

Por:
Carmen Sánchez Trigueros*

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

Resumen

La violencia de género en el ámbito laboral se manifiesta en dos formas diferentes: el acoso sexual y el acoso por razón de género. El segundo constituye un fenómeno cuya existencia se ha evidenciado en fechas relativamente recientes, por lo que ha venido siendo menos estudiado como conducta discriminatoria y manifestación de la violencia de género en el trabajo.

Asimismo, esos fenómenos poseen, de uno otro modo, repercusión en el ámbito más concreto de la seguridad social, lo que interesa al presente estudio, especialmente por el tratamiento doctrinal y judicial que el acoso laboral (en cualquiera de sus modalidades específicas) viene teniendo al poder ser calificada la contingencia como accidente de trabajo.

Palabras clave: Violencia de género, trabajadoras víctimas de violencia sexista, seguridad social, accidente de trabajo.

Abstract

Gender violence at work takes place in two different ways: sexual harassment and harassment based on gender. The latter is a phenomenon which has recently been recognized as such, and thus it has barely been studied as a discriminatory behavior or as a manifestation of gender violence at work. Everything that has been said up to this point affects the Social Security sphere, on which the present study is focused. The reason why the Social Security sphere is the main focus of the study is due to the doctrinal and judicial treatments that harassment at work (in any of its specific forms) has had since a contingency can be classified as an accident at work.

Key Words: Gender violence, female workers who are victims of sexist violence, Social Security, accident at work.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Universidad de Murcia.
Email: carmenst@um.es

Sumario

1. LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA SOCIEDAD: REFLEXIONES PREVIAS. 2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS LUGARES DE TRABAJO. 2.1 *La LIVG y el acoso laboral*. 2.2 *Modalidades de violencia de género en el trabajo*. 2.2.1 *Enlace con la no discriminación*. 2.2.2 *El artículo 4.2.e de et*. 2.2.3 *El acoso sexual*. 2.2.4 *El acoso por razón de sexo*. 2.2.5 *Acoso sexual, acoso sexista y acoso moral en el trabajo*. 2.3 *Técnicas jurídicas para la tutela frente al acoso*. 2.3.1 *Panorama general*. 2.3.2 *La obligación de prevenir el acoso*. 2.3.3 *Medidas específicas de prevención*. 2.3.4 *Obligaciones de los trabajadores y sus representantes*. 3. LA VIOLENCIA DE GÉNERO LABORAL COMO ENFERMEDAD DEL TRABAJO. 3.1 *Planteamiento general*. 3.1.1 *El listado de enfermedades profesionales de 1978*. 3.1.2 *El listado de enfermedades profesionales de 2006*. 3.2 *Reconducción del supuesto al concepto de accidente de trabajo*. 3.3 *Presunción de laboralidad de la contingencia*. 3.4 *Independencia de las jurisdicciones penal y social*. 4. *ADAPTACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES GENERALES SOBRE ACOSO LABORAL*. 5. *NECESIDAD DE PRUEBA*. 6. *AGRESIONES A LA INTIMIDAD SEXUAL SIN ACOSO*. 7. *COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN DEMANDAS FRENTE A TRABAJADORES*. 8. *EL RECARGO DE PRESTACIONES*. 9. *CONCLUSIONES*. 10. *BIBLIOGRAFÍA*.

1 LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA SOCIEDAD: REFLEXIONES PREVIAS

Por desgracia, la violencia de género, es decir la violencia ejercida sobre la mujer por el hecho de serlo,¹ se ha convertido en un problema social de permanente actualidad y de gran envergadura no solo en España, sino en el conjunto de los países desarrollados. Aunque el hecho de que la mujer sea frecuentemente víctima de cualquier tipo de violencia no es un fenómeno nuevo sino que más bien obedece a la perpetuación de esquemas discriminatorios y sexistas que vienen del pasado; lo cierto es que en una sociedad civilizada con altas cotas de bienestar y

