Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 14 (1er Trimestre 2025)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Págs. 185-202

La utilización torticera de los mecanismos de prevención, denuncia y reparación del acoso laboral detectada por nuestra doctrina judicial más reciente

The tortious use of mechanisms for the prevention, reporting and reparation of workplace harassment detected by our most recent judicial doctrine

Ana Isabel García Salas

Profesora Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7160-5005

Sumario

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA
2. EL USO DESLEAL DEL CANAL DE DENUNCIAS DE ACOSO LABORAL
   2.1. Las condiciones en que el canal de denuncias puede convertirse en un instrumento desnaturalizado
   2.2. El escenario de las denuncias falsas en el marco de la protección contra el acoso
   2.3. La ausencia de buena fe y sus consecuencias para el trabajador
3. LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA EMPRESA DE LA SOLUCIÓN ALCANZADA TRAS LA TRAMITACIÓN DEL PROTOCOLO DE ACOSO
   3.1. La empresa como garante de la protección frente al acoso laboral y sus riesgos derivados
   3.2. Las consecuencias del incumplimiento de las medidas comprometidas en la resolución de un protocolo antiacoso
4. ALGUNAS CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 14/02/2025
Fecha Revisión: 24/02/2025
Fecha Aceptación: 04/03/2025

Cita Sugerida: GARCÍA SALAS, A.I.: «La utilización torticera de los mecanismos de prevención, denuncia y reparación del acoso laboral detectada por nuestra doctrina judicial más reciente». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 14 (2025): 185-202.

Resumen

La promoción actual de los canales de denuncia en las empresas, así como la mayor protección otorgada a los denunciantes de acoso laboral, han permitido un aumento en el uso de estos recursos y el correlativo incremento de casos de denuncias falsas. Aunque son algo excepcional, no es novedad que los sujetos implicados hagan un uso torticero del Derecho o de sus mecanismos, bien para favorecer intereses espurios, bien para librarse del cumplimiento o las consecuencias que suponen determinadas obligaciones. En este trabajo se comentan y analizan estas conductas a propósito de la doctrina judicial más reciente en casos referidos a la prevención, denuncia y reparación del acoso laboral en el seno de la empresa.

Palabras clave

Acoso laboral; canal de denuncias; garantía de indemnidad; denuncias falsas; protocolos de acoso; prevención de riesgos laborales.

Abstract

The current promotion of reporting channels in companies, as well as the greater protection granted to complainants of workplace harassment, have allowed an increase in their use and the corresponding increase in cases of false reports. Although they are exceptional, it is not new that the subjects involved make tortious use of the Law or its mechanisms, either to favor spurious interests or to escape compliance or the consequences of certain obligations. In this work, these behaviors are discussed and analyzed in relation to the most recent judicial doctrine in cases related to the prevention, reporting and reparation of workplace harassment within the company.

Keywords

Workplace harassment; complaints channel; guarantee of indemnity; false complaints; harassment protocols; occupational risk prevention.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

Las cuestiones que se refieren al acoso laboral siempre resultan ser actuales, pues el esfuerzo de sensibilización de la población trabajadora sobre este problema, llevado a cabo tanto por el legislador como por nuestras empresas en los últimos tiempos[1], se refleja asimismo en las distintas resoluciones judiciales. A través del incremento de las denuncias por este tipo de hechos, se les permite a jueces y magistrados analizar y resolver sobre circunstancias que, en otro tiempo y en otro contexto, probablemente habrían pasado desapercibidas.

Una de estas circunstancias se refiere al siempre interesante caso del uso torticero del Derecho o de sus mecanismos, bien para favorecer intereses espurios, bien para librarse del cumplimiento o de las consecuencias que suponen determinadas obligaciones. Aunque seguramente sea algo excepcional, no debe resultar baladí la identificación de estas realidades, máxime cuando las denuncias falsas están permanentemente en el centro del debate de los casos de acoso y violencia de género.

El primero de los fines mencionados -esto es, beneficiarse del ejercicio de un derecho sin un interés legítimo- se viene detectando habitualmente en otras materias propias del Derecho laboral[2], en las que particularmente los trabajadores aprovechan una determinada regulación favorable o tuitiva que propicia la consecución de otros objetivos no previstos por la norma que los acoge. Así, en ocasiones comparecen como presuntas víctimas de un trato injusto; por ejemplo, a través del alegato de haber sido perjudicados por su condición de representante -incluso se presentan como candidatos a las elecciones sindicales para blindarse y disfrutar de las garantías del art. 68 ET-, o por la particularidad de profesar una religión minoritaria o pertenecer a cualquier colectivo especial, etc.; o también, optan por forzar el despido para obtener la prestación de desempleo[3]. Son, por tanto, muy diversos los escenarios en los que estos comportamientos pueden desarrollarse, haciendo un flaco favor a la integridad y desarrollo de los mecanismos que buscan la protección de aquellos trabajadores que verdaderamente lo necesitan.

Pero, sin duda, los casos más paradigmáticos son aquellos en los que determinados trabajadores optan por hacer uso del patrocinio que la ley brinda a diversas situaciones personales y familiares relacionadas con la conciliación de la vida laboral, recurriendo a todo tipo de subterfugios para conseguir beneficios, digamos, desviados[4]. Entre ellos, ha de destacarse la solicitud de reducción de jornada por guarda legal, con la finalidad de que ello les permita beneficiarse de la protección que dispensa el art.55.5 b) ET frente a un maliciado despido[5]. Como es sabido, tal protección exige la no

[1] La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, al modificar los artículos 173.1 y 184.5 del Código penal y hacer penalmente responsables a las empresas de prevenir los delitos de acoso a través del art. 31 bis del citado Código, las obligó a elaborar protocolos de Compliance penal eficaces sobre el acoso, que incluyen su propia concienciación y la concienciación de sus trabajadores.
Con la modificación igualmente del art.48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se establece que Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

[2] Como analizaba Montoya Melgar, A., en *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 86 y ss.

[3] La STSJ Cataluña 2374/2024, de 22 de abril (Rec. 2770/2023) ya ha considerado fraude de ley no acudir a trabajar para forzar el despido y cobrar el desempleo.

[4] Puede traerse a colación la utilización abusiva por una profesora de la reducción de jornada al solicitarla por cursos lectivos con reincorporación en periodos estivales con menor actividad (STSJ País Vasco 81/2013, de 15 de enero, Rec. 3004/2012).

[5] Véase sin más la STS 191/2022, de 3 de marzo (Rec. 3873/2019): "La Sala de lo Social considera, en orden a la nulidad del despido que pretendía la parte actora, que «muy bien acreditado queda que el actor sabiendo lo que se

siempre fácil acreditación de la procedencia de ese despido para que la extinción pudiese llevarse a cabo legalmente por la empresa, so pena de nulidad objetiva, pues no cabría la improcedencia. Pero es que, además, el trabajador o trabajadora podría alegar la existencia de una represalia empresarial[6] por discriminación o vulneración de la garantía de indemnidad, si tal petición se realizó en un momento anterior próximo en el tiempo, pues ello constituiría un posible indicio de existencia de nexo causal entre la solicitud de reducción de jornada y la decisión extintiva, que podría resultar determinante[7].

