



## LA PROTECCIÓN JUDICIAL FRENTE A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ACOSO EN EL TRABAJO

DANIEL BARTOMEUS PLANA

*Magistrado en la Sala de lo Social  
del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*

*Profesor asociado de Derecho del Trabajo*

Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

### EXTRACTO

Se parte en este trabajo de un esquema triangular cuyos vértices van a ser el agresor como sujeto activo del *mobbing*, la empresa como garante de la seguridad y salud de los trabajadores y la víctima del acoso. A partir de este sencillo esquema, se abordan algunas cuestiones procesales empezando por las acciones de impugnación de la sanción impuesta por el empresario al trabajador agresor y se critica cual es el papel de la víctima en este tipo de procesos, en los que no es parte y su papel se limita, a lo sumo, al de un simple testigo.

Siguiendo en el ámbito de las cuestiones procesales se analiza la acción extintiva del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, para cuya tramitación no existe modalidad procesal específica. Se ponen en evidencia los problemas del carácter constitutivo de la sentencia extintiva y la forma en que la jurisprudencia ha intentado superar esos problemas. El trabajo contiene una crítica al propio artículo 50, cuyo apartado c) es un verdadero cajón de sastre, así como contiene una referencia crítica al sistema de indemnizaciones tasadas.

Se analizan también, para el supuesto del llamado *bossing* en que el propio empresario es el agresor, los supuestos de impugnación de decisiones empresariales y en especial la impugnación de los despidos. Se aborda el problema de las cargas probatorias, el supuesto de despidos que serían procedentes si se analiza aisladamente la acción sancionada pero que devienen nulos si se analizan en el marco del acoso y la cuestión de la readmisión forzosa en los despidos nulos, proponiendo que en los casos de acoso el Juez debería superar ese escollo por la vía de la readmisión imposible.

El análisis de las acciones de tutela por vulneración de derechos fundamentales, se aborda exponiendo el juego de la reforma del artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de acompañamiento 62/2003 y la transposición de las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/73 y 2000/78, para llegar a la conclusión de la validez de la acción ultra contractual no transpuesta, analizar los detalles de la cuádruple tutela en materia de derechos fundamentales y volver a la relación triangular expuesta al principio del trabajo, para evidenciar que en este tipo de procesos suele prescindirse o bien de la víctima o bien del agresor, a quienes se sitúa quizá en indefensión.

En materia de responsabilidad civil, se aborda el nunca resuelto tema de la competencia y se analizan los criterios de valoración del daño para fijar la indemnización.

## ÍNDICE

1. EL PUNTO DE PARTIDA
2. EL TRABAJADOR AGRESOR Y LA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DE LA EMPRESA
3. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA SANCIÓN EMPRESARIAL
4. EL INTERÉS LEGÍTIMO
5. EL INTERÉS DIRECTO
6. EL TRABAJADOR-VÍCTIMA. ACCIÓN PRIMARIA CONTRA LA EMPRESA. EL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
7. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA EXTINTIVA Y LA AUTOTUTELA
8. INDEMNIZACIÓN TASADA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL
9. CUANDO ES LA PROPIA EMPRESA LA QUE ACORRALA AL TRABAJADOR IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES EN EL MARCO DEL *BOSSIN*
10. DESPIDO PROCEDENTE PERO NULO Y DESPIDO IMPROCEDENTE Y ADEMÁS NULO
11. ¿READMISIÓN?
12. LA ACCIÓN DE TUTELA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
13. LA ACCIÓN ULTRA CONTRACTUAL NO TRASPUESTA
14. A VUELTAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA
15. CUÁDRUPLE TUTELA
16. ¿HEMOS OLVIDADO AL AGRESOR?
17. RESPONSABILIDAD CIVIL
18. VALORACIÓN DEL DAÑO
19. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con este breve trabajo pretendo poner en evidencia algunas deficiencias de las vías procesales para el amparo de las partes implicadas en procesos judiciales relacionados con el acoso, sexual o moral, en el trabajo, en especial pretendo evidenciar el desamparo de las víctimas en algunos casos y la indefensión de los imputados como agresores en otros.

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA

Para comprender lo que quiero expresar, hay que partir de una evidencia: las partes implicadas en cualquier supuesto de acoso sexual o moral en el trabajo son precisamente tres: el acosador, la empresa y la víctima del acoso. Con demasiada frecuencia esta obviedad se olvida, se presume que los intereses de algunos de los implicados son coincidentes o, en fin, se cree que alguno de ellos no tiene interés en el pleito; el resultado es que con frecuencia las normas procesales dificultan la presencia de los tres sujetos del conflicto en el mecanismo judicial de solución del propio conflicto.

Por otra parte, es importante tener presente que entre la empresa y la víctima hay una relación contractual, como la hay también entre la empresa y el acosador, pero esa relación no existe entre acosador y acosado. Como veremos la existencia o no de vínculos contractuales entre las partes marca muy significativamente las respectivas posiciones en el proceso.



Es cierto que en algunos casos existe confusión entre algunas de las partes, por ejemplo en el *bossing* cuando el acosador es el propio empresario, y también en algunos casos las partes pueden ser plurales como en el maltrato psicológico colectivo llamado *bulling*, pero esas particularidades no deben influir en el esquema de partida y no tienen una incidencia significativa en el desarrollo de la idea que intento exponer.

## 2. EL TRABAJADOR AGRESOR Y LA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DE LA EMPRESA

En un esquema de relaciones laborales adecuado a las normas y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, la empresa debe orientar su actuación en materia de relaciones laborales al esquema de derechos establecidos en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> y, en concreto, por lo que aquí conviene, debe trabajar para excluir la discriminación entre trabajadores, respetar y velar por que se respete la dignidad de éstos y garantizar su seguridad.

La actuación empresarial en estos ámbitos se despliega a través de políticas empresariales activas, pues no se concibe el cumplimiento de estas obligaciones sólo a través de actuaciones aisladas, menos aún se concibe el cumplimiento de esas obligaciones a través de la pasividad o la inhibición, no podemos hoy ya aceptar el argumento de que se reserva la acción para cuando se produzca el conflicto.

Así pues, la empresa debe articular una política empresarial activa a los efectos de garantizar la seguridad de sus trabajadores, preservar su intimidad y su dignidad y evitar la discriminación de determinados trabajadores pertenecientes a grupos susceptibles de segregación, todo ello orientado en especial a proscribir las distintas modalidades de acoso, pues el acoso es instrumento de discriminación (en especial de la mujer pero también de otros colectivos sensibles), ataque a la dignidad de los trabajadores y con frecuencia produce lesiones graves a su integridad psíquica.

Instrumento potentísimo para articular esa política empresarial, es la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>2</sup>, que establece la forma y estructura de cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de salud y seguridad laboral. La empresa tiene la obligación de planificar la preven-

<sup>1</sup> Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto 1/1995 de 24 de marzo. En adelante ET.

<sup>2</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En adelante LPRL.

ción a partir de una adecuada evaluación de los riesgos y tomar las medidas de la acción preventiva correspondientes<sup>3</sup>.