1 La propia rúbrica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género (LIVG) generó en su momento una notable polémica. Cuando se habla de violencia de género se hace con la connotación de violencia machista o sexista, y esta perspectiva del género inspira toda la norma, como admite claramente su Exposición de Motivos, al decir que “la violencia de género [...] se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. La violencia contra las mujeres ha sido y es un instrumento para su dominación. Es cierto que no toda violencia ejercida sobre la mujer por su marido o pareja es expresión de una relación de subordinación o pretende reafirmar una posición de dominio de aquel sobre esta, y las cosas han cambiado mucho en los últimos años, sobre todo entre las nuevas generaciones; pero lo excepcional de esa posibilidad, unido a la dificultad de acreditar la intención, llevaron al legislador a hacer pivotar la protección de las mujeres frente a la violencia de género, no en la intencionalidad del agresor, sino exclusivamente en el sexo de la víctima. Para un examen más pormenorizado de la elección del *nomen iuris*, véase Cavas Martínez, F. (2006). “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”. En Sánchez Trigueros, C. *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*. Aranzadi, pp. 325 y 326.

que se ufana en promulgar y garantizar los derechos más básicos de sus miembros encaja mal, como no puede ser de otro modo, el maltrato hacia la mujer, sea cual sea el ámbito en que esa violencia se genere (ya sea el doméstico o más íntimo, ya sea el lugar de trabajo, ya otros cualesquiera).

En la actualidad, las peores formas de violencia sexista ejercida sobre la mujer en el ámbito doméstico siguen estando presentes en los medios de comunicación social y, sin que por el momento ello toque a su fin, las estadísticas muestran la persistencia del problema. Sin ir más lejos, la cifra de muertes durante los primeros cinco meses de 2014 da cuenta de la extrema brutalidad de las agresiones sufridas por las víctimas y de la lamentable cotidianeidad de lo que se dibuja como una auténtica lacra social.² Por descontado, tratándose de algo muy grave, el número de mujeres muertas a manos de sus parejas (actuales o pretéritas) constituye tan solo una parte pequeña del drama vivido por miles de mujeres.

Las elevadas cifras de agresiones a mujeres en el ámbito doméstico y la brutalidad de estas ponen encima de la mesa un problema grave para el que no existe solución sencilla, pero que hay que afrontar política y jurídicamente (de manera integral, multidisciplinar y transversal) tanto por la justificada alarma que despierta entre la población cuanto por la mayor concienciación de la “intolerancia” que se ha de proyectar hacia este tipo de denigraciones que la mujer viene sufriendo.³

El fenómeno de la violencia de género enlaza directamente con la expansión llamativa y generalizada en nuestra sociedad de la violencia en sus distintas modalidades (física y psíquica), respecto de ciertos colectivos (menores, mujeres, indigentes, trabajadores, padres, emigrantes, etc.) y distintos ámbitos (doméstico, laboral, deportivo, docente, entre otros). Efectivamente, en su versión más extrema, la lesión y muerte de mujeres a manos de sus parejas se une a la proliferación de otros fenómenos como el del acoso sufrido por alumnos y profesores en las aulas (*bullying*), la violencia sobre los padres ejercida por los propios hijos o la emergencia del acoso moral en las empresas (*mobbing*); unido todo ello al aumento

2 Según la ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2014 (Portal Estadístico Ministerio de Igualdad, Servicios Sociales e Igualdad), el número de estas a 2 de junio de 2014 es de 26. En el año 2013 fallecieron 54 como consecuencia de asesinatos y homicidios por violencia de género, 2 más que en el año 2012. Esta cifra, siendo dramática, tan solo nos da cuenta de la violencia doméstica en sus últimas y más graves consecuencias, la muerte de la víctima; para conocer el panorama general más amplio de este fenómeno esos datos han de completarse con las estadísticas sobre las denuncias por maltrato físicos o psíquicos a mujeres y menores (estos como víctimas directas o indirectas de esta violencia), entre otras.

