

2. Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o mobbing

Manuel Velázquez Livia

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

mvelazquezf@mtas.es

Hace aproximadamente dos años, con la primera sentencia judicial que trataba sobre las consecuencias jurídicas del acoso moral en el trabajo o mobbing, se abrió en España un debate sobre tan controvertida cuestión. Desde entonces se han dictado muy diversas sentencias por los órganos jurisdiccionales del orden social sobre la extinción de las relaciones laborales, la indemnización de daños y perjuicios a los trabajadores perjudicados y la declaración de accidentes laborales por esta causa, en la misma línea han tenido lugar algunas sentencias del orden contencioso administrativo por indemnización de daños y perjuicios a funcionarios afectados y el enjuiciamiento de expedientes sancionadores administrativos iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Asimismo hay alguna sentencia del orden penal de muy escasa relevancia.

También desde entonces se han abierto importantes foros de debate sobre esta cuestión entre los que destacamos muy especialmente el Observatorio promovido por el Gobierno Vasco y el Consejo Vasco de la Abogacía y se ha dictado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el Criterio Técnico 34/2003 que restringe las actuaciones de la Inspección sobre este tema y cuyo contenido va a ser objeto de particular análisis en este estudio.

Este debate no solamente se ha abierto en el terreno jurídico sino también en el social pero en este caso, desde mi punto de vista, de forma un tanto distorsionada. El resultado de encuestas de escasa fiabilidad, resultado en muchas ocasiones de un autotest de los propios encuestados, ha tenido como efecto una vulgarización del término y una indebida extrapolación del mismo hacia situaciones afines de factores de riesgo psicosocial. El acoso moral es una conducta extraordinariamente grave y su utilización extensiva y banal solamente nos va a llevar a consecuencias poco deseadas por quienes realmente lo han padecido o lo padecen..

Por otra parte, hay que subrayar que este problema no se circunscribe solamente a nuestro país puesto que ya en varios países se han aprobado normas legales al respecto y en otros, como el nuestro, se han planteado ya en vía parlamentaria algunas proposiciones de ley para su regulación específica que necesariamente se superpondrían a las normas que ahora son ya genéricamente aplicables.

En cualquier caso, tanto si se cuenta con una regulación específica como en caso contrario, siempre será necesario establecer unos conceptos jurídicos bien perfilados por la constante práctica de los tribunales y demás operadores jurídicos sobre cuál es el alcance y la virtualidad de este tipo de conducta que ahora nos ocupa.

Hacia un concepto jurídico del “acoso moral”

Por lo tanto, en primer lugar y con carácter previo a todo análisis sobre lo que implica el acoso moral o psicológico o mobbing debemos analizar qué entendemos por tal desde una vertiente jurídica.

Como es sabido, carecemos en nuestra legislación de un “concepto legal” del acoso moral y la descripción de tal conducta no se encuentra específicamente definida en nuestra actual normativa aunque como veremos sí cabe, a nuestro juicio, su subsunción dentro de algunos de los preceptos del ordenamiento laboral, el de prevención de riesgos laborales y el de seguridad social cuya fiscalización corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con independencia de que también lo sea en otros ordenamientos.

Pero aunque así lo fuera, y teniendo en cuenta las experiencias de otros países en el que la mera descripción del acoso moral deja aún muchas incógnitas por resolver, estimo que en todo caso será necesario un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial

cial para llegar a una correcta aproximación de un concepto jurídico del acoso moral.

El punto del que han partido la inmensa mayoría de los análisis sobre este asunto es el concepto desarrollado por el Profesor Heinz Leymann, y que se recoge en la Nota Técnica Preventiva (NTP) 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), en el que se describe el mobbing “como una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

Vamos a analizar cada uno de los elementos de esta definición para tratar de contrastarlos con la realidad práctica de las actuaciones de la Inspección de Trabajo.

Los actores del mobbing

En primer lugar, es del todo necesario que los actores del mobbing se encuentren bien definidos y tanto el sujeto agresor o acosador como el agredido o víctima pueden ser una persona o un grupo de personas. No existirán dudas cuando, en uno u otro caso, se trate de una persona individual pero empezarán a surgir cuando se pretende identificar a un “grupo de personas” como presuntos agresores o víctimas de mobbing. En este último supuesto ha de existir entre las personas que componen el “grupo” atacante una demostrada unidad de acción y de fines, y por parte del grupo atacado una idéntica situación frente al atacante. De otro modo corremos el riesgo de confundir una situación de mobbing con la de varios y sucesivos conflictos que ocurren de forma simultánea entre una o varias personas y a un conjunto muy variado de ellas.

No sería una situación de acoso moral, por ejemplo, la que sufre una persona que tiene simultánea o sucesivamente conflictos con personas que solo tienen en común su pertenencia a la plantilla de una misma empresa o su mera presencia en el mismo lugar de trabajo. Y por otra parte, tampoco sería acoso moral la conducta desordenada de un supervisor o encargado que toma decisiones arbitrarias e injustas con todo o gran parte del personal que se encuentra a su cargo sin que exista entre dichas conductas ningún tipo de relación o finalidad común. La conducta arbitraria de un encargado no es mobbing pero la misma puede suponer un importante factor de riesgo psicosocial derivado de una inadecuada organización y dirección del trabajo además de los incumplimientos de la legislación laboral a que puede dar lugar.

La relación entre el agresor y la víctima

En segundo lugar, la relación entre el agresor y el agredido puede ser de cualquier tipo pero siempre es desigual o asimétrica. La más típica es la relación entre supervisor-agresor y subordinado-agredido (vertical descendente), pero puede tratarse también de una relación entre iguales pero asimétrica (mobbing horizontal que se caracteriza por la diferente posición de facto que cada uno tiene dentro de la organización de la empresa o de la situación en el centro de trabajo) y puede ser incluso una relación entre subordinado-agresor y supervisor-agredido (mobbing ascendente, por la posición de mayor antigüedad y conocimiento de la organización por parte del atacante sobre el agredido a pesar de su inferior jerarquía). Lo que caracteriza el mobbing es un abuso de posición dominante del agresor hacia la víctima.

Ataque reiterado

En tercer lugar, la violencia psicológica que se ejerce por el atacante o atacantes ha de ser extrema y constante. No se debe confundir el mobbing con un mero conflicto ocasional y puntual ni tampoco con una sucesión de conflictos puntuales si entre ellos no existe una relación de cualquier clase. Se trata por tanto de un “proceso continuado”.

Violencia psicológica, no física

En cuarto término, el contenido de esa conducta agresiva hacia la víctima puede consistir en muy diversos actos, todos

ellos tendentes a hundir su reputación, buscar su aislamiento en el medio laboral y perturbar el ejercicio de su trabajo. En resumen, la víctima recibe un trato vejatorio que atenta contra su integridad moral o su dignidad y éste no ha de consistir en una mera percepción individual y subjetiva del agredido sino en una conducta objetivable.

