

EL ACOSO LABORAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Breves apuntes

GEMMA FABREGAT MONFORT

Profesora Titular
Universitat de València

ABSTRACT

■ *El artículo «El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales», trata de reflexionar a propósito de los distintos tipos de acoso que pueden manifestarse en la empresa así como de sus posibles medidas de tutela.*

Se pretende concretar, dentro de la indeterminación que per se caracteriza al acoso, qué puede identificarse como tal. Diferenciando, a esos efectos, entre acoso moral, de género y sexual.

Esclarecido lo anterior, se determina la posición del trabajador víctima de tales conductas con el fin de mostrar, a grandes rasgos, que puede existir un camino preventivo que evite el acoso en la empresa. Diseñar unos posibles instrumentos a esos efectos es lo que pretende el artículo, además de intentar subrayar la difícil posición jurídica en la que, en muchas ocasiones, se encuentra la víctima de este tipo de conductas, que siempre son de difícil prueba.

Palabras clave: protocolo, acoso sexual, acoso moral, acoso por razón de género, mobbing.

■ «El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales» izeneko artikulua enpresetan gerta daitezkeen jazarpen moten gainean gogoeta egin nahi du, baita har daitezkeen babes-neurrien gainean ere.

Jazarpenak berezkoa duen zehaztugabetasunaren barruan, jazarpenetzat zer har daitezkeen zehaztu nahi dugu. Horretarako, jazarpen moralak, genero-jazarpena eta sexu-jazarpena bereiziko ditugu.

Aurrekoa argitu ostean, balako jarrerak jasaten dituzten langileen egoera zehaztu nahi dugu, enpresan jazarpenak ekidingo dituzten prebentzio-moduak izan daitezkeela erakusteko, azaletik bada ere. Horretarako erabil daitezkeen tresnak diseinatzea da, hain zuzen ere, artikulua helburua, baita jazarpenak frogatzeko zailtasunaren ondorioz biktimek sarri jasaten duten egoera nekeza nabarmentzea ere.

Gako-hitzak: Protokoloa, sexu-jazarpena, jazarpen moralak, genero-jazarpena, mobbinga.

■ *The article «Harassment in the workplace from the standpoint of the prevention of risks at work» attempts to reflect on the different types of harassment that can take place in the workplace and also the possible means for protecting against them.*

It aims at establishing what can be identified as such within the indeterminacy per se of what characterizes harassment —drawing a distinction for such purpose between moral, gender and sexual harassment.

Once light has been shed on the above, the position of the worker as a victim of such conduct is then determined so as to show in general terms that preventive channels can exist that may prevent harassment in the workplace. Designing certain possible tools for such purpose is what the article attempts to do, in addition to trying to highlight the difficult position in which the victim of this type of conduct finds themselves on many occasions —such conduct always being difficult to prove.

Key words: protocol, sexual harassment; moral harassment, harassment on grounds of sex; mobbing.

0. Introducción

El presente trabajo solo tiene como objetivo reflexionar brevemente a propósito del acoso laboral, en sus distintas manifestaciones, desde la obligatoriedad empresarial de evitarlo según normativa vigente.

Con todo, hablar de acoso no es fácil. O no lo ha sido ante la complejidad de su delimitación, pues en el fondo todo acto de acoso, y en cualquiera de sus manifestaciones, implica conductas que atacan a la dignidad del trabajador y para protegerla el ordenamiento jurídico respondía desde una versión general pero no particular.

Me explico.

Durante mucho tiempo, posibles situaciones de acoso quedaban impunes, porque no se era consciente de lo que acontecía, de que las conductas intimidatorias y de violencia psicológica no debían de ser tolerables ni toleradas en el ámbito laboral.

Seguramente estas conductas concurrían con menor intensidad cuantitativa y cualitativa que a día de hoy, pero eran situaciones igualmente existentes. También es verdad que la realidad de la relación laboral era distinta. El mercado laboral de hace unos años se caracterizaba por relaciones más estables que las actuales, y era más complicado que al empresario le interesase forzar, mediante el acoso, la renuncia o extinción de un trabajador. Siendo este motivo el que explica, hoy, gran parte de las situaciones de acoso —aunque no todas, porque en otras ocasiones el acoso se produce entre compañeros—.

En cualquier caso, durante muchos años, más allá de exigir el respeto al derecho constitucional de la dignidad, la víctima del acoso no tenía apenas protección jurídica. Lo que además se intensificaba al no existir tampoco definición ni identificación de esas conductas intimidatorias como acoso no permisible ni permitido.

Eso acontecía en un primer momento y en parte era lógico que fuera así. Si nos situamos en 1980, en el momento en que se produce la primera redacción del ET, España se encontraba inmersa en la reconversión industrial. Y al legislador, en ese momento histórico, le interesa más referirse —en la norma laboral— a derechos estrictamente laborales que a otros más generales, como la dignidad del trabajador y el resto de los derechos fundamentales.

No obstante ello, aunque brevemente, sí se menciona la dignidad en el art. 4.2. ET, en la enumeración de los derechos básicos del trabajador; en el art. 18 y 20 ET, cuando hace referencia al poder de control y sanción del empresario; en el art. 50 ET, cuando establece la posibilidad de extinguir el vínculo contractual siempre que exista un incumplimiento grave del empresario, tanto ex. 50.1.a.- incumplimiento por modificación sustancial que afecte a la dignidad profesional del trabajador, como ex. 50.1.c.- incumplimiento grave de cualquier otra obligación del empresario; y en los arts. 175-180 LPL, donde se regula un procedimiento preferente y sumario de defensa del derecho de libertad sindical y otros derechos fundamentales.

