

Nº 25  
Primer trimestre 2021

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**Número 25. Marzo 2021**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 24

Diciembre 2020

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



## COMITÉ CIENTÍFICO

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### **D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

### **D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

## CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

### **D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

### **D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.



**D. Jordi Gimeno Bevia**

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED.

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.





## SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción .....	11

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

### **SECCIÓN NACIONAL**

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA D. Alfonso Sánchez García .....	15
ACERCA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE NAVARRA EN MATERIA DE TRÁFICO D. Francisco Negro Roldán .....	93
RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DE GOBIERNO D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	149
ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES. EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6/2019 D. Cecilia Alvarez Losa y D. Juan José González López .....	183



LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS: LA ADJUDICACIÓN  
DIRECTA COMO ALTERNATIVA AL CONCIERTO SOCIAL  
D<sup>a</sup> Arantza Martín Egaña ..... 250

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR  
EN LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN  
D<sup>a</sup> María Maldonado Araque.....353

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN ESPAÑA:  
IMPUNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL  
D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes.....418

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESPACIO EUROPEO  
DE INVESTIGACIÓN  
D. Antonio Maniatis.....477

MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN DE  
OBRAS PÚBLICAS  
D. Jans Erik Cavero Cárdenas..... 493

**BASES DE PUBLICACIÓN ..... 544**



## EDITORIAL

En el número 25 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Alfonso Sánchez García con el artículo que lleva por título "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica". El autor aborda con maestría como la interoperabilidad constituye un elemento de carácter "básico, estructural y esencial" de la administración electrónica y, en consecuencia, de la contratación pública electrónica.

A continuación, D. Francisco Negro Roldán analiza en un interesante y profuso trabajo la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. José Joaquín Jiménez Vacas que aborda el Régimen de los órganos colegiados de Gobierno.

Cecilia Alvarez Losa y Juan José González López en su artículo "Acoso laboral en el ámbito funcional: cuestiones procedimentales y procesales" analizan con brillantez las cuestiones procedimentales y procesales



más relevantes, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público.

D<sup>a</sup>. Arantza Martín Egaña analiza pormenorizadamente los servicios a las personas: la adjudicación directa como alternativa al concierto social.

D<sup>a</sup> María Maldonado Araque profundiza en un gran trabajo sobre la protección del interés superior del menor en los procesos de mediación.

D<sup>a</sup> María del Mar Imaz Montes cierra la sección nacional con el artículo Crímenes de lesa humanidad en España: Impunidad y Derecho Internacional.

Por último, la sección nacional se cierra con dos trabajos, uno, de D. Antonio Maniatis que hace una reflexión sobre la contratación pública en el Espacio Europeo de Investigación y otro, de D. Jans Erik Cavero Cárdenas con el trabajo titulado "Mecanismos de control en la ejecución de obras públicas", un interesante artículo en el que aborda la contratación pública de obra, centrándose el autor específicamente en la fase de ejecución contractual

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**





## **ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL: CUESTIONES PROCEDIMENTALES Y PROCESALES**

**D<sup>a</sup> Cecilia Alvarez Losa**

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de  
Comunidades de Castilla-La Mancha

**D. Juan José González López**

Doctor en Derecho. Letrado del Ayuntamiento de  
Burgos. Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de  
Comunidades de Castilla-La Mancha (en situación de  
servicio en otras Administraciones Públicas) y Letrado  
de la Comunidad de Madrid (en excedencia por  
incompatibilidad).

**Resumen:** El objeto del presente artículo es analizar las cuestiones procedimentales y procesales más relevantes, a nuestro juicio, que pueden plantearse en relación con el acoso laboral en el ámbito del empleo público. Para ello prestaremos especial atención a los protocolos de actuación frente al acoso laboral que, siguiendo las recomendaciones formuladas en el ámbito internacional y europeo, se han ido adoptando en nuestro país por las distintas Administraciones Públicas, así como a la responsabilidad de éstas ante las situaciones de acoso en las que se puede hallar el personal a su servicio y las vías existentes en nuestro ordenamiento jurídico para exigirla.



**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the main procedural issues, in our opinion, related to mobbing in Spanish public Administration. To that end we are focusing on protocols of action against work harrasment that have been implemented by Spanish public Administrations, following recommendations made by international and European institutions, as well as on the responsibility the former face when mobbing is suffered by their workers and the administrative and legal means public employees could use in order to demand it.

**Palabras clave:** Acoso laboral. Mobbing. Acoso moral. Acoso psicológico en el trabajo. Prevención de riesgos laborales. Protocolo de actuación frente al acoso laboral. Responsabilidad empresarial. Responsabilidad patrimonial de la Administración.

**Key words:** Mobbing. Work harrasment. Labour risk prevention. Protocol of action against work harassment. Corporative liability. Administrative liability.

**Sumario:** 1. Aproximación a las vías de reacción contra el acoso laboral. 2. Protocolos de actuación frente al acoso laboral. 2.1. Origen y fundamento. 2.2. Naturaleza. 2.3. Finalidad y ámbito de aplicación. 2.4. Procedimiento de actuación. 2.5. Valoración del papel de los protocolos. 3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. 3.1. Marco y alcance de la responsabilidad patrimonial en supuestos de acoso laboral. 3.2. Delimitación de los interesados. 3.3. Insuficiencia de la responsabilidad desde la óptica del acosado.

1. Aproximación a las vías de reacción contra el acoso laboral.



Dado que el propósito del presente trabajo no es determinar cuándo se está en presencia de una situación calificable de acoso laboral, sino analizar las posibles vías de reacción a un contexto identificable como, al menos, aparentemente constitutivo de acoso laboral, no se abordan las diferentes definiciones de este lamentable fenómeno. En su lugar, se parte del concepto de acoso laboral, también denominado acoso moral o psicológico en el trabajo o mobbing, que proporciona la Nota Técnica de Prevención 854 (2009) elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que lo define como la "exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud"<sup>1</sup>.

Expuesto lo anterior, la situación de partida se caracteriza por un contexto de acoso laboral, al menos

---

<sup>1</sup>Debe destacarse igualmente la definición que proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2011: "aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido".



aparente, que, según los casos, cabe atribuir claramente a una o varias autoridades o empleados públicos o bien presentarse de manera difusa o ambiental, sin que en este último supuesto resulte fácil identificar a las concretas personas naturales que protagonizan el hostigamiento. Además, junto a la conducta activa (de agresión, vejación, etc.) es posible, o incluso frecuente, que aparezca otra del mismo tipo (instigación o facilitación) que promueva la primera, o una de carácter pasivo manifestada en la tolerancia o permisividad respecto de los actos de acoso.

La víctima, real o aparente, del acoso, al ser consciente de la situación que padece y pretender ponerle fin, y al desarrollarse el acoso en un entorno laboral (organización jerárquica) solicita el auxilio de terceras personas. Al margen de los casos en que la conducta de hostigamiento pueda subsumirse en los tipos penales, en que el auxilio ha de buscarse en las autoridades encargadas de la persecución de delitos, el necesario amparo a la víctima y punición del victimario o victimarios se sitúa en la dirección de la empresa, en este caso de la Administración. Ello supone, precisamente por ser una Administración el ámbito en que se plantea la situación de acoso, que el empleado público acosado debe servirse de alguna de las vías procedimentales llamadas a desencadenar la respuesta administrativa. Las opciones son diversas y van desde la queja informal a los superiores a la presentación de denuncias, genéricas o dirigidas específicamente a promover el inicio de un procedimiento disciplinario, o de solicitudes de valoración de puesto de trabajo por causa de salud o de adopción de medidas más o menos concretadas en la petición<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> 2 Utilizamos el adjetivo "informal" en el sentido de no incardinable en un procedimiento estrictamente regulado.



Llegados al ámbito judicial, la vía elegida y actuación subsiguiente de la Administración plantea cuatro posibles escenarios<sup>3</sup>:

---

La denuncia es definida en el artículo 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP en lo sucesivo), como "acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo".

La denuncia como fuente de inicio de un procedimiento disciplinario se recoge en el artículo 27 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

La diversidad de vías ha sido objeto de reproche por la doctrina. Así, en se afirma en MARCOS GONZÁLEZ, J.I. (coordinador), *La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de Ley Penal*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p.47, que "por cierto un ordenamiento en el que cueste más trabajo encontrar la vía procesal adecuada que la fundamentación material o es un mal ordenamiento o está mal aplicado por los agentes jurídicos intervinientes". También crítica, CARMONA SALGADO, C., *Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales*, Dykinson, S.L., Madrid 2017, pp.28 y 29.

<sup>3</sup> Un análisis de las distintas vías en el sector privado se efectúa en ESCUDERO MORATALLA, J.F. Y POYATOS MATAS, G., "Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción", *Actualidad Laboral*, nº. 47/48, quincena del 15 al 28 de diciembre de 2003, edición digital, y MORATO GARCÍA, R.M., "Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática jurídica", *Trabajo y Derecho*, nº. 37, enero 2018, edición digital.



a) En caso de ausencia de respuesta a la petición de medidas o denuncia, cabría plantearse la impugnación de la inactividad de la Administración (artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA en adelante)<sup>4</sup>. Ello se presenta aparentemente como una vía adecuada para reaccionar frente a la pasividad de la Administración ante situaciones de acoso. Ocurre, sin embargo, que la eficacia de este recurso se constriñe a los supuestos en que "la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas". En consecuencia, deben descartarse los supuestos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado o de oficio en que opere el silencio administrativo o exista un acto expreso<sup>5</sup>. Su ámbito de

---

Conviene destacar que la clasificación se efectúa en atención a la actividad administrativa impugnada y no del concreto tipo de procedimiento, respecto de lo cual se ha señalado que habitualmente se recurre al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (114 y ss LJCA), NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El mobbing en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", Diario La Ley, n.º 7612, 15 de abril de 2011, edición digital.

<sup>4</sup> Caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ en lo sucesivo) de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 478/2013, de 17 de junio.

<sup>5</sup> Al respecto, razona la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de octubre de 2008, que "La exposición de motivos de la norma expresa que "Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de



---

un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso Contencioso-Administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad".

La sentencia antes citada de 14 de diciembre de 2007, excluye de la posibilidad de la aplicación de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, el supuesto en que exista un margen de actuación u apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación de actuar exija un acto concreto de aplicación, en cuyo supuesto y, según afirma esa sentencia, no será posible la admisión del recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no se ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general, sino que, en estos casos, en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso Contencioso-Administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo, respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración. Y la también citada sentencia



aplicación queda limitado, por tanto, a los procedimientos de oficio y específicamente al caso en que la Administración no dicte un acto que dé respuesta a la denuncia o solicitud (que no inicia el procedimiento) del interesado, con el requisito añadido de que el denunciante o solicitante debe tener la condición de interesado<sup>6</sup>

b) Vía de hecho, en que la perspectiva es la contraria. No se reprocha a la Administración su pasividad, sino que se le imputan los actos de acoso, ya sea porque se han adoptado por aquellas personas naturales que, integración en los órganos mediante, forman la voluntad de la Administración o porque actúan materialmente como agentes de ésta<sup>7</sup>. Estos actos de acoso no tienen

---

de 18 de febrero de 2005 pone de relieve el ámbito de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción, entendiéndose restringidos los supuestos en los que es posible acudir a la vía Contencioso-Administrativa al amparo del precepto que, según resulta de su propia redacción y los antecedentes de su tramitación parlamentaria, contiene un ámbito legalmente limitado".