Además esta conducta del agresor ha de ser arbitraria e injusta, no ha de responder a una situación de fuerza mayor, estado de necesidad o defensa propia. Resulta frecuente observar que el desarrollo de conductas que podrían aisladamente calificarse como de acoso moral no son tales si las analizamos dentro del contexto en el que han sucedido y menos aún cuando son la respuesta a otras conductas que han sido consideradas por el actuante, de forma razonable, como una agresión hacia su persona.

En el ámbito laboral

En quinto lugar, una nota que no ha de pasar nunca desapercibida desde el punto de vista jurídico es que el acoso moral del que hablamos tiene lugar en el trabajo, es decir, en el marco de las relaciones laborales o por cuenta ajena en los términos que son definidas por las normas vigentes. Los conflictos ajenos a la relación laboral, por vecindad, enemistad, etc., no están dentro de la legislación laboral ni tampoco dentro del campo de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La finalidad del agresor

La idea de Leymann que topa con mayores discrepancias doctrinales sobre el concepto de mobbing es la relacionada con la finalidad que persigue el agresor.

La definición de Leymann apunta a que el fin de la persecución psicológica es lograr el abandono por la persona atacada del lugar de trabajo y por ello su análisis del problema se centra fundamentalmente en las empresas y administraciones públicas en las que no se puede ejercer, o de facto no se ejerce, por el empresario la acción de despedir a un trabajador.

Sin embargo, la práctica ha demostrado la existencia de otras formas de acoso moral cuyo fin no es propiamente el de excluir a la víctima del lugar de trabajo sino por el contrario el de dominarla y mantenerla bien bajo una disciplina empresarial o un control personal absoluto de todas sus conductas. Tal sería el caso de los empleados sometidos a frecuentes castigos vejatorios u otras formas de exclusión por la realización de actos que contravienen las órdenes de un encargado.

No obstante, la mayoría de los operadores jurídicos coincide en señalar que cuando la finalidad del empresario o de su representante se fundamenta en la actividad productiva de la empresa no nos encontramos en ningún caso ante una situación de mobbing. Las presiones que recibe el trabajador para realizar horas extraordinarias o las frecuentes llamadas de atención de un encargado sobre el mal rendimiento de los empleados que tiene a su cargo no forman parte del concepto de acoso moral.

Otra posible fuente de desacuerdos en torno al concepto de mobbing o acoso moral vienen motivados por su calificación cuando la conducta atacante no tiene una clara finalidad o presumiblemente sea debida a una desviación patológica por parte del acosador. En estas ocasiones el daño a la víctima se produce de igual modo, lo único que cambia es la naturaleza de los actos del agresor. Es decir, se trataría en esencia de la misma conducta y por ello en términos objetivos, que son los que en principio se utilizan en el derecho punitivo para la definición de conductas infractoras, estamos ante una situación de acoso moral solo que en esta ocasión la persona que ejerce la violencia podría no ser jurídicamente imputable aunque sí lo sería el sujeto que la consiente cuando tiene sobre esa persona un deber de vigilancia.

En muchas ocasiones resulta extremadamente difícil constatar cuál es la finalidad que se persigue por el atacante y por este motivo hay autores que han preferido excluir de la definición del concepto de mobbing esta última nota de la finalidad y señalarla como meramente accesoria subrayando que lo esencial es el ataque ilegítimo sufrido por la víctima.

La producción de un daño a la salud de la víctima

Para finalizar, también hacemos constar que hay quien opina que resulta necesaria la producción de un daño a la salud psí-

quica del trabajador acosado para que podamos hablar de mobbing, posición ésta que nos parece que no se corresponde con el carácter de riesgo laboral que desde un origen se atribuye al mobbing. Al igual que cualquier otro riesgo de este carácter no es precisa su materialización, es decir el accidente o la enfermedad, para que entre en juego la normativa de prevención sino que basta con la exposición potencial al riesgo.

Como observamos la definición no está aún en este punto de modo alguno cerrada y sigue habiendo discrepancias en torno a este concepto que irá clarificando la práctica doctrinal y jurisprudencial.

Hay que añadir a esto que las consecuencias jurídicas del mobbing no son en modo alguno las mismas para todos los supuestos ya que la casuística es extremadamente variada como para efectuar una operación tan simple. Y subrayamos también que de aquellas conductas que dejamos fuera del concepto por no cumplir alguno de los requisitos enunciados podrían derivarse incluso a veces las mismas o muy parecidas consecuencias que a continuación vamos a examinar ante la constatación real de una situación de mobbing en un lugar de trabajo y esto es especialmente palpable desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales ya que el tratamiento que se debe dar al mobbing o acoso moral desde esta perspectiva es muy similar al de otros riesgos psicosociales y se tiende a un concepto y definición más amplios.

En cualquier caso, aún se debe realizar un esfuerzo importante por parte de la doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales para aclarar este concepto y sus consecuencias jurídicas y a este respecto merece la pena resaltar el empeño de algunas instituciones como el Gobierno Vasco y el Consejo Vasco de la Abogacía para constituir un Observatorio sobre el acoso moral o mobbing en el que están presentes personas de muy variados ámbitos y esferas profesionales y desde el que se pretende llevar a cabo esta clarificación tan necesaria del concepto así como del tratamiento jurídico.

Las actuaciones de inspección de Trabajo y de Seguridad Social

Las situaciones de mobbing tienen la particularidad de que por sí mismas pueden activar todos los mecanismos de actuación típicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social previstos en su Ley Ordenadora 42/1997 de 14 de noviembre.

Por un lado, la función de control del cumplimiento de la legislación social cuyo resultado último puede ser el requerimiento, la advertencia o el inicio de un procedimiento sancionador frente al empresario. Por otro, la función de mediación, conciliación y arbitraje en los conflictos laborales. Y por último, el papel de informador a las administraciones públicas competentes sobre las materias relativas a la ejecución de la legislación social.

También contamos dado el carácter generalista de nuestro modelo de Inspección, con la posibilidad de que se actúe en diferentes terrenos, que son además complementarios. Por un lado, en el campo del control de la legislación sobre relaciones laborales, puesto que hay unanimidad en subsumir este tipo de conductas dentro del derecho de los trabajadores a la consideración debida a su dignidad previsto en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores. Por otro, en el campo de la prevención de riesgos laborales puesto que la doctrina científica en esta materia, de la que surge además el concepto de mobbing, sitúa claramente esta situación dentro de los llamados factores de riesgo psicosocial en el trabajo y quedaría por tanto subsumida dentro de los conceptos de riesgo y daño laboral previsto en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y de la planificación de medidas tendentes a evitar o reducir el riesgo que integre la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y las influencias de los factores ambientales en el trabajo, tal y como dice textualmente su artículo 15.1.g) . Por último, el mobbing también se puede abordar dentro del campo de la seguridad social puesto que las lesiones psíquicas a las que puede dar lugar podrían ser declaradas como accidentes de trabajo conforme a una incipiente jurisprudencia de nuestros tribunales.

Vamos a tratar de abordar de forma sistemática todas las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo ante una situación de mobbing o acoso moral.

La admisión de la denuncia ante la Inspección

Un aspecto importante que siempre se ha de considerar en las denuncias de los ciudadanos ante la Inspección es la incompatibilidad de plantear éstas de forma posterior o simultánea al inicio de acciones judiciales.