Efectivamente, también se observan en ocasiones comportamientos capciosos en relación con la figura de la garantía de indemnidad[8], la cual protege al trabajador con la nulidad de la decisión empresarial y el correspondiente abono de indemnización, según se determine en el proceso de tutela, si se demuestra que aquella suponía una venganza como consecuencia de reclamaciones o acciones entabladas por el mismo[9], lo cual se encuentra absolutamente prohibido por la ley[10]. No nos referimos, por supuesto, a los casos en que la resolución no resulte favorable para el trabajador, lo cual es perfectamente posible en el marco de acciones entabladas de buena fe. De lo que se habla aquí es de otro tipo de conductas, que sí pueden constituir transgresión de la buena fe contractual[11], como "un uso arbitrario, contumaz o temerario del recurso a la vía judicial"[12] –que no es lo mismo que la persistencia o reiteración en una determinada reclamación laboral o el agotamiento de todos los

estaba tratando por la Dirección de la empresa se adelantó al mismo y planteó la solicitud de reducción de guarda legal, por lo tanto no nos encontramos ante el supuesto que analiza el Tribunal Supremo, sino ante una conducta del actor que ante la previsión del despido utilizó un argumento legal para evitar el mismo que en su caso determina que no se vulneró un derecho fundamental». Un caso similar se dio también en la STSJ Madrid 740/2024, de 31 de octubre (Rec. 469/2024).

[6] Según el art.6.6. de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: A los efectos de esta ley se entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

[7] STS 988/2023, de 21 de noviembre (Rec. 5044/2022).

[8] Expresión utilizada por primera vez por la STC 14/1993, de 18 de enero.

[9] Señalan Toscani Giménez, D. y Calvo Morales, D., "La garantía de indemnidad y su casuística en la jurisprudencia española", *Trabajo y Derecho*, n.77, 2021, p.4, que "No obstante, desde la perspectiva del trabajador, la concesión de dicha garantía no es una cuestión tan fácil de obtener, porque las represalias que pueda denunciar el interesado deberán tener consistencia para que su acción pueda estar amparada por la garantía de indemnidad. Por lo tanto, la denuncia por sí sola no constituye una tabla de salvación para el trabajador por el mero hecho de alegarlas, sino que tendrá que aportar pruebas o un conjunto de indicios razonables que conduzcan a apoyar su denuncia. A este hecho debemos sumar otro elemento importante, como es el carácter complejo e interpretativo de las represalias y su causalidad con los hechos denunciados. En este sentido, los tribunales a la hora de dilucidar sobre este tipo de supuestos tienden a valorar los hechos de forma distinta, dado que nos adentramos en un campo muy casuístico y de interpretación ciertamente subjetiva. Esto provoca que los criterios utilizados sean distintos en función de los tribunales que juzguen el caso, y es bastante corriente que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional difieran en su interpretación con respecto a las sentencias de suplicación".

[10] Partiendo del derecho del trabajador Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art.4.2 g) ET), el art.17.1 párrafo 2º ET establece que: Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Finalmente, la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, reconoce ya abiertamente y con carácter general que: Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa (art.12.3); por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales (Disposición Adicional Tercera).

[11] Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 89.

[12] *Ibidem*, p.90.

medios jurídicos o recursos judiciales posibles para su consecución-, con el objetivo de perjudicar deliberadamente al empresario[13], u otras finalidades, como proteger intereses propios indebidamente.

De este modo, se ha constatado "la posibilidad de uso torticero de la garantía de indemnidad por parte de trabajadores que, sabiéndose en una situación comprometida en la empresa, manipulan este medio de defensa para blindar su situación *a priori* ante un previsible despido, sanción u otra medida empresarial que pudiera perjudicarles. Para ello, dichos trabajadores suelen presentar algún tipo de reclamación judicial o prejudicial que, aunque no prosperara por infundada, les serviría como arma defensiva o escudo protector frente a esa eventual decisión organizativa o disciplinaria del empresario"[14]. Continuamente aparecen casos de reclamaciones internas de trabajadores, posteriores a la decisión de la empresa de despedir, y que ellos conocían, en los que razonablemente se sospecha una utilización desviada del derecho a plantear dichas reclamaciones[15]. Estos comportamientos se enmarcan en el concepto de abuso de derecho y fraude de ley, a los que luego nos referiremos, en tanto en cuanto buscan explotar el ejercicio de un derecho para finalidades distintas a aquellas para las que inicialmente se concedió -no necesariamente con daño a tercero-, mediante actos simulados o engañosos.

La segunda finalidad del uso torticero del Derecho que sugeríamos es una clara manifestación de la desidia, falta de seguimiento adecuado o componenda empresarial en la observancia de sus obligaciones. Y ello porque no es admisible que las empresas, obligadas a cumplir con diferentes trámites y procedimientos, pasen por darles curso y acreditar así el cumplimiento formal, pero sin que sea más que un ejercicio de simulación, pues en el fondo no están dispuestas a asumir las consecuencias que estos tengan. Piénsese en la implantación de un registro de jornada que no resulte de eficacia alguna o en la aprobación de un plan de prevención para cuyo cumplimiento posteriormente no se ponen los medios. Son actuaciones que, en un primer momento, cumplen con el mero trámite exigido ante una posible inspección documental, y cuyos limitados efectos son disimulados bajo una maraña de dificultades y de buenas intenciones futuras, fruto de la impostura o de la más absoluta negligencia.

Aunque los casos descritos no son en absoluto desconocidos para la mayoría de nosotros, dos ejemplos más encontramos en nuestra doctrina judicial más reciente, a propósito del uso del mecanismo del protocolo de acoso, que quizás sí resulte más novedoso, y que corre peligro de extenderse de manera generalizada y diversa, habida cuenta del estallido de actuaciones que se está produciendo en los últimos tiempos en este terreno. El 8 de noviembre de 2024 se resolvieron casualmente sendos recursos de suplicación, cuyo denominador común es la materia de acoso laboral. Distintos son los casos analizados y distintas las sedes judiciales y territorios en que se producen, pero ambos recogen una utilización incorrecta, inadecuada, imperfecta y errónea de los mecanismos existentes jurídicamente para la denuncia y reparación de los casos de acoso laboral, que resultan interesantes de comentar y analizar.

---

[13] También Toscani Giménez, D. y Calvo Morales, D., "La garantía de indemnidad…", cit., p.5.

[14] Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad*…, cit., p. 92.

[15] Véase hasta qué punto ya hay suspicacia judicial en este tema. Para la STSJ Galicia 654/2023, de 6 de febrero (Rec. 6550/2022), la prudencia aconseja "rechazar que el despido sea una retorsión a las quejas hechas por la trabajadora, pues, aunque este se comunica el 10 de marzo de 2022 de manera inmediata tras las quejas (el 7, el 8 y el 9 de marzo de 2022), las causas de despido alegadas en la carta se corresponden con los incumplimientos puestos en conocimiento por la encargada de la tienda el 2 de marzo de 2022 (entre otros: críticas a la firma, compañeras y personal de El Corte Inglés, cambio de maniquíes sin autorización, abandono del puesto de trabajo, descanso de café y cigarro cuando no le corresponde; hecho probado cuarto en relación con el contenido del correo electrónico a que ese hecho se refiere y que da por reproducido), lo que acredita que la gestación de la decisión de despedir obedeció a motivos disciplinarios que, aunque pudieran valorarse insuficientes o no encontrarse plenamente acreditados (de hecho, la empresa ha optado en la misma carta de despido por reconocer la improcedencia) permiten descartar que la conducta de la empresa sea una vulneración de la garantía de indemnidad".