Referencia sí, pues, pero genérica.

Claro, estando así las cosas, se plantea qué es lo que ocurre en los tribunales, en el sentido de identificar las características de defensa de este derecho. En un primer momento, los tribunales aplicaban la teoría contractualista, según la cual, la mera existencia del contrato de trabajo permite al empleador ejercer ampliamente su poder de dirección. Los derechos fundamentales del trabajador quedan margen de la empresa, y la relación contractual se caracteriza básicamente por el sometimiento de éste a las órdenes empresariales¹.

Pero la doctrina jurisprudencial va evolucionando. Y se pasa de la teoría contractualista a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Según esta última, es decir, en atención a la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el trabajador no se deja sus derechos en la puerta de la empresa cuando va a trabajar. Sino que los derechos fundamentales del trabajador están presentes en la relación laboral y, en ese sentido, para que se pueda afectar un derecho fundamental sin ser vulnerado, es necesario que la decisión empresarial que en ese sentido se adopte supere el triple juicio de proporcionalidad. Es decir, que sea necesaria, idónea y proporcional, pues solo así será legal.

El triple juicio de proporcionalidad (necesidad-idoneidad-proporcionalidad) sirve para baremar si ciertas conductas empresariales vulneran o no los derechos fundamentales del trabajador. Derechos fundamentales del trabajador entre los que, por lo que aquí interesa, hay que destacar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, como ya he avanzado, la evolución de la tutela jurídica frente al acoso no sólo vincula a la modificación de la teoría judicial al respecto de los derechos fundamentales, ahora más garantista de éstos; también evoluciona en otra

¹ Como ejemplo de la teoría contractualista téngase en cuenta la STC 170/1987, de 30 de octubre de 1987, referida a un camarero al que se le obliga a afeitarse la barba por motivos de imagen de empresa, en clara representación de una prevalencia del poder directivo empresarial a los derechos fundamentales de los trabajadores. Véase, asimismo, STC 120/1983, de 1 de diciembre.

dirección: entendiendo que el acoso es algo reclamable también desde la prevención de los riesgos laborales.

Para un mayor análisis de todo ello, el estudio que sigue se estructura de la siguiente forma:

1. Concepto: los problemas de la definición del acoso.
2. La posición jurídica de la víctima.
3. La visión preventiva como tutela ante el acoso.
4. Tipos de acoso. Delimitación de figuras afines.
5. Un posible protocolo para hacer frente al acoso.

1. Concepto: los problemas de la definición del acoso

El acoso moral, que es el acoso al que hasta ahora me he referido, es algo de difícil definición. Y lo es porque al hacerlo, al definir qué es el mobbing o acoso moral, muchas conductas en realidad constitutivas de acoso pueden quedar al margen del concepto que se dé, y por tanto, quedar impunes.

Es por eso que no existe una definición normativa —al menos en la norma laboral— a este respecto². Con todo, es común entender que el mobbing o acoso moral es identificable con aquella situación de violencia extrema en el trabajo.

Desde que en 1973 Konrad Lorenz diera una definición de mobbing, mucho se ha dicho y escrito al respecto. Este etólogo dio esa definición referida a los animales. Siendo, más adelante Leyman (1996) el que traduce esa conducta entre humanos, al definirla como *«Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado 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»*.

La definición es comúnmente conocida. Y utilizada, por lo menos, por los tribunales en un primer momento. Lo que ocurre es que en la práctica puede devenir insuficiente para abarcar todos los supuestos de acoso, por cuanto que se nos dice que para que sea apreciable el acoso esta conducta debe producirse al menos un día o manifestarse una vez a la semana durante seis meses.

Y claro, puede haber situaciones de acoso que no se produzcan con esa asiduidad. O con esa precisión cronológica y que no por eso no sean constitutivas de acoso.

² Si bien se encuentra pendiente la entrada en vigor de la tipificación del acoso en el Código Penal, prevista para finales de este año 2010.

Es por eso que muchos se refieren a esta situación de violencia en el trabajo desde otros conceptos tales como conducta laboral tendenciosa (Carbonell *et alt.*, 2008).

Sea como fuere, lo que sí es evidente es que los tribunales han sido muy cautos a la hora de apreciar la concurrencia de mobbing o acoso en la relación laboral. Y si bien, en la actualidad, no siempre se ciñen a este criterio de una manifestación de la violencia a la semana durante 6 meses, también es verdad que han sido bastante restrictivos a la hora de apreciar el mobbing en los casos concretos³. De hecho, para entender que una conducta es constitutiva de acoso, se ha exigido la concurrencia conjunta en el supuesto de hecho de elementos objetivos y subjetivos de acoso⁴.

Por lo que se refiere a estos últimos, a los elementos subjetivos, el mobbing o acoso moral se condiciona a la alteración psíquica en la víctima. Es decir, que para entender qué concurre mobbing, la conducta en cuestión debe generar en la víctima afectaciones psicológicas tales como insomnio, stress, burn out, depresión, etc.

Estos requisitos subjetivos deben asimismo concurrir junto con hechos objetivos. Hechos que, en base a la razonabilidad puedan entenderse constitutivos de mobbing. De acoso.

Pero claro, la mayor parte de las veces, la concurrencia de alguno de ellos, o de ambos, no se manifiesta de forma clara. Es decir, que no es fácil demostrar la concurrencia de ambos requisitos en el caso concreto⁵.