De conformidad con lo que establece el artículo 13.2. de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no pueden tramitarse las denuncias que coincidan con asuntos de los que está conociendo un órgano jurisdiccional.

Este precepto no implica en puridad una incompatibilidad entre la actuación inspectora y la que corresponde a los órganos jurisdiccionales sino solo entre la denuncia ante la Inspección y la demanda judicial por los mismos hechos. Si la acción inspectora se iniciara por otras vías (de oficio, o a instancia de un órgano judicial) la misma sí podría llevarse a cabo.

La investigación y constatación de los hechos

El Inspector de Trabajo para constatar los hechos se vale en primer lugar de lo que puede observar de forma personal y directa en su visita a los lugares de trabajo. Allí si bien no se puede por lo general tener constancia del trato personal dado al trabajador afectado sí puede comprobar algunos hechos que bien relacionados y contextualizados pueden dar lugar a la constitución de la llamada prueba indiciaria.

En segundo término, la investigación puede desarrollarse mediante entrevistas a personas que hayan sido testigos de los hechos, que pueden ser realizadas en la visita al lugar de trabajo o bien en las oficinas de la Inspección si bien en este últimos caso la obligación de comparecer solamente afecta al empresario o su representante conforme al artículo 5.3.2. de la Ley 42/1997. Los testimonios han de ser en cualquier caso debidamente contrastados entre los afectados e interesados.

Y por último, el Inspector puede valerse de pruebas documentales, como los hechos probados en sentencias judiciales, registros y archivos de la actividad laboral de los trabajadores o en cualquier otro tipo de documentos que puedan servir para esclarecer debidamente los hechos.

Del análisis de los hechos que constate el Inspector podrá éste valorar cuál es el tipo de situación ante la que nos encontramos y en concreto si estamos ante una situación de acoso moral o mobbing o si existen otras circunstancias y factores que hagan aconsejable otra calificación distinta de dicha situación.

La mediación y arbitraje del Inspector de Trabajo

La actividad de mediación y arbitraje en los conflictos laborales de la Inspección de Trabajo, prevista como tal en el artículo 3 de la Ley Ordenadora, puede de hecho adquirir una singular importancia en los supuestos de acoso moral cuando las dos partes del conflicto desean encontrar una salida al mismo.

La experiencia demuestra que cuanto más lejana sea la intervención de la Inspección al momento en que se inició el acoso moral o simplemente el conflicto entre las dos partes más difícil será también encontrar una solución que no suponga la marcha o el traslado de alguna de las personas afectadas, generalmente la considerada en una posición más débil de cara al futuro de las relaciones sociales en la empresa.

En cualquier caso, para la actividad mediadora se ha de contar con la aceptación de las dos partes afectadas, tal y como dispone la Ley en vigor.

Las actuaciones de requerimiento o advertencia

Las actuaciones de requerimiento o advertencia son alternativas a la actividad sancionadora en el campo del control de legalidad de las relaciones laborales y en cambio son compatibles con aquella en el campo del control de legalidad de la prevención de riesgos laborales, con la única excepción del procedimiento especial de control en las administraciones públicas en el que, como ya veremos, no caben las medidas de tipo sancionador.

Es el propio Inspector el que en virtud de las circunstancias que en cada caso concurren determina la idoneidad de requerir o advertir en vez de iniciar el procedimiento sancionador administrativo en el orden social.

El contenido de estas acciones debe ir orientado básicamente a la adopción de medidas de prevención y protección de las que a continuación hablaremos.

Las actuaciones sancionadoras en el campo de las relaciones laborales

Como ya hemos señalado anteriormente no existe un concepto legal de mobbing y las decisiones de los operadores jurídicos pueden llevarnos paulatinamente hacia un concepto "jurídico". A dichos operadores les corresponde también realizar una valoración de si esa conducta que hemos denominado de este modo es subsumible en otros conceptos legales ya previamente establecidos.

Como ya hemos señalado, las situaciones de mobbing no se refieren normalmente a un hecho sino a una cadena de hechos que han tenido lugar con el idéntico motivo de acosar al trabajador afectado. En el caso de que considerásemos cada uno de ellos de forma aislada podríamos considerar la comisión de muy diversos incumplimientos de las normas laborales.

Una situación típica de mobbing puede engendrar una violación del trabajador a su derecho a la ocupación efectiva (Art. 4.2.a) ET), a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin seguir los trámites procedimentales del artículo 41 ET, a una discriminación por razón de raza, sexo, afiliación sindical, etc. violando el artículo 17 ET, a una violación de su intimidad personal (Art. 4.2.e) y Art. 18 ET), al impago de los salarios debidos (Art. 29 ET) y un largo etcétera.

En cualquier caso hemos de considerar que la situación de mobbing abarca jurídicamente todas estas conductas aisladas y que según se reconoce de manera inequívoca por todos los operadores jurídicos, también por el Criterio Técnico 34/2003 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del que luego trataremos, se encuentra subsumida claramente en lo dispuesto por el artículo 4.2.e) del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por el que se consagra del derecho del trabajador a "la consideración debida a su dignidad" siendo su tipificación en el derecho administrativo sancionador la del artículo 8.11. de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Esta subsunción de todas las conductas infractoras en una sola no es sino la aplicación de las reglas del concurso ideal de infracciones administrativas previstas en el artículo 4 del Reglamento que regula el ejercicio de la potestad sancionadora en las administraciones públicas aprobado por el Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto.

Además de esta tipificación como infracción muy grave conforme al artículo 8.11 de la LISOS también resultaría factible, de manera alternativa siguiendo las normas del concurso de conductas infractoras, la tipificación como muy grave conforme al artículo 8.1. si mediara como una de las conductas del acoso el impago del salario debido, o conforme a los artículos 8.5 y 8.6. si la víctima o víctimas tuvieran la condición de representantes sindicales, o conforme al artículo 8.12. si las decisiones del empresario implicaran una discriminación hacia el agredido por alguno de los motivos previstos en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, o por último, conforme al artículo 8.13. de la LISOS si además del acoso moral mediara también un acoso sexual hacia la víctima.

Las Actas de Infracción que se extiendan por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede dar origen a que la Autoridad laboral inicie el procedimiento de oficio ante la jurisdicción social previsto en el artículo 149 de la Ley de Procedimiento Laboral en los supuestos de que la infracción se tipifique por los artículos 8.11 y 8.12 de la LISOS y el sujeto responsable haya impugnado el acta de infracción con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento de fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción.

El campo de la actuación de la Inspección de Trabajo frente al mobbing en las relaciones laborales se ha de circunscribir forzosamente al denominado "mobbing descendente" que es el de los empresarios o sus representantes frente a sus trabajadores y que es al mismo tiempo su manifestación más típica. Con esta Ley no podríamos abordar en cambio el llamado mobbing horizontal y el ascendente así como aquellas situaciones en que el acosador y el acosado, aunque coincidan en un mismo lugar de trabajo, pertenezcan a diversas empresas, a diferencia de lo que puede ocurrir con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de Noviembre).