Todas estas actuaciones preventivas se refieren no solo a los riesgos más evidentes de accidente o enfermedad causados por agentes físicos, sino a cualquier riesgo laboral en el sentido del artículo 4.2.º de la LPRL, esto es, a la posibilidad de que un trabajador o una trabajadora sufra un determinado daño derivado del trabajo, lo que incluye también los posibles daños, generalmente psíquicos, causados por acoso laboral (moral o sexual). En éste ámbito el empresario debe integrar, en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos, la prevención, incluida la actuación sobre la organización del trabajo y la ordenación de las condiciones laborales.

Para el control de la efectividad de la acción preventiva en los términos expuestos, el empresario cuenta dentro del ejercicio regular de las facultades de dirección con la posibilidad de adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control<sup>4</sup>, y eventualmente, ante el incumplimiento que haga el trabajador de las instrucciones generales u ordenes concretas que le imponga el empresario, puede éste adoptar medidas disciplinarias<sup>5</sup>.

Así pues, lo primero que debemos considerar es que, si la acción preventiva ha sido adecuadamente establecida y los controles han funcionado correctamente, la empresa habrá aplicado medidas disciplinarias al trabajador que haya infringido las normas de prevención orientadas a evitar el acoso en el trabajo. De esta forma se debería haber evitado el acoso. Pero si ello no ha funcionado correctamente, ante la situación concreta de acoso, la empresa debe tener mecanismos de control que detecten la situación y debe ejercer también su facultad disciplinaria para corregir al infractor-acosador. Naturalmente el trabajador acusado de acoso puede mostrarse disconforme con la imputación y con la sanción impuesta. Desde el punto de vista procesal, que es el que aquí interesa, en éste caso nos hallamos ante el primer tipo de pleitos que debemos abordar, esto es, la acción que ejerce un trabajador para impugnar el despido o la sanción que le ha sido impuesta por el empresario por infracción de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y bajo la acusación de haber participado en el acoso moral o sexual a un compañero.

### 3. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA SANCIÓN EMPRESARIAL

La acción de impugnación de la sanción impuesta por el empresario al trabajador o del despido se halla regulada en los artículos 103 y siguientes

<sup>3</sup> Artículo 16 LPRL.

<sup>4</sup> Artículo 20 ET.

<sup>5</sup> Despido y otras sanciones, artículos 54 y 58 ET.

de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>6</sup>. Conviene decir ahora que nos hallamos ante la regulación de las llamadas «modalidades procesales» dentro de la LPL, que no son en realidad procedimientos específicos sino previsiones que regulan parcialmente la vía procesal en determinados supuestos, vía procesal que debe completarse con las normas específicas del procedimiento laboral ordinario<sup>7</sup> y con las generales de la ley de Enjuiciamiento Civil<sup>8</sup>.

La regulación específica de las modalidades procesales de impugnación de despido y de sanción, no regulan completamente quiénes vayan a ser las partes en el proceso, aunque ciertamente establecen que la acción debe iniciarla el trabajador sancionado<sup>9</sup> e implícitamente que debe dirigirse contra la empresa sancionadora. Aplicando éste sencillo esquema, suele admitirse acriticamente que éstas —empresa y trabajador— y no otras son las partes en el pleito.

El arraigo de este sencillo esquema lleva a la creencia general de que en los pleitos de impugnación de despido (o de sanción), no pueden ser partes otros que no sean el empresario y el trabajador sancionado<sup>10</sup>.

Que no pueda intervenir como parte un tercero que tenga interés legítimo no ha sido dicho ni por la ley ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero el arraigo de ésta idea se refleja bien en la secuencia de las sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3.7.2001<sup>11</sup>, de la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30.6.2003<sup>12</sup> y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1.9.2004<sup>13</sup>.

En la s/TS 3.7.01, el Tribunal hace una explicación del motivo por el que considera que terceros trabajadores no despedidos no deben ser parte en el pleito<sup>14</sup>, pero, establecido que no hay motivo para llamar a terceros trabajadores al pleito, acaba rechazando la excepción de litisconsorcio pasi-

<sup>6</sup> Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de siete de abril. En adelante LPL.

<sup>7</sup> *Vid.* Artículo 102 LPL.

<sup>8</sup> *Vid.* disposición adicional primera 1 de la LPL. La Ley de Enjuiciamiento Civil fue aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero (En adelante LEC).

<sup>9</sup> Artículos 103.1 y 114.1 LPL.

<sup>10</sup> Entiéndase hecha la salvedad de intervención del Fondo de Garantía Salarial, intervención adhesiva de sindicatos, litisconsorcios en caso de sucesión empresarial, de empresas interpuestas, de grupos de empresas, etcétera. Casos que no tienen nada que ver con o que aquí tratamos.

<sup>11</sup> RJ 2001\779.

<sup>12</sup> AS 2004\2714.

<sup>13</sup> AS 2004\2714.

<sup>14</sup> En su fundamento de derecho tercero explica la sentencia: [...] La acción de despido tiene por objeto esclarecer si el cese del trabajador, dispuesto unilateralmente por la empresa [...] es procedente, improcedente o nulo, [...]. Y tales cuestiones sólo afectan de forma propia

vo necesario y por lo tanto no impide la presencia de otros trabajadores implicados, sino que declara que no existe obligación de llamarlos al juicio <sup>15</sup>. Este razonamiento se emite en proceso que no tiene relación alguna con el acoso en el trabajo, pero es traspuesto a un proceso de *mobbing* en la s/TSJ Aragón 30.6.03 que cita la del Tribunal Supremo y declara también que no hay litisconsorcio necesario <sup>16</sup>. Y finalmente esa sentencia de Aragón es citada por la de Madrid de 1.9.2004 en la que ya definitivamente se dice que el tercero no tiene legitimación pasiva en el pleito <sup>17</sup>. Vemos así de que manera la idea de que un trabajador no sancionado no debe intervenir en el pleito de impugnación del despido arraiga hasta el punto de conducir a los propios tribunales a confusiones entre la situación necesaria de litisconsorcio y la legitimación para ser parte voluntaria en el pleito.

#### 4. EL INTERÉS LEGÍTIMO

A mi modo de ver es innegable que quien ha sido víctima de un acoso sexual o de un acoso moral, tiene un evidente interés en el pleito que se siga por el despido del acosador y ello por dos motivos:

El primero es que el acoso está generalmente relacionado con la discriminación y por tanto comporta vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razones vinculadas a la segregación de determinados

---

y directa [al] empleador que despide y [al] empleado o empleados que son despedidos. 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 [...].

<sup>15</sup> Dice la sentencia que «[...] Queda claro,[que los] «terceros trabajadores», no son parte en el proceso de despido inicial, y que por ello no es obligado que sean llamados al mismo. Y [...] no existe litis consorcio pasivo necesario de ningún tipo [y] no se ha constituido defectuosamente en este proceso la relación jurídico procesal propia del mismo.

<sup>16</sup> «[...] La trabajadora o profesional contratada a quien se imputan directamente las acciones que la actora considera constitutivas de acoso moral no es parte en este proceso, y no es obligado que sea llamada al mismo. No existe litisconsorcio pasivo necesario de ningún tipo con la empleada Luisa, y, en consecuencia, no se ha constituido defectuosamente la relación jurídico-procesal. Así lo dispone, en caso análogo de acción por despido, la sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2001, [...]».