2. EL USO DESLEAL DEL CANAL DE DENUNCIAS DE ACOSO LABORAL

2.1. Las condiciones en que el canal de denuncias puede convertirse en un instrumento desnaturalizado

El problema se hace cada vez más patente debido a la generalizada implantación de protocolos de acoso en las empresas, con sus procedimientos para canalizar y resolver denuncias de las víctimas o de terceros (impulsados por la anterior redacción del art.48.1 de la LO 3/2007, cit.[16]); así como a la creación de canales internos de información para denunciar irregularidades en general (cuya propagación y popularización ha venido a rematar la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción), entre las que se encontrarían igualmente los casos de denuncias de acoso, como es natural -produciéndose una integración de las diferentes normativas-. La Ley 2/2023, cit., incluye en su ámbito de aplicación las "acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave" (art. 2.1b). Siendo que el acoso puede ser constitutivo de delito (arts. 173 y 184 del Código Penal) y de infracción administrativa grave y muy grave (los ya conocidos arts. 8.13 y 8.13 bis LISOS, así como los arts. 12.16 y 13.10 LISOS[17]), no cabe duda de la afectación de esta norma a los procedimientos y consecuencias establecidos en los protocolos de acoso.

Pues bien, ha de destacarse, como nueva medida de protección frente a represalias, la presunción recogida en el art. 38.4 de la mencionada Ley 2/2023: *En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública*. Todo ello supone un inmejorable paraguas de protección para los trabajadores informantes, a los que se les envía el importante mensaje de que serán extraordinariamente amparados, durante dos años (art. 36.4 Ley 2/2023), cuando se encuentren en situaciones tan comprometidas como la denuncia de un hecho ilegal, cuanto más si les afecta directamente[18].

Pero, como suele ocurrir, las bondades de estas medidas se ven empañadas con el favorecimiento de casos no tan esporádicos de sujetos que buscan beneficiarse de las ventajas que dichos mecanismos

[16] Antes de su modificación (descuidada, a mi entender) por Ley 10/2022, el art.48.1 de la LO 3/2007, recogía expresamente, bajo el título "Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, que Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

[17] La STSJ Castilla y León, de 18 de noviembre de 2024 (Rec. 1370/2023) ha incluido la falta de medidas para prevenir el acoso dentro de las cláusulas abiertas de los tipos infractores recogidos en la LISOS, como la del art.12.16: Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de…; cuya enumeración, se dice, es meramente ejemplificativa. Se facilita así la posibilidad de sancionar administrativamente conductas contrarias a la prevención del acoso, que, con posterioridad a la aprobación del Texto Refundido de la LISOS en el año 2.000, se ha consolidado definitivamente como factor de riesgo laboral, amparado por la normativa PRL.

[18] En la Ley 2/2023, cit. se recogen asimismo medidas para la protección de las personas afectadas (art.39): Durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento; del mismo modo que se prevén programas de clemencia (art. 40.1), cuando una persona hubiera participado en la comisión de la infracción administrativa objeto de la información.

de denuncia ofrecen para blindarse ante un futuro laboral incierto u oscuro en su empresa -o para dañar a la persona denunciada con la que mantenga algún tipo de conflicto (acoso inverso)-. Con la denuncia, el trabajador se dota de un elemento clave para la impugnación de una virtual extinción del contrato, en la que alegaría vulneración de derechos fundamentales por represalias ante el ejercicio de sus derechos de defensa.

Así resultó ser en el caso de la STSJ Madrid 713/2024, de 18 de noviembre[19], según la cual, el trabajador activó el protocolo de acoso para evitar que la empresa procediera a la extinción de su relación laboral durante el período de prueba, tras advertir que su jefe "no le daba bola". En concreto, consta acreditado, por el testimonio de varios testigos, que el demandante activó el protocolo interno de acoso frente a su superior jerárquico por "conductas inapropiadas" de este, para evitar que la empresa extinguiera su relación laboral, dados los resultados de su bajo rendimiento, y no porque se produjera ninguna situación de acoso. El trabajador había manifestado a los testigos que tendría que hacer algo para quedarse, y reconoció públicamente que había denunciado a su superior con el ánimo de evitar la no superación de su periodo de prueba puesto que, según él, su trabajo estaba bien hecho, no había tenido buena relación con su superior jerárquico y lo iban a "echar" sin ningún motivo. Sin embargo, estaba convencido de que, dada la protección que existe en estos casos para los reclamantes, lo tenía "pillado". Ha de añadirse asimismo que el trabajador terminó cursando un período de incapacidad temporal por enfermedad común por trastorno de ansiedad generalizada; aunque el proceso de evaluación y seguimiento del trabajador se inició antes del comienzo del proceso de incapacidad temporal[20].

Debemos poner de manifiesto en este punto que, aunque a algunos trabajadores pueda parecerles una salida fácil, lo cierto es que existen varios obstáculos legales que, desde un primer momento, habrían frustrado sin más este intento. En primer lugar, había serias posibilidades de que una situación así pudiera haberse calificado de mera conflictividad laboral o, como mucho, de ejercicio severo o arbitrario del poder de dirección dentro de un ejercicio regular, tantas veces detectados por los tribunales distinguiéndolos del *mobbing*[21]. Por otro lado, como se ha señalado, "la situación de período de prueba no es el escenario más favorable para el trabajador, en tanto que estamos hablando, por lo general, de periodos cortos de tiempo, donde no se cuenta con mucho margen para acumular indicios que puedan ser de utilidad al trabajador a la hora de demostrar las represalias"[22].

Según consta en la sentencia, la empresa esperó a la conclusión de la investigación interna del procedimiento de acoso para reactivar, en su caso, un posible despido del trabajador. Tras efectuarse un segundo procedimiento de investigación interna, llevado a cabo por la Dirección de Recursos Humanos de la Compañía, en base al Procedimiento Dispositivo de Alerta Ética, por sospechas de la empresa de vulneración de los principios éticos por parte del trabajador, se concluye como hipótesis más probable que la crisis de ansiedad sufrida por el trabajador se debiera a la autopercepción que tenía debido a su escaso rendimiento y a la posibilidad de que no fuera a superar el período de prueba. La empresa comunicó finalmente al trabajador la extinción de la relación de trabajo como consecuencia de la comisión por su parte de un conjunto de hechos que constituyen incumplimientos

[19] Rec. 516/2024.

[20] "Los informes médicos que pueda presentar el trabajador afectado no pueden servir, como regla general, para determinar los hechos, puesto que los mismos suelen basarse únicamente en el testimonio referido al facultativo por su paciente. Dichos informes tienen utilidad, sin embargo, para valorar el perjuicio sufrido por el trabajador a la hora de calificar y graduar la sanción" (Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, p.10).

[21] Entre otras muchas, desde la STSJ Comunidad Valenciana 192/2003, de 17 de enero (Rec. 3022/2002), o la STSJ Castilla y León de Valladolid, de 1 de octubre de 2008 (Rec. 1024/2008), o más recientemente la STSJ Madrid 337/2021, de 10 de mayo (Rec. 351/2018) o la STSJ Extremadura 92/2023, de 15 de febrero (Rec. 789/2022).

[22] Toscani Giménez, D. y Calvo Morales, D., "La garantía de indemnidad…", cit., p.8.

muy graves y culpables de sus obligaciones laborales, y que suponen una transgresión de la buena fe contractual, una deslealtad y falta de respeto a la confianza dada en el desempeño de las gestiones que le han sido encomendadas, y es causa del despido disciplinario, a tenor del artículo 54.2 b) y d) ET, no siendo de aplicación la teoría gradualista.