<sup>6</sup> Lo que suscita la problemática atinente a la legitimación del denunciante que, como señala el artículo 62.5 LPACAP, no se confiere por el simple hecho de la presentación de la denuncia y ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en relación con el procedimiento disciplinario y conforme a la cual no se reconoce legitimación con carácter general para impugnar resoluciones dictadas en el marco de este procedimiento, al estimarse que la imposición de una sanción al denunciado "no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera" y solo se admite cuando se acredita que la imposición de la sanción puede producir ese efecto, lo que tiene carácter casuístico y corresponde hacer al denunciante, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de diciembre de 2018.

<sup>7</sup> Este planteamiento, articulado a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, se aprecia en el recurso contencioso- administrativo examinado



por qué ser necesariamente los de menoscabo directo, sino también los de fomento o amparo. Es decir, se articula un modelo vicarial de atribución de los actos. Parece una vía factible, máxime a la luz de los plazos contemplados en la LJCA (artículos 30 y 46.3) y su interpretación jurisprudencial. Sin embargo, se presenta como obstáculo la forma de manifestación del acoso (pauta de conducta), a la que se añade la configuración de la vía de hecho<sup>8</sup>. Es complejo que las acciones u omisiones en que se manifiesta el acoso se presenten de manera lo suficientemente burda como para integrar una vía de hecho. Además, se trata de examinar un conjunto de conductas, algunas de las cuales efectivamente pueden entrañar actos materiales carentes de cobertura jurídica, pero que en muchos casos vendrán revestidas de la apariencia de validez propia de los actos administrativos o del régimen organizativo-funcional de la Administración, de manera que la opción por esta vía se ve amenazada de inadmisibilidad<sup>9</sup>.

---

en la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso- Administrativo, 275/2012, de 30 de marzo, pues se imputa el acoso al ente público.

<sup>8</sup> La "vía de hecho" se presenta en tres supuestos: la actuación material administrativa sin cobertura por un acto administrativo, la actuación respaldada por un acto nulo de pleno derecho y la extralimitación en la actuación respecto de lo amparado por un acto administrativo legal, STS, Sala de lo Civil, 616/1993, de 8 de junio, de que se hace eco la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2007.

<sup>9</sup> En este sentido, advierte la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 400/2017, de 8 de marzo:

"Puede discutirse si lo relatado en la demanda es una vía de hecho, ya que la Sra. Custodia se refiere a resoluciones y actuaciones administrativas y no, por tanto, a las de carácter material que contempla el artículo 25.2 de la Ley de la Jurisdicción. Ahora bien, una vez que ha elegido esa opción,



c) Resolución de petición de medidas. Las solicitudes de adopción de medidas pueden enmarcarse en procedimientos que cuenten con regulación propia (caso de la valoración de puesto) o identificarse como petición genérica incardinable en el procedimiento administrativo común previsto en la LPACAP. El problema que se suscita en este segundo supuesto es que, aunque no es descartable que se pueda dictar una resolución a modo de respuesta a una petición que no se reconduce a otro procedimiento o no se califica como denuncia, es posible que se produzca una falta de respuesta interpretada como silencio administrativo por el transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 21.3 LPACAP y, de este modo, se desdibujen los distintos cauces de impugnación en vía contencioso-administrativa<sup>10</sup>.

---

ha de estar a ella y con las fechas en que hizo el requerimiento de cese e interpuso el recurso no hay duda de que éste es extemporáneo lo cual lo aboca a la inadmisión.

En todo caso, circunscrito el debate a los derechos susceptibles de la tutela judicial preferente y sumaria a que se contrae el proceso regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley reguladora, con los elementos de juicio disponibles hemos de coincidir con fundada apreciación del Ministerio Fiscal que hemos reproducido y que atribuye una especial importancia a la conducta de la propia recurrente, que en ese período prolongado a lo largo de muchos años no ha impugnado resoluciones y actuaciones en las que mucho tiempo después ha visto esos acoso y discriminación continuados de los que se queja ahora. Asimismo, el hecho de que se reclasificara su puesto de trabajo asignándole un nivel de complemento de destino 26, que ya ha consolidado, no se compadece con un designio de acoso y discriminación en su contra".

<sup>10</sup> Ello puede llegar al punto de que, como se examinó en la STSJ Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 309/2015, de 6 de abril, se impugne la desestimación presunta de la solicitud de incoación expediente disciplinario, lo que



d) Archivo de denuncia. Supuesto clásico del procedimiento disciplinario que puede suscitarse tanto inicialmente como tras la tramitación de una información reservada<sup>11</sup>. Existe al respecto una copiosa jurisprudencia que admite la impugnación por el denunciante del archivo de la información reservada con la pretensión de que se incoe el consecuente procedimiento disciplinario<sup>12</sup>. También la de archivo del procedimiento disciplinario, pero solo con fundamento en la insuficiencia de la investigación, sin admitir que se pretenda la imposición de sanción<sup>13</sup>.

Se advierte de lo expuesto la diversidad de fórmulas y cauces de que los afectados por el supuesto o real acoso se sirven para reclamar amparo a la Administración y reaccionar ante la pasividad de ésta. La multiplicidad de vías y supuestos genera no sólo problemas para canalizar debidamente la petición del acosado, sino también una importante divergencia en la tramitación, de iniciarse ésta. No debe olvidarse, a este respecto, que las medidas destinadas a poner fin el hostigamiento son muy variadas (desde cambio de puesto de trabajo a sanciones disciplinarias) y que, además del denunciante o peticionario, existe un tercero o terceros claramente interesados en la decisión que adopte la Administración (las personas a las que se imputan los actos en que se manifiesta el acoso), por lo que es esencial articular un

---

implica articular como procedimiento a solicitud del interesado un supuesto propio de denuncia.

<sup>11</sup> Artículo 28 del Real Decreto 33/1986.

<sup>12</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1691/2019, de 10 de diciembre.

<sup>13</sup> STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2005.



procedimiento que permita reorientar las peticiones de los afectados, realizar un tratamiento unitario y sistemático de éstas, efectuar una comprobación que sirva de fundamento a las medidas que se adopten y dé oportunidad de, al menos, oír a los denunciados. Es ello lo que ha motivado la implantación de protocolos en las distintas Administraciones Públicas que se abordarán seguidamente.

## **2. Protocolos de actuación frente al acoso laboral.**

En el presente epígrafe se realiza una somera aproximación a la naturaleza de los protocolos y se analizan distintas cuestiones procedimentales que plantean.

### **2.1. Origen y fundamento.**

La gravedad del problema que constituye el acoso laboral fue reconocida por la Organización Internacional del Trabajo en el año 2001, lo que, tras la elaboración en su seno de diversos estudios e informes, ha conducido a la adopción en 2019 del Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y de la Recomendación 206 que lo complementa.

Aunque el referido Convenio no ha entrado en vigor ni ha sido ratificado por España, interesa destacar que se declara aplicable también al sector público (artículo 1) y que impone a cada Miembro el deber de respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, lo que incluye, entre otras obligaciones, adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para



prevenir y combatir la violencia y el acoso y garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso (artículo 4). En relación con esto último, entre las medidas que el artículo 9 del Convenio enumera se encuentra la instauración de "procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo".<sup>14</sup>

En el ámbito de la Unión Europea, cabe citar la Resolución, de fecha 16 de julio de 2001, del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (2339/2001(INI)), la cual recomienda a los Estados miembros que obliguen a los poderes públicos a poner en práctica políticas de prevención eficaces y a definir procedimientos adecuados para solucionar el problema de las víctimas de acoso y evitar que se repita<sup>15</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el problema que representa el acoso moral en el ámbito del empleo público puede ser analizado desde dos perspectivas jurídicas diversas. Ambas confluyen en los protocolos de actuación frente al acoso laboral.

---

<sup>14</sup> En la necesidad de elaborar protocolos de actuación se insiste en PINUAGA DUCE, A., "El acoso laboral en las administraciones públicas, estado de la situación y posibles salidas", El Consultor de los Ayuntamientos, nº. 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2012, edición digital, y RODRÍGUEZ DUQUE, F., "El mobbing de los funcionarios en la jurisprudencia más reciente", El Consultor de los Ayuntamientos, nº. 8, agosto 2019, edición digital.

<sup>15</sup> Al respecto, RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, nº. 48, mayo 2019, pp.12 y ss.



Así, desde una perspectiva social o, si se prefiere, laboral, puede partirse del artículo 40.2 de la Constitución española (CE en lo sucesivo), que entre los principios rectores de la política social y económica proclama que los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”. En estrecha vinculación con este principio, el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL en adelante), consagra el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Añade este precepto que “este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio”<sup>16</sup>. Y es que, en tanto que el mobbing es susceptible de causar un daño a la persona que lo sufre (acosada) y que el ámbito en el que se desarrolla aquél es, precisamente, el del trabajo, resulta indudable que se trata de un riesgo laboral, tal y como este concepto es definido en el art. 4 LPRL.

Por tanto, desde esta perspectiva, los protocolos de actuación frente al acoso psicológico en el trabajo aprobados por las Administraciones Públicas se configuran como uno más de los instrumentos de prevención de riesgos laborales de los que disponen aquéllas como empleadoras. Como consecuencia de ello, la eventual responsabilidad que quepa exigir a una Administración por el incumplimiento del deber de protección que le incumbe frente a este concreto riesgo laboral se podrá hacer valer ante los órganos

---

<sup>16</sup> El artículo 3.1 LPRL declara aplicable la prevención de riesgos a las Administraciones Públicas y, en el marco de éstas, tanto al personal con vínculo laboral como al funcionario (incluido el estatutario de los Servicios Públicos de Salud).



jurisdiccionales del orden social, ex artículo 2 e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS, en adelante)<sup>17</sup>.

Debe señalarse, no obstante, que la reacción frente a las infracciones ha de canalizarse, a diferencia de lo que sucede con el sector privado, por la vía del artículo 45.1 y concordantes LRL, al establecerlo así el artículo 42.4 del 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<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> El indicado precepto atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones".

<sup>18</sup> Dispone el artículo 45.1 LPRL que:

"No obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca.



Dicho precepto ha sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, aplicable al resto de Administraciones Públicas con las matizaciones competenciales previstas en su disposición adicional segunda.