<sup>17</sup> «[...] D. Eusebio [...] carece de legitimación pasiva en un pleito en el que se impugna un despido acordado por la empresa. Y ello sin perjuicio de las acciones civiles o penales que la actora pueda entablar frente a él. [...] Así ha sido declarado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30.6.2003 [...]».



grupos sociales. Así lo establece el artículo 2.3 de las Directivas comunitarias 43/2000<sup>18</sup> y 78/2000<sup>19</sup> y por ello la víctima de la vulneración del derecho fundamental tiene derecho a que se declare que ha sufrido tal violación, lo que obliga a los tribunales a declarar si existe o no, declaración que se da en interés de la víctima y que hay que relacionar con lo establecido en el artículo 180 de la LPL.

El segundo es que, como se verá mas adelante, el proceso por despido es el primero que se va a pronunciar sobre la existencia del acoso, pero luego pueden sucederse acontecimientos que obliguen a la víctima a emprender acciones contra la empresa o contra el acosador, fundadas en la existencia de ese acoso y por ello la declaración que en éste primer pleito se fije va a condicionar los pleitos sucesivos por la vinculación a la cosa juzgada material —artículo 222.4 LEC— y la necesaria armonía entre las declaraciones de hechos de las sentencias antecedentes consecuentes.

El artículo 13 de la LEC establece que, mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quién acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, lo cual no tiene necesariamente relación con el instituto del litisconsorcio necesario sino que puede y debe relacionarse con la intervención voluntaria en el pleito de quien pueda verse afectado por el pronunciamiento que en el mismo se vaya a dictar, intervención que, según establece el apartado 2 del propio artículo 13, no suspende el curso del procedimiento y concede al interviniente las mismas facultades que a cualquier otro que sea parte en el pleito, desapareciendo así en la LEC la distinción, de origen jurisprudencial, entre intervención adhesiva litisconsorcial e intervención adhesiva simple y la limitación de las facultades del interviniente en éste último supuesto.

En efecto, dentro de la intervención voluntaria la doctrina venía distinguiendo dos tipos, la litisconsorcial y la simple. En la primera, el tercero es titular del derecho u obligación discutida en el proceso pero su participación en el mismo no es necesaria al existir una norma jurídica que excluye un litisconsorcio pasivo necesario como en el caso de los deudores solidarios. En la segunda, el tercero es titular de un derecho distinto al discutido que depende en su existencia o contenido del debatido, de forma que interviene defendiendo un derecho ajeno. Ésta distinción como decimos es hoy ya inútil puesto que el artículo 13 de la LEC no distingue y solo se refiere a un solo tipo de intervención de sujetos originariamente no demandantes.

<sup>18</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29.6.2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>19</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27.11.2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Como tuvo ocasión de explicar la Sala de los Social del TSJ de Las Palmas en sentencia de 30.11.2004<sup>20</sup> «[...] el artículo 13 confiere una facultad a los titulares de intereses legítimos que los habilita a constituirse como partes en el proceso, con objeto, precisamente, de defender en el seno del mismo tales intereses [...]» lo que significa, siguiendo la misma sentencia, que el reiterado artículo 13 permite la intervención en el proceso, como demandantes o demandados (esto es, ejerciendo pretensiones, oponiéndose a ellas o proponiendo excepciones), a quienes acrediten tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

Es obvio que no es lo mismo ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso que, de acuerdo con el artículo 10 de la propia LEC, determina la consideración como parte legítima del proceso, que la mera titularidad de un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, según la tradicional distinción, desarrollada esencialmente en el ámbito del Derecho Administrativo entre derechos subjetivos e intereses legítimos. Pero también es obvio que los que defienden intereses legítimos, aunque no acrediten derechos subjetivos en la relación jurídica ventilada en el pleito, tienen derecho, dentro del fundamental a obtener la tutela efectiva de los tribunales, a un pronunciamiento que no siendo de condena hacia ellos ni declarando la condena del adverso en su favor, se pronuncie sobre una acción ejercida legítimamente adhiriéndose u oponiéndose a la acción planteada por otro.

En todo caso, en la intervención litisconsorcial, el tercero defiende un derecho propio, mientras que en la Intervención adhesiva simple el tercero defiende un interés legítimo y propio, pero a través de un derecho ajeno.

La idea de interés legítimo excluye desde luego los intereses ilegítimos, perversos o contrarios al derecho o a la buena fe procesal, pero también excluye el interés simplemente especulativo, de curiosidad o ajeno a los ámbitos jurídicamente protegibles, en expresión de la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>21</sup>: «Interés legítimo significa que ha de ser jurídico, es decir, no es suficiente un interés moral o de mero hecho».

Es indudable a mi parecer que la víctima de acoso tiene interés legítimo en el pleito por despido o sanción del trabajador acosador, ya que como dije más arriba, en este pleito se dirá si ha existido o no vulneración de derechos fundamentales de la víctima por la acción del trabajador sancionado y se establecerán hechos que vincularán en posteriores acciones que pueda emprender la víctima

<sup>20</sup> AS 2004\3809.

<sup>21</sup> Auto AP Zaragoza (sección 5.ª) 426/2002 de 4.7.2002 (JUR 2002\227132).





## 5. EL INTERÉS DIRECTO

Recordemos que el artículo 13 LEC exige para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados en el pleito que éstos tengan un interés legítimo y directo en el resultado del pleito. Siguiendo la ya citada resolución de la AP de Zaragoza<sup>22</sup>, «En cuanto al «interés directo» no debe de confundirse con los efectos del procedimiento. Es decir, puede haber un interés directo en el resultado del procedimiento y, sin embargo, que la sentencia produzca sólo efecto reflejo respecto al tercero».

En el caso de la víctima del acoso que pretenda estar en el pleito por despido del acosador como interviniente adhesivo, es claro que defiende un derecho ajeno (el del ejercicio de la potestad disciplinaria de la empresa) porque un interés directo suyo (el de que se declare su condición de víctima del acoso) está en juego y de ahí que exista ese interés directo aunque los efectos del procedimiento (que se declare la procedencia de la sanción) les sean a la víctima formalmente ajenos.

Es claro que si se identificara interés en el pleito con efectos del pleito supondría eliminar de facto la figura del artículo 13 LEC y en definitiva eliminar la intervención adhesiva al confundirla con el litisconsorcio necesario que sí tiene relación con los efectos del pleito y que encuentra su adecuado tratamiento en el artículo 12.2 LEC.

En definitiva, el litisconsorcio necesario exige que la sentencia tenga efecto directo y la intervención adhesiva voluntaria se justifica por la existencia de un efecto reflejo.