En estos casos, la virtual impugnación del despido solicitando su nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador conmina a la empresa a preparar una defensa bajo las reglas de la inversión material de la carga de la prueba, propia de los procesos laborales en los que se dirimen derechos fundamentales; lo cual ha quedado claramente determinado también por el art. 38.4 de Ley 2/2023, antes citado. Como señalaba Gómez Abelleira, "la clave aplicativa de la prohibición de represalia radica en la idea de perjuicio (injusto) y en su conexión causal con la revelación o información. Esta conexión causal se presume y corresponde al represaliante la carga de probar que la decisión perjudicial no es injusta, sino que está justificada legalmente"[23]. Por lo tanto, ante el uso torticero por parte de los trabajadores de los mecanismos de defensa proporcionados por el Derecho, la parte empresarial deberá acreditar que su decisión ha respondido a otras causas reales, serias y suficientes, por motivos legítimos ajenos a ese propósito represivo[24]; lo que significa básicamente destruir la prueba indiciaria. Corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Ahora bien, como ocurre con la garantía de indemnidad o con la prohibición de discriminación, los tribunales no se conformarán tampoco con cualquier justificación, por muy real que sea, que haya podido emplearse de excusa o tapadera por parte de la empresa. Para la destrucción de la prueba indiciaria, a la justificación proporcional de la medida deberán acompañarse otros elementos que destierren por completo la sospecha infundida en el órgano judicial. En este sentido, también tendrán en cuenta los antecedentes empresariales en materia de represalias frente a denuncias, así como el contexto en que su decisión se produjo -como, por ejemplo, si afectó o no a otros trabajadores que no habían denunciado, en cuyo caso la sospecha de la existencia de represalia se disipa[25]-. Como ya señaló la STC 49/2003, de 17 de marzo: "Para excluir la vulneración del derecho fundamental no es suficiente demostrar la existencia de apoyo legal que dé cobertura a la ruptura contractual, sino que será preciso, además, descartar toda duda sobre su instrumentalización *ad casum* para una finalidad inconstitucional". La importancia del panorama indiciario ha sido recientemente puesta de manifiesto, una vez más, por la STC 79/2023, de 3 de julio, destacando su trascendencia para que resulte verosímil que la decisión extintiva obedece a la causa alegada en la carta de despido.

2.2. El escenario de las denuncias falsas en el marco de la protección contra el acoso

Aunque en materia de acoso no encontramos una referencia normativa clara que se haga eco de este problema, la más completa, moderna y europea Ley 2/2023, de protección del informante, sí hace una mención específica a esta cuestión en su Exposición de Motivos, de la siguiente manera: "La buena fe, la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales, constituye un requisito indispensable para la protección del informante. Esa buena fe es la expresión de su comportamiento cívico y se contrapone a otras actuaciones que, por el contrario, resulta indispensable excluir de la protección, tales como la remisión de informaciones falsas o tergiversadas, así como aquellas que se han obtenido de manera ilícita". Pero, aun con esta conveniente alusión, también se observa que, a salvo las consabidas exigencias de veracidad que nuestra Constitución

[23] Gómez Abelleira, F.J., "La prohibición de represalia contra el informante en la Ley 2/2023", *Blog El Foro de Labos*, 13/04/2023. Disponible en: https://www.elforodelabos.es/2023/04/la-prohibicion-de-represalia-contra-el-informante-en-la-ley-2-2023/

[24] STS 988/2023, de 21 de noviembre (Rec. 5044/2022).

[25] Ver el caso de la STSJ Extremadura 43/2020, de 23 de enero (Rec. 656/2019).

requiere para un legítimo ejercicio del derecho a comunicar o difundir información (art. 20.1 d) CE), lo que implica al menos haber cumplido con la diligencia informativa exigible, ello no se exige en la Ley 2/2023 de una manera concreta al informante a la hora de presentar indicios o acreditar que lo que denuncia es veraz. Todo esto va a permitir la tramitación de denuncias de una simplicidad tal que fácilmente generarán ese caldo de cultivo del que precisamente se nutren los informantes de mala fe. Desde luego, no era la pretensión de esta Ley, que recoge luego posibles sanciones por denuncia falsa. Pero deberán ser la empresa o los denunciados los encargados de desmontarla, convirtiéndola en una prueba en contrario diabólica.

Por todo ello, las empresas deben gestionar los protocolos y llevar a cabo las investigaciones de manera diligente y transparente para corroborar la veracidad de las denuncias; no solo por evitar perjuicios para sí misma, sino también para el falso denunciado -otro trabajador propio, normalmente-, que tiene derecho a que la empresa le proteja en situaciones así, y a la que podría denunciar también si no lo hace. Todo ello en el aconsejable marco de una total imparcialidad en el enjuiciamiento de las conductas y en el esclarecimiento de los hechos. Resulta fundamental asimismo que la empresa cuente con los recursos humanos necesarios para hacer frente a la nueva realidad que se presenta con la implantación del canal de denuncias auspiciado por la Ley 2/2023; esto es, personas con la capacitación y los conocimientos suficientes para que se mantengan las garantías de denunciantes y denunciados. En cualquier caso, siempre resulta muy aconsejable que aquellos sujetos que puedan ser objeto de denuncia por acoso -por ejemplo, un encargado, supervisor o mando intermedio, como en el caso analizado- hayan cumplido previamente con su obligación de dar ejemplo personal e instructivo de tolerancia cero con el acoso en su esfera de control, pues habrán creado así un panorama indiciario, unos antecedentes, que le serán muy favorables ante una eventual denuncia falsa con presunción de veracidad.

Diferentes estudios señalan además la importancia de comprobar la fiabilidad de la fuente de la denuncia a través de los antecedentes que consten sobre los testimonios ya aportados por esa fuente[26], aunque no todo testimonio carente de veracidad deba entenderse malintencionado. Tampoco la falta de pruebas significa que la denuncia sea falsa[27], ni las inconsistencias o las incongruencias; si bien no benefician en nada a la persona denunciante. Como es sabido, y siguiendo la línea marcada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la doctrina judicial de lo Social[28] ha reconocido también como propias las notas que deberán darse en las declaraciones de las víctimas para dotarlas de plena fiabilidad como prueba de cargo, y que son: 1) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima, anteriores a los hechos de autos, que pudiera conducir a la deducción de la concurrencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privara al testimonio de la aptitud para generar el estado subjetivo de certidumbre en que la convicción jurídica estriba; 2) verosimilitud de las imputaciones vertidas; 3) corroboraciones periféricas de carácter objetivo de tales imputaciones; y 4) persistencia de la incriminación, que, si es prolongada en el tiempo, deberá carecer de ambigüedades y contradicciones.

En su Exposición de Motivos, la Ley 2/2023 quiere aludir también a aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación, las cuales han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar. Pero no se refiere, en ningún punto de su articulado, a la específica protección que podría tener el denunciado cuando se produce una denuncia falsa. Simplemente, se pone de manifiesto de manera genérica que "estas

[26] Puyol Montero, J. y Franco, C., *Las evidencias y garantías en las investigaciones en el canal de denuncias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 41.

[27] *Ibidem*, p.97.

[28] STSJ Andalucía 341/2004, de 29 de enero (Rec. 3429/2003).

personas mantienen todos sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos que goza el informante".

