos respecto a un perito médico neutral, no hace falta decir que el peritaje médico de parte afirmando la exclusividad de la enfermedad, debe ser igualmente muy sopesado.

Un interrogante surgido en el debate, es el de si se produciría una inversión de la carga de la prueba; esto es, si la conducta que debemos analizar<sup>6</sup> para determinar si es causa exclusiva de la

---

<sup>6</sup> El mobbing

enfermedad conlleva siempre la vulneración de los derechos fundamentales de la persona -como hemos afirmado- ¿basta la prueba de indicios del art.179 LPL en beneficio del trabajador? Entendemos que no. Por un lado el artículo mencionado establece un distinto esfuerzo probatorio a las partes, trasladando “al empresario” el peso principal de la prueba tras la acreditación indiciaria por parte del trabajador, pero en el proceso de Seguridad Social el empresario no es parte principal de responsabilidades -si ha cotizado- , pudiendo no llegar a comparecer. Y por otro lado, y este argumento es capital, en el proceso de Seguridad Social donde se solicita la contingencia de accidente de trabajo por considerar que la enfermedad del trabajador tiene como causa exclusiva el mobbing sufrido, no se está pidiendo una tutela o un restablecimiento de los derechos fundamentales, por lo que no es de aplicación el art.179 LPL.

Un último aspecto sobre la exclusividad del art.115-2-e LGSS, sería que los hechos probados de la sentencia no deben recoger la expresión mobbing. El mobbing es una figura jurídica que precisa de una interpretación -en este caso del juzgador- , y por lo tanto tendrá una ubicación inadecuada en el relato fáctico. En el relato fáctico lo que se debe hacer constar son todas esas conductas de hostigamiento que finalmente -y ya en los fundamentos de derecho- generan la convicción judicial de que, más allá de que el juzgador realice la calificación de mobbing, fueron la causa exclusiva de la enfermedad y que por lo tanto su contingencia es la de accidente de trabajo.

Como hipótesis de estudio se plantea si es posible el accidente de trabajo in itinere por mobbing. El planteamiento, que puede desconcertar, se puede centrar en el hostigamiento sistemático sufrido por un trabajador en la furgoneta que utilizan varios de ellos para ir al trabajo. Bien, si así fuera, ninguna especialidad alcanzamos a ver respecto a la doctrina general del accidente in itinere, unido a lo supraescrito.

Punto y aparte, por la materia pero también por el debate que suscita siempre, lo constituye el suicidio tras un mobbing. ¿Deben ser calificadas con la contingencia de accidente de trabajo las prestaciones de viudedad y orfandad que suceden al suicidio de un trabajador víctima de mobbing? (Repárese en que el planteamiento no duda de que el trabajador se suicidó como consecuencia del mobbing).

La cuestión no es pacífica, y no lo es entre nosotros como tampoco lo es entre los tribunales; es por ello que quizás se hace aconsejable la exposición desde la siguiente clasificación:

- A) El suicidio nunca es un accidente. Es la tesis que defiende la sentencia del TSJ Andalucía (Sevilla) de fecha 30-3-00, y parte de que lingüísticamente por accidente se entiende un suceso fortuito, imprevisible, del que resulta un daño. Pues bien, el suicidio no es imprevisible dado que interviene la voluntad del accidentado, por lo que debe rechazarse la pretensión de la contingencia de accidente de trabajo.
- B) El suicidio tras un mobbing es un accidente de trabajo. Es la tesis defendida por la sentencia del TSJ Cataluña de fecha 30-5-01, y en cierta medida por la de 17-2-03 del mismo tribunal. Parten de que se ha acreditado el nexo causal entre la situación laboral y el resultado, para apoyarse en el art.115-2-e de la LGSS -tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades -no profesionales- que contraiga el trabajador con motivo y por causa exclusiva del trabajo.
- C) El suicidio tras un mobbing es un accidente no laboral. Es el posicionamiento que se defiende en la sentencia del TSJ País Vasco de fecha 11-9-01, y se apoya en que el art.115-4 LGSS prohíbe la consideración de accidente de trabajo para los actos dolosos.

Para finalizar el estudio del mobbing en la vía de Seguridad Social, bueno es reflexionar sobre lo que hasta ahora es sólo una posibilidad, que es la aplicación del recargo del art. 123 LGSS a las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo. No existe ninguna sentencia -que nos conste- que haya ido tan lejos, imponiendo a la empresa un recargo entre el 30% y el 50% cuando la lesión se haya producido como consecuencia de un mobbing. Desde nuestro punto de vista no hay ningún impedimento a esta posibilidad, dado que el artículo mencionado tiene una cláusula de cierre -...cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo...o las de adecuación personal a cada trabajo...- , que en principio legitimarían la aplicación cuando el acosador es el empresario.

Más dudas plantea el supuesto de aplicación en los casos en que el acosador sea un mando intermedio. En estos casos, y como ya se ha dicho anteriormente, la defensa de la ignorancia empresarial contará en su desfavor con el hecho de ser una conducta mantenida en el tiempo, donde es fácil que se haya producido algún tipo de comunicación a la estructura jerárquica de

la empresa, y en estos supuestos la aplicación del recargo se acierta a ver como adecuada. Si la situación ha sido totalmente opaca a la empresa -entendida como estructura jerárquica-, la defensa empresarial se aferrará a que el recargo tiene una naturaleza total o parcialmente sancionadora, puesto que es la empresa la obligada al pago sin posibilidad de aseguramiento, y la naturaleza sancionadora de todo acto jurídico exige el elemento de la culpabilidad, culpa que no pudo existir por dicha opacidad absoluta.

El tema adquiere unos tintes propios en el supuesto de que concurra una empresa de trabajo temporal. ¿Quién es la responsable del recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo por mobbing: la ETT o la empresa usuaria?. Por un lado el art.15-1 de la Ley 14/1994 reguladora de las empresas de trabajo temporal establece que las facultades de dirección y control de la actividad laboral corresponderán a la empresa usuaria, pero por otro lado la facultad disciplinaria se encomienda a la empresa de trabajo temporal en su art.15-2; el art.28-5 de la LPRL establece que será la empresa usuaria la responsable de todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y el art.16-2 otorga a la empresa usuaria la responsabilidad de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como el recargo de prestaciones de Seguridad Social. Esta última disposición, por su rango de norma especial, es la que parece dar respuesta a la anterior pregunta formulada, pero si la empresa usuaria comunica la actuación acosadora a la ETT, y ésta no sanciona, una solución prudente y que encontraría apoyo en los preceptos mencionados por su transgresión, sería fijar la responsabilidad solidaria.

Sea como fuere, la comunicación de la situación de mobbing vuelve a presentarse con un papel relevante en el reparto de responsabilidades, y éste es el consejo hacia las víctimas de mobbing con el que finalizan estas conclusiones: la denuncia de la situación de mobbing puede prevenir sus consecuencias más funestas y prepara en su caso la defensa de la víctima.