Este mismo esquema se aplica al ámbito de la jurisdicción social. Así lo vemos en lo que tuvo ocasión de declarar el Tribunal Superior de Justicia de Burgos<sup>23</sup>: «aunque no se contemple, expresamente —salvo supuestos especiales— la figura del «coadyuvante» en el procedimiento laboral, tampoco está cerrada la posibilidad de intervención de un tercero, con interés legítimo acreditado, en dicho procedimiento, vía Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se fundamente adecuadamente la misma, dando oportunidad de manifestarse, al respecto, a las demás partes personadas. Así, el actual artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] introduce, junto a la Intervención Litisconsorcial, la denominada por la doctrina Intervención Adhesiva Simple, que es aquella en que la pluralidad de partes se produce, no por afirmar la cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales, sino en afirmar la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera, de modo que la decisión que

<sup>22</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León (Burgos) 28.10.2002 rec. 887/02 (AS 2002\2756).

en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda». Es así como, según dije más arriba, la intervención adhesiva se relaciona con la llamada eficacia refleja de la cosa juzgada, la cual se basa en las interferencias entre la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales y la relación jurídica del tercero (víctima) con una de las partes (acosador).

Conviene, sin embargo, hacer una precisión. El interés del interviniente adhesivo debe ser, como se dijo, jurídico esto es, vinculado a una relación jurídica. Por ello, la doctrina<sup>24</sup> ha destacado que la exigencia de interés directo excluye la posibilidad de intervención en el pleito de quien tenga un simple interés moral, de forma que no puede entenderse legitimado quién alega simplemente que su reputación puede quedar afectada como consecuencia de lo que se resuelva en el asunto.

Por ello, y esa es probablemente la aportación de este trabajo, a mi entender la víctima de un acoso sexual o moral está legitimada para intervenir en el pleito que se siga sobre el despido o la sanción impuesta al acosador en tanto que debe reconocérsele el derecho a ser admitida en el pleito como coadyuvante en defensa del legítimo interés que tiene a que se declare, por una parte, que ha sufrido eventualmente una acción empresarial discriminatoria o que han sido vulnerados sus derechos fundamentales y, por otra, que ha sufrido eventualmente una agresión psíquica que dará lugar a las consecuencias propias de las lesiones incluida eventualmente la declaración de incapacidad causada por contingencias profesionales.

## **6. EL TRABAJADOR-VÍCTIMA. ACCIÓN PRIMARIA CONTRA LA EMPRESA. EL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

El trabajador que es víctima de acoso, tiene desde luego muy dificultosas vías para luchar contra la perversa acción a que de modo continuado está sometido. Es por ello comprensible que en muchas ocasiones opte por la extinción contractual por la vía del artículo 50 del ET. La primera dificultad de este camino está precisamente en la redacción del propio artículo 50, el cual prevé tres supuestos que justifican la extinción indemnizada del contrato: las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad, la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario y un tercer motivo que, a modo de cajón de sastre se define como «cualquier otro

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva LEC*, Barcelona 2000. pág. 200 y ss.



incumplimiento grave de sus obligaciones empresariales por parte del empresario [...]». Es claro que el trabajador acosado, salvo que el acoso provenga del propio empresario y se manifieste a través de modificaciones de las condiciones de trabajo o retraso en el pago de salarios, se verá siempre abocado a accionar por la vía del apartado c) del artículo 50, bajo la argumentación de que el acoso se produce como consecuencia del incumplimiento grave del empresario, consistente en la trasgresión de las obligaciones preventivas a las que he hecho referencia en el apartado II de éste trabajo.

Otra dificultad es que esta vía no tiene modalidad procesal propia en la LPL, lo cual ha venido en causar una compleja construcción en relación a los procesos sobre vulneración de derechos fundamentales. En efecto, si en el proceso se introduce la vulneración de derechos fundamentales, de forma que se pide la extinción del contrato, por ejemplo por hallarse el trabajador sometido a un acoso segregacionista, la aplicación del artículo 182 de la LPL reenvía la acción de extinción contractual a la «modalidad procesal correspondiente»<sup>25</sup>. Pero no existiendo ésta se queda el precepto hueco, debiéndose interpretar de acuerdo con la sentencia del Tribunal supremo de 12.6.2001<sup>26</sup> en el sentido de que debe mantenerse la exigencia de un procedimiento sumario y preferente<sup>27</sup>, lo que quiere en definitiva decir que no puede remitirse al proceso ordinario.

## 7. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA EXTINTIVA Y LA AUTOTUTELA

Pero por encima de las dificultades de simple técnica procesal, se halla una dificultad material de difícil vadeo que es la obligatoriedad de mantener la relación laboral durante el proceso. En efecto el artículo 50 del ET es un mecanismo previsto para la extinción del contrato de trabajo y exige que éste se halle vigente al momento de dictarse la resolución extintiva. Esto significa en pocas palabras que el trabajador sometido a *mobbing* debe soportar la situación de acoso durante el tiempo<sup>28</sup> de duración del proceso.

<sup>25</sup> Así lo declara la sentencia del TSJ de Catalunya de 15.7.2002 (AS 2002\2881) «[...] dado que este precepto remite a la modalidad procesal correspondiente no solo las demandas por despido sino también por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, es por lo que [...] hay que estimar aplicable la doctrina transcrita a la extinción del contrato de trabajo del artículo 50 [...]».

<sup>26</sup> RJ 2001\5931).

<sup>27</sup> Art. 53.2 Constitución.

<sup>28</sup> Tiempo que en la realidad puede establecerse en promedio en dos o tres meses desde la fecha de presentación de a papeleta de conciliación hasta la fecha de notificación de la demanda en instancia. Aunque el artículo 179 LPL establece el plazo improrrogable de 5 días para señalamiento de juicio y de 3 días para dictar sentencia.

Como es evidente que no puede obligarse al trabajador a mantenerse en la situación de acoso durante el tiempo de duración del proceso, la única solución es la de hacer uso del *ius resistendae* y abandonar el puesto de trabajo en defensa de su propia integridad (sexual o psíquica) o de su dignidad. Pero ello es una maniobra ciertamente arriesgada ya que en estos casos el trabajador queda a merced de lo que suceda posteriormente en el juicio, de forma que si finalmente no pudo acreditarse que había *mobbing* o se constató que el acoso no era suficientemente grave para justificar el incumplimiento de la obligación de trabajar, el trabajador acabará perdiendo el contrato de trabajo sin indemnización alguna.

La posibilidad de ejercer el *ius resistendae* y cesar anticipadamente en el trabajo mientras se acciona la extinción contractual indemnizada, fue aceptada inicialmente por la conocida sentencia de 2002 del Tribunal Constitucional en la que se definió la autotutela inmediata de la cláusula de conciencia para un periodista de un periódico que cambió su orientación editorial<sup>29</sup>. En esta sentencia se dijo que excluir la posibilidad de cese anticipado «[...] implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio, durante el desarrollo del proceso» lo que resulta constitucionalmente inadmisibile [...], y se explica<sup>30</sup> que la jurisprudencia que limita el uso del *ius resistendae* a los casos de riesgo para la vida o la integridad física del trabajador parte de una supuesta menor repercusión de la vulneración de determinados derechos fundamentales respecto a otros, lo que es insostenible desde el punto de vista del mantenimiento de niveles mínimos de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Esta doctrina constitucional ha hallado aplicación, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 10.2.2003<sup>31</sup> referida a un caso de acoso moral, en la que se dijo que «[...] la cuestión relativa a la posibilidad de dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización, no es sólo una cuestión procedimental o accesorio sino que afecta decisivamente al contenido del derecho [...]».