Las actuaciones de la Inspección en el campo de la prevención de riesgos laborales

El mobbing como riesgo laboral psicosocial

Como ya se ha expresado anteriormente el mobbing está considerado dentro del grupo de los denominados factores de riesgo psicosocial que puede ser causante de estrés laboral y dar potencialmente lugar a la producción de accidentes de trabajo en el medio laboral.

En principio, toda la doctrina científica de la seguridad y salud en el trabajo es unánime a este respecto. La Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo ha incluido en sus estudios sobre riesgos psicosociales y estrés laboral al acoso moral en el trabajo y por su parte el punto focal de la Agencia en España, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, como ya hemos señalado antes, ha incluido el estudio del mobbing dentro de sus Notas Técnicas de Prevención. Por otro lado, el documento de la Comisión Europea sobre una Estrategia Comunitaria en Seguridad y Salud para los años 2002 a 2006 menciona en varias ocasiones como uno de los llamados “riesgos emergentes” al mobbing o acoso moral, si bien en estas directrices se descarta promover una Directiva específica sobre este asunto aludiendo a sus peculiaridades específicas respecto a los demás riesgos laborales. En cualquier caso en ellas se hace hincapié en que se ha de “promover un verdadero *bienestar en el trabajo*—físico, moral y social- que no se mida únicamente por la ausencia de accidentes o enfermedades profesionales”. Y en este nuevo enfoque global se define como uno de los objetivos el de “prevenir los riesgos sociales: el estrés, el acoso en el trabajo, la depresión, la ansiedad y los riesgos asociados a la dependencia del alcohol, las drogas o los medicamentos” y se dice que los servicios de prevención de las empresas deben ser auténticamente multidisciplinares y deben incluir los riesgos sociales y psicológicos.

Corresponde analizar ahora si este análisis de la doctrina científica tiene suficiente respaldo en nuestra legislación de prevención de riesgos laborales y para ello vamos a partir de una valoración de los puntos de vista de la Circular o Criterio Técnico que a este respecto ha emitido la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El Criterio Técnico 34/2003 sobre mobbing (acoso psicológico o moral)

Parte dicha circular de la constatación de que el mobbing se encuentra tratado en la encuesta europea de condiciones de trabajo de la Fundación Europea de Dublín, reproduce la definición de Leymann que se incluye en la Nota Técnica de Prevención del INSHT nº 476 a la que hemos hecho referencia y las diversas modalidades de mobbing.

Señala cuál es la postura tradicional de la Inspección de considerar esta conducta como constitutiva de infracción laboral como incumplimiento de los derechos básicos reconocidos al trabajador en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual se tipifica como infracción grave por el artículo 8.11 de la LISOS.

A continuación analiza si es de aplicación o no la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De entrada reconoce que el artículo 4.7. de dicha Ley señala como “condiciones de trabajo” (“las cuáles han de ser objeto de la correspondiente evaluación”), “cualquier característica del mismo que pueda influir de manera significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores de manera que quedarían también comprendidas en él las características concernientes a la organización y ordenación del trabajo cuando influyan en la magnitud de los riesgos a los que puede estar expuesto el trabajador”.

Reconoce también la circular la abundante jurisprudencia que considera el mobbing como causa de accidente laboral y se muestra favorable al papel informador de las entidades gestoras de la seguridad social y de los órganos jurisdiccionales que puede corresponder a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Pero una vez reconocidos estos dos puntos capitales, que implican de hecho el reconocimiento de la aplicación genérica de la Ley 31/1995 a las situaciones de mobbing por su carácter de “riesgo laboral”, conforme a las definiciones que la propia ley establece, la circular hace cuatro consideraciones que merecen un análisis crítico mucho más pormenorizado.

En primer lugar, la ausencia de tipificación expresa del acoso moral como conducta infractora en materia de prevención de riesgos laborales en los correspondientes artículos de la LISOS. Sin embargo, señala que podría aplicarse el precepto genérico y abierto del artículo 12.16 y constituir una infracción grave “si se acreditara la similitud con los supuestos incluidos en el mismo tipo”. Y también señala que “en casos muy excepcionales en que el empresario adscribiera deliberadamente a estos

trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psico-físicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud, sin tomar en consideración su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán ser de aplicación los artículos 12.7. y 13.4 de la LISOS”. Más adelante, en las conclusiones se repite nuevamente la aplicabilidad a supuestos excepcionales de la infracción muy grave prevista en el artículo 13.4. de la LISOS.

Es decir, aunque no hay una tipificación expresa del mobbing o acoso moral, al igual que tampoco la hay en el artículo 4 ET o al Art. 8.11. de la LISOS, sí hay a juicio de la Dirección General de Inspección un precepto en el que se podrían subsumir algunas de dichas conductas, que sería en concreto el supuesto de hecho recogido en el artículo 25 de la Ley 31/1995 sobre “protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”.

Entendemos, de acuerdo con dicho artículo, que se refiere a aquellos supuestos en los que un trabajador sea adscrito a un puesto incompatible con sus características personales o estado biológico conocido y pueda ponerse por ello en situación de peligro. Respecto del mobbing, podría tratarse de la prohibición de adscribir al sujeto acosado a aquellos puestos que exijan una relación o trato directo con el acosador y de la necesidad de reubicarle en otro puesto donde su salud no vaya a ser perjudicada o puesta en peligro por esta causa.

Por lo tanto una primer consideración favorable es que la Dirección General de la Inspección considera, de acuerdo con todo esto, que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sí es de aplicación al mobbing, pero solamente lo es en lo dispuesto en su artículo 25, es decir, en la obligatoriedad de reubicar a la persona acosada y alejarla del acosador, lo cual va a recoger muy buena parte de las actuaciones de la Inspección sobre esta materia.

Pero falta, a mi juicio, en esta primera consideración un análisis más amplio de la posibilidad de aplicar más preceptos de la norma legal al mobbing. Una vez admitido que el mobbing puede ser causa de accidente laboral y por lo tanto se puede tratar de “un daño derivado en el trabajo” conforme al artículo 4.3º de la Ley se debe entender también que se trata en buena lógica de un “riesgo laboral” puesto que este se define en el Art. 4.2º como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo.

Los riesgos laborales han de ser evitados y en caso de que no pueda ser así han de ser evaluados por personas expertas conforme a los artículos 15, 16, 30 y 31 de la Ley. La falta de esta evaluación podría ser considerada infracción grave conforme al artículo 12.1 de la LISOS y la falta de la planificación de las medidas previstas en esa evaluación una infracción grave conforme al artículo 12.6 de la esa misma Ley o no acudir a los expertos precisos lo que sería una infracción del artículo 12.15 de la LISOS. La utilización de estos preceptos sancionadores al mobbing o en general a todos los riesgos psicosociales ha de ser muy ponderada puesto que la identificación del riesgo de mobbing resulta en muchas ocasiones dificultosa pero lo que se debe combatir a este respecto es la pasividad del empleador ante la generación de estas conductas una vez que las mismas sean suficientemente conocidas, y nos referiríamos en este caso al mobbing horizontal y ascendente y no al mobbing provocado por el propio empleador, el cuál naturalmente quedaría al margen de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

También queda fuera de las consideraciones de la Dirección General la posibilidad de tipificar estas conductas como una vulneración del deber de coordinación cuando el mobbing se produzca como el resultado de una relación conflictiva entre trabajadores de distintas empresas que coinciden en un mismo lugar de trabajo, tal y como ocurrió en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales navarros. Una forma de asegurar la intervención de los empresarios implicados y evitar su conducta pasiva sería la aplicación del artículo 24.1. de la Ley 31/1995 y estaría tipificada como infracción por los artículos 12.13 y 13.7 de la LISOS.