En lo que interesa al objeto del presente trabajo, el procedimiento se inicia en todo caso de oficio por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, propia iniciativa o a petición de los representantes de personal (artículo 3.1). No se hace referencia a los posibles perjudicados por la conducta ni a la denuncia, pero ello no es óbice para que éstos puedan dirigirse a la Inspección de Trabajo e

---

En el ámbito de la Administración General del Estado, corresponderá al Gobierno la regulación de dicho procedimiento, que se ajustará a los siguientes principios:

- a) El procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal.
- b) Tras su actuación, la Inspección efectuará un requerimiento sobre las medidas a adoptar y plazo de ejecución de las mismas, del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones.
- c) En caso de discrepancia entre los Ministros competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento, se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su decisión final".



interesarle el inicio del procedimiento<sup>19</sup>. Ahora bien, en consonancia con la omisión de la alusión a la denuncia, el artículo 5.1 dispone el traslado de la propuesta de requerimiento a la unidad administrativa inspeccionada, al órgano que ordenó la actuación y a los representantes del personal, por lo que la referencia a los "interesados" que se hace en el apartado 7 del mismo precepto, al ocuparse del eventual recurso contencioso-administrativo contra la decisión final adoptada por el Consejo de Ministros (o Consejo de Gobierno u órgano de gobierno de la entidad local, de acuerdo con la Disposición adicional segunda), no parece estar pensando en los perjudicados por la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales. Dicho sea esto sin perjuicio de la vía de reclamación resarcitoria ya referida.

Pero, como se había anticipado, el problema es también susceptible de ser analizado desde otra perspectiva: la administrativa. El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de los particulares "a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", y la jurisprudencia ha interpretado el término

---

<sup>19</sup> No en vano, el artículo 20.3 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, prevé, con un alcance general, la actuación en virtud de denuncia y el apartado siguiente establece que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública.

En este sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de diciembre de 2003, al afirmar que "la intervención de los trabajadores puede posibilitarse bien por su actuación ante los representantes del personal o incluso ante la propia Inspección para que si lo estima procedente actúe".



“particulares” empleado en aquel precepto en el sentido de incluir a los empleados públicos, permitiéndoles ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración empleadora por los daños y perjuicios sufridos durante la prestación de servicios<sup>20</sup>. La acción en este caso habrá de ejercitarse con sujeción a lo establecido en los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP en adelante) y se sustanciará por el procedimiento regulado en el título IV LPACAP, siendo recurrible el acto expreso o presunto ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, conforme a los arts.1.1 y 25 LJCA.

Desde la perspectiva administrativa, los protocolos de actuación frente al acoso laboral pretenden garantizar un funcionamiento normal de la Administración que le permita anticiparse a la existencia de una situación de acoso moral y, en caso de producirse, tomar las medidas oportunas para evitar que se repita en el futuro, incluida la corrección disciplinaria al sujeto o sujetos causantes del daño.

En línea con lo anterior, el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP en adelante), incluye entre los derechos individuales de los empleados públicos el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral (apartado h)). Además, el artículo 95.2 b) del mismo cuerpo normativo tipifica como falta disciplinaria

---

<sup>20</sup> Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de noviembre de 2008.



muy grave “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”.

En el marco normativo hasta ahora descrito vino a insertarse la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su artículo 62 compele a las Administraciones Públicas a negociar con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores un protocolo de actuación para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo<sup>21</sup>. Aunque

---

<sup>21</sup> Dice así el precepto aludido:

“Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.”

Bajo la rúbrica “prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”, el artículo 54 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, establece en su apartado 5 que “el Instituto de la Mujer impulsará la elaboración de protocolos para la prevención y protección del acoso sexual y por razón de sexo”.



el precepto citado se refiere en exclusiva a estos dos concretos tipos de acoso en el ámbito laboral, lo cierto es que, en la práctica, algunos de los protocolos "generales" hasta ahora aprobados (expresión que empleamos en contraposición a la de "específicos" que reservamos para los centrados en particulares modalidades de acoso), se han inspirado en los principios a los que alude el artículo 62 y se han adoptado previa negociación colectiva<sup>22</sup>.

## 2.2. Naturaleza.

Se debe partir de que las instituciones jurídicas tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con

---

<sup>22</sup> Supuesto de protocolo "específico" es el aprobado por Acuerdo, de 27 de julio de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella (BOE nº 189, de 8 de agosto de 2011).

Muestra de lo segundo es el Acuerdo, de 6 de abril de 2011, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE nº 130, de 1 de junio de 2011); el Acuerdo, de 19 de abril de 2017, de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Protocolo general de prevención y actuación frente a todos los tipos de acoso en el trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (BOCM nº 121, de 23 de mayo de 2017); y el Protocolo de prevención, identificación y actuación frente al acoso en el lugar de trabajo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos (DOCM nº 87, de 4 de mayo de 2018).



independencia de la denominación que se le haya dado; regla ésta que ha de tenerse muy presente a la hora de abordar la cuestión concerniente a la verdadera naturaleza jurídica de los protocolos de actuación frente al acoso psicológico en el trabajo que se han ido adoptando en nuestro país por las distintas Administraciones Públicas.

Al respecto, conviene precisar que en el presente apartado nos limitaremos a formular una serie de consideraciones generales dado que el número y las diferencias existentes entre los protocolos aprobados por las distintas Administraciones impiden realizar tanto un examen exhaustivo de cada uno de ellos como ofrecer un tratamiento uniforme para todos. Hecha esta precisión, parece claro que su aprobación se fundamenta en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, lo que no impide que algunos de ellos se hayan sometido previamente a negociación con las organizaciones sindicales, ya que el artículo 37.2 a) EBEP excluye de la obligatoriedad de la negociación (mas no la impide) "las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización". Y es que los efectos de los protocolos se circunscriben al ámbito interno, doméstico, de la Administración que los aprueba; no trascienden a los ciudadanos ni innovan el ordenamiento jurídico, ya que no tienen por objeto complementar ni desarrollar lo previsto en la ley. Es más, como se expondrá seguidamente, ni siquiera es absolutamente necesario activar el protocolo para adoptar medidas de protección frente a una situación de acoso o para iniciar un procedimiento disciplinario. Siendo esto así, la dificultad consiste en determinar si la naturaleza de los protocolos es la propia de los reglamentos organizativos o independientes o de las circulares o instrucciones internas a las que se refiere el art. 6 LRJSP, lo cual



reviste una indudable trascendencia a efectos procesales.

Como señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de marzo de 2007, "se entiende por disposición organizativa aquélla que, entre otros requisitos, no tiene otro alcance que el meramente organizativo de alterar la competencia de los órganos de la Administración competente para prestar el servicio que pretende mejorarse"<sup>23</sup>. En este sentido, los protocolos distribuyen la competencia para conocer de las distintas fases por la que puede pasar la denuncia o comunicación de presunto acoso entre diferentes órganos administrativos, contemplando, incluso, la constitución de un órgano colegiado ad hoc encargado de llevar a cabo la investigación de los hechos y elevar un informe al órgano decisor<sup>24</sup>.

Sin embargo, los razonamientos vertidos en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de

---

<sup>23</sup> A lo anterior añade el Alto Tribunal en su Sentencia de 29 de abril de 2010 que "esta Sala ha considerado exentos del dictamen del Consejo de Estado tales disposiciones cuando se limitan a extraer consecuencias organizativas, especialmente en el ámbito de la distribución de competencias y organización de los servicios, de las potestades expresamente reconocidas en la Ley".

<sup>24</sup> Este órgano recibe distintas denominaciones, como, por ejemplo, Comité Asesor en el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y en el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (DOCM nº 104, de 30 de mayo de 2019); o Comisión de Prevención y Actuación frente al Acoso Psicológico en el Trabajo en el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA nº 252, de 28 de diciembre de 2012).



2018, parecen decantar la balanza hacia la consideración de los protocolos de actuación frente al acoso laboral como circulares o instrucciones internas<sup>25</sup>. Dice así la resolución judicial citada:

“Diferente de esas normas (se refiere a las disposiciones administrativas de carácter general) son las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos”.

---

<sup>25</sup> La referida resolución judicial se dictó a propósito de la impugnación de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 13 de octubre de 2014, por la que se publica el Acuerdo para la Aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, y viene a confirmar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo declarada por la Sala de instancia por entender que la decisión recurrida no constituye una disposición administrativa de carácter general, sino una instrucción interna.



Si, a la vista de la jurisprudencia expuesta, se tiene en cuenta que, con carácter general, los protocolos no solo reparten la competencia para conocer de las denuncias o comunicaciones de presunto acoso moral en el trabajo, sino que fijan pautas de conducta, órdenes o instrucciones para esclarecer los hechos y actuar en consecuencia, sin que, en ningún caso, las medidas que se adopten al amparo de aquéllas sean distintas de las previstas en las leyes y reglamentos aplicables en cada supuesto, cabe concluir, como hace la referida sentencia, que nos hallamos ante instrucciones internas.

Las consecuencias procesales, como anticipamos, tienen una extraordinaria relevancia, pues, mientras las disposiciones administrativas organizativas o reglamentos internos constituyen actividad administrativa impugnabile, tanto de forma directa (art. 25.1 LJCA), como indirecta (artículo 26 LJCA), las instrucciones internas no son susceptibles de impugnación, "lo que no comporta, en ningún caso", como reconoce la Sentencia de 31 de enero de 2018 anteriormente citada, "que no puedan impugnarse en vía contencioso-administrativo los concretos actos de aplicación, incluso cuando estén fundados en dichas disposiciones internas, conforme autoriza, sin límite alguno, el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y, con mayor claridad y amplitud, en su artículo 25". Aplicado al caso objeto de estudio, la inimpugnabilidad del protocolo no excluye la de los actos que se dicten en el marco de éste, cuestión que se abordará posteriormente.

### **2.3. Finalidad y ámbito de aplicación.**



La aprobación del protocolo de actuación frente al acoso laboral supone por sí misma una declaración de no tolerancia de las conductas en las que éste pueda manifestarse<sup>26</sup>. En coherencia con esta declaración de voluntad, los protocolos persiguen una doble finalidad, tal y como los mismos reconocen de forma expresa: evitar, en lo posible, que se produzcan situaciones de acoso psicológico en el trabajo (prevención); e intervenir lo antes posible en los supuestos en que exista acoso laboral con el objeto de ponerle fin (detección precoz y actuación).

La finalidad preventiva se concreta en la enumeración, sin carácter exhaustivo, de las medidas que se pueden adoptar para minimizar el riesgo de que se produzcan situaciones de acoso psicológico en el trabajo, tales como la evaluación de riesgos psicosociales en cada centro de trabajo, la formación de los empleados públicos en prevención y resolución de conflictos y la instauración de algún sistema (buzón, correo electrónico o teléfono) a través del cual se puedan realizar consultas y recibir asesoramiento informativo. La forma genérica en el que las medidas suelen ser enunciadas, así como la naturaleza propia del protocolo a la que anteriormente nos hemos referido, se erigen en obstáculos insalvables

---

<sup>26</sup> En este sentido, señala el Protocolo de prevención y actuación ante el acoso laboral en la Administración de la Generalitat (DOGV nº 8223, de 30 de enero de 2018) en su primer punto:

“La Generalitat, a través de este protocolo que ahora se revisa, manifiesta y reitera de forma clara su compromiso de tolerancia cero frente a toda conducta de acoso laboral y esto a través de realizar acciones que, además de prevenir, corrijan y eliminen este tipo de conductas indeseables e inaceptables en el seno de nuestra administración”.



para que un hipotético recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, consistente en la falta de adopción de aquellas medidas, fuera siquiera admitido por los órganos jurisdiccionales. En cuanto a la finalidad de detección precoz y actuación, ésta se traduce en el establecimiento de las pautas que los órganos administrativos han de seguir para investigar los hechos y, en caso de que se constate la existencia de una situación de acoso, intervenir con los medios que contempla el ordenamiento jurídico. Se trata de lo que se denomina “procedimiento de actuación”.