Así pues, la conclusión que ofrezco es que el carácter constitutivo de la sentencia extintiva del contrato por la vía del artículo 50 del ET, no impide el cese anticipado del trabajador en protección de la integridad de su derecho a no ser discriminado o de su derecho a la integridad física y moral, pero este ejercicio, al no estar regulado en las normas procesales o materiales, implica que el trabajador ha de asumir el riesgo de su propia decisión

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 9.12.2002. 225/2002.

<sup>30</sup> Fundamento de derecho 5.º de la sentencia.

<sup>31</sup> AS 2003\2353.



que puede llevarle a la pérdida del trabajo sin indemnización si no se demuestra *a posteriori* la existencia del acoso y su gravedad.

## 8. INDEMNIZACIÓN TASADA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

El artículo 50 del ET establece para la extinción del contrato por incumplimiento empresarial una indemnización equivalente a la del despido improcedente<sup>32</sup>, la doctrina de los Tribunales había venido manteniendo que no puede acumularse a esa indemnización otra adicional por el perjuicio causado por la vulneración de derechos fundamentales. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3.4.2002<sup>33</sup> había declarado que «[...] la indemnización [prevista en el artículo 50] va dirigida precisamente a resarcir al trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo, que es el único perjuicio que acarrea a la actora su opción por esta acción [puesto que] la pérdida de empleo es igualmente perjudicial sea cual fuere la conducta patronal que la ocasiona y su indemnización está tasada por la ley [...]». Dicha doctrina había sido inicialmente avalada por el Tribunal Supremo<sup>34</sup> que, distinguiendo los casos de despidos nulos, declaró que en los casos de extinción del contrato a instancia del trabajador «[aquella doctrina referida a despidos] no puede ser aplicable [al supuesto del artículo 50] pues allí la relación laboral permanecía incólume como consecuencia de la nulidad del despido, mientras que en el presente se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización [...]». Pero esa doctrina ha sido revisada en la reciente sentencia de 17.5.2006<sup>35</sup>, dictada en Sala General, en la que se ha tenido ocasión de declarar que «[...] La modificación operada en el artículo 181 [LPL] por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003 [...], al incluir, expresamente, en el texto del mismo «la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso» no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado [...]» y acaba concluyendo que la conducta empresarial perjudiciando el acoso constituye «[...]un atentado al derecho fundamental a

<sup>32</sup> Art. 50.2 en relación al art. 56.1.a). La indemnización es la de 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades.

<sup>33</sup> AS 2002\1832.

<sup>34</sup> STS (Social) 11.3.2004. RJ 2004\3401.

<sup>35</sup> STS 17.5.2006. Recurso de unificación de doctrina 4372/2004.

la dignidad personal del trabajador demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral [...]». por lo que en la misma, «[...]no solo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción contractual ejercitada en la demanda rectora de autos, sino también, los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que, a consecuencia del comportamiento empresarial, tiene que soportar el trabajador que postula la extinción de su contrato laboral y que, por si mismos, constituyen la violación de un derecho fundamental [...]», por lo que en definitiva el Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ<sup>36</sup> que había establecido, junto a la indemnización por extinción del contrato<sup>37</sup>, una indemnización adicional por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante<sup>38</sup>, de forma que establece el Tribunal Supremo que han de valorarse por separado los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador.

En definitiva, podemos decir hoy que la indemnización tasada del artículo 50 es compatible con una indemnización adicional por los daños y perjuicios causados por la vulneración del derecho fundamental, siempre que estos existan y se acrediten no solo por el sufrimiento moral que comprende la propia vulneración del derecho fundamental sino por un daño material, psíquico o de otra índole, objetivamente evaluable.

## 9. CUANDO ES LA PROPIA EMPRESA LA QUE ACORRALA AL TRABAJADOR IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES EN EL MARCO DEL *BOSSING*

Ocurre a veces y con más frecuencia de lo que parecería, que es el propio empresario el que acosa al trabajador, sexual o moralmente. En estos particulares casos, las potestades del empresario que comprenden la de especificar las obligaciones concretas del puesto de trabajo<sup>39</sup>, la de controlar y dirigir la actividad laboral<sup>40</sup>, la de dar instrucciones concretas en el ejercicio regular de las facultades directivas<sup>41</sup> y en fin las facultades sancionadoras de los artículos 54 y 58 del ET, y su intervención en otras muchas

<sup>36</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 12 de julio de 2004.

<sup>37</sup> De 14.330,55 €.

<sup>38</sup> De 20.000 €.

<sup>39</sup> Art. 5.a) ET.

<sup>40</sup> Art. 20 ET.

<sup>41</sup> Art. 5.c) ET.



decisiones que afectan a la situación del trabajador, tales como las referidas a la retribución, a las vacaciones, a la modificación de condiciones de trabajo como horario y jornada, a la movilidad funcional, a los desplazamientos y traslados etcétera, hacen si cabe más terrible la situación del trabajador acosado en relación con los trabajadores acosados por otros compañeros.

#### 10. **DESPIDO PROCEDENTE PERO NULO Y DESPIDO IMPROCEDENTE Y ADEMÁS NULO**

En los casos de acoso realizado o propiciado por parte del propio empresario, es frecuente que en el marco de la acción continuada en que consiste el propio acoso se produzca el despido del trabajador acosado. Es muy importante a mi parecer en estos casos distinguir entre dos situaciones: a) los despidos que carecen en absoluto de causa disciplinaria o objetiva y que sólo se explican como culminación del acoso, en los cuales el empresario busca simplemente causar un perjuicio al trabajador acosado, por ejemplo, el trabajador que es despedido por causa disciplinaria ficticia en el momento en que se opone a un asedio sexual, y b) los despidos que se producen por motivos disciplinarios cuando el trabajador sometido a acoso comete en efecto una acción que sería disciplinariamente relevante pero que debe enmarcarse en el ámbito del propio acoso, por ejemplo el del trabajador que en un caso del *mobbing* es puesto al límite de su resistencia psicológica e incurre en incumplimientos contractuales o en ofensas al empresario que serían sancionables objetivamente pero que en el marco de los acontecimientos no son más que la culminación de una situación de acoso.

En ambos casos, una vez constatado el acoso, los despidos no pueden ser calificados más que como nulos, pues independientemente de la realidad del incumplimiento contractual del trabajador, es el *mobbing*, como incumplimiento de las obligaciones empresariales en los términos del artículo 4.2.d) del ET, el que se constituye como causa del despido, lo que exige la obligación judicial de examinar el ataque a la dignidad del trabajador, la discriminación y en general la vulneración de derechos fundamentales como causa eventual del despido y en definitiva como eventual declaración de su nulidad.