En conclusión, estimamos sobre este primer punto que las conclusiones de la Dirección General sobre la tipificación del mobbing son válidas pero a nuestro juicio notoriamente incompletas.

El segundo argumento que se utiliza es el del concurso de las infracciones previstas en la LISOS en materia laboral con el de las señaladas en materia de prevención de riesgos laborales. Conforme al artículo 4.4. del RD 1398/1993 sobre potestad sancionadora de las administraciones públicas se ha de aplicar únicamente la infracción correspondiente a la infracción más grave. La conclusión a la que nos puede llevar de hecho es que en la mayor parte de los supuestos solo se aplique la infracción muy grave prevista en el artículo 8.11. de la LISOS, aunque si no se produjera una falta de reubicación del trabajador acosado

fuera del alcance del acosador se produciría una infracción muy grave conforme al artículo 13.4. de la LISOS y sería ésta la conducta que deberíamos entender como preferentemente sancionable.

El tercer argumento de la Dirección General se refiere a que hubo una proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, concretamente la denominada “derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo”, que propuso de forma fallida la modificación de la LPRL y de la LISOS “para, entre otras cosas, incluir el acoso moral como infracción específica de riesgos laborales”. Y dice para finalizar que “el planteamiento de la indicada proposición de Ley y el de otras iniciativas sociales pone de manifiesto que la vigente legalidad no contempla el acoso moral como materia de prevención de riesgos laborales”.

Varias son las notorias incorrecciones de este planteamiento. Para empezar la proposición de ley citada proponía fundamentalmente la reforma del Estatuto de los Trabajadores para incluir en el mismo abundantes menciones al acoso moral, entre ellas la del artículo 4.2.e) que a juicio de la Dirección General claramente era de aplicación al acoso moral sin ninguna necesidad de alterar su actual dictado, y también incluía, aunque de modo mucho más marginal, la reforma de la LPRL solo para añadir alguna mención de escaso valor al artículo 14 de dicha Ley respecto a la garantía de la integridad física y moral del trabajador. Si la falta de aprobación de esta Proposición a juicio de la Dirección General pone de manifiesto que la vigente legalidad no contempla el acoso moral como materia de prevención de riesgos laborales con muchos más sobrados motivos se podría argumentar, en contra de su propio criterio técnico, que el acoso moral tampoco estaría regulado por el Estatuto de los Trabajadores.

La segunda incorrección es de orden lógico. ¿Cómo se puede concluir que el acoso moral no es materia de prevención de riesgos laborales si en el primer apartado de estas argumentaciones y por dos veces en las conclusiones de la circular se dice diametralmente lo opuesto y se recalca la aplicación del artículo 13.4 de la LISOS, o lo que es lo mismo, del artículo 25 de la LPRL?

Y pasamos por último a analizar el último argumento, que es el que señala que en la estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo para el período 2002-2006 se preveía inicialmente la elaboración de una Directiva sobre el mobbing, pero después esto se descartó por la Comisión Europea a la vista de las dificultades que tiene encajar la violencia en el trabajo en los supuestos generales de evaluación de riesgos y planificación preventiva, y que en la redacción final se habla de que “la Comisión estudiará la conveniencia y el ámbito de aplicación de un instrumento comunitario sobre el acoso psicológico y la violencia en el trabajo”.

Efectivamente, se reconoce por todos los expertos que los principios generales de la prevención de riesgos, en concreto de la evaluación y la planificación, no se pueden aplicar de un modo mecánico respecto a los riesgos psicosociales. Así se recoge además en los documentos de la Agencia Europea de Seguridad y Salud sobre el estrés laboral editados con ocasión de la semana europea del año 2002. Pero esto no equivale en absoluto a decir que tales principios no se apliquen sino que simplemente se deben tener muy en cuenta las peculiaridades de este grupo de riesgos ya que los mismos son muy cambiantes y dependen de muchos factores que en muchas ocasiones no se pueden prever a priori.

Pero en cualquier caso, si el documento aprobado es el de una Estrategia Comunitaria dirigida fundamentalmente a la aplicación de la normativa ya existente a nivel europeo en seguridad y salud laborales, ya que se considera más importante aplicar realmente y con efectividad lo que existe en vez de seguir legislando, y en dicha Estrategia se hace una mención continua a los riesgos psicosociales y al mobbing en particular, será porque los Estados miembro han partido de la consideración de que con la normativa ya aprobada, y sin necesidad de nuevas Directivas, ya se puede actuar sobre los riesgos psicosociales. En caso contrario hubiera sobrado cualquier mención al problema hasta la aprobación de la correspondiente Directiva.

Así además lo han entendido la mayor parte de los Estados Miembro. En el informe de la Fundación Europea de Dublín sobre la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo se analiza al respecto los documentos elaborados por las autoridades laborales de Irlanda, Reino Unido, Alemania y Dinamarca que consideran de directa aplicación a la violencia psicológica y física en el trabajo lo dispuesto en las respectivas leyes que trasponían los preceptos de la Directiva Marco 89/391/CEE. En Italia y España contamos también con abundantes sentencias de los tribunales que lo consideran de igual modo.

Al margen de los criterios de esta circular vamos a hacer nuestras propias consideraciones sobre la aplicación de lo dis-

puesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales:

La aplicación de las normas generales de la Ley 31/1995

Como ya hemos señalado antes, una vez que consideramos que el mobbing puede ser un riesgo laboral como agente causante de una enfermedad que ha sido considerada por nuestros tribunales como accidente laboral, se han de aplicar a una situación de este tipo todas las normas generales que se refieren a los riesgos laborales y que se contienen en los artículos 15 y 16 de la Ley (identificación y eliminación de los riesgos así como la evaluación de los que no han podido ser evitados), artículos 30 y 31 (la intervención en las actividades preventivas de expertos ya sean propios de la empresa o ajenos a ella), los artículos 33 y siguientes (la participación de los representantes de los trabajadores) y el artículo 24 (coordinación y cooperación en actividades preventivas de las empresas que actúen en un mismo lugar de trabajo).

Es claro e inequívoco que en nuestra legislación, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales no existe una regulación específica del acoso moral pero ello no puede equivaler por sí mismo a la ausencia de regulación puesto que una de las principales diferencias entre el ordenamiento anterior a la Directiva Marco y su transposición mediante la Ley de Prevención de Riesgos Laborales era el carácter específico de la anterior normativa frente al carácter global y genérico de la legislación actual.