2.3. La ausencia de buena fe y sus consecuencias para el trabajador

Todos estos son casos que, en el plano laboral, deben resolverse desde el tratamiento de conductas que en realidad constituyen un abuso de derecho o fraude de ley por parte del trabajador[29], en cuanto lo que pretende es eludir la aplicación de una norma -burlándola, no oponiéndose frontalmente-, a través de un uso anormal o excesivo de su derecho, y que son ajenas a la buena fe que debe presidir la relación laboral[30]. Justo puede observarse en protocolos de empresa que la buena fe es el elemento esencial para determinar la falsedad de la denuncia[31]; aunque también se haga referencia a la negligencia en la presentación de la denuncia falsa (por ausencia de la ya comentada diligencia informativa exigible) como motivo de responsabilidad disciplinaria[32].

No son cuestiones fáciles de valorar ni de enjuiciar, no obstante. El ejercicio abusivo de un derecho comporta necesariamente la concurrencia de un elemento de intencionalidad; al menos de disponer de las normas en forma contraria a la finalidad que tienen prevista. La ausencia de buena fe en la que se sustenta el abuso conlleva el acto consciente de sacar el máximo provecho a las facultades concedidas por un derecho, hasta el punto de excederse en su ejercicio sin contención ni escrúpulo. Y es evidente que la prueba del requisito subjetivo complica este proceso más que si solo han de acreditarse hechos. Por tanto, no hablamos simplemente de demostrar la insuficiencia de la prueba indiciaria -en cuyo caso, estaríamos sencillamente ante un asunto que no prosperará, y que será lo más frecuente-, sino de la necesaria presencia de comportamientos dolosos, o también imprudentes.

De todos modos, ha de tenerse en cuenta que, para que la prueba indiciaria sea válida y opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de la prueba, no basta meramente con que el trabajador alegue la vulneración de la garantía de indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o -sin que proceda realizar mayores precisiones- un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido[33]. Son muchos los casos en los que se aprecia la inexistencia de indicios suficientes, sin más trascendencia. Hay denuncias que se terminan demostrando inexactas o infundadas, pero que, realizadas de buena fe, no producen efectos negativos para el denunciante.

Cuando hay ausencia de buena fe -no en tantos casos, como decimos-, y se aprecia fraude de ley o abuso de derecho[34] -lo que lleva en primer término a inaplicar el beneficio previsto en el art.

[29] Así lo señala la STSJ Madrid 740/2024, cit.: "El trabajador actuó en fraude de ley, haciendo un ejercicio abusivo del derecho a la reducción de jornada por guarda legal al intuir que podía ser despedido, obedeciendo la solicitud de reducción de jornada a un deseo de blindaje frente al despido".

[30] STC 20/2002, de 28 de enero.

[31] Así, por ejemplo, en el Protocolo Corporativo para la Prevención y el Tratamiento del Acoso en MAPFRE (2023), p.7. Disponible en: https://www.mapfre.com/media/accionistas/2023/protocolo-para-la-prevencion-y-tratamiendo-del-acoso.pdf

[32] *Ibidem*, p.8.

[33] SSTS de 26 de abril de 2018 (Rec. 2340/2016) y de 22 de enero de 2019 (Rec. 3701/2016).

[34] El abuso de derecho se encuentra prohibido y definido en el art.7.2 del Código Civil: La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. El abuso viene caracterizado por el ejercicio de un derecho dentro de sus límites formales, cuando dicho ejercicio sobrepase manifiestamente los límites normales. Sobre el art.7.2 CC, también vino destacando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en diversas sentencias como la STS de 8 de julio de 1988, RJ

55.5 ET-, las consecuencias de estos comportamientos para el trabajador podrán trascender la simple desestimación de la demanda, que es a lo que se limitará el órgano judicial en su resolución. Y es que la ausencia de buena fe del trabajador en el ejercicio de su acción, suficientemente probada por la empresa, podrá ser objeto, desde luego, de sanción disciplinaria[35], proporcional a la gravedad de la infracción[36], que sirva incluso de medida ejemplarizante. Y podrá derivar también en algo más, traducido en una reclamación de indemnización por parte de la empresa -por daños a su imagen y reputación u otros quebrantos-, o por parte del falsamente denunciado -por daños morales, fundamentalmente, aunque también psicológicos, sociales o económicos-. La severidad de esta respuesta, no habitual en el marco de las relaciones laborales, se justificaría, en este caso, por la gravedad de la conducta del trabajador[37]. Aunque, como señalaba DIEZ-PICAZO, "el daño no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio. Sin daño efectivo, el acto puede ser abusivo y determinar la producción de otro tipo de consecuencias jurídicas"[38]. La transgresión de la buena fe, como es sabido, no precisa que se acredite perjuicio patrimonial ni de otro tipo por la empresa para convertirse incluso en motivo de despido disciplinario[39].

Tampoco ha de obviarse que la Ley 2/2023 hace responsables (art. 62.1) a las personas físicas que realicen cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el art. 63, el cual considera infracciones muy graves: *a) Cualquier actuación que suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías previstos en esta ley introducida a través de contratos o acuerdos a nivel individual o colectivo y en general cualquier intento o acción efectiva de obstaculizar la presentación de comunicaciones o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, incluida la aportación de información o documentación falsa por parte de los requeridos para ello; y f) Comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad.* Ello podría dar lugar a sanciones de 30.001 hasta 300.000 euros (art. 65.1.a). Por su parte, el art. 456 del Código Penal prevé pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si a través de la denuncia falsa se imputa un delito grave (rebajándose si el delito imputado es menos grave o leve); aunque eso sí, no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia o auto firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada y siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación.

Finalmente, ha de hacerse hincapié en la correcta decisión que deberá tomar la empresa para cerrar convenientemente este caso; de manera que, lo que en un primer momento iba a ser una medida empresarial de carácter económico u organizativo dentro del normal desenvolvimiento de la empresa, cuyos efectos negativos para el trabajador este quería soslayar pícaramente, se convierta a la postre en una decisión basada en la conducta desleal y fraudulenta de aquel. Decimos esto porque, por ejemplo, una empresa que procede a la extinción del contrato por causas objetivas, aun teniendo conocimiento de la solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijos que previsiblemente presentó el trabajador para obtener su nulidad, se arriesga a que el despido sea declarado improcedente por insuficiencia de dichas causas, a pesar de que quede acreditado que no se vulneró la garantía de indemnidad. En ese caso, y con la posibilidad de que se declare el despido procedente sin coste indemnizatorio alguno, la

1987\5188) que "es preciso que resulte manifiesto el abuso del derecho por las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima y las objetivas de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho".

[35] Los protocolos de gestión preventiva del acoso en el trabajo, negociados o no por convenio colectivo, suelen tipificar, como una infracción muy grave, las denuncias falsas.

[36] Montoya Melgar, A., *La buena fe*…, cit., pp. 94 y 99.

[37] Cuando se conduzca con culpa grave, cualificada y de entidad suficiente (STS de 14 de noviembre de 2007, Rec. 4726/2006).

[38] Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El abuso de derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones", *Ius et Veritas*, Vol.3, n.5, 1992, p.7.

[39] STS 750/2023, de 17 de octubre (Rec. 1370/2023).

opción final de un despido disciplinario por transgresión de la buena fe resultaría más favorable a los intereses empresariales.

3. LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA EMPRESA DE LA SOLUCIÓN ALCANZADA TRAS LA TRAMITACIÓN DEL PROTOCOLO DE ACOSO

3.1. La empresa como garante de la protección frente al acoso laboral y sus riesgos derivados

La incorporación a nuestro ordenamiento, por la Ley 10/2022, cit., de la responsabilidad penal de las empresas por delitos de acoso cometidos en su organización ha propiciado, sin duda alguna, una mayor intervención de aquellas en la prevención, detección y reparación de estos casos. A su contribución en los protocolos de acoso, que ellas mismas debían implantar, ha de añadirse su implicación en los programas de *compliance* o planes de prevención de riesgos penales, que también incorporan procedimientos para el esclarecimiento y resolución de los hechos. Efectivamente, se espera de ellas un compromiso firme y diligente para erradicar el acoso de su organización, en el entendimiento de que son las más indicadas para conseguirlo.