En ese sentido, en los casos en los que los requisitos objetivos se han manifestado débilmente, los tribunales se han centrado en la vida personal de las presuntas víctimas. Y, en caso de entender que en realidad los síntomas psicológicos

³ Cfr. con la STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2004 que contiene una definición de acoso relevante a estos efectos.

⁴ Sí que se considera la existencia de acoso por entender que concurren requisitos objetivos y subjetivos en la STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2005, que condena a una empresa a indemnizar a una ejecutiva por obligarla a hacer de telefonista en cuanto se reintegra después de solicitar una reducción de jornada por cuidado de hijos. El Tribunal condena a la empresa por un supuesto de mobbing cuyo hecho objetivo es la movilidad funcional inferior como clara represalia por haber solicitado el hacerse cargo de sus hijos. En el mismo sentido, entre otras, STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2002, Rec. 4396/2002; STSJ de Madrid, de 24 de enero de 2005, Rec. 6271/2004

Por el contrario, por no entender que concurre tanto el criterio objetivo como el subjetivo no se considera acoso el supuesto enjuiciado por la STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2004, Rec. 55/2004; STSJ de Aragón de 24 de marzo de 2004, Rec. 1192/2003.

⁵ Cfr., por ejemplo, con los siguientes supuestos, STSJ de Galicia, de 27 de enero del 2005, Rec. 5354/2004 (concurren bromas de carácter libidinoso pero no se considera constitutivo de acoso sexual, para el que se exige más. Falta de la prueba de la relación entre la baja, el trastorno depresivo y las actuaciones denunciadas; y similar en cuanto a la consideración de falta de prueba para la consideración de acoso moral y sexual, véase, STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 14 de marzo de 2005, Rec. 44/2005

del trabajador están generados por lo que los tribunales consideran problemas personales, se presume que no concurre acoso⁶.

Es decir, que en los casos en los que sólo se aprecia el factor subjetivo no se acepta por los tribunales la concurrencia de acoso.

Y claro, no hay que olvidar que demostrar los hechos objetivos no siempre es sencillo en un mundo individualista en el que el empleo es un bien preciado y la solidaridad entre compañeros no es lo más común⁷.

2. La posición jurídica de la víctima

Ante la situación descrita, la posición de la víctima no siempre ha sido sencilla. En principio, si la alteración a la salud que presenta lo justifica, la víctima del acoso puede acudir al médico e instar una baja por enfermedad.

Además de lo anterior, y si el que acosa no es el propio empresario (bossing), la víctima puede exigir al empresario una protección por la vía del art. 54.2.c. y 54.2.g. ET, puesto que si bien en base a estos preceptos es claro que el empresario puede despedir a quien someta a acoso a otro, aunando estos preceptos con el art. 14 LPRL parece obligado a hacerlo.

⁶ Ver, por todas, STC 136/2001, de 18 de junio, no se aprecia la existencia de acoso por falta de indicios. Trabajadora que se encuentra en proceso de separación y que no logra acreditar que su stress sea causado por el trabajo y no por su situación personal.

⁷ La mayoría de autores establecen tres requisitos esenciales para que podamos hablar de acoso psíquico o *mobbing*. El primero es que se produzcan comportamientos de acoso, hostigamiento o maltrato laboral en forma de violencia psíquica. Esas conductas tienen una base objetiva y no subjetiva; existen en la realidad y no son meras sensaciones de las víctimas. Tales conductas de violencia no son extremas ni graves, ni tampoco suelen ser aparatosas o evidentes. Con frecuencia la violencia psíquica es muy sutil y deja muy poco rastro externo, a excepción del daño emocional en sus víctimas. Una de las formas más habituales de *mobbing* es el *ninguneo*, esto es, hacerle el vacío personal y profesional al trabajador. El segundo requisito es que esas conductas de violencia psíquica no sean simplemente incidentales o puntuales sino que se produzcan con una cierta repetitividad. La mayoría de los autores, desde Leymann, hablan de una frecuencia al menos semanal. Lo que se exige no es tanto un criterio numérico, sino que la repetición haga que un trabajador espere esa violencia a la hora de acudir a trabajar, y al anticiparla, ello produzca la aparición de un tipo especial de indefensión psíquica. El tercer requisito es que esa violencia psíquica reiterada se configure como un proceso de persecución, esto es, que busque una finalidad determinada y por tanto no se configure como algo trivial. Ese proceso se inicia en un determinado momento y dura un tiempo, frecuentemente años. En este proceso, los investigadores hemos descubierto que, a partir del sexto mes de exposición al *acoso*, aparecen las secuelas psíquicas puras y psicósomáticas clínicas graves: cuadros de estrés postraumático, trastornos de ansiedad, ataques de pánico, depresiones reactivas... Bajo esta definición del *mobbing*, se comprende lo ingenuo que resulta pretender que la única prueba para demostrar la existencia de acoso psíquico en el trabajo sea la confesión del acosador de su intencionalidad perversa (Piñuel *et al.*, 2010).

Para un interesante estudio a propósito del acoso puede verse, entre otros, en Molina (2003).

Véase, asimismo, Romero (2005); Molina (2008); Urrutikoetxea (2009). Igualmente, véase, AA.VV. (2010).

No obstante, en ocasiones la víctima del acoso decide extinguir el vínculo que le une con la empresa donde ha sufrido el acoso. Bien porque la situación ha devenido psicológicamente insostenible, y el mero contacto con el lugar físico en el que ha sufrido el acoso perjudica su recuperación; o bien porque el acosador es el empleador, y entonces no hay posibilidad de despedirlo.