#### 11. **¿READMISIÓN?**

Uno de los problemas de la impugnación del despido basada en la denuncia de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales es

que necesariamente conduce a la readmisión del trabajador despedido<sup>42</sup>. Este mecanismo es adecuado cuando se trata de vulneración de derechos en el ejercicio de actividades del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales, por ejemplo cuando se declara vulnerado el derecho al ejercicio de la libertad sindical o del derecho a la indemnidad, pero en los casos en que la vulneración de derechos fundamentales se vincula a acciones de acoso al trabajador, la readmisión parece a veces más una condena que otra cosa. Así se ve por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 21.11.2003<sup>43</sup>, en la que se constata que, tras el cumplimiento de la sentencia, persiste la voluntad empresarial de presionar al trabajador, lo que tenía lugar desde hacía más de un año.

No me parece disparatado en estos casos acudir a la resolución contractual en salvaguarda de los intereses del trabajador acosado, pues es evidente que mantener la relación laboral esta abocado a perpetuar el riesgo de acoso. Así lo vio el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía —Sevilla— en sentencia de 19.4.2004<sup>44</sup>, en la que tuvo ocasión de declarar que «[La Sala] no desconoce que la calificación de un despido con motivación inconstitucional es la de nulo, cuyos efectos legales son la readmisión [...] más en estos casos de riesgo de atentado a la integridad, la previsión legal y la doctrina constitucional deben modularse atribuyendo al trabajador el derecho de opción entre la readmisión o una indemnización sustitutoria ante el despropósito que supondría crear una situación de riesgo imponiendo la ejecución in natura y ante la imprevisión legal de sustitución de la ejecución salvo cierre de la empresa [...]».

## 12. LA ACCIÓN DE TUTELA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos visto ya que el trabajador asediado puede optar por la vía del artículo 50 del ET y solicitar la extinción contractual indemnizada; pero la vía más propia para que el trabajador reclame su derecho a trabajar con respeto a su dignidad es la de la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales. Eso fue siempre así, pero no cabe hoy ya duda de la pertinencia de esta acción después de la trasposición de las Directivas sobre dis-

<sup>42</sup> Art. 113 LPL. Nótese la paradoja de que mientras la acción del artículo 50 conduce a la extinción del contrato cuando se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, la declaración de la misma vulneración impide la extinción cuando el empresario ha despedido al trabajador.

<sup>43</sup> AS 2003\670.

<sup>44</sup> AS 2004\2057.





criminación de 2000<sup>45</sup>, efectuada a través de la ley de acompañamiento de 2003<sup>46</sup> que modificó el artículo 181 de la LPL, el cual establece que las demandas sobre tutela de los demás derechos fundamentales distintos de la libertad sindical se tramitarán por la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y, esa es la novedad introducida en 2003, del acoso.

Lo interesante de esta vía procesal es que conduce a un amparo completo de la situación del trabajador, que no se da cuando éste opta por ejercer la acción rescisoria o por impugnar decisiones concretas del empresario. Volveré después sobre ello, pero ahora interesa ver que la trasposición de las Directivas comunitarias no es completa.

### 13. LA ACCIÓN ULTRA CONTRACTUAL NO TRASPUESTA

El artículo 7.1 de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y el artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establecen que deben existir procedimientos para amparar la acción de las personas perjudicadas por la no aplicación de lo que las propias directivas establecen, y determina que estas acciones deben ofrecer amparo incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. Esta última advertencia (la acción tras la conclusión de la relación laboral) no se traspuso al artículo 181 de la LPL, por lo que podría parecer que la acción que se ejerciera una vez extinguida la relación laboral no tendría amparo. Sin embargo, es obvio que en este caso el mandato de las Directivas comunitarias es claro y por tanto puede y debe aplicarse directamente independientemente de su trasposición. Así pues, la acción de tutela por discriminación relacionada con el acoso en el trabajo, puede ejercerse no sólo durante la vigencia del contrato de trabajo, sino también después de finalizado éste. Así lo vio ya antes de la reforma del artículo 181, la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 26.6.2003<sup>47</sup>, que dio lugar a una indemnización<sup>48</sup> solicitada por un trabajador que había sido sometido a *mobbing* y que reclamó después de extinguida la relación laboral por incapacidad permanente.

<sup>45</sup> Vid., notas 19 y 20. Directivas 2000/43, 2000/73 y 2000/78.

<sup>46</sup> Artículo 40.dos de la ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>47</sup> AS 2003\669.

<sup>48</sup> Que dijo derivaba de responsabilidad contractual.

#### 14. A VUELTAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, según el cual las reglas de distribución de la carga de la prueba imponen que corresponde al demandante probar la certeza de los hechos de que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos en que se basa la pretensión, esta norma debe ser completada

- 1) en caso de acción por despido, con la del artículo 105 de la LPL que impone al empresario demandado la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido y
- 2) en materia de reclamaciones basadas en la discriminación o en la vulneración de derechos fundamentales, con las normas sobre inversión probatoria a que se refieren los artículos 96 y 179.2 de la LPL.

Lo anterior significa que, en caso de que tenga dudas sobre un hecho constitutivo de la pretensión ejercida por el trabajador, el juez deberá desestimar la demanda<sup>49</sup> y en caso de que las tenga sobre los hechos imputados como causa disciplinaria del despido deberá estimarla<sup>50</sup>, lo mismo cuando se discuta la legalidad de otros actos del empresario<sup>51</sup>, todo ello ponderado por el criterio subsidiario de la disponibilidad y facilidad probatoria establecido en el apartado 6 del citado artículo 217 y de la carga de destruir las presunciones a que se refieren los artículos 385 y 386 de la LEC. Pero cuando lo que se alega por una de las partes es la vulneración de un derecho fundamental y se pide la nulidad del despido o de otra decisión del empresario, lo que se exige a quién alega no es la prueba plena de tal vulneración, sino la simple aportación de indicios sobre la discriminación o la violación del derecho, y una vez aportados dichos indicios o principios de prueba corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y de su proporcionalidad<sup>52</sup>.

El desarrollo del principio de la carga de destruir la apariencia de vulneración de derechos fundamentales arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, que resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos

<sup>49</sup> Así por ejemplo si el trabajador demandante no acredita claramente la existencia del contrato de trabajo, la demanda deberá ser desestimada.

<sup>50</sup> Y declarar el despido improcedente.

<sup>51</sup> Traslados, desplazamientos, modificación de condiciones, etcétera.

<sup>52</sup> Vid. sTCo 74/1998 de 31.3.1998.



fundamentales y se prolonga en constante doctrina, que establece que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, si bien para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales<sup>53</sup>, entendiéndose que tal indicio no lo constituye la mera alegación de la vulneración del derecho fundamental, sino que corresponde al trabajador demandante aportar un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto la dimensión discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales de la decisión impugnada<sup>54</sup>, de forma que, acreditados hechos o circunstancias que despierten la sospecha de esa perversa actuación empresarial, se traslada al empresario la exigencia de una auténtica carga probatoria que lleve a la convicción del juzgador la certeza de que la decisión empresarial fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio o atentatorio a los derechos fundamentales<sup>55</sup>.