Así, tras la activación de los protocolos de acoso y procederse a las diferentes investigaciones, la sustanciación de los procedimientos culmina normalmente con la presentación de un informe de conclusiones, que se acompaña de una respuesta por parte de la empresa, y que normalmente consistirá en propuestas de medidas a adoptar. El fin de dichos procedimientos, en aquellos casos en que se certifique la existencia de acoso laboral, se puede materializar en un acuerdo, fruto de la mediación consustancial a estas tramitaciones, en el que las partes implicadas aceptan o se comprometen a llevar a cabo una serie de actuaciones para el cese de la conducta acosadora y la asunción de las consecuencias que dicho cese conlleve. Asimismo, el seguimiento de los casos de acoso, aún ya solventados, para asegurarse de que las medidas acordadas están siendo convenientemente cumplidas, es una obligación más de las empresas[40], como lo es en materia de prevención de riesgos laborales, cuyos fundamentos impregnan toda la gestión del acoso en la empresa[41]. Es lo que denominamos prevención terciaria, última intervención tras la aparición de los efectos y los daños desencadenados por el acoso, con medidas que se toman principalmente sobre el individuo y que tienen una función reparadora y de rehabilitación que posibilite la reincorporación al trabajo en las mejores condiciones posibles. Del mismo modo que en PRL, la empresa es la garante del cumplimiento de dichas medidas y la que se encuentra en la mejor posición de cumplirlas y hacerlas cumplir.

Pero he aquí que también las empresas, llamadas a colaborar y a proteger a sus trabajadores de las situaciones de acoso en el entorno laboral, pueden llevar a cabo un uso torticero de los procedimientos a través de los cuales deben dar cumplimiento a sus obligaciones en la materia. El caso

[40] La NTP 892 sobre Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (II), del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2011), incluye el seguimiento de los acuerdos dentro de su protocolo (p.5).

[41] Según el art. 9 del Convenio 190 OIT sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, y la Recomendación 206 OIT sobre la violencia y el acoso (2019), en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales (art.8). Por su parte, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023) aboga por avanzar en la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, impulsando programas de prevención del estrés laboral, elaborar y hacer seguimiento de protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia y/o el acoso en el trabajo. Finalmente, siguiendo la línea de la STJCE de 15 de noviembre de 2001 (C-49/00), respecto a la obligación empresarial de evaluar todos los riesgos para la salud y seguridad existentes en el lugar de trabajo -obligación que puede deducirse del art.14 LPRL, aunque algunos riesgos no se prevean expresamente en el texto legal, como ocurre con los riesgos psicosociales-, ha de destacarse la STS de 5 de mayo de 2021 (Rec. 1634/2019), junto a la STS de 18 de mayo de 2022 (Rec. 624/2019), por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos psicosociales en relación con el acoso laboral.

de la STSJ Galicia 5119/2024, de 8 de noviembre[42], trata justamente de cómo suelen desencadenarse estas conductas y de las consecuencias que conlleva para una empresa no velar por que las medidas que se han estimado necesarias y procedentes para solventar un conflicto por una denuncia de acoso se cumplan.

En concreto, la trabajadora víctima de este caso de acoso había recurrido en suplicación tras desestimarse su demanda de derechos fundamentales en instancia. Ciertamente, a través de este proceso se sustancian todas las causas contra derechos fundamentales en materias atribuidas al orden social, incluidas la prohibición de tratamiento discriminatorio y el acoso -sin despreciar los derechos fundamentales que se pueden ver concernidos cuando se produce un caso de acoso, como el derecho a la intimidad, los derechos a la salud y a la integridad física, o la prohibición de discriminación, además de constituir un atentado contra la dignidad de las personas-. La trabajadora demandó a la empresa, al denunciado en el protocolo antiacoso, a la sazón supervisor y responsable de equipo, así como al coordinador del servicio, en litisconsorcio pasivo (según el art. 177.4 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social). Aunque, en realidad, la trabajadora no recurría por acoso, sino a propósito de una falta de protección por parte de la empresa frente a su acosador, pues aquella no actúo con la debida diligencia para prevenir el riesgo que nuevamente suponía no asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas.

Y es que la trabajadora había activado en su momento el protocolo antiacoso implementado en la empresa frente a su compañero y supervisor, y en el seno de aquel se realizó una investigación de los hechos, con entrevistas a los sujetos implicados, adoptándose como medida cautelar la prohibición de coincidencia en el servicio de ambos implicados, lo que se decidió mantener finalizada la investigación, así como un apercibimiento verbal al supervisor. También se decidió mantener abierto el procedimiento para realizar un seguimiento.

Se trataba de una solución satisfactoria para la trabajadora, que se vio arropada hacia el futuro por la garantía ofrecida por la empresa de evitar nuevos incidentes gracias a la no coincidencia con su supervisor en el trabajo. También lo fue para el otro implicado, que vio resuelto el incidente con una amonestación sin incoación de procedimiento disciplinario por falta grave o muy grave. En palabras del tribunal: "Una solución satisfactoria que, dicho sea de paso, es la mejor manera de resolver estas situaciones cuando no presenten caracteres propios de delito investigable de oficio, pues lo pretendido es evitar que una situación de acoso se manifieste y se enquiste haciendo inviable la continuidad de la relación laboral".

Para los juzgadores, la empresa actuó de manera correcta, incluso ejemplar, en este primer momento temporal: dispone de un protocolo antiacoso accesible; se garantiza la imparcialidad y profesionalidad de quienes lo gestionan, a la sazón el jefe del servicio de prevención con intervención del comité de seguridad y salud; se ha tratado la activación con seriedad; se ha realizado una investigación sumaria de los hechos; se ha protegido a la demandante a través de una medida cautelar; se han respetado los derechos de defensa del otro implicado; y no constan fallos en orden a la confidencialidad. Sin embargo, con posterioridad, se produjeron coincidencias en el turno y en el servicio en los cuadrantes mensuales iniciales en cuantiosas ocasiones. Es cierto que se resolvieron, pero solo tras las quejas de la trabajadora, o bien gestionando esta un cambio de turno con otros compañeros de trabajo. Es más, sí hubo alguna que otra coincidencia, por ejemplo, una vez, al ser llamado el supervisor para sustituir a un compañero por una intervención urgente de su esposa, ante la inexistencia de otro jefe de servicio disponible. A la trabajadora se le ofreció ausentarse del puesto de trabajo para no coincidir computándosele como tiempo de trabajo, a lo que esta no accedió, desarrollándose su prestación de servicios sin incidencias.

[42] Rec. 4188/2024.