En esos supuestos, el trabajador-víctima puede irse de la empresa. Normalmente, a estos efectos, instará una acción resolutoria del art. 50.1.a. Pero claro, ello exige que exista un cambio en las condiciones de trabajo y que estas afecten negativamente al trabajador, lo que no siempre es fácil de demostrar.

Es decir, como este precepto exige la concurrencia de requisitos objetivos y subjetivos, en los términos ya expuestos como definidores del acoso o ataque a la dignidad y, en consecuencia, motivo suficiente para extinguir el vínculo contractual por incumplimiento empresarial, en ocasiones la difícil prueba de ambos impide acceder a esta acción extintiva.

No obstante, lo anterior no significa que la víctima de acoso no pueda extinguir su contrato optando a la máxima indemnización. Puede hacerlo, pero por otro precepto del ET.

En efecto, el art. 50.1.c. ET, permite la extinción del vínculo contractual ante cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del empresario. Y, en ese sentido, si se demuestra que el empresario ha incumplido gravemente con las obligaciones que le impone la ley, se podrá extinguir el vínculo contractual aun no concurriendo los requisitos objetivos y subjetivos exigibles para extinguir ex. 50.1.a. ET.

Es importante tener en cuenta que, con carácter general, la mera existencia de acoso en la empresa, desde el momento en que genera un daño psicológico supone que un riesgo psicosocial ha mutado en dolencia, en alteración psicológica. Y en consecuencia, que la prevención de riesgos laborales no ha sido lo efectiva que debiera. Evidentemente, si el empresario —en los casos en los que el no es el presunto acosador—, consigue demostrar que el acoso no impide que se hayan cumplido con todas las obligaciones preventivas, su conducta no podrá calificarse como incumplimiento. Es decir, que no concurrirá incumplimiento empresarial. Pero insisto en que esto ocurrirá la menor parte de las veces. En la gran mayoría de las ocasiones la concurrencia del acoso evidencia que la prevención laboral no ha sido como debiera. Y, en consecuencia, que el empresario ha incumplido con la obligación que le impone la LPRL. Siendo entonces, claramente posible, que el trabajador pueda extinguir el vínculo ex. 50.1.c. ET manteniendo el derecho a percibir la máxima indemnización. Incluso añadiendo a dicha indemnización la que pudiera derivar de la responsabilidad civil de responder por los daños y perjuicios causados por parte del empresario, adicionales a la propia extinción.

3. La visión preventiva como nueva tutela ante el acoso

La conclusión que acaba de anunciarse, pone de relieve dos cosas:

- 1) Que cuando el acoso ya es evidente, cuando ya se encuentra en sus estadios avanzados, normalmente la única solución que compensa a la víctima es la de irse de la empresa en la que tanto ha sufrido
- 2) Que si se produce un daño de salud en la empresa, la prevención de los riesgos laborales tiene algo, mucho más que poco, que decir.

Estando así las cosas y siendo evidente que el acoso debe ser un riesgo psicosocial a considerar en la evaluación de riesgos laborales y que, en consecuencia, la víctima del acoso no solo debe obtener protección jurídica al ver afectada su dignidad sino también al producirse un incumplimiento empresarial en materia preventiva; con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (en adelante, LOI), la tutela frente al acoso recibe un refuerzo considerable: el de la imposición de la elaboración de un protocolo de actuación frente al mismo (art. 48).

Cierto es que, en realidad, la LOI lo condiciona únicamente al acoso sexual y al acoso por razón de género, pero, también es cierto que nada impide que un mismo protocolo combine los tres tipos de acoso: el acoso moral; el acoso sexual; y el acoso por razón de género.

Lo importante es que el empresario está compelido a prevenir los tres tipos de acoso: el primero, en cumplimiento de la obligación genérica de prevenir ex. art. 14 LPRL; y, los otros dos, en cumplimiento igualmente de cuanto exige el art. 14 LPRL y también de los art. 48 LOI y, para la Administración General del Estado, art. 62 y Disposición Final Sexta de la LOI.

4. Tipos de acoso. Delimitación de figuras afines

En ese sentido, antes de perfilar cómo puede ser el protocolo en materia de acoso desde la perspectiva preventiva, me parece importante detener el estudio en determinar las características más importantes de cada una de las posibles manifestaciones de acoso.

Como ya se ha mencionado, son tres los tipos de acoso que hay que considerar:

- 1.º) El acoso moral o la conducta laboral tendenciosa, es decir, la violencia de carácter psíquico que se dirige a un trabajador para hacerle el «vación». Conducta a la que me he venido refiriendo hasta ahora en este artículo.

- 2.º) El acoso por razón de género, que es el acoso moral pero que sufren las mujeres sólo por el hecho de serlo o por circunstancias inherentes a su género⁸.
- 3.º) El acoso sexual, que es la situación de violencia —física o psíquica— con fines libinidosos.

A todos ellos puede aplicarse cuanto ahora señalaré. Pero antes me importa diferenciarlos de figuras afines tales como: el ejercicio arbitrario del poder de dirección; el burn out; las alteraciones psíquicas: depresión o esquizofrenia; y estrés laboral.