En el derecho anterior se trataban de contemplar de manera exhaustiva todas y cada una de las normas de seguridad e higiene laborales que se debían aplicar a cada circunstancia concreta. La falta de una normativa específica sobre una concreta circunstancia determinaba la total carencia de regulación legal y la imposibilidad de que el Inspector ejerciera un control de legalidad sobre los actos del empresario. Tal planteamiento no es compatible con la actual legislación que establece en lugar primordial la obligación del empresario de llevar a cabo una actividad constante de prevención de riesgos laborales y ya no tanto la de cumplir con las medidas concretas y exactas ante cada situación previstas en la legislación vigente.

La pretensión del legislador comunitario es una progresiva flexibilización y desregulación de las normas sobre seguridad y salud. La norma tiende a fijar los objetivos fundamentales y la metodología de gestión que el empresario ha de seguir en cualquier caso pero en lo fundamental se deja en manos del empresario la elección de los medios que considere más oportunos y necesarios para cumplir con dichos fines. Una vez que se determina la existencia de un riesgo laboral no se puede alegar, por tanto, la carencia de regulación ya que se aplican en todo caso y de modo directo las normas básicas que son de común aplicación para todos los riesgos.

Lo que dicho en otras palabras significa, y esto es lo que olvida el mencionado Criterio Técnico, que ya no se puede hablar propiamente de vacíos normativos ante la ausencia de regulación específica, y que a falta de ésta el empresario siempre va a tener que aplicar las normas generales de la Ley para todo tipo de riesgo, que son las que luego detallaremos.

Las ventajas de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

La aplicación de las normas de prevención de riesgos laborales va a traer consigo importantes ventajas respecto a la mera aplicación de las normas clásicas del derecho laboral.

En primer lugar, nos va a permitir trascender de la relación laboral entre empleador y empleado ya que la Ley 31/1995 se aplica también a las relaciones de derecho administrativo en la función pública y exige que entre los empresarios del mismo lugar de trabajo exista una necesaria cooperación y coordinación en la adopción de medidas preventivas. Esto nos va a facilitar abordar todas las modalidades del acoso, también el llamado mobbing horizontal (entre compañeros de trabajo que no guardan entre sí una relación de jerarquía) y el mobbing ascendente (de los subordinados al superior).

Pero además de tales ventajas legales nos va a permitir situar al acoso moral en su verdadero contexto que es el de los riesgos psicosociales. Dichos riesgos para la salud del trabajador son básicamente los que se producen como consecuencia de una inadecuada dirección y organización de la empresa y comprenden materias tales como el diseño de las tareas de los puestos de trabajo, la carrera profesional del trabajador, el ámbito de decisión y control de cada uno de los trabajadores, el rol desempeñado por cada trabajador en el lugar de trabajo, la distribución de jornadas y horarios, y las relaciones del personal

entre sí y con el entorno social de la empresa. La presencia de dichos factores puede dar lugar a que se manifieste una situación de estrés laboral y de ésta derivarse la producción de siniestros laborales.

Con mucha frecuencia los factores de riesgo psicosocial no se manifiestan cada uno de ellos de modo aislado sino de forma simultánea. El tener presente la existencia de dichos factores va a ser fundamental para que el experto analice cuáles han podido ser las causas objetivas del acoso moral, que por lo general, suele tener su origen en las prácticas de organización de la empresa o del entorno de relaciones sociales en que esta se mueve.

El acoso moral se suele clasificar dentro de los factores de riesgo psicosocial debidos a las relaciones interpersonales junto con el riesgo de sufrir desgaste (burn out) que suele deberse al contacto y relación con los usuarios del servicio.

Todos estos factores de riesgos psicosocial tiene una estrecha relación con las normas laborales sobre clasificación profesional, modificaciones contractuales, jornada y horario y demás derechos de los trabajadores en la relación laboral, por lo que una visión conjunta del Inspector de Trabajo sobre ambos aspectos puede dar a este una mayor capacidad para intervenir sobre los problemas planteados ya que en muchas ocasiones el incumplimiento de las normas laborales puede ser la causa o al menos una de las causas del afloramiento de los riesgos psicosociales y esto supone de hecho una gran ventaja de la Inspección de Trabajo española sobre otras Inspecciones europeas con un campo de acción más limitado.

La aplicación concreta al mobbing de las normas generales de la LPRL

Vamos a hacer un breve repaso de la forma en que estas cuatro reglas básicas, que se aplican a cualquier riesgo laboral, podrían ser de aplicación al acoso moral:

Comenzando por lo más básico, el empresario está obligado a llevar a cabo una gestión de los riesgos laborales a través del denominado "ciclo de control" que comprendería las obligaciones de identificar los riesgos, eliminarlos, evaluar los que no hayan podido evitarse, adoptar las medidas necesarias para reducirlos, y revisar los resultados de esas medidas presentes en los artículos 15 y 16 de la Ley 31/1995 y los artículos 2 a 9 del Reglamento de Servicios de Prevención. Sin embargo, la aplicación de estos preceptos a los factores de riesgo psicosocial va a tener importantes peculiaridades respecto al resto de los riesgos laborales.

La identificación de los riesgos

Para empezar, la identificación de las causas del acoso moral, al igual que en cualquier otro riesgo psicosocial, no resulta una tarea de fácil averiguación y necesita por lo general de la participación de un experto en psicología aplicada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 y anexo IV del Reglamento de Servicios de Prevención.

El experto se ha de implicar en la realidad de cada asunto (y en este caso esta nota es sumamente importante por cuanto que no existen recetas universales sobre la técnica de aproximación), y se ha de valer de una técnica para conocer con certeza los hechos normalmente basada en la "triangulación", es decir, en la obtención contrastada de información de distintas fuentes.

Su análisis no ha de circunscribirse a los puestos de trabajo sino a los círculos de relación social o escenarios que haya en la empresa, cada uno de ellos con unas reglas de juego propias.

Esta labor de identificación de los factores de riesgo no siempre es posible a priori y a veces es incluso difícil acertar en su identificación a posteriori, es decir, una vez ya materializado el riesgo.

La evaluación de los riesgos

En cualquier caso, una vez identificados los factores de riesgo se procede a su evaluación, cuestión en la que resulta a mi juicio fundamental contar con el criterio de los delegados de prevención o incluso consensuar con ellos tales criterios tal y como prevé el artículo 5.1 del citado reglamento.

Las medidas de prevención y protección

Una vez valorado el riesgo se han de señalar las medidas de prevención y protección que en principio han de tratar de influir en la organización de la empresa (los denominados estresores), en segundo término sobre las personas real y potencialmente afectadas a través de las llamadas técnicas de afrontamiento y en tercer término las medidas de carácter terciario para curar la enfermedad de las personas ya afectadas. La medida preventiva que con mayor frecuencia se ha adoptado en el mundo empresarial para tratar estas situaciones de riesgo psicosocial (mobbing, violencia física, acoso sexual, etc.) es la de establecer un procedimiento o protocolo para el esclarecimiento y resolución de conflictos entre los trabajadores de las empresas, sirviéndose como referencia del modelo establecido por el convenio colectivo de los trabajadores de la OIT.