Lo que no podía negarse es que la empresa había fallado organizacionalmente en un tema tan delicado como la prevención y corrección de un caso de acoso[43], ya denunciado, constatado y solventado de manera airosa, sin más repercusión. La empresa es la garante de proteger a la trabajadora so pena de incurrir en responsabilidades por falta de prevención del acoso que, con estas veleidades, se hubiera podido volver a producir en el futuro. Y, en ese sentido, el cumplimiento del protocolo de acoso suponía asimismo una clara medida de prevención de riesgos psicosociales[44]. Según el art.14.2 LPRL, las empresas están obligadas a tomar cuantas medidas sean necesarias, por lo que, para no incurrir en incumplimiento del deber general de seguridad y salud en el trabajo, el empleador debió desplegar todas las herramientas preventivas posibles; no solo cumplir con el protocolo de acoso formalmente, sino, sobre todo, materialmente[45]. El estricto cumplimiento de sus obligaciones le obligaba a introducir en el proceso de elaboración de esos cuadrantes, presumiblemente automatizado, las instrucciones precisas para evitar la coincidencia y, en todo caso, le obligaba, antes de comunicar esos cuadrantes, a una supervisión humana del resultado. Asimismo, se concluye que al coordinador del servicio que elaboraba los cuadrantes mensuales no puede hacérsele responsable, puesto que no se ha acreditado confabulación o complicidad con el denunciado, sino que esas coincidencias obedecen lisa y llanamente a una evidente falta de formación en materia de riesgos psicosociales y de información acerca de cómo actuar ante esas situaciones, lo que no es imputable más que a la propia empresa.

En instancia, se concluyó que esos incumplimientos no se podían identificar con la existencia de un acoso laboral. Pero lo que el Tribunal Superior destaca es que "lo que tenemos que analizar no es si esos incumplimientos, por sí solos considerados, son constitutivos de acoso laboral, porque los mismos no se pueden desvincular de la circunstancia de la instrucción de un previo protocolo antiacoso y de la calificación de los hechos que han motivado su activación como vulneradores de derechos fundamentales". Antes de este incumplimiento empresarial, sí se apreciaron indicios de acoso durante el procedimiento. Se constató que la conducta del denunciado era atentatoria de la dignidad de la trabajadora y constitutiva de acoso laboral al crear un entorno de trabajo intimidatorio, hostil y humillante. Aunque no puede comprobarse ahora si aquel ha incurrido en reiteración -y por ello no le alcanza responsabilidad alguna en esta ocasión-, a efectos del eventual incumplimiento de las obligaciones de la empresa contempladas en la solución satisfactoria alcanzada, las mismas sí constituirían una vulneración de derechos fundamentales por parte de aquella. Y aunque los hechos anteriores a la activación del protocolo estén prescritos, esto no significa que no deban ser examinados. Así lo destaca el Tribunal Superior. De un lado, y en relación con el otro sujeto implicado, porque las posteriores conductas atentatorias de la dignidad de la trabajadora serían acoso laboral reiterado, si se verifica que los hechos por los que se activó el protocolo ya eran constitutivos de acoso laboral. De otro lado, y en relación con la empresa, porque el incumplimiento de su obligación de no hacer coincidir a los dos sujetos implicados se debe considerar vulneración de los mismos derechos fundamentales que fueron vulnerados con los hechos causantes de la activación del protocolo.

[43] La NTP 854 sobre Acoso Psicológico en el Trabajo, del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2009), destaca que, aunque las condiciones organizativas no están en el origen de todos los casos de APT, "hay que decir que, aún en estos casos, cuando se dan conductas de APT y éstas se mantienen, existe un fallo organizativo en los mecanismos de prevención o intervención" (p.4).

[44] El art. 15.1.g) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) establece que, al planificar la prevención, la empleadora deberá buscar un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales. La inescindible relación entre el acoso laboral como riesgo psicosocial y el derecho a la protección eficaz y completa de la salud de la persona trabajadora (art 14 LPRL) es a estas alturas incuestionable. Toda nuestra doctrinal judicial, así como los documentos técnicos del INSST, como la NTP 854 cit., y fundamentalmente el Criterio Técnico 104/2021 sobre Actuaciones de la Inspección de trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales lo corroboran suficientemente.

[45] STSJ Canarias 1139/2020, de 16 de octubre (Rec. 673/2020).

3.2. Las consecuencias del incumplimiento de las medidas comprometidas en la resolución de un protocolo antiacoso

En definitiva, lo que procedía analizar, a juicio del Tribunal, era si se había cumplido estrictamente lo acordado en la resolución satisfactoria del protocolo antiacoso, de manera que, si no se había cumplido, acreditado que los hechos determinantes de su activación eran atentatorios de la dignidad de la trabajadora, el incumplimiento de lo acordado, en este segundo momento temporal, constituía una vulneración de su integridad moral, con infracción del art. 15 CE[46]; en la medida en que, desde una perspectiva subjetiva de la propia trabajadora, supone revivir la situación previa, con la consiguiente revictimización, al obligarla a gestionar la situación con el coordinador o, en su caso, con otros compañeros, imponiéndosele una carga que no tiene por qué asumir, además de que una virtual decisión de no trabajar se podía valorar negativamente. Por tanto, la circunstancia de que no hubo incidencias en la coincidencia es intrascendente dado que el daño a la integridad moral de la trabajadora ya se había producido.

Pero el caso tampoco debía quedar impune, desde una perspectiva objetiva, porque ello supondría devaluar el carácter preventivo del protocolo antiacoso y su efectividad frente a toda la plantilla. Lo que se percibiría es que, para eludir una eventual condena por vulneración de derechos fundamentales, a la empresa le bastaría con obligarse en el contexto de dicho protocolo para luego no cumplir, a sabiendas de que su incumplimiento nunca supondría vulneración constitucional. Estaríamos, como en el caso anterior, permitiendo una utilización torticera de los mecanismos de prevención, detección y reparación del acoso.

Al margen de esta actuación judicial, no debe despreciarse, en estos casos, la actuación inspectora, de oficio o mediante denuncia, que pudiera desplegar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de requerimientos para el cumplimiento de las medidas obligadas y comprometidas, así como la consiguiente apertura de un procedimiento administrativo sancionador. Repárese en que, por un lado, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)[47] sanciona las conductas omisivas de la empresa ante el acoso, cuando este se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma (arts. 13 y 13 bis LISOS, en referencia al acoso sexual y al acoso discriminatorio). Pero por otro lado, pueden infringirse igualmente obligaciones en prevención de riesgos psicosociales, con la consecuencia de que conductas pasivas e indolentes por parte de la empresa, en casos como el que nos ocupa, puedan calificarse de infracciones graves (por afectar en general la salud y la integridad física de los trabajadores, según el art.12.16 LISOS[48], o más concretamente, si así fuera, por la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, según el art.12.7 LISOS) o muy graves (cuando de todo ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, de los arts. 13.4 y 13.10 LISOS), que suponen una respuesta sancionadora más severa que las de las infracciones meramente laborales del art. 8 LISOS; y que deben determinarse correctamente también por parte de

[46] Ver, por ejemplo, la STC 106/2011, de 20 de junio, relacionando directamente los daños derivados de una situación de acoso moral con la protección del derecho a la integridad física del art.15 CE.

[47] Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

[48] Como tiene un carácter general y abierto, y, a modo ejemplificativo, una variedad importante de conductas, entre las que no se encuentran el acoso, es preciso que el Inspector o Inspectora efectúe en sus actuaciones una cuidada descripción de los hechos y una fundamentación precisa de las razones para su encuadramiento en dichos supuestos (Criterio Técnico 104/2021, cit., p.29).

los inspectores actuantes a efectos de valorar la imposición del recargo de prestaciones de seguridad social[49].