El ámbito subjetivo de aplicación de este procedimiento se circunscribe a los empleados públicos de la Administración, organismo o entidad pública que adopta el protocolo, quedando comprendidas, por tanto, las conductas de acoso que se den entre aquéllos. Ahora bien, los protocolos suelen contener una regla especial aplicable a aquellos supuestos en los que el mobbing tiene lugar entre empleados públicos y personal de una empresa externa contratada, consistente en la aplicación de los mecanismos de coordinación empresarial previstos en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. Algunos protocolos añaden el deber de la Administración, organismo o entidad de informar a la empresa de la existencia del protocolo y la necesidad de que exista una comunicación recíproca con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la forma de abordar el supuesto caso de acoso moral<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Así lo hacen, entre otros, el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado y el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a



Como la problemática que plantea este último supuesto reviste una complejidad que excede con creces del objeto del presente artículo, nos limitaremos a apuntar que, comprobada la concurrencia de una situación de acoso, la Administración solo estará facultada para adoptar medidas, disciplinarias o de protección respecto de los empleados públicos, correspondiendo a la empresa privada hacer lo propio en relación con el personal a su servicio.

#### **2.4. Procedimiento de actuación.**

Son procedimientos que se inician e impulsan de oficio, previa presentación de un escrito, denominado denuncia, comunicación o solicitud de intervención, del presunto acoso, por alguno de los sujetos a los que los protocolos reconocen legitimación para ello.

Ya en esta primera aproximación se aprecia la naturaleza particular del procedimiento de actuación, pues, en general, no se contempla su inicio por propia iniciativa del órgano competente, de manera que el escrito inicial opera como una denuncia condicionante, es decir, como presupuesto necesario para que el procedimiento se inicie<sup>28</sup>. Se da, así, una cierta analogía con los delitos semipúblicos, bien que con extensión a otros sujetos

---

situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

<sup>28</sup> El Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón parece establecer una excepción en este punto cuando dice que "el procedimiento se inicia de oficio cuando se tenga conocimiento de una situación de posible acoso psicológico en el trabajo o a partir de la presentación de un escrito aportado por el trabajador presuntamente acosado o por otro trabajador con el consentimiento escrito del presunto trabajador acosado, y cuyo modelo se incluye en el anexo I".



distintos del acosado. De hecho, en algunos protocolos se exige el consentimiento expreso de la persona presuntamente acosada para iniciar las actuaciones en caso de que la denuncia, comunicación o solicitud la presente otra de las legitimadas<sup>29</sup>.

La delimitación taxativa de los sujetos legitimados para presentar ese escrito inicial y la falta de previsión, en la casi totalidad de los casos, de inicio por propia iniciativa del órgano permiten excluir la legitimación de personas distintas de las expresamente indicadas en el protocolo. Por otro lado, la configuración del escrito inicial como denuncia condicionante no implica que se trate de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, ya que la presentación de la denuncia, comunicación o solicitud no obliga a dar inicio a las actuaciones, tan solo a adoptar una decisión sobre su admisión a trámite.

Se trata, por otra parte, de un procedimiento no excluyente, ya que, si bien procede su aplicación en caso de que se inste por alguno de los sujetos legitimados (de ahí que se admita la impugnación del archivo de la denuncia), no obsta a que se acuda a otras vías administrativas o judiciales<sup>30</sup>.

La propia naturaleza jurídica del procedimiento es compleja. Su articulación a través de un protocolo y su carácter previo al eventual inicio de procedimientos disciplinarios o de remisión de actuaciones al orden

---

<sup>29</sup> Así, Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

<sup>30</sup> Dispone el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado que "la aplicación de este protocolo no deberá impedir en ningún caso la utilización, paralela o posterior, por parte de las personas implicadas, de las acciones administrativas o judiciales previstas en la Ley".



penal, así como la circunstancia de su finalización por medio de un informe lo singularizan y alejan de la noción clásica de procedimiento administrativo<sup>31</sup>. En este sentido, la actuación administrativa con la que presenta claras semejanzas es la información reservada, que se ha identificado por la jurisprudencia como una actividad previa al procedimiento administrativo en sí pero con carácter procedimental sui generis<sup>32</sup>. Estas

---

<sup>31</sup>En este sentido, razona la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio, que: "Ante todo, ha de ponerse de relieve la dificultad de asimilar a un procedimiento administrativo propiamente dicho la tramitación de la primera fase del protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado acordado en la Mesa General de la Negociación, que comprende la recopilación de información y la emisión del informe de valoración inicial; tampoco tiene parangón con el procedimiento disciplinario, pese a que la tramitación del protocolo puede dar lugar a su incoación cuando del referido informe se deduzca con claridad la existencia de acoso laboral, como aquí ocurrió. Pese a todo, su conexión se encuentra más bien con las materias de prevención de riesgos laborales y con la inspección de servicios".

<sup>32</sup> No en vano, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2017, se califican de "diligencias informativas" las averiguaciones realizadas en el marco de la Resolución de 15 de marzo de 2013, del Secretario General de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por la que se aprueba el protocolo de actuación frente al acoso laboral. Y en la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 116/2016, de 24 de febrero, se establece una suerte de relación entre ambos tipos de actuación.

Se afirma rotundamente en GALLARDO CASTILLO, M.J., Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p.186, que "es de toda lógica considerar que estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento". En ZABALA GUADALUPE, J.J. (director), Manual sobre responsabilidad disciplinaria del



peculiaridades ocasionan que, al igual que sucede con la información reservada o las actuaciones previas (artículo 55 LPACAP), no resulte aplicable el régimen del procedimiento administrativo como tal, pero deba acudirse analógicamente a éste o, al menos, inspirarse en sus principios, así como en los propios de los derechos fundamentales para dar respuesta a los conflictos que los intereses en juego suscitan.

Con carácter general, en los procedimientos de actuación que establecen los protocolos es posible distinguir tres fases:

1ª) Iniciación: comprende la presentación de un escrito por alguno de los sujetos a los que los protocolos reconocen legitimación para ello, y la valoración inicial del caso. Concluye con la emisión de un informe de valoración inicial, a la vista del cual el órgano competente adopta alguna de las siguientes decisiones:

a) Archivo de la denuncia, comunicación o solicitud de intervención.

b) Propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se aprecia la comisión de una falta disciplinaria distinta del acoso laboral.

c) Orden de inicio del procedimiento disciplinario, si se aprecian indicios claros de mobbing.

d) Adopción de las medidas que se estimen pertinentes, si se trata de un conflicto interpersonal.

---

personal al servicio de las Administraciones Públicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.265 y 266, se caracteriza como "un procedimiento accesorio y previo al disciplinario, de manera que, sin perjuicio de que se le pueda dotar de una unidad formal, no puede configurarse como un procedimiento independiente en sí mismo ya que, en todo caso, su finalidad es la determinación de la conveniencia o no de abrir el correspondiente procedimiento administrativo".



e) Continuación del procedimiento, si no existen suficientes indicios de la existencia de una situación de acoso psicológico en el trabajo.

2ª) Investigación: con intervención de los afectados, realización de entrevistas y obtención de toda la información que se considere relevante. Concluye con la emisión de un informe de valoración final, que recoge las conclusiones de la investigación e incorpora la documentación recabada durante la misma, lo que conforma el expediente.

3ª) Resolución: a la vista del mencionado informe de valoración final, el órgano competente toma alguna de las siguientes decisiones:

i) Archivo de la denuncia, comunicación o solicitud de intervención, si no se aprecia la existencia de acoso moral en el trabajo.

ii) Propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se entiende cometida una falta disciplinaria distinta del acoso laboral.

iii) Orden o propuesta de inicio del procedimiento disciplinario, si se observan indicios claros de mobbing.

iv) Remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal, si se estima la posible existencia de delito.

Son múltiples las cuestiones que plantea el procedimiento descrito.

En primer lugar, la posibilidad de impugnar los distintos actos que se prevén en el curso del procedimiento. Nada se dice generalmente al respecto en los protocolos y han sido los tribunales los que se han pronunciado en relación con algunos de ellos.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup>La excepción viene dada por el Protocolo general de prevención y actuación frente a todos los tipos de acoso en el



Por lo que se refiere al archivo de la denuncia, se ha acudido a la jurisprudencia, ya referida, que admite la impugnación del archivo de denuncias o del procedimiento respecto del procedimiento disciplinario para extender el razonamiento que lo fundamenta al procedimiento previsto en los protocolos<sup>34</sup>. Así se ha hecho con la inadmisión a trámite de la denuncia tras la identificable como primera fase en el esquema detallado<sup>35</sup>. Con un alcance más amplio, cabe predicar idéntica impugnabilidad de todos aquellos actos que comprometan intereses legítimos que justifiquen la admisión del recurso administrativo o judicial para su efectividad, sin que obste a ello el hecho de que se identifique el "acto" como informe.

Ahora bien, además de la legitimación del recurrente, es preciso que el contenido del acto sea decisorio y no meramente propositivo o valorativo. La impugnabilidad de la inadmisión a trámite o archivo de la denuncia, comunicación o solicitud en cualquiera de los momentos en que ésta se produzca se justifica porque pone fin al

---

trabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que establece que "todas las resoluciones a que se refiere este procedimiento indicarán el tipo de reclamación o recurso que procede contra ellas y el plazo para interponerlo".

<sup>34</sup>Debe destacarse la diferencia que presenta el procedimiento de violencia interna en comparación con la información reservada, a que se ha hecho referencia anteriormente, ya que el procedimiento aparece como debido cuando concurren indicios de acoso, en tanto la información reservada es puramente potestativa.

<sup>35</sup> SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2017.



procedimiento. De igual modo, la adopción de medidas, en cuanto suponga la efectiva aplicación y no la mera propuesta, debe ser susceptible de recurso, incluso de ser provisionales. Este planteamiento hace aceptable el recurso cuando éste se dirige a cuestionar la decisión final del procedimiento aunque tenga un contenido aparentemente propositivo (caso de acuerdo en que se proponen medidas preventivas o la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal). Sin perjuicio de que la propuesta del órgano no es vinculante para el que la recibe, debe admitirse la impugnación por el interesado de la decisión adoptada por el órgano, aunque sea propositiva respecto de un tercero destinatario de la propuesta acordada en el acto que pone fin al procedimiento previsto en el protocolo. El interesado no solo tiene interés legítimo en que se adopte una u otra decisión, sino que la propuesta adoptada supone en cuanto tal una decisión (se opta por esa propuesta y no por otra medida) cuyo cuestionamiento debe admitirse. Otra cuestión controvertida es la relativa al acceso al expediente. Es nota común en los protocolos prever la confidencialidad de la información obtenida, en coherencia no solo con la preservación de la intimidad y los datos de carácter personal, sino también con la pretensión del procedimiento de contribuir a resolver y no agravar o generar conflictos<sup>36</sup>. En atención a ello, es

---

<sup>36</sup>Así, el Procedimiento de prevención, detección y actuación frente a situaciones de acoso entre trabajadores del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha dispone que "Las personas que intervengan en el procedimiento tienen obligación de guardar una estricta confidencialidad y reserva y no deben transmitir ni divulgar información sobre el contenido de las comunicaciones de presunto acoso presentadas o en proceso de investigación.