En efecto, el acoso, en cualquiera de sus manifestaciones no puede confundirse con:

- El ejercicio arbitrario del poder de dirección: el ejercicio no discrecional sino arbitrario del poder empresarial supone un incumplimiento empresarial denunciado por el trabajador, pero en ningún caso, por sí mismo, es equiparable al mobbing o acoso moral en el trabajo. Para que sea así, para que esa conducta arbitraria del empresario sea constitutiva de acoso debe generar una violencia psíquica traducible en una dolencia para con el trabajador. En el resto de los casos, el ejercicio arbitrario del poder de dirección supondrá una irregularidad, que no tiene porque ser tan gravosa como el acoso. Pues, no en vano, el acoso exige hostigamiento o asedio ejercido de forma reiterada, sistematizada y realizada de forma recurrente con el fin de aislar, ridiculizar o generar una situación de vacío respecto una persona⁹.
- Burn-out: el burn-out o el síntoma del trabajador quemado se manifiesta en el trabajador que se siente desmotivado o superado por su trabajo. Pero aunque el burn-out puede ser un riesgo psico-social no es desde luego identificable en sí mismo con el acoso. El acoso exige la concurrencia de una violencia objetiva que, dirigida hacia el trabajador, le genera una dolencia psíquica, pero no es la dolencia psíquica en sí lo que de forma aislada determina el acoso¹⁰.

⁸ Piñuel, I. considera el acoso que se produce a consecuencia de la maternidad de la mujer Mobbing maternal (www.acosomoral.org/indexpiñuel.htm). No obstante, a efectos de protección, entiendo que es mejor reconducir esta realidad a la del concepto legal que realmente le corresponde, la del acoso por razón de género, que la propia LOI define en el art. 7.2. en los siguientes términos «*Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*».

⁹ Como ejemplos en los que se constata un ejercicio arbitrario del poder del empresario pero en los que sin embargo no se entiende la concurrencia de acoso, véase, STSJ de Madrid, de 31 de marzo de 2006, Rec. 1547/2006, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de abril del 2006, Rec. 523/2006.

¹⁰ Cfr. para la diferencia entre el acoso y el burn out, y entre otras, STSJ de Navarra de 18 de abril de 2006, Rec. y STSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2005, Rec. 2436/2005

- El estrés laboral: el estrés laboral es una dolencia, una patología que sufre el trabajador a causa o como consecuencia de su trabajo. Puede ser una de las consecuencias del acoso, pero en absoluto identificable con éste, por lo mismo que el burn-out: en el acoso la dolencia psíquica del trabajador viene motivada por un elemento de violencia externo a él, que conscientemente tiene por finalidad desestabilizar emocionalmente al trabajador, haciéndole el vacío en la empresa. El estrés laboral se genera igualmente por el trabajo, pero no es consecuencia de la actuación externa de otro que lo genera a conciencia para desestabilizar psicológicamente al trabajador, que es lo que al final ocurre en el acoso¹¹.

5. Un posible protocolo para hacer frente al acoso

Como ya he mencionado, lo importante del protocolo, como instrumento para hacer frente al acoso, es que con el mismo se intenta afrontar el acoso desde una perspectiva preventiva.

Y ello tanto si es solo protocolo frente al acoso por razón de género y acoso sexual; como si incluye también el acoso moral.

Lo importante es que se reaccione en la empresa frente al acoso desde una triple perspectiva: desde la prevención primaria; prevención secundaria; y prevención terciaria.

De hecho, esta obligación se deduce como se ha venido diciendo del art. 14 LPRL, para el acoso en general; y de cuanto impone el art. 28 LOI para los supuestos de acoso por razón de género y de acoso sexual.

Con todo, siempre que las diferencias entre los distintos supuestos de hecho que conforman cada uno de estos supuestos de acoso estén claros no veo inconveniente en aceptar que el mismo protocolo sea utilizable para todos los supuestos de acoso, con las correspondientes peculiaridades para cada manifestación de acoso y siempre garantizado la eficacia de su aplicación tanto para el acoso moral, como para el acoso por razón de género y para el acoso sexual.

Por lo demás, en el caso de que sea así, en el caso de que el protocolo sea aplicable al acoso moral, al acoso sexual y al acoso por razón de género, y tam-

¹¹ Cfr. con la STS 16/12/2003 en la que se deja claro que no hay que confundir el stress laboral con el acoso, éste exige algo más. En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2006, Rec. 1110/2006; STSJ de Aragón de 24 de marzo de 2004, Rec. 1192/2003. Con todo, el stress igualmente debe ser protegido por el empresario desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales (por todas, STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2005, Rec. 1189/2005); y da además derecho a extinguir el contrato ex. art. 50 ET (STSJ Canarias, de 31 de mayo de 2001, Rec. 1008/2000, Madrid, 10 de octubre de 2005, Rec. 4136/2005)

bién cuando es sólo aplicable a estos supuestos de acoso y no al acoso moral, su elaboración deberá negociarse con los representantes de los trabajadores. Lo impone expresamente el art. 48 LOI.

Cierto que habla de negociación y no de acuerdo. De hecho, es lógico que haga esto si tenemos en cuenta que es también la fórmula de la negociación la que se exige para implantar planes de igualdad en la empresa y los protocolos pueden ser parte de estos. Digo que pueden ser, que no necesariamente lo serán. De hecho, algunas empresas no están obligadas a implantar planes de igualdad¹², sin embargo todas lo están a implantar protocolos frente al acoso¹³. De

¹² Lo están aquellas que tengan más de 250 trabajadores en plantilla; siempre que lo determine la autoridad laboral como alternativa a la sanción accesoria por discriminar; y siempre que a ese respecto le obligue el convenio colectivo sectorial. Para un mayor estudio, véase, entre otros, Fabregat (2007), Valdés (2010).