Este principio está hoy ya tan arraigado que su aplicación, antiguamente considerada dificultosa y frecuentemente vinculada a la exigencia de prueba diabólica<sup>56</sup>, se halla procesalmente regulada en los ya citados artículos 96 y 179.2 de la LPL y se aplica con toda normalidad; pero es importante asegurar que en cada caso cada una de las partes sepa cuál es su carga probatoria, de forma que en el juicio no debe mantenerse la ambigüedad de que las partes no sepan a ciencia cierta si los indicios o principios de prueba aportados han sido adecuados para operar la inversión probatoria.

## 15. CUÁDRUPLE TUTELA

En los procesos sobre tutela de los derechos fundamentales, por aplicación del artículo 180 de la LPL y en materia de despido por remisión del artículo 108.3 de la propia LPL, el juez deberá pronunciarse sobre cuatro extremos perfectamente determinados que, en buena lógica, deben constituir también los ítems del suplico de la demanda, estos son<sup>57</sup>:

<sup>53</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1998 y 74/1998.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1997.

<sup>55</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1989 y del Tribunal Supremo de 9.2.1996 (RJ 1996\1007) y 15.4.1996 (RJ 1996\3080).

<sup>56</sup> La prueba diabólica es la que impone el diablo de probar todo lo que no fue, para acreditar lo que fue. Es imposible probar lo que no fue con pruebas circunstanciales.

<sup>57</sup> *Vid.* Por todas sentencias del Tribunal Supremo de 14.7.1993 (RJ 1993\5678).



En primer lugar la tutela declaratoria, que impone al juez la obligación de pronunciarse sobre la identidad del derecho fundamental vulnerado e identificado éste, le impone declarar que la decisión empresarial constituye vulneración del derecho fundamental y por ello debe decretar la nulidad, nulidad radical, del acto.

En segundo lugar, la tutela inhibitoria que significa que el juez debe ordenar el cese del comportamiento discriminatorio o antisindical o vulnerador de derechos fundamentales, estableciendo así una obligación de hacer, o de no hacer en los términos de los artículos 1098 y 1099 del Código Civil, obligación que desde luego debe ejecutarse en sus propios términos según lo dispuesto en el artículo 239.1 de la LPL y eventualmente imponiendo apremios pecuniarios<sup>58</sup>.

En tercer lugar, la sentencia debe pronunciarse sobre la llamada tutela repositoria, es decir, ordenando la restitución de las cosas a la situación anterior al momento en que se produjo el acto declarado nulo. Tratándose de despidos, la tutela repositoria impone la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo de que gozaba en el momento anterior al despido, tratándose de modificación de condiciones consiste en la vuelta a las condiciones de trabajo anteriores, etcétera.

Finalmente, en cuarto lugar la sentencia debe ofrecer la tutela resarcitoria o reparatoria, lo que comprende la condena del empresario a reparar el daño causado incluida una eventual indemnización, de lo que hablaré más adelante.

## 16. ¿HEMOS OLVIDADO AL AGRESOR?

Conviene ahora reproducir los argumentos que hemos esgrimido en los apartados IV y V anteriores, pero refiriéndome ahora no a la víctima sino al agresor. Como dije, a mi entender, la víctima de un acoso sexual o moral está legitimada para intervenir en el pleito que se siga sobre el despido o la sanción impuesta al acosador por los motivos ya expuestos.

También a mi entender, en los pleitos iniciados por la víctima para la extinción del contrato de trabajo o para reclamar la tutela (cuádruple) judicial por vulneración de derechos fundamentales, debe reconocerse al agresor el derecho a ser admitido en el pleito como coadyuvante en defensa del legítimo interés que tiene a intervenir en el proceso en que a que se va a declarar que ha sido, o no, ejecutor de un acto de acoso eventualmente discriminatorio o de un atentado a los derechos fundamentales, puesto que

<sup>58</sup> Art. 239.2 LPL.



la sentencia que se dicte dará lugar a responsabilidades que pueden repetirse contra él.

## 17. RESPONSABILIDAD CIVIL

Del acoso se pueden derivar, y se suelen derivar en efecto, daños de todo tipo, generalmente económicos o materiales económicamente evaluables o daños a la salud de la víctima del *mobbing*, generalmente trastornos psíquicos. Es evidente que quien causa un mal debe reparar sus consecuencias, ya sea por la vía de la responsabilidad aquiliana cuando el daño no se vincula a un incumplimiento contractual o por la de la responsabilidad contractual cuando existe esa vinculación. Así pues, es frecuente que la víctima que ha sufrido perjuicios o secuelas inicie una vía de reclamación de indemnización por el perjuicio causado, vía que en la mayoría de los casos se dirige contra la empresa por la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual de velar por la integridad física de los trabajadores, pero que nada impide que se dirija directamente contra el acosador por la vía extracontractual.

Que la acción por responsabilidad extracontractual, no puede incluirse entre las acciones que se promueven entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo es una obviedad y por lo tanto es claro que se trata de acciones no incluíbles en el artículo 1.2.a) de la LPL, lo que las excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social.

Pero la acción que dirige el trabajador contra la empresa, es una acción amparada en el artículo 1101 del Código civil y no del 1902, ya que la responsabilidad deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo y en concreto de las de los apartados c), d) y e) del artículo 8 del ET.

La competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de los pleitos en reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por incumplimiento de las obligaciones empresariales derivadas del contrato de trabajo, fue declarada en auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23.12.1993<sup>59</sup>, que anuló una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1.6.1993<sup>60</sup> en la que dicho Tribunal se había declarado incompetente en favor de los órganos del orden jurisdiccional civil. Pero, pese a ese claro criterio de la sala de conflictos, la Sala primera del propio Tribunal Supremo ha venido declarándose también

<sup>59</sup> RJ 1993\10131.

<sup>60</sup> AS 1993\2919.

competente en esta materia<sup>61</sup>, lo cual provoca la absurdidad de que este tipo de reclamaciones se vienen resolviendo tanto en los juzgados de primera instancia como en los de lo social.

## 18. VALORACIÓN DEL DAÑO

Ya hemos visto que la víctima de acoso sexual o moral puede reclamar indemnizaciones a cargo de la empresa por el daño causado, ya sea por la vía de la tutela resarcitoria en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, ya sea por la vía del juicio ordinario en reclamación de cantidad por responsabilidad civil contractual. Cuando de lo que se trata es de fijar indemnizaciones, nos encontramos con algo que en Derecho del Trabajo no es habitual: hay que valorar el daño causado. En Derecho Laboral habitualmente las indemnizaciones son tasadas, de forma que la ley fija un modelo de cálculo preciso que sirve para fijar la indemnización con independencia del daño real causado. Este sistema no es desde luego el más justo, pero si el más eficaz desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en realidad al fin acaba siendo un método suficientemente equitativo y se ha consolidado como el preferente en Derecho del Trabajo, aunque en opinión de algunos<sup>62</sup> los sistemas de valoración tasada representan un intento de restricción del arbitrio judicial en la determinación de las indemnizaciones.