Toda la documentación de estos procedimientos se custodiará por la Dirección Gerencia y gozará de idéntica protección que cualquier otra referente a la salud de las personas".



posible aplicar un régimen similar a los supuestos en que el acceso se formula durante la tramitación del procedimiento y aquellos en que tiene lugar una vez concluido éste, en que la petición es incardinable en el régimen de acceso a la información pública<sup>37</sup>. Al igual que sucede en el marco del procedimiento administrativo, es posible acudir a la ponderación con los límites que enuncia el artículo 14 LTBG para, siempre mediante resolución motivada, excluir el acceso a la

---

<sup>37</sup> Establece la disposición adicional primera.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG en lo sucesivo), que "La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo".

Acerca del acceso al expediente, ÁLVAREZ LOSA, C. Y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº. 57, enero/diciembre 2015, pp.13-44.

Bien que en relación con una información reservada, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 983/2008, de 17 de abril, afirma que "aunque se entienda que el presente no es un procedimiento en sentido estricto por no tener prevista para su tramitación una concreta regulación procesal de sus trámites y fases, ello no es obstáculo para que le sean de aplicación los artículos 105 b) de la Constitución y en el art.37 de la Ley 30/92 en los que el acceso a archivos y registros se extiende con carácter general a los registros y documentos que formando parte de un expediente obren en poder de la Administración cualquiera que sea su forma de expresión, no habiendo sido intención del legislador introducir la limitación alegada por la parte".



información o, en su caso, facilitarla parcialmente (artículo 16 LTBG)<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup>Al respecto, la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 426/2016, de 6 de julio, argumenta que: "De acuerdo con las previsiones del protocolo, el proceso de recopilación de la información, que puede comprender la entrevista de los afectados y de testigos, ha de estar presidido, entre otros, por los principios de confidencialidad y sigilo (...) Casi con seguridad por la finalidad preventiva de las conductas de acoso, también para evitar presiones o represalias, en la primera fase del protocolo se exige a los intervinientes una especial obligación de confidencialidad y reserva. De hecho, a las personas entrevistadas, como ya se ha notado, se les informó del carácter confidencial de las reuniones, lo que constituye una de las garantías de las actuaciones; y no cambian las cosas porque en este caso las entrevistas fueron documentadas por las actuantes e incorporadas a las actuaciones, lo que, desde luego, no resultaba exigible. A este respecto es importante notar que el protocolo utiliza a propósito la expresión "entrevista", referido a las conversaciones y reuniones como término bien distinto al de "declaración".

Sea como fuere, del régimen aplicable resulta que la excepción a la denegación al acceso a determinados documentos ha de hacerse de forma motivada y por las razones taxativas dispuestas en la ley, entre ellas, por la presencia de intereses de terceros más dignos de protección, y sin olvidar que la protección del derecho de acceso ha de hacerse, sobre todo, desde la perspectiva de que no se produzca indefensión [cfr. auto del Tribunal Supremo 13/7/06 (recurso de casación 47/2006)].

En orden a la motivación de la denegación, esta se encuentra expresada en la resolución recurrida, en la que se muestra que se limita el ejercicio del derecho de acceso suprimiendo exclusivamente aquellos datos no relevantes que afectan a la intimidad de terceros por estar relacionados con la salud como también la de ciertos párrafos o comentarios que recogen opiniones personales o juicios de valor manifestados por



En relación con lo anterior, los protocolos no detallan exhaustivamente las actuaciones que deben desarrollarse en el marco de la investigación de los hechos denunciados, aunque sí algunos de los contenidos o informaciones que deben recabarse. Se prevé en todo caso la información a las partes implicadas con carácter general, así como, con salvedades vinculadas a la protección de la intimidad, a órganos como el Comité de Seguridad y Salud<sup>39</sup>. Más allá de las previsiones del protocolo correspondiente, que

---

terceros, todo ello sin menoscabo del derecho de defensa del recurrente.

Es una obviedad que para poder comprobar la relevancia, interés, trascendencia y afectación de intereses protegidos por la información denegada sería preciso conocer su contenido, pero se convendrá también que ello constituye un razonamiento circular, como la pescadilla que se muerde la cola, y supondría despojar la protección que demanda la práctica de las indagaciones previas como, sobre todo, privar de virtualidad alguna a la excepción de acceso a la información prevista en el artículo 37.4 de la Ley 30/1992, cuando existe compromiso de intereses de terceros más dignos de protección.

En esa tesitura, bajo el presupuesto de que las informaciones obtenidas en la fase inicial del protocolo a través de entrevistas son confidenciales, al tiempo que no hay base alguna para afirmar que hayan sido utilizadas en el ulterior procedimiento disciplinario, sería el recurrente a quien correspondería ofrecer algún indicio o dato de la relevancia de la información. De este modo, era carga de la parte que reclama la entrega de la documentación argumentar que la decisión administrativa disciplinaria requería del examen de la documentación de las entrevistas (o de su traslado al informe)".

<sup>39</sup> Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.



necesariamente deben respetarse y cumplirse, el ámbito de decisión del órgano competente y la intervención de los implicados deben estar presididos por la lógica que se aplica a la información reservada, esto es, el que, al no tratarse de un procedimiento administrativo en sentido estricto, debe reconocerse un amplio margen de discrecionalidad al tramitador<sup>40</sup>. Ahora bien, frente a lo que se ha sostenido respecto de la información reservada, se hace preciso garantizar la participación de los implicados (aunque sea en forma de entrevista), pero sin desplegar en toda su amplitud el derecho de defensa propio de los procedimientos formales, condición que no concurre en estos supuestos<sup>41</sup>.

## **2.5 Valoración del papel de los protocolos.**

---

<sup>40</sup> En este sentido, en la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 116/2016, de 24 de febrero, bien que respecto de una información reservada, se estima que lo procedente es "la incorporación de los informes y pruebas oportunas, la audiencia de todos los interesados y la culminación con la resolución efectiva oportuna".

<sup>41</sup> Son múltiples las sentencias que excluyen la necesidad de dar intervención al interesado, caso de la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2011, lo que tiene sentido dado el carácter preliminar de la información reservada, pero no se acomoda al procedimiento al que nos referimos, dirigido no sólo al esclarecimiento de los hechos, sino también a la adopción de medidas de protección. Por otra parte, aunque la STC 142/2009, de 15 de junio, considera aplicables a la información reservada los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, no es menos cierto que afirma igualmente que "no nos encontramos ante el imputado en un proceso penal, sino ante una comparecencia en una información reservada, lo que impide la traslación mecánica y acrítica de las garantías y conceptos propios del orden penal, pues la amplitud de las garantías del art. 24 CE en uno y otro contexto no puede ser la misma".



Como conclusión a lo anteriormente expuesto y en conexión con la aproximación inicial a la reacción al acoso, debe insistirse una vez más en la importancia de la implantación de dichos protocolos en el ámbito de las Administraciones Públicas. Uno de los riesgos principales que plantea el acoso laboral es la falta de respuesta adecuada por la organización en que prestan servicios el supuesto acosador o acosadores y acosado o acosados. Pero no solo es problemática la falta de respuesta, sino también el que ésta se sujete a una multiplicidad de posibles vías llamadas a generar inseguridad a la presunta víctima y a quienes pueden padecer una imputación infundada de práctica de acoso. Por ello, resulta imprescindible que se proporcione un tratamiento unitario que permita reconducir las denuncias, comunicaciones o solicitudes de intervención y canalizarlas en un procedimiento sencillo que sirva para esclarecer los hechos y determinar ulteriores actuaciones, así como para garantizar la protección necesaria desde los primeros momentos. Ello sin perjuicio de que pueda acudir a otras vías, incluso, de manera simultánea.

Precisamente por lo expuesto resulta preciso ahondar en la regulación del procedimiento. Hasta el momento, los procedimientos de violencia interna se han configurado sobre la base de protocolos a los que no cabe atribuir la condición de normas reglamentarias y de procedimientos no identificables como procedimientos administrativos stricto sensu. Ello motiva, por una parte, un excesivo peso de la instrucción interna en la delimitación de actuaciones que implican importantes intereses (intimidad, protección de datos, etc.) y la carencia de un régimen supletorio claro que permita integrar las lagunas. Así lo evidencia tanto la dificultad de los tribunales para identificar la naturaleza del



procedimiento y el carácter casuístico de las soluciones por ellos ofrecidas, como la diversidad de contenidos en los protocolos en relación con cuestiones clave como el régimen de recursos. Al igual que sucede con otras actuaciones al margen del procedimiento administrativo en sentido estricto, se hace precisa una regulación que, sin atribuir tal condición a tales procedimientos, unifique los aspectos esenciales con rango normativo y permita clarificar el alcance de derechos como el de audiencia<sup>42</sup>.

### **3. Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.**

El objeto del presente epígrafe es abordar la articulación del acoso laboral en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

#### **3.1. Marco y alcance de la responsabilidad patrimonial en supuestos de acoso laboral.**

Consecuencia frecuente del acoso laboral en el seno de la Administración es la reclamación de responsabilidad patrimonial al amparo de la LRJSP.

Es preciso advertir, en línea con lo anteriormente indicado, que la responsabilidad patrimonial contemplada en dicha norma y de que se ocupa el artículo 2 e) LJCA no se extiende a la responsabilidad

---

<sup>42</sup> En este sentido, en RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 48, mayo 2019, p.36, se reclama una "normativa específica sobre acoso laboral".



vinculada a la prevención de riesgos laborales<sup>43</sup>. Siempre que la reclamación de daños y perjuicios derivados del acoso laboral sufrido lo sea con fundamento en la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales el orden competente será el social, sin que a ello obste el artículo 2 e) LJCA, ya que el 3 a) de la misma ley dispone que "No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública"<sup>44</sup>. Ahora bien, para que así sea es preciso que la pretensión se formule con el exclusivo fundamento de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales, ya que si existe otro fundamento, caso de la vulneración de derechos fundamentales, el orden social deviene incompetente en el caso de personal funcionario o estatutario de los Servicios de Salud<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup>Dispone el artículo 2.e) LJCA que "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".

Acerca de esta cuestión, bien que previamente a la jurisprudencia que seguidamente citaremos, DOGANOC DE LEÓN, M., "Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", Actualidad Administrativa, n.º 9, septiembre 2017, edición digital.

<sup>44</sup> La competencia del orden jurisdiccional social en un supuesto como el enunciado se declara en la STS, Sala de lo Social, 903/2018, de 11 de octubre.

<sup>45</sup> STS, Sala de lo Social, 544/2018, de 17 de mayo.



Aclarado lo anterior, es posible apoyar la responsabilidad patrimonial derivada del acoso en el artículo 36 LRJSP<sup>46</sup>. Si bien la fuente del perjuicio causado por el empleado reclamante se localiza en la autoridad o empleado/s que someten al reclamante al tratamiento degradante o vejatorio, la acción se dirige contra la Administración en que se integran los autores del acoso, la cual, en caso de que efectivamente se aprecie responsabilidad patrimonial por tales hechos, deberá repetir contra los causantes del perjuicio en atención a los criterios que marca la ley.