¹³ En algunas ocasiones, el procedimiento de acoso que se negocia, se incorpora al Plan de Igualdad como un Anexo al mismo. En otras ocasiones, forma parte de su contenido, se integra en el propio Plan (por ejemplo, es el caso del Plan de Igualdad San Miguel, Fábricas de Cerveza y Malta, S.A., y del Plan de Igualdad de Danone S.A., Plan de Igualdad Eulen S.A.). En otras, la menor parte de las veces, únicamente aparece en el Plan enunciado en el sentido de ser materia que se emplaza a negociar en un momento posterior. En cualquier caso, lo que sí resulta curioso es que no siempre los negociadores han aprovechado el propio procedimiento que articulan para incluir igualmente en el mismo, los supuestos de mobbing o acoso moral.

Excepcionalmente sí se regula junto con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, el acoso moral. Como ejemplo de esta regulación, pueden citarse, el Plan de Igualdad Massimo Dutti Logística, S.A., el Plan de Igualdad Bershka Logística, S.A., el Plan de Igualdad de Deutsche Bank Sae, el Plan de Igualdad ING Direct, el Plan de Igualdad del Grupo Axa, el Plan de Igualdad Arsys Internet S.L., el Plan de Igualdad de la Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Dogodependencias e Incorporación Social (FADAIS), el Plan de Igualdad para Obrascón Huarte Lain, S.A. (OHL)

Por su parte, y aunque a priori parece que se refiere a los tres tipos de acoso, cabe detectar un error en la apreciación de los tipos de acoso que define el Plan de Igualdad de Danone S.A., habida cuenta que se refiere al acoso sexual y por razón de sexo como si de una misma cosa se tratara.

Por lo demás, ejemplos de protocolos sólo referidos al acoso sexual y al acoso por razón de sexo son, entre otros, los regulados en el Plan de Igualdad de Trato y Oportunidades BBVA, en el Plan de Igualdad Bimbo Sau, en el Plan de Igualdad de Vossloh España, S.A. 2009-2012, en el Plan Marco de Groupama Seguros y Reaseguros, S.A., en el Plan de Igualdad de Caixa Penedés, en el Plan de Igualdad de Mutalía y en el Plan de Igualdad Rural Servicios Informáticos. Este último, aunque en el título del protocolo sólo menciona al acoso sexual, luego reconoce el acoso por razón de sexo, arbitrando medidas para ambos tipos de acoso. Y lo mismo cabe decir respecto el Plan de Igualdad Grupo Santander Consumer.

Como se puede apreciar, en general, se cumple con el mandato legal, pues el acoso por razón de sexo y el acoso sexual casi siempre se contemplan. Cierto es que la LOI, ex. art. 48, únicamente exige que se actúe en ese sentido, es decir, respecto el acoso sexual y acoso por razón de sexo, pero eso no quiere decir que no se pueda incluir en ese mismo protocolo al acoso moral. De hecho, la obligación empresarial de prevención del acoso rige respecto de cualquiera de sus manifestaciones. De donde sigue que, de implantarse un protocolo para toda manifestación de acoso, el empresario cumpliría con dos obligaciones en un sólo acto. Pues estaría llevando a cabo cuanto le exige el art. 48 LOI y con el deber de prevención que deriva del art. 14 LPRL.

Como digo, los convenios analizados no suelen hacerlo. Valgan estas líneas como una recomendación a considerar en ese sentido, pues un protocolo que incluyese todas las manifestaciones de acoso, se convertiría en un buen instrumento de defensa de la víctima, pues sabría como actuar desde el

donde sigue que, normalmente, cuando exista el plan de igualdad, el protocolo formará parte de él o se anexará al mismo¹⁴, pero cuando no exista éste igualmente se deberá cuanto menos «negociar» estas medidas de actuación frente al acoso ex. art. 48 LOI¹⁵.

El problema, no obstante, y de forma similar a cuanto ocurre con los planes de igualdad se plantea en los supuestos en los que no hay representantes de los trabajadores en la empresa.

Pues bien, a mi modo de ver la solución del problema expuesto debe o puede pasar por aceptar, en supuestos de inexistencia de representantes de los trabajadores, que igual que puede ocurrir con el plan de igualdad, el empresario adopte unilateralmente las medidas que constituirán el procedimiento de acoso (Fabregat, 2007, p. 18)¹⁶. Con la condición, evidentemente, de que sea un verdadero protocolo de acoso y no una serie de medidas sin fundamento.

Y conseguir que sea verdaderamente efectivo para actuar frente al acoso, como decía, entiendo exige integrar necesariamente la prevención primaria, la prevención secundaria y la prevención terciaria en el mismo procedimiento¹⁷.

De hecho, la prevención primaria, tiene por finalidad concienciar a la plantilla que las situaciones de acoso no resultan tolerables en la empresa, y de actuar sobre la organización en el trabajo como factor objetivo de riesgo. Además de eso, se gestionará un procedimiento de solución de conflictos, que se activará en la prevención secundaria por parte de la víctima.

La prevención secundaria, pretende establecer el mecanismo para afrontar el acoso desde las primeras manifestaciones y desde el primer momento. Se tra-

principio, que mecanismo activar para defenderse; y eso se lograría gracias al protocolo al tiempo que el empresario se garantizaría, con su negociación, el buen cumplimiento de dos de sus obligaciones: la que deriva del art. 48 LOLS y la del art. 14 LPRL

Por lo demás, sorprende lo acontecido al respecto del Plan de Igualdad de Metro de Madrid, donde aunque el Plan de Igualdad se firma con todos los sindicatos excepto el SO, el Protocolo que se le anexa frente al acoso no es firmado por ninguno de los sindicatos que sí firman el Plan, por lo que cabe entender que no tiene la eficacia que le correspondería de haber sido fruto del consenso de las partes.