En cuanto a la imposición de sanciones administrativas, ha de repararse en que la concurrencia de infracciones exige un tratamiento proporcional de la respuesta punitiva del Estado. El carácter pluriofensivo de las conductas de acoso y violencia en el trabajo, vulnerando al mismo tiempo derechos básicos de la relación laboral y del derecho a la prevención y protección de la salud del trabajador, venía decantándose por la imposición de la infracción más grave (la de prevención), cuando se hacía referencia a los mismos hechos y a los mismos sujetos[50]. Sin embargo, el Criterio Técnico 104/2021, cit.[51] rectificó esta regla, decantándose por las infracciones laborales de los arts. 8.11 y 13 LISOS, cuando lo que se sanciona es un atentado a la dignidad, por mor del principio de tipificación, previsto en el art. 27 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, y a la lógica de que todas estas conductas reciban el mismo tratamiento legal. Ahora bien, justo esa pluriofensividad denota la posible vulneración de bienes jurídicos o fundamentos distintos a través del mismo acto de acoso, desactivando el *non bis in idem*, y convirtiendo en independientes las correspondientes infracciones. No es lo mismo atentar contra la dignidad que no realizar la preceptiva evaluación de riesgos o no adoptar las medidas preventivas o de protección que sean pertinentes. En consecuencia, hablaríamos de sanciones perfectamente compatibles.

Por su parte, la condena llevada a cabo por la sentencia judicial estará referida exclusivamente al cese de las conductas, a la restitución de la víctima en sus derechos, así como a la determinación de una indemnización por daños y perjuicios. En estos casos, cuestión fundamental también será dilucidar la procedencia y cuantificación del daño moral que hubiera podido causarse. Ante la dificultad de cuantificar el daño moral, la doctrina del Tribunal Supremo presupone en todo caso el daño psicológico en estas circunstancias, "sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole"[52]. Habría de seguirse el parámetro objetivo de la LISOS[53] para determinar la indemnización, tomando como referencia de cálculo las sanciones que fueran aplicables a tales conductas, y que están previstas en el art 40.2 de la norma sancionadora. Aunque bien es cierto que, en ocasiones también, se ha decidido la improcedencia de su abono; y ello en el entendimiento de que el incumplimiento empresarial en materia preventiva (no activar el protocolo de acoso) sí puede dar lugar a una sanción administrativa, pero no genera automáticamente un derecho resarcitorio en favor del trabajador, para lo que es preciso que se produzca un daño debidamente concretado en la persona del mismo[54].

Por último, si así se estima, estos incumplimientos empresariales podrían constituir causa de extinción del contrato por voluntad del trabajador, de gravedad suficiente como para instar paralelamente la acción resolutoria del art. 50 c) ET[55]; sería suficiente con evidenciar el grave peligro para la integridad moral de la trabajadora[56]. Y aunque no deja de ser para esta una "autoexclusión de

[49] Son abundantes las resoluciones judiciales imponiendo el recargo de prestaciones por falta de prevención de riesgos psicosociales; y, en particular, con el acoso como factor de riesgo, ver la STSJ Galicia 334/2012, de 25 de enero (Rec. 2040/2008), la STSJ Cataluña 1593/2011, de 2 de marzo (Rec. 5976/2009), la STSJ País Vasco 1936/2021, de 2 de diciembre (Rec. 1889/2021), la STSJ Madrid 517/2020, de 30 de junio (Rec. 690/2019), etc.

[50] Criterio Técnico 69/2009, cit., p.12.

[51] Pp.28 y 29.

[52] Así, por ejemplo, en la STS de 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014).

[53] Siguiendo una larga estela de jurisprudencia anterior, véase la STS 967/2023, de 14 de noviembre (Rec. 1975/2021).

[54] STSJ Cataluña 2740/2023, de 3 de mayo (Rec. 7754/2022).

[55] Así se ha certificado por nuestra doctrina judicial. Véase, por ejemplo, la STSJ Castilla la Mancha 957/2002, de 28 de mayo (Rec. 434/2002), la STSJ Cataluña 6757/2004, de 5 de octubre (Rec. 3327/2004) o la STSJ Galicia 3890/2011, de 27 de julio (Rec. 1589/2011), entre otras.

[56] STSJ Madrid 740/2005, de 20 de septiembre (Rec. 2551/2005).

la empresa"[57], que denotaría la debilidad del sistema de tutela del acoso, puede que sea la salida más realista en un entorno laboral degradado y difícil de recomponer.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Con las sentencias analizadas se pone de manifiesto, una vez más, el problema del uso inadecuado y torticero de las normas que, cada vez más protectoras, están generando la atmósfera ideal para que las falsas denuncias y las imposturas proliferen, esperemos que no impunemente. Es un hecho que ninguna normativa que busque remediar un mal, como ninguna medicina que persiga curar una enfermedad, resulta inocua. Los efectos secundarios han de ponderarse, y ver si merecen la pena; pero si la merecen, deben poder identificarse (su origen, sus circunstancias, su contexto, sus efectos) y minimizarse, además de responder a ellos con toda la fuerza del Derecho.

Aunque no es fácil combatirlas. La necesidad de perseguir el acoso laboral "sumergido" pasaba indefectiblemente porque todos esos casos salieran a la luz a través de facilitar y amparar las denuncias. Y ello a veces resulta contraproducente. También hemos comentado la nueva presunción de la Ley 2/2003, de manera que, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, este se presumirá producido como represalia. Ello significa, a mi juicio, un empoderamiento extraordinario de la garantía de indemnidad, que paralelamente favorece las actuaciones de mala fe. Resultará fundamental, pues, contar con un procedimiento eficaz de detección y prueba de las denuncias falsas, a nivel interno y externo a las empresas, y también con una regulación que establezca claramente cómo reaccionar ante ellas.

Otra conclusión se extrae del hecho de haber situado excesivamente el foco en las formalidades por las que trascurren estos procedimientos. No es que no sean importantes, pero más importante es cumplir con los contenidos y con los resultados que de esos procedimientos se derivan. Se demuestra además que los fundamentos básicos de nuestro Derecho y las normativas más troncales se presentan como el mejor remedio para responder ante los retos que las nuevas situaciones y las nuevas normativas protectoras plantean, cuando estas no son capaces de prever y resolver toda la problemática que ellas mismas propician.

Como decimos en prevención, el riesgo cero no existe; la situación de cero acosos tampoco existirá; y, entre un mar de condiciones favorables para aminorarlos al máximo, el uso torticero de los derechos también dispondrá de su pequeño reducto, inevitablemente. Solo queda saber cómo responder, sin ingenuidad; y con responsabilidad, porque también hay víctimas del otro lado. Aquí sí debería haber tolerancia cero.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Bomarzo, 2005.

Díez-Picazo y Ponce de León, L., "El abuso de derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones", *Ius et Veritas*, Vol.3, n.5, 1992.

[57] Molina Navarrete, C., *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas prácticas a las forenses*, Albacete, Bomarzo, 2007, p.15.

Gómez Abelleira, F.J., "La prohibición de represalia contra el informante en la Ley 2/2023", Blog El Foro de Labos, 13/04/2023. https://www.elforodelabos.es/2023/04/la-prohibicion-de-represalia-contra-el-informante-en-la-ley-2-2023/

Molina Navarrete, C., *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas prácticas a las forenses*, Albacete, Bomarzo, 2007.

Montoya Melgar, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.

Puyol Montero, J. y Franco, C., *Las evidencias y garantías en las investigaciones en el canal de denuncias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Toscani Giménez, D. y Calvo Morales, D., "La garantía de indemnidad y su casuística en la jurisprudencia española", *Trabajo y Derecho*, n.77. 2021.

Velasco Portero, M.T., *Mobbing, Acoso Laboral y Acoso por razón de sexo*, Madrid, Tecnos, 2010.