Deben destacarse varias cuestiones:

La responsabilidad por actos de un tercero no es, desde luego, novedosa ni exclusiva del ámbito organizativo-administrativo<sup>47</sup>. Concorre, sin embargo, una circunstancia que cualifica el régimen de responsabilidad

---

<sup>46</sup> A tenor de dicho precepto:

"1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso".

<sup>47</sup> Basta pensar en el artículo 1903 del Código Civil (CC en adelante).



de que nos ocupamos y que lo diferencia netamente del civil: el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. A diferencia de lo que sucede en el artículo 1903 CC ("La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"), en el artículo 36 LRJSP no se prevé la exoneración de la Administración con fundamento en la prueba de que adoptó las medidas idóneas para prevenir el hecho causante del perjuicio (el acoso, en este caso). Ello se debe a que la responsabilidad de la Administración no se construye sobre la base de la culpa ni se achaca a la organización del ente público, sino que se predica de una conducta ajena que se imputa con carácter objetivo a la Administración en que se integra el sujeto causante, esto es, se adopta un criterio organicista.

Entendido como antecede, ello condiciona decisivamente la línea de defensa. La Administración a la que se imputa responsabilidad por la conducta de la autoridad o empleado supuestamente autor de acoso puede tratar de acreditar la inexistencia de daño efectivo o de relación causa-efecto entre el daño y la actuación de sus sujetos dependientes, pero no le es dable intentar exonerarse con apoyo en que el responsable es el empleado público autor del acoso y que por lo que respecta al ente se aplicaron todas las medidas idóneas para evitar el acoso. La conducta del empleado o empleados se atribuye directamente a la Administración de forma comparable a la que se realiza de la actuación de sus órganos administrativos y, por ello, de modo que no cabe diferenciar una responsabilidad del empleado por el acoso y otra de la Administración por culpa in vigilando o defecto organizativo (como se plantea en la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sino que la responsabilidad es una: la de la Administración



manifestada en el comportamiento de su autoridad o empleado, sin perjuicio de que en un segundo estadio repita.

La responsabilidad es vicaria, pues Administración (persona jurídica) y autoridad o empleado (personas naturales) son sujetos distintos con personalidad jurídica propia, pero se presenta en la práctica como una responsabilidad propia de la primera, lo que plantea problemas de especial relevancia a que seguidamente nos referiremos. A tal punto llega la identificación de la conducta del empleado como conducta de la Administración que el artículo 36 LRJSP, precisamente porque no contempla, al menos desde la óptica del reclamante, dos responsabilidades distintas, obliga al perjudicado a dirigir su reclamación necesariamente a la Administración ("exigirán directamente a la Administración Pública"), sin que le sea posible reclamar a la autoridad o empleado en exclusiva o conjuntamente con la Administración en que se integra<sup>48</sup>. Ello diferencia sustancialmente este régimen respecto del civil y penal, en que la reclamación de responsabilidad se dirige contra todos los responsables, en atención a sus respectivos títulos de imputación<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Al respecto, RECUERDA GIRELA, M.A. (director), Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, pp.1193 y ss.

<sup>49</sup> Ahonda en la idea que se plantea el hecho de que parte de la doctrina haya mantenido que la responsabilidad civil de la Administración derivada de delito (prevista como subsidiaria en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, CP en adelante) es coincidente con la responsabilidad patrimonial de la Administración, CASINO RUBIO, M., Responsabilidad civil de la Administración y delito, Marcial Pons, Madrid 1998, pp.232 y ss.



De hecho, ni siquiera es necesario que queden perfectamente identificadas las personas naturales causantes del perjuicio. Al no dirigirse la responsabilidad contra esas personas sino contra la Administración, que está identificada, por actos de esas personas, basta con acreditar la realización de actuaciones constitutivas de acoso, con independencia de que concrete exactamente el autor de cada una.

Puede, sin embargo, identificarse un título de imputación de la Administración autónomo y distinto de la atribución de los hechos del causante del acoso y consistente en la omisión de su deber de vigilancia, defecto organizativo o tolerancia<sup>50</sup>. En este caso el fundamento legal no se hallaría en el artículo 36 LRJSP, sino en el general del artículo 32.1 LRJSP<sup>51</sup>. Al apoyarse el título de imputación no en los hechos realizados por la autoridad o empleado público, sí cabría exonerar de responsabilidad a la Administración a través de la prueba de que no se ha omitido la diligencia exigible y que se han adoptado las medidas preventivas idóneas, sin perjuicio de que efectivamente haya podido producirse acoso, lo cual

---

<sup>50</sup> Así, en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre, se relaciona con el conocimiento por la Administración de la situación de acoso sin que se adoptaran medidas eficaces tendentes a ponerle fin.

<sup>51</sup> De acuerdo con el cual: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".



añade una vía de defensa, también referida a la inexistencia de antijuridicidad, a la refutación de la concurrencia de actos de acoso por la autoridad o empleado público.

A este respecto, se ha afirmado que la relación de causalidad exigible viene determinada por la aceptación por la Administración de la existencia de acoso laboral y que no cabe atribuirle responsabilidad si ha mostrado una "diligencia irreprochable" en el tratamiento de esta cuestión<sup>52</sup>. Aunque se entiende el sentido último de esta argumentación (evitar la "directa atribución de responsabilidad a la Administración por el mero hecho de que agresor y agredido presten servicios para ella"), la construcción dogmática se antoja inadecuada<sup>53</sup>. Si el

---

<sup>52</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.Ma., "El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración", Revista Jurídica de Castilla y León, nº. 38, enero 2016, p.30.

<sup>53</sup> 53 *Ibídem*.

No desconocemos la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de febrero de 2012, que razona que "En cambio, tratándose de una omisión, no es suficiente una pura conexión lógica para restablecer la relación de causalidad: si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada por evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión; en el supuesto de comportamiento omisivo no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, pues esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración; y este dato que permite hacer



apoyo de la responsabilidad patrimonial radica en la pasividad o defectuosa organización de la Administración (autorresponsabilidad), la observancia de la diligencia exigible no elimina el nexo de causalidad entre la práctica de acoso y la actuación administrativa, sino que supone la inexistencia de título de imputación, de funcionamiento de la Administración al que reprochar el daño<sup>54</sup>. Y si el fundamento se localiza en la atribución de los perjuicios causados por sus autoridades o empleados (responsabilidad vicaria), la diligencia irreprochable no se presenta, a diferencia de lo que sucede con la actuación de la autoridad o empleado en el marco de la organización y funcionamiento de la Administración, como condición de atribución, sino, al igual que sucede en la responsabilidad penal de las personas jurídicas o civil, como eventual eximente o atenuante<sup>55</sup>. El problema es, como ya se ha planteado, que la LRJSP, a diferencia del CC y del CP en el caso de las personas jurídicas, no contempla ese supuesto exonerante y que la configuración del régimen de responsabilidad

---

la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar". (SSTS de 31 de marzo de 2014, rec. 3021/2011, FJ 3, y de 2 de junio de 2014, rec. 5112/2011, FJ 2)»". Sin embargo, a pesar de que la Sentencia alude a la relación de causalidad, entendemos, por lo que se expone seguidamente, que no se trata de causalidad, sino de título de imputación.

<sup>54</sup> En este sentido, en GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2012 (6ª edición), pp.449 y ss, se identifica como actuación determinante del daño la "no adopción de las medidas adecuadas".

<sup>55</sup> Acerca de los sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2012, pp.5 y ss.



(reclamación directa a la Administración sin posibilidad de dirigirse contra la autoridad o funcionario salvo en los casos de responsabilidad penal) refuerza su ausencia<sup>56</sup>. De hecho, si el título de imputación se sitúa en el defecto organizativo o pasividad de la Administración y no en la responsabilidad vicarial el modelo legislativo se revela especialmente inadecuado, ya que la existencia de diligencia exigible exoneraría de responsabilidad a la

---

<sup>56</sup>Al respecto, se afirma en LÓPEZ GÓMEZ, A., "La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Un caso real sucedido en el ámbito disciplinario de los funcionarios de la administración local", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 24, quincena del 30 de diciembre de 2015 al 14 de enero de 2016, edición digital, que "La responsabilidad administrativa se configura teóricamente como una responsabilidad objetiva, en cuyo nacimiento debe estar presente en cualquier caso una actuación o una omisión de la Administración pública. En la práctica, por el contrario, la jurisprudencia exige en ocasiones la existencia de alguna clase de culpa o negligencia, desvirtuando de esta forma la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa y requiriendo un plus de elementos que la normativa aplicable no contempla, de lo que se deriva una serie de pronunciamientos de injusto contenido, pues exoneran a la Administración, en perjuicio del afectado, del deber de indemnizar el daño causado, con base en la falta de concurrencia de esa culpa o negligencia no exigida por el legislador".

Merece la pena destacar la cuasi-objetividad con que opera la responsabilidad civil por delito del 120 CP, precisamente por omisión de circunstancias eximentes o moderadoras frente a la previsión del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (nótese que el precepto se refiere al no favorecimiento con dolo o negligencia, lo que apunta no a la no atribución de la conducta del menor sino a la moderación de la responsabilidad consiguiente).



Administración e impediría que los agraviados sean indemnizados, ya que no existe posibilidad de accionar directamente contra ellos, pues la repetición, que corresponde a la Administración, está supeditada a la apreciación de responsabilidad de la Administración. Otro tanto sucede si la responsabilidad es vicarial y se permite que la diligencia exigible actúe como eximente. La "autorresponsabilidad" de la Administración con apoyo en su pasividad o defectuosa organización no evita, sin embargo, que la apreciación de responsabilidad por parte de ésta deba contar con un anclaje en actos u omisiones constitutivas de acoso. Dado que la responsabilidad patrimonial de la Administración exige como uno de sus requisitos la efectividad del daño (artículo 32.2 LRJSP), no cabe configurar la omisión de la diligencia exigible de manera abstracta, sino que debe concretarse en perjuicios causados a unos particulares determinados, lo cual reclama la concurrencia de acoso contra éstos. Por lo tanto, ya se acuda al artículo 36 LRJSP o al 32 de la misma norma, es condición inexcusable para establecer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que se concluya que el perjudicado ha padecido acoso a manos de autoridades o empleados de la Administración contra la que dirige su reclamación.

La perspectiva desde la que se aborda el acoso por autoridades o empleados es distinta en función de que la responsabilidad se residence en el artículo 32 o en el 36 LRJSP, pero en ambos casos el análisis es "prejudicial" respecto de la responsabilidad de la Administración. Ya se achaque directamente la responsabilidad por los actos de sus autoridades o empleados (artículo 36) o se reproche la pasividad o defectuosa organización (artículo 32), el objeto del procedimiento no es declarar la existencia de acoso por parte de unas personas naturales determinadas, sino la eventual responsabilidad de la



Administración. Ciertamente en el primer caso la evaluación de la existencia o no de acoso se presenta más directamente relacionada con la cuestión controvertida, pero, tanto desde un prisma como otro, sin la constatación de acoso, no hay responsabilidad de la Administración y sólo a partir de esa advertencia procederá examinar si concurren circunstancias (diligencia exigible) que eximan a la Administración, bien porque no concurre el título de imputación (artículo 32), bien porque opere como atenuante o eximente (artículo 36), si así se previera normativamente. Pero el examen es "prejudicial", lo que es sumamente trascendente.