También se echa de menos un protocolo frente al acoso, aunque simplemente fuese frente al acoso sexual y por razón de sexo, en el Plan de Igualdad de Unión de Mutuas 2009-2010.

¹⁴ Al respecto de la negociación colectiva y los protocolos de acoso, véase, entre otros Alfonso Mellado, C.L., *Negociación Colectiva y acoso en el trabajo*. En prensa.

¹⁵ Un mayor estudio al respecto de la relación entre la LOI y la negociación colectiva puede verse, entre otros, en AAVV. (Escudero, R.: Coord.) (2010); Cabeza (2007), Lousada (2008), Pérez, M. y Roales, E. (2007).

¹⁶ En sentido contrario, entendiendo que es necesario siempre el consenso entre los negociadores para adoptar el Plan se manifiesta Valdés (2010).

¹⁷ Para un completo estudio al respecto de los protocolos sobre acoso ver Carbonell, E., Gimeno, M.A. y Mejías, A. (2009).

ta de hacer efectivo, poner en práctica, el procedimiento de gestión y resolución del conflicto en la primera fase negociado.

La prevención terciaria, tiene por fin la rehabilitación y recuperación: apoyo a las víctimas para minimizar sus efectos, asistiéndoles y asesorándoles de continuo. El objetivo es la rehabilitación y reinserción temprana del trabajador ya afectado.

Veámoslo con un poco más de detalle.

1) La **prevención primaria**: tiene que tener por finalidad concienciar y planificar la prevención del acoso. Por eso es importante elaborar un Código de conducta, actuar sobre la organización de las condiciones de trabajo y, además, diseñar también un procedimiento de gestión de los conflictos desde la prevención de riesgos psicosociales

Código de conducta: El código de conducta debe tener por finalidad redefinir las relaciones personales en la empresa. Concienciar a la plantilla de las conductas que no van a ser permitidas por la dirección de la empresa y las que no deben de permitirse entre compañeros.

Procedimiento de gestión de los conflictos: prevención de riesgos psicosociales: Este procedimiento debe diseñarse en la empresa de forma previa a la concurrencia del acoso. Con el mismo se debe permitir que, desde la máxima garantía a la dignidad, intimidad, derecho al honor y a la propia imagen, cualquier trabajador que sufra acoso pueda denunciar o quejar el comportamiento que esta sufriendo dentro de la empresa. Este procedimiento, que en su conformación interna, puede ser diverso en función de las concretas realidades de cada empresa sí que creo que debe dejar claro quien o que órgano va a ser el responsable de recibir y tramitar la denuncia o queja, Órgano ante el que tramitar la queja así como el competente para resolver.

Todo desde el máximo respeto a la garantía de indemnidad y, por tanto, a la imposibilidad de sufrir un perjuicio tanto a quien hace valer sus derechos como a cualquier otro que se involucre a favor de la erradicación del acoso.

Por eso interesa que exista en la empresa un conjunto de personas sensibles al acoso y con la formación adecuada para poder actuar en procedimientos de estas características.

2) La **prevención secundaria**: Debe tener por finalidad afrontar el acoso, establecer un mecanismo que suponga una reacción o un hacer frente a la situación.

Se trata de una ejecución de medidas de tutela dentro de la empresa.

En ese sentido, todos los elementos que contribuyan a detectar la concurrencia de las circunstancias objetivas que suelen acompañar al acoso (tales como

una movilidad funcional inferior, cambios locacionales dentro del centro a peor, Traslado/desplazamiento; Modificación sustancial perjudicial: Porque sí unos trabajadores y no otros; comportamiento del empresario tras una excedencia; motivos ocultos de despido disciplinario reconocido improcedente por la empresa, etc.) y relacionarlas con la patología de la víctima será positiva.

Si además, esta ejecución de medidas de tutela dentro de la empresa, permite el contacto de la víctima con el representante de prevención (en caso de que no se haya creado un responsable del acoso ad hoc en el estadio de la prevención primaria) y/o con los representantes de los trabajadores dentro de un estricto respeto a la intimidad de la víctima será positivo. Si además se le facilita un facultativo para ayuda y apoyo psicológico necesario en tanto en cuanto dura el proceso, todavía mejor.

En realidad, en la prevención secundaria se trata de reaccionar ante el acoso desde la empresa con toda una batería de medidas que permitan a la víctima arbitrar con seguridad un procedimiento interno desde los primeros estadios del acoso. Desde el principio, en cuanto se aprecien la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos de acoso debe facilitársele a la víctima que active el procedimiento interno, dando cuenta, si quiere, y desde el máximo respeto a la dignidad e intimidad propia y del presunto acosador, a los representantes de los trabajadores y delegados de prevención de cuanto acontece.

Al final se trata de averiguar que es lo que está pasando en un momento concreto con el fin de erradicarlo y volver a la situación de normalidad laboral, aunque esto raramente se consigue.

3) La **prevención terciaria** pretende la rehabilitación y recuperación de quien ha sufrido una situación de acoso. Se trata de ofrecer apoyo a las víctimas para minimizar sus efectos, asistiéndoles y asesorándoles de continuo. El objetivo es la rehabilitación y reinserción temprana del trabajador ya afectado.