Estos protocolos no van a servir propiamente para prevenir todas las situaciones de riesgo psicosocial pero sí, al menos, van a proporcionar a los trabajadores afectados por su vigencia una mayor seguridad de que la empresa va a tomar las medidas preventivas y protectoras adecuadas a la situación que se presente y que esto va a servir como factor de disuasión para sus potenciales autores.

Si el acoso se produjese entre trabajadores de distintas empresas que comparten un mismo lugar de trabajo las medidas habrían de tomarse de forma coordinada entre las empresas afectadas de conformidad con lo establecido en el Art. 24. 1. de la Ley 31/1995.

La planificación de las medidas y la revisión de los resultados

Estas medidas han de aplicarse siguiendo una planificación (Art. 8 y 9 del RSP) y su resultado real ha de verificarse a través de una revisión practicada por el experto, que en este caso resulta particularmente más relevante a fin de establecer la certeza del diagnóstico establecido en el proceso.

La actuación de requerimiento y sanción en empresas privadas

Ante la constatación por el Inspector de una situación típica de mobbing descendiente cabría, a mi juicio, la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador frente al empresario por la tipificación abierta y general del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del precepto tipificador del artículo 12.16. de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Pero por la aplicación de lo dispuesto en el Art. 4.4. del Reglamento sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en las administraciones públicas solo cabe la imposición de la sanción más grave que en este caso es la contenida en el Art. 8.11. de esta Ley antes mencionado. Estos criterios son hasta el momento, como hemos visto, coincidentes con los del Criterio Técnico 34/2003 antes expuesto.

Pero ante las conductas de mobbing que provengan de compañeros o subordinados la conducta que a mi juicio generaría responsabilidad para el empleador es su pasividad ante estas situaciones. Como ya he señalado anteriormente no resulta siempre factible la identificación de los riesgos psicosociales y puede ocurrir que la misma ocurra después de su manifestación. Por lo tanto, una vez que por el empleador o sus representantes en el centro de trabajo se advierta, por sí mismo o por terceros, estas situaciones se han de adoptar las medidas de gestión de la prevención de riesgos antes enunciadas ya que de lo contrario se podría incurrir en las infracciones tipificadas en los artículos 12.1. de la LISOS (no llevar a cabo la evaluación de riesgos o las medidas derivadas de la evaluación de riesgos), 12.6. (no planificar las medidas preventivas), Art. 12.15 y 12.22 (no contar con expertos cualificados para realizar tales tareas), la violación de los derechos de participación de los trabajadores en la gestión de los riesgos (Art. 12.11 de la LISOS) o llegado el caso el Art. 12.7 y 13.4 (encomendar al trabajador tareas que no sean compatibles con su estado biológico conocido). Todas ellas, excepto la última que sería muy grave, serían constitutivas de infracción grave y multa de 1.500 a 30.000 Å.

La actuación de requerimiento ante las administraciones públicas

Y llegamos por último a las actuaciones de la Inspección de Trabajo sobre el mobbing o acoso moral en las administraciones públicas. Un punto especialmente importante por cuanto que es en este ámbito donde más se pueden producir las situaciones de mobbing dada la imposibilidad del despido o nulo ejercicio de esta acción y también especialmente polémico por

cuanto las actuaciones inspectoras en este sector se han visto seriamente mermadas a través de los textos legislativos actualmente vigentes, acompañados además con una interpretación bastante restrictiva de los mismos por parte de las autoridades competentes, una de cuyas manifestaciones es el mencionado Criterio Técnico 34/2003 en cuyas conclusiones solamente se menciona la inaplicabilidad, en lo que respecta al mobbing, de la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales a los funcionarios públicos.

Como es sabido, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales estableció un procedimiento excepcional para el ejercicio de las potestades de control en las administraciones públicas por parte de la Inspección de Trabajo cuyo carácter no es sancionador.

Con anterioridad a esta Ley era de aplicación la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 dentro de cuyo ámbito de aplicación se encontraban todos los sujetos que estuviesen dentro del Sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, los mecanismos de control para hacer efectiva esta norma, establecidos sobre la base de un sistema de sanciones administrativas regulado por la propia Ordenanza y posteriormente por la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, solamente se aplicaban a las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores y no a las relaciones de derecho administrativo de los funcionarios públicos.

Respecto a las administraciones públicas, por tanto, solamente cabía la posibilidad de control efectivo cuando los trabajadores afectados por los riesgos mantuviesen una relación laboral con la administración pero no cuando fuesen funcionarios públicos o tuviesen una de las denominadas relaciones "estatutarias", especialmente referidas estas últimas al personal de la Sanidad Pública. Respecto a éstos el único control existente era el de su Inspección interna de Servicios que formulaba propuestas y dictámenes ante las Autoridades competentes de la propia Administración a las que servían o instruían, en su caso, expedientes disciplinarios frente a los funcionarios que incumpliesen sus obligaciones legales y reglamentarias.

Además de esta limitación existía, y existe aún, otro inconveniente de orden jurídico como es la imposibilidad de que una Administración Pública se "autosancione". En virtud del principio de personalidad única no resulta posible que un Ministerio de la Administración central o un Departamento de la Administración autonómica dicte una sanción contra otro Ministerio o Departamento de su misma Administración, como ya hay además jurisprudencia y doctrina a este respecto que así lo respalda. Obstáculo que solo resultaría subsanable si el organismo que tuviera la potestad de dictar las sanciones tuviera también personalidad jurídica propia.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales incluyó expresamente dentro de su ámbito de aplicación tanto al personal con una relación laboral como al personal con una relación de derecho administrativo, estatutario o funcionarial, y así lo hizo en virtud de lo dispuesto por la Directiva Marco 89/391/CEE. Sin embargo, a la hora de regular un mecanismo de control de las condiciones de trabajo estableció en su artículo 45 un procedimiento especial, que además tiene carácter básico¹, y que no es de carácter sancionador sino de mero requerimiento interno para que se adopten por la propia administración requerida las medidas correctoras que procedan por un órgano de Inspección². La validez de este requerimiento ha de ser resuelta por la propia administración afectada. Se adopta, por tanto, una forma de "autocontrol" más típica de los procedimientos de la Inspección de Servicios que de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De la lectura de este precepto cabía la duda razonable de si el mismo resultaba de aplicación a las relaciones de las administraciones públicas con su personal laboral o solamente era de aplicación a las relaciones con el personal funcionario. Razones de lógica motivadas por el orden constitucional de distribución de competencias parecían llevarnos a la conclusión de que este artículo solo se refería al personal funcionario puesto que sobre éste solo tiene competencias de legislación y de control y ejecución la administración pública respectiva mientras que sobre el personal laboral existe un reparto constitucional de competencias entre los organismos del Estado, al que corresponde dictar la legislación, y las Comunidades Autónomas a las que corresponde la ejecución y por lo tanto también las potestades de control.