### **3.2. Delimitación de los interesados.**

El hecho de que la reclamación se dirige contra la Administración para reprocharle su responsabilidad patrimonial y exigirle la reparación procedente ha condicionado la identificación de los interesados en el procedimiento. Concretamente, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre esta cuestión (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2016, de 1 de febrero), ha negado que concorra interés legítimo en la persona natural a la que se atribuye el acoso que lo habilite para personarse como interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al entender que "la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica". El razonamiento del Alto Tribunal cuenta con claro apoyo en la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración que, como señala, ha pretendido centralizar las reclamaciones de indemnización dirigidas contra la Administración. Mas es justamente esa configuración la que evidencia las carencias y problemas que suscita en supuestos en que



la persona o personas naturales a las que se atribuye el acoso están perfectamente identificadas.

Cuando la reclamación se fundamenta en la existencia de acoso pero el autor o autores (personas naturales) no están identificados (lo que no es necesario, como también advierte el Tribunal Constitucional), el régimen establecido no plantea problemas y cumple su misión: reparar (indemnizar, en definitiva) el daño padecido por un empleado de que debe responder la Administración, bien sea porque se le atribuyen directamente los actos de las autoridades o empleados (al margen de que no se haya identificado a éstos), bien sea por su pasividad o defectuosa organización. Al no haberse identificado a las personas naturales, no habrá lugar a la repetición prevista en el artículo 36.2 LRJSP, por lo que la depuración de la responsabilidad empieza y termina con la sustanciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La situación es muy distinta cuando sí se identifica a la persona o persona naturales a las que se atribuye el acoso. A dichas personas no se les permite personarse como interesados porque la reclamación no se dirige contra ellos, sino contra la Administración, de modo que los únicos interesados son el particular perjudicado y la Administración a la que se exige la reparación. Y ciertamente, en apariencia, la resolución que se dicte no afecta a la esfera jurídica del supuesto acosador, ya que ni se le puede condenar a indemnizar ni, en general, puede contener pronunciamiento dispositivo relativo a esa persona. Mas una conclusión como ésta resulta demasiado limitada en el análisis de la situación planteada.

La apreciación de la existencia de acoso es prejudicial, como advierte el Tribunal Constitucional, que precisamente por ello se preocupa de destacar que las



afirmaciones de la resultancia fáctica referidas a la responsabilidad subjetiva de autoridades o personal de la Administración no pueden acarrear un efecto positivo de cosa juzgada material, lo cual es completamente coherente con el objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial, que es la responsabilidad de la Administración, no de sus autoridades o empleados. Pero es imposible obviar la relevancia que presenta la determinación de acoso por parte de personas naturales, pues es condición inexcusable para advertir la de la Administración<sup>57</sup>. De hecho, es una cuestión que necesariamente debe abordarse como presupuesto del establecimiento de la responsabilidad de la

---

<sup>57</sup>En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH en lo sucesivo) de 6 de noviembre de 2018, asunto Vicente del Campo c. España, que "El Tribunal admite que el procedimiento de responsabilidad contra la administración pública contaba con características específicas que deben ser tenidas en cuenta. A pesar de ello, este Tribunal señala que el Tribunal Superior de Justicia no se limitó en su razonamiento a declarar la responsabilidad objetiva de la administración pública ni a concluir que la situación sufrida por la colega del demandante había constituido acoso laboral o que las autoridades educativas, a pesar de ser conscientes de la situación, no habían tomado medidas efectivas para prevenirla o ponerle fin. Fue más allá al afirmar que la conducta del demandante había supuesto un acoso psicológico reiterado. El Tribunal Superior de Justicia alcanzó dichas conclusiones mediante un análisis exhaustivo de los hechos y de las pruebas disponibles que identificaban al demandante indicando su nombre completo y otros datos relevantes".

Al respecto, CHAVES GARCÍA, J.R., "Estrasburgo cuestiona las garantías de los acosadores en las sentencias estimatorias de responsabilidad patrimonial", <https://delajusticia.com/2019/06/18/estrasburgo-cuestiona-las-garantias-de-los-acosadores-en-las-sentencias-estimatorias-de-responsabilidad-patrimonial/>



Administración, hasta el punto de que, si se concluye que no hubo acoso, no podrá declararse la responsabilidad de ésta. Esta prejudicialidad tan acusada se manifiesta igualmente con posterioridad, pues, si se aprecia acoso, el que se le niegue efecto de cosa juzgada material no evita el problema que plantea la existencia de una resolución administrativa en que, bien que con carácter prejudicial, se afirma su concurrencia y que expone a la censura extrajudicial a quien se ha visto señalado como acosador en ese procedimiento, así como que eventualmente existan dos resoluciones (la del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y la del ulterior de repetición contra la autoridad o funcionario) con fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes<sup>58</sup>.

Es cierto que esta problemática es común a todo supuesto en que existen pronunciamientos prejudiciales, mas no debe desdeñarse que la construcción del régimen de prejudicialidad está vinculada y condicionada por la trascendencia de la cuestión sujeta a esa valoración prejudicial; de ahí la diferencia entre prejudicialidad

---

<sup>58</sup> Señala la STEDH citada que "Además, este Tribunal señala que la descripción anterior respecto a la conducta del demandante en una sentencia autorizada probablemente tendría gran trascendencia por la manera en que se le estigmatizaba y podía afectar significativamente su situación personal y profesional, así como su honor y reputación. De hecho, el propio Tribunal Superior de Justicia reconoció en su auto de 2 de marzo de 2012 (véase el párrafo 13 supra) que en este tipo de procedimientos los funcionarios afectados eran identificables, su honor e integridad moral podían verse afectados, y que las decisiones administrativas o judiciales podían ser objeto de cobertura mediática".



suspensiva o no. Y en un caso como el examinado, en que la determinación de la existencia de acoso por personas concretas es tan marcadamente integrante (objeto principal) del ulterior procedimiento, resulta razonable demandar la sustanciación previa del de responsabilidad subjetiva previamente al examen de la objetiva de la Administración, al modo de lo que sucede de ser los hechos cometidos aparentemente constitutivos de delito.

El modelo que se sigue, sin embargo, no sólo no contempla la suspensión por prejudicialidad de la responsabilidad subjetiva de la autoridad o empleado público, sino que lo impide, ya que no existe la posibilidad de ejercitar acción directa contra esa autoridad o empleado (la reclamación debe dirigirse directamente contra la Administración) y es sólo la Administración, y únicamente para el caso de que se haya declarado su responsabilidad, la que puede proceder contra la autoridad o funcionario, una vez se ha decidido prejudicialmente sobre su responsabilidad. En su afán de dar una tramitación unitaria a la responsabilidad patrimonial de la Administración, se ha impedido la tramitación previa o simultánea de un procedimiento contra la autoridad o funcionario y se ha generado una situación de indefensión que, no obstante ser inexistente, en apariencia, a la luz del objeto del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo es de facto por las implicaciones o repercusión de éste en lo relativo a la responsabilidad subjetiva del empleado al que se identifica como acosador.

Ante un panorama como el expuesto, se plantean dos posibles vías para permitir que las autoridades o empleados identificados como supuestos acosadores puedan hacer valer sus alegaciones y medios de prueba



antes de que se produzca una resolución administrativa y eventualmente judicial que, aunque sea prejudicialmente, les atribuya una conducta constitutiva de acoso.

Podría efectuarse una interpretación extensiva del interés legítimo y extenderlo, siempre en caso de que la reclamación de responsabilidad se funde en la actuación de autoridades o empleados identificados, a dichas personas, de forma que, con apoyo en la legitimación fundada en tal interés, puedan comparecer en el procedimiento y ejercitar los derechos aparejados a esa condición. Se trata, sin embargo, de una solución inapropiada, ya que supone desnaturalizar el sentido del interés legítimo, que se perfila en función de la pretensión sustanciada en el procedimiento, sea administrativo o judicial. A pesar de que la jurisprudencia no exige un interés actual, sino que basta uno futuro o potencial, no es menos cierto que la pretensión ejercitada en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se agota en dicho reconocimiento y las eventuales consecuencias posteriores son hipotéticas y no una consecuencia necesariamente derivada de la estimación de la reclamación.

La alternativa pasa por modificar el régimen normativo a fin de que la responsabilidad de la autoridad o funcionario no se determine en un procedimiento ulterior al destinado a establecer la patrimonial de la Administración sino con carácter previo o simultáneo al de ésta. Un modelo orientativo es el previsto para la exigencia de responsabilidad a los contratistas<sup>59</sup>. Dada la

---

<sup>59</sup> Dispone el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento



posible concurrencia de responsabilidad no sólo del contratista, sino también de la Administración contratante, se posibilita que ésta se pronuncie sobre a quién corresponde la responsabilidad y que dicha resolución se impugne tanto por el perjudicado como por el contratista. No deben pasarse por alto, sin embargo, las particularidades que se presentan en el caso de la responsabilidad por actos constitutivos de acoso.

El régimen de responsabilidad de la Administración contratante y del contratista se apoya en la concurrencia de distintos títulos de imputación (la ejecución, con carácter general, en el segundo, y las órdenes o vicios del proyecto en el caso de la primera), en tanto el

---

Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante):

"1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.

3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".



régimen de responsabilidad patrimonial puede presentarse como una dualidad de títulos de imputación (causación directa por el acosador y defecto de organización o pasividad en la Administración), si se acude al artículo 32 LRJSP, o como una responsabilidad de distinto tipo (objetiva para la Administración y subjetiva para la autoridad o funcionario), si se hace el 36 LRJSP. De acudirse al primero, la Administración identificaría al responsable o responsables (autoridad o funcionario en exclusiva o junto con la Administración) y distribuiría la responsabilidad en función del título de imputación. De hacerse al segundo, la Administración, responsable en principio por la totalidad del daño causado, debería concretar la atribuible a la autoridad o funcionario en atención a los criterios del régimen subjetivo que configura el artículo 36 LRJSP al ocuparse actualmente de la repetición (resultado dañoso producido, grado de culpabilidad, responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y relación con la producción del resultado dañoso).

Asimismo se distinguen en el carácter facultativo del pronunciamiento de la Administración en el caso de la responsabilidad del contratista y el carácter obligatorio que tiene para el perjudicado en el supuesto de la responsabilidad por actos de autoridades o funcionarios. No habría impedimento, sin embargo, al mantenimiento de la exigencia de formular la reclamación a la Administración, frente a la posibilidad de proceder directamente contra el contratista, pues la particularidad vendría dada por el pronunciamiento directo sobre la responsabilidad de ambos (Administración y autoridad o funcionario) y no en vía de repetición respecto de los empleados a los que se atribuya la conducta constitutiva de acoso.