Lo que ocurre es que no siempre es posible adoptar medidas que garanticen la erradicación de la violencia psicológica y el alejamiento entre la víctima y el agresor.

Cuando el agresor es un compañero de trabajo si superando lo que a priori parece insuperable se consigue demostrar que concurre el acoso, entonces, la prevención terciaria es relativamente más fácil. Bien porque el empresario despidió disciplinariamente al agresor ex. art. 54.2.c y 54.2.g ET¹⁸, bien en casos de

¹⁸ Cfr. con la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006, Rec. 649/2006, referida al despido de un trabajador por acosar sexualmente a una compañera. Despido procedente por parte de la empresa. Justificación objetiva y razonable de la medida adoptada. Conducta con tendencia libidinosa. Insinuaciones, tocamientos ocasionales y comentarios verbales de tal naturaleza: conducta grave y reiterada generadora de un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado.

«violencia de baja intensidad» porque lo traslada de centro o de localidad, de ser posible ello en atención a las características de la empresa. Y, en caso de que el empleador no lo haga, en caso que no adopte ninguna medida difícilmente podrá entenderse que ha cumplido con cuanto le exige la LPRL.

Pero claro, cuando el agresor es un empleador lo anterior no puede darse. En ese caso es cuando la víctima lo máximo que puede hacer es plantear una acción extintiva ex. art. 50 ET Lo que ocurre es que, incluso cuando consiga demostrar ante el juez que tiene motivos para extinguir el contrato de manera indemnizada (incluso cuando se adiciona una cantidad en virtud de una indemnización por los daños y perjuicios causados, incluidos los morales) es cierto que la víctima es resarcida económicamente por los daños causados, pero poco más, porque al final su contrato de trabajo se extingue y se tiene que ir de la empresa. Es decir, indemnización económica, sí; pero pérdida de empleo, también.

Lo que, por otra parte, es lo que habitualmente buscan al final las víctimas de acoso, que no soportan muchas veces volver al lugar en el que lo han pasado tan mal.

Con todo ello pone de relieve una realidad: en el acoso el resarcimiento, la rehabilitación nunca es total cuando el que acosa es el empleador, pues no existen instrumentos jurídicos que permitan acabar con esa violencia en la empresa al tiempo que el trabajador mantiene el empleo. Podrían ser así si realmente el tratamiento médico y psicológico que en este estadio se debe garantizar a la víctima, junto con la adopción por parte de la empresa de medidas de apoyo emocional, instrumental, informativo y organizativo permitiese a la víctima recuperar la satisfacción en el trabajo. Pero eso, salvo en los casos es los que es el acosador el despedido o trasladado de la empresa, difícilmente se consigue. A veces, ni en esos casos.

Por eso, lo que debe hacer el protocolo es fijar y garantizar a la víctima del acoso un instrumento ágil, flexible y eficaz que permita detectar el acoso en sus primeros estadios. A partir de ahí, y constatado el acoso en cuanto tal, debe permitir erradicarlo rápidamente. Con el fin de que la rehabilitación y la reinserción de la víctima puedan ser eficaces.

Se trata de conseguir que no se demore tanto que la solución, para evitar que en cuanto se adopte, por tardía, ya no permita otra cosa que la extinción del vínculo de la víctima con la empresa.

Cuando es así, y eso solo ocurre en el mejor de los casos, cuando el acoso se puede demostrar, la prevención ha fallado. Y, en consecuencia, y según creo el empresario ha incumplido con la obligación que al respecto le impone el art. 14 LPRL

Bibliografía

- AA.VV. (2010): *Casos reales de violencia y acoso en el trabajo. Observatorio vasco sobre el acoso moral*. Bilbao. Lettera.
- CABEZA, J. (2007): «Derecho Colectivo y principio de igualdad», en Lousada, J.F. (dir.) (2008): *Ley de Igualdad y contrato de trabajo* (1.ª ed.). Madrid.
- CARBONELL, E., GIMENO, M.A. y MEJÍAS, A. (2008): *El acoso laboral, antes llamado mobbing*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- ESCUADERO, R. (coord.) (2010): *Observatorio de la Negociación Colectiva* (1.ª ed). Madrid.
- FABREGAT, G. (2007): *Los Planes de igualdad como obligación empresarial* (2.ª ed.). Albacete. Bomarzo.
- LEYMANN, H. (1996): «Contenido y Desarrollo del Acoso Grupal/moral (“Mobbing”) en el Trabajo», *European Journal Of Work And Organizational Psychology*, vol. 5, núm. 2, pp. 165-184, Traducido por Francisco Fuertes Martínez.
- LOUSADA, J.F. (2008): «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres», *D.S.*, 30, pp. 633-644.
- PÉREZ, M. y ROALES, E. (2007): «El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva», *Temas Laborales*, 91, pp. 300-305.
- PIÑUEL, I. *et al.* (2010): Diario *El Mundo* de 24 de agosto.
- MOLINA, C. (2003): «Del silencio de la Ley a la “Ley del silencio” ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el Acoso Moral en las Administraciones Públicas?», http://www.mobbingopinion.bp.web.net/artman/publish7/article_651.shtml.
- MOLINA, C. (2008): *El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo*. Albacete. Bomarzo.
- ROMERO, M.J. (2005): *Protección frente al acoso moral en el trabajo* (3.ª ed.). Albacete. Bomarzo.
- URRUTIKOETXEA, M. (2009): *La vía penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*. Albacete. Bomarzo.
- VALDÉS, F. (2010): *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva* (1.ª ed.). Madrid. Reus S.A.