Sin embargo, esta clara división competencial supone también que con abundante frecuencia la competencia para decidir sobre unos mismos hechos fuera de dos autoridades diferentes, por ejemplo en el ámbito de la Administración General del Estado sería la autoridad estatal la competente para dictaminar sobre los requerimientos de la Inspección sobre su personal funcionario y la autoridad autonómica la competente para dictaminar sobre el personal laboral al servicio de esa misma administración, lo que llevaría sin lugar a dudas a una fuente inagotable de problemas y de confusión para los propios afectados.

Esta dificultad fue la que en gran parte motivó el retraso en la regulación de un procedimiento especial que desarrollara el artículo 45, y debemos tener en cuenta además que si finalmente esta regulación se produjo fue debido a un requerimiento de la Comisión Europea para que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva Marco, el Estado español legislase sobre esta materia. Todo este proceso como resultado de una denuncia presentada ante ese organismo por la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo (UPIT).

El reglamento dictado en desarrollo de este artículo 45 de la LPRL fue el Real Decreto 707/2002 de 19 de julio, que en un principio tenía carácter básico (DF 1ª del RD) pero después se reformó por otro Real Decreto posterior para tener mero carácter supletorio para las administraciones no estatales.

Este reglamento señala de forma clara y taxativa que el mismo es de aplicación al personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Administración (Art. 2.1.) y de esta forma se pretende resolver el problema de orden competencial que antes reseñaba, aunque de una forma que puede a mi juicio suscitar en el futuro una fuente importante de litigiosidad ante los tribunales.

En cualquier caso, y sin entrar demasiado en los entresijos de este peculiar reglamento porque no es el objeto de este estudio, el sistema es de "autocontrol", es decir, es la propia administración la que decide sobre sí misma, bien ya sea sobre la validez del requerimiento o sobre su efectiva ejecución, y ante su resolución final solo cabe la interposición por los interesados de un recurso contencioso-administrativo, lo cuál supone de hecho que se deja solamente en manos de los propios trabajadores interesados la efectividad misma de la acción de control, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario.

En un supuesto de acoso moral, como ya se ha señalado anteriormente, cabe la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones de control dentro del campo de las relaciones laborales y, a nuestro juicio, también deberían estar las que están dentro del campo de la prevención de riesgos laborales pero sin embargo en este último caso topamos claramente con las disposiciones del Criterio Técnico de la Dirección General de la Inspección que solo permiten la actuación de la Inspección en los casos de adscripción indebida de los trabajadores afectados por mobbing a puestos a los que sean incompatibles por sus características personales o estado biológico conocido.

En cualquier caso, debemos tener siempre presente que dicho criterio técnico no es aplicable al resto de los factores de riesgo psicosocial, que siempre estarán presentes en las relaciones conflictivas interpersonales.

De esta forma, respecto a los funcionarios públicos confluía la competencia de la Inspección de Servicios para la imposición en su caso de sanciones disciplinarias a los funcionarios "acosadores" y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuya función solo podría consistir, de acuerdo con la legislación vigente, en requerir a la administración pública los mecanismos de prevención y protección que establece con carácter general la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y que antes hemos mencionado, sin que sea en este caso su misión la de determinar responsabilidades de los funcionarios públicos "acosadores" ya que carece de atribuciones sancionadoras en este campo. Tampoco podría intervenir la Inspección en determinar la responsabilidad de los sujetos por hechos ya pasados puesto que su labor se restringe al requerimiento para que la administración adopte medidas de prevención y protección de los funcionarios y trabajadores de la administración potencialmente afectados en su salud por conductas de acoso.

A mi juicio, dado que las actuaciones de la Inspección en las administraciones públicas solamente pueden ser de requerimiento para la adopción de medidas preventivas estimo que estas acciones ante riesgos psicosociales, salvo los casos contados en los que las medidas que se deben adoptar se aprecien a simple vista, deben estar basadas en el cumplimiento de las obligaciones generales de gestión de riesgos (identificación, evaluación, planificación y revisión cuyo incumplimiento se encuentra tipificado como infracción en los artículos 12.1. y 12.6. de la LISOS), intervención por expertos en prevención (tipificado en Art. 12.15 y 12.22 de la LISOS), derechos de participación de los trabajadores en la gestión de los riesgos (tipificado en el Art. 12.11 de la LISOS) o adscripción del trabajador a puestos incompatibles con sus características personales o estado psicofísico (tipificado en el Art. 12.7 y 13.4. LISOS).

Cuando se trate de infracciones que comete la propia administración respecto de personal que no está a su servicio, como serían los supuestos de daños infringidos a trabajadores contratados mediante una ETT (Art. 28 LPRL), trabajadores de empresa subcontratista (Art. 24.3 LPRL y Art. 42.3. LISOS) o trabajadores de empresas presentes en el lugar de trabajo con

las que la administración tiene el deber de coordinarse (Art. 24.1 LPRL y Art. 12.13 y 13.7 LISOS), se aplicaría el procedimiento ordinario de requerimiento y/o sanción administrativa. En este caso, como ya hemos señalado, la autoridad laboral autonómica podría sancionar a todas las administraciones menos a sí misma.

Si se constataste acoso moral respecto al personal laboral de la administración podrían aplicarse las normas sancionadoras previstas de forma ordinaria y el tipo infractor del Art. 8.11 de la LISOS siempre que la administración sancionadora, siempre la autonómica, no coincida con la administración sancionada.

El panorama general sobre el control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en las administraciones públicas es, como se ha podido ver, en general bastante precario y de muy confusa regulación. De facto, sigue siendo la voluntad de los gestores de la administración afectada el factor más decisivo para llevar a cabo una verdadera mejora en la prevención y protección de los trabajadores, teniendo la Inspección en este caso un papel que es más de influencia que de verdadero poder de control.

Las actuaciones en el campo de la Seguridad Social

Por último, el acoso moral puede originar un daño o lesión psíquica que puede ser considerada como accidente de trabajo. Ya contamos con varias sentencias en este sentido y ante supuestos similares de concurrencia de factores de riesgo psicosocial.

El papel de la Inspección de Trabajo en este supuesto puede ser el de asesorar al órgano administrativo competente para dictar resoluciones sobre la determinación de la contingencia como profesional o común que en este caso es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o más en concreto el denominado "Equipo de Valoración de Incapacidades" (EVI).

Los profesionales de la medicina con los que se cuenta a la hora de dictar estas resoluciones pueden dictaminar acertadamente sobre los efectos de las enfermedades que el trabajador padece pero no sobre las causas que han podido dar lugar a las mismas, de ahí que resulte lógico y razonable que se requiera de la Inspección de Trabajo un informe sobre este aspecto ante los casos de acoso moral.

Notas

¹ Así lo dice expresamente la disposición adicional tercera de la propia LPRL, y de ello se deriva su aplicación necesaria a todas las Administraciones Públicas cualquiera que sea su ámbito.

² Que en principio es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pero que las propias Comunidades Autónomas o Entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden incluso atribuir a otro órgano con la consiguiente confusión de competencias entre dos organismos que actuarían sobre unos mismos hechos pero sobre colectivos distintos (funcionarios y trabajadores) (DA 3ª Apdo. b LPRL).