Sí comparten, en cambio, la nota de especialidad que supone la presencia de una Administración Pública en la relación jurídica. En el caso de las autoridades o funcionarios éstos se integran en la Administración como conformadores de los órganos administrativos y en virtud de la relación de servicio, en tanto los contratistas se hallan sujetos a las prerrogativas de las Administraciones Públicas, y sólo de las Administraciones Públicas, que dispone el artículo 190 LCSP. Precisamente es la situación de preeminencia de la Administración la que hace factible establecer un régimen de responsabilidad en que sea la Administración la que, como ocurre en el marco de la contratación, se pronuncie sobre la existencia de responsabilidad y su atribución, sin perjuicio de que su decisión al respecto sea impugnabile por la totalidad de interesados (perjudicados y causantes del perjuicio).

### **3.3. Insuficiencia de la responsabilidad desde la óptica del acosado.**

Por otra parte, la vía de la responsabilidad patrimonial es en gran medida insatisfactoria para el perjudicado. La finalidad del procedimiento es reparar el perjuicio sufrido, lo que pasa por la compensación sustitutoria (indemnización). El alcance de la reparación es necesariamente limitada porque, por su propia naturaleza, la indemnización pretende compensar los padecimientos experimentados, mira al pasado. La "penalización" a la Administración, y eventualmente a las autoridades o empleados implicados, que comporta la determinación de responsabilidad patrimonial puede desplegar una cierta eficacia disuasoria, al revelar la existencia de acoso y desincentivar su continuidad o reiteración merced a la "amenaza" de que pueda ser nuevamente objeto de un pronunciamiento en sentido coincidente, pero, más allá de esta prevención especial,



se advierte que la resolución administrativa o judicial no puede contener pronunciamientos adicionales distintos del relativo a la indemnización y destinados a asegurar que se adopten las medidas que pongan fin o prevengan la reiteración de la conducta. No es, por tanto, cauce adecuado para amparar la víctima de acoso y garantizar que se ponga fin a la situación de hostigamiento que padece.

A lo anterior se suma también la problemática que plantea el enjuiciamiento en el marco de la responsabilidad patrimonial de una conducta caracterizada por su continuidad, el acoso.

Por una parte, no se examina la responsabilidad aparejada a la anulación de uno o varios actos administrativos (contemplada en el artículo 32.1 LJRS), sino un conglomerado de actuaciones que incluyen actuaciones reflejadas en actos administrativos y acciones u omisiones puramente materiales. Al hallarnos en el ámbito administrativo, los actos administrativos se benefician de la presunción de validez propia de éstos (artículo 39.1 LPACAP), así como de las consecuencias del acto firme y consentido que impiden cuestionar su legalidad al margen de los procedimientos de impugnación o revisión. Aplicado en todo su rigor, ello impediría analizar aquellas actuaciones que no han sido impugnadas y que, por tanto, aparecen revestidas de una apariencia de legalidad no desvirtuada a través del cauce oportuno. Y ello es relevante, por cuanto la jurisprudencia se ha mostrado opuesta al reconocimiento de responsabilidad por actuaciones no anuladas.

El problema es que la conducta determinante de la responsabilidad no se materializa en uno o varios actos concretos, sino que integra un cúmulo de actuaciones que, puntualmente consideradas, pueden ser correctas,



o al menos aparentemente correctas o lo suficiente para no justificar su impugnación, pero que en la medida en que reflejen una pauta pueden ser reveladoras de acoso por el hostigamiento que comportan<sup>60</sup>. De igual modo, se corre el riesgo de validar una conducta manifestada en distintos actos u omisiones al amparo de su falta de impugnación cuando ésta supone una exigencia demasiado onerosa (supondría reclamar del acosado que impugnara sistemáticamente todas las actuaciones aparentemente constitutivas de acoso). Para evitar esto se hace necesario arbitrar un marco de enjuiciamiento que se sustraiga a la omisión de impugnación de los actos concretos, aunque sin desdeñar el indicio que puede suponer que el supuesto acosado se haya

---

<sup>60</sup>Circunstancia que también afecta a la prescripción, como se expone en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre: "En el presente caso no podemos obviar que la acción de responsabilidad patrimonial se fundamenta en una situación de acoso laboral o mobbing y que, como luego veremos, la doctrina ha venido unánimemente considerando como uno de sus elementos característicos el temporal o de habitualidad, en el sentido de que la conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo; dicho de otro modo, aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad precisamente con la reiteración, excluyéndose por ello los hechos esporádicos. De ahí que en casos como el que ahora nos ocupa adquiera singular relevancia la teoría de la actio nata ya que la ilegitimidad del daño-y de los hechos que lo originan- sólo puede comprobarse tras dicha reiteración en el tiempo, tratándose pues de un genuino daño permanente cuyo alcance no se conoce por su destinatario hasta que no cesan sus efectos, momento a partir del cual comienza a correr el plazo anual para el ejercicio de la acción (...)".



aquietado a esos actos, para realizar un examen de conjunto<sup>61</sup>.

Y es el aquietamiento a las distintas manifestaciones de acoso por una parte puede ser muy revelador de una conducta torticera por parte del reclamante, pero tampoco puede otorgársele un valor absoluto de prueba de inexistencia de acoso. De igual manera que es posible

---

<sup>61</sup> En este sentido, en la STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 478/2013, de 17 de junio, se desestima la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo invocada con apoyo en la firmeza de la resolución de cambio de puesto de trabajo, con fundamento en que "como que el hecho denunciado es una situación de acoso laboral, no puede declararse la inadmisibilidad del recurso por esta causa, pues el recurso debe analizar los hechos acaecidos durante un período de tiempo, y nada obsta por considerar que el mismo se inicia con un cambio de trabajo, aún cuando en aquel momento se consintiese". En la misma línea, razona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 2299/2014, de 14 de noviembre, que "Sin embargo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la valoración de los hechos y conductas enjuiciados, lo que en este proceso pretende el recurrente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración no es, por así decirlo, que se le reintegre en su puesto de Jefe de Admisión, se le abone el importe de la productividad variable dejada de percibir, se le conceda un día de permiso o un periodo concreto de vacaciones -actuaciones que la Administración identifica como actos administrativos singulares no impugnados; el cese en 2005 sí fue recurrido-, sino que tales actos desplegados a lo largo del tiempo, unido al incumplimiento de la Administración de su posición de garante, globalmente valorados se reconozcan por su reiteración e intencionalidad como constitutivos de un daño antijurídico autónomo que por su propia naturaleza solo puede ser reparado a través del instituto de la responsabilidad patrimonial".



que se acuda al procedimiento de responsabilidad patrimonial para plantear un escenario propicio al reclamante que soslaye su falta de reacción, precisamente por no concurrir acoso, no puede obviarse que el acoso, cuando realmente existe, es un fenómeno de extremada penosidad para quien lo padece y que puede ocasionar en éste una pasividad fruto del castigo psicológico que experimenta.

La otra cara de esta necesidad de examen de conjunto es la distorsión que entraña en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo (revisor, a pesar de todos los matices) este tipo de enjuiciamiento, de límites difusos, tanto temporal como materialmente. Al tratarse de una conducta continuada, no opera la prescripción que actúa como límite en otros ámbitos de responsabilidad patrimonial con perfiles también algo borrosos como es el sanitario (aunque no tanto, porque se debe identificar concretamente la acción u omisión a que se achaca la responsabilidad), y por venir dada por una pauta de conducta, más que por determinados actos, es imposible identificar a priori qué tipo de actuaciones u omisiones son indiciarias de acoso. Esos contornos vagos se prestan a un examen de tipo inquisitorial de la práctica de la Administración y de sus autoridades o funcionarios que bien puede ocultar un propósito espurio por el reclamante en ocasiones muy difícil de desmontar. Y, por si fuera poco, al enmarcarse este examen en la responsabilidad patrimonial, el análisis no se efectúa como cuestión principal, sino como uno de los presupuestos necesarios para que concurra la responsabilidad que se imputa, lo que contribuye aún más a desdibujar el objeto de la controversia.

Lo expuesto nos permite engarzar este análisis con el efectuado de los protocolos. No es posible, ni procede, constreñir la articulación de la reacción frente al acoso a



un único tipo de procedimiento, pero sí es necesario, a fin de permitir un análisis detenido y exhaustivo de las circunstancias denunciadas, que existe un procedimiento debidamente regulado que permita canalizar las comunicaciones de supuestas situaciones de acoso. Sin ánimo de exclusividad, pero sí de generalidad, este procedimiento debe estar llamado a garantizar un estudio adecuado y garantista de la situación planteada que, además de permitir reaccionar tempranamente a los casos de acoso detectados, permita reorientar a otras vías de solución aquellos supuestos de conflictividad laboral y que facilite el enjuiciamiento en el eventual procedimiento de responsabilidad patrimonial y se erija en indicio destacado de ausencia de acoso (aunque nunca de prueba plena) en caso de no promoción a través de la pertinente denuncia.

### **Bibliografía:**

- ÁLVAREZ LOSA, C. Y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 57, enero/diciembre 2015, pp.13-44.
- CARMONA SALGADO, C., Perspectiva multidisciplinar de las diversas modalidades de acoso. Aspectos criminológicos, político criminales, sustantivos y procesales, Dykinson, S.L., Madrid 2017.
- CASINO RUBIO, M., Responsabilidad civil de la Administración y delito, Marcial Pons, Madrid 1998.
- CHAVES GARCÍA, J.R., "Estrasburgo cuestiona las garantías de los acosadores en las sentencias estimatorias de responsabilidad patrimonial", <https://delajusticia.com/2019/06/18/strasburgo-cuestiona-las-garantias-de-los-acosadores-en-las-sentencias-estimatorias-de-responsabilidad-patrimonial/>



- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", InDret. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2012.
- DOGANOC DE LEÓN, M., "Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", Actualidad Administrativa, n.º 9, septiembre 2017, edición digital.
- ESCUDERO MORATALLA, J.F. Y POYATOS MATAS, G., "Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción", Actualidad Laboral, n.º 47/48, quincena del 15 al 28 de diciembre de 2003, edición digital.
- GALLARDO CASTILLO, M.J., Régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2012 (6ª edición).
- LÓPEZ GÓMEZ, A., "La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Un caso real sucedido en el ámbito disciplinario de los funcionarios de la administración local", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 24, quincena del 30 de diciembre de 2015 al 14 de enero de 2016, edición digital.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I. (coordinador), La tutela frente al acoso moral: laboral, escolar, familiar e inmobiliario. Del Silencio a la Palabra de Ley Penal, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.Mª., "El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º. 38, enero 2016.
- MORATO GARCÍA, R.M., "Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática



jurídica", Trabajo y Derecho, n.º 37, enero 2018, edición digital.

- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El mobbing en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", Diario La Ley, n.º 7612, 15 de abril de 2011, edición digital.

- PINUAGA DUCE, A., "El acoso laboral en las administraciones públicas, estado de la situación y posibles salidas", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 9, quincena del 15 al 29 de mayo de 2012, edición digital.

- RECUERDA GIRELA, M.A. (director), Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016.

- RENEDO JUÁREZ, M.J., "El acoso laboral en el sector público y su regulación en el espacio europeo", Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 48, mayo 2019, pp.7-41.

- RODRÍGUEZ DUQUE, F., "El mobbing de los funcionarios en la jurisprudencia más reciente", El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 8, agosto 2019, edición digital.

- ZABALA GUADALUPE, J.J. (director), Manual sobre responsabilidad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Thomson Reuters/Aranzadi, Ciz