Ciertamente, el sistema de indemnizaciones tasadas se diversifica en tres sistemas distintos. Por una parte, el de fórmulas aritméticas de cálculo de la indemnización, que es el usado, por ejemplo, para el cálculo de las indemnizaciones por despidos<sup>63</sup> o por traslados<sup>64</sup> o por modificación substancial de las condiciones de trabajo<sup>65</sup> o la indemnización por la incapacidad permanente parcial<sup>66</sup> o por fallecimiento en accidente de trabajo<sup>67</sup>. Por otra parte, el de los baremos que establecen una lista de indemnizaciones

<sup>61</sup> Sentencias de la Sala de lo Civil de Tribunal supremo de 21.3.1997 (RJ 1997\2186), 13.10.1998 (RJ 1998\8729), 13.7.1999 (RJ 1999\5046), 30.11.1999 (RJ 1999\8287), 29.7.2003 (RJ 2003\5991), 18.6.2004 (RJ 2004\4431), 12.11.2004 (RJ 2004\7230) etcétera. La sala primera declara sin ambages que las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial, lo que, siendo cierto, no justifica en absoluto el mantenimiento de criterios dispares dentro del más alto Tribunal.

<sup>62</sup> SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil». *Temas actuales*, Madrid 2001, Ed. Montecorbo. Pág. 312.

<sup>63</sup> Por ejemplo para los despidos colectivos la fórmula del artículo 51.8 ET o para el servicio del hogar familiar la del artículo 10.1 del RD142/85.

<sup>64</sup> Artículo 40.1 ET.

<sup>65</sup> Artículo 41.3 ET.

<sup>66</sup> Artículo 9 del Decreto 1646/1972.

<sup>67</sup> Artículo 29 de la Orden de 3.2.1967.



según el daño objetivado, usado para la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo<sup>68</sup>. Y, en fin, el de las indemnizaciones fijas que establecen una cantidad independientemente de cualquier parámetro que pudiera evaluar el daño real causado, usado, por ejemplo, para el auxilio por defunción<sup>69</sup>.

El sistema de valoración tasada del daño se ha aplicado también en otros ámbitos ajenos al Derecho del Trabajo y en especial al de los accidentes de circulación. La disposición adicional octava de la ley 30/1995 introdujo un sistema de baremo hoy regulado por el Real Decreto 8/2004<sup>70</sup>. Éste baremo pretende ser exhaustivo para el cálculo de indemnizaciones por daños corporales<sup>71</sup> y por ello ha tenido cierta influencia en la valoración del daño corporal en otros ámbitos, también en el derivado de accidentes de trabajo, y por lo que aquí interesa también en el derivado de situaciones de acoso, hasta el punto de que el Tribunal supremo ha convalidado el uso que de él se haga como parámetro de orientación para fijar el valor de la indemnización.

El criterio jurisprudencial en esta materia ha sido claramente establecido por el Tribunal Supremo<sup>72</sup>, en el sentido de que debe establecerse el importe de la indemnización teniendo en cuenta cualquier criterio que pueda servir de referencia y en especial las sumas ya percibidas, de forma que el importe que se fije sea adecuado, proporcionado y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que se acrediten, sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Esta doctrina ha llevado al Tribunal Supremo a declarar<sup>73</sup> que para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios deben valorarse las cantidades percibidas por prestaciones de seguridad social u otras, pero no las derivadas del recargo del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que éste recargo tiene naturaleza específica constituyendo una cantidad de matiz más próximo al sancionatorio. Pero salvo esa concreta excepción, para el cálculo de la indemnización hay que cuidar que ésta sea adecuada al daño causado pero no lo supere, para evitar un hipotético enriquecimiento injustifica-

<sup>68</sup> Anexo a la Orden de 15.4.1969 redactado por Orden de 16.1.1991.

<sup>69</sup> Artículo 6.a) de la Orden de 13.2.1967.

<sup>70</sup> Que aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

<sup>71</sup> Para una guía práctica de uso de dicho baremo, *vid.* LUNA YERGA A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y MARÍN GARCÍA, I., «Guía de baremos; Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida». *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona 2006, [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>72</sup> Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 1.6.2005 (RJ 2005\9662).

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal supremo de 2.10.2000 (RJ 2000\9673).

do que se produciría cuando las indemnizaciones superaran el límite racional de una compensación plena.

En especial, en la sentencia de 10.12.1998<sup>74</sup>, dictada en Sala General, se estableció que, respecto de la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de un daño, son criterios esenciales a respetar que: a) existe un solo daño que compensar o indemnizar sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse, y b) debe existir también en principio un límite en la reparación del daño. De forma que ante el hecho de que puedan utilizarse distintas acciones compatibles para la reclamación de la correspondiente indemnización, hay que tener en cuenta que no puede postularse un derecho de acumulación de indemnizaciones y por ello el *quantum* total percibido es único y no debe superar la cantidad razonable para compensar el daño causado.

## 19. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aparte de la vía procesal más propia para el amparo de la víctima de acoso que es la de tutela de los derechos fundamentales, existe un complejo entramado de otros posibles procedimientos que en el ámbito laboral se concretan en los procesos por despido o sanción de acosador, los de extinción de la relación laboral a petición del acosado, los de impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo o de despido o sanción del acosado y los de reclamación de indemnización por responsabilidad civil contractual, en el ámbito civil también por responsabilidad contractual y más propiamente por la extracontractual, en el ámbito penal por los delitos de los artículos 173 y 177 del Código Penal y la falta del artículo 620, y en vía contenciosa administrativa por las sanciones del artículo 8.13.bis de la ley de infracciones y sanciones en el orden social, a lo que deben sumarse los procesos de seguridad social relacionados con las consecuencias invalidantes de las secuelas del *mobbing* incluida su consideración como lesiones derivadas de contingencias profesionales<sup>75</sup> y el eventual recargo por falta de medidas de seguridad<sup>76</sup>.

Este complejo entramado no tiene una regulación armónica, lo que hace que las estrategias procesales de las partes cobren un gran valor y eventualmente puede situar a la víctima o al acosador en desamparo o indefensión. Por ello, hay que aplicar de manera amplia las posibilidades de participa-

<sup>74</sup> RJ 1998\10501).

<sup>75</sup> Por aplicación del artículo 115.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>76</sup> Artículo 123 LGSS.





ción adhesiva voluntaria de quienes tengan interés directo y legítimo en estos pleitos.

Por otra parte, la falta de regulación armónica ha venido en crear complejas deficiencias como la ambigüedad que mantienen las salas primera y tercera del Tribunal Supremo en cuanto a la competencia por responsabilidad civil contractual derivada de accidente de trabajo, la falta de desarrollo del artículo 3.2 de la LPL<sup>77</sup>, la inexistencia de una modalidad procesal especial para la reclamación de extinción del contrato por aplicación del artículo 50 del ET, la difícil aplicación de criterios homogéneos para el establecimiento de indemnizaciones o la forzada readmisión en los despidos nulos.

Todo lo cual invita a proponer que en la hipótesis de una futura ley integral de accidentes de trabajo, debería dedicarse una específica propuesta de regulación armónica de las acciones judiciales derivadas de situaciones de acoso en el trabajo.

<sup>77</sup> Que prevé la competencia del orden jurisdiccional social para las sanciones por infracciones laborales.