3 En ese sentido, la Exposición de Motivos de la LVI cuando indica que “en la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre esta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un ‘delito invisible’, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”.

de acciones de extrema agresión a indigentes a manos de bandas callejeras, al crecimiento de la inseguridad ciudadana debido al mayor número de delitos con fuerza en las personas (robos con extremada violencia y lesiones físicas), entre otros. Todos ellos ejemplos de la presencia de la violencia en tiempos de paz, del enquistamiento de las relaciones interpersonales en las sociedades civilizadas y, en fin, de la sofisticación, a veces, en el ejercicio de la fuerza.⁴

Aunque con distintas etiologías, la violencia sigue anidando en nuestras comunidades aparentemente pacíficas y presenta, a veces, junto a las clásicas fórmulas, nuevas maneras y formas que exigen por tanto nuevos tratamientos jurídicos para su prevención, diagnóstico y sanción desde el derecho, entendido este como herramienta llamada a regir la convivencia humana y a poner límite a los ilícitos más reprochables.

El maltrato a la mujer se incardina en ese contexto de espiral creciente de violencia en todos los ámbitos sociales y, a pesar de los innegables avances que respecto a la igualdad de sexos y no discriminación femenina se vienen consiguiendo, este fenómeno y su crecimiento continúa siendo motivo de “vergüenza” para aquellos países que se autodenominan desarrollados y civilizados.⁵

2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS LUGARES DE TRABAJO

Al cumplirse diez años de la expresa toma de posición de nuestro ordenamiento jurídico frente al fenómeno de la violencia sexista parece muy oportuno subrayar las tendencias o grandes trazos que presiden la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género (LIVG). En concreto, su artículo 2 explicita los grandes hilos conductores de la regulación, verdaderos “Principios rectores” de la norma; varios de los once allí enumerados tienen relación con aspectos sociolaborales y conviene repasarlos:

4 En el plano internacional eso se une a la irrupción de los recientes atentados del terrorismo islámico radical que han generado un miedo y estupor en los países más avanzados que se creían seguros y exentos de estas conductas extremas que rompen de lleno los altos niveles de paz y civismo conseguidos mundialmente y que se perfilan como una de las grandes lacras de este siglo XXI y de las nuevas formas de conflicto bélico “enmascarado”.

5 Para las mujeres de todo el mundo, de cualquier región, cultura, credo o condición económica, mantener una relación de pareja supone un grave riesgo de sufrir agresiones físicas o sexuales. Tan grave como que una de cada tres mujeres mayores de 15 años ha sufrido este tipo de violencia por parte de algún marido, novio, amante o expareja. En algunas regiones, ese porcentaje pasa del 30% global hasta el 38% de la población femenina. La lectura de una cifra tan espeluznante, revelada por el primer informe global detallado y fiable, solo puede ser la de alarmar a los gobiernos de todo el planeta, según defiende Margaret Chan, directora general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), organismo impulsor del estudio: “La violencia contra las mujeres es un problema global de proporciones epidémicas” (se puede consultar en <http://www.observatoriovioencia.org/documentos.php?page=1&id=315>).

- Dotar a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.⁶
- Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las administraciones públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.⁷
- Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.⁸ Por descontado, se trata de una faceta capital en el presente estudio, atento a la posición específica que este colectivo ocupa ahora, al haberse modulado el tenor de ET, LMRFP y LGSS.
- Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.⁹
- Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género.¹⁰

La violencia, sobre todo la psicológica y moral,¹¹ es un fenómeno emergente en nuestras actuales organizaciones empresariales, y la preocupación por su estudio, desde

6 Luego las competencias que se atribuya a estos han de interpretarse en función del criterio de utilidad o eficacia; es decir, han de ser adecuadas para la resolución de los problemas que la realidad concreta de cada víctima presente, sin por ello desbordar el marco de sus atribuciones. Indirectamente, también se está exigiendo a esos poderes que pongan en juego tales competencias para coadyuvar a la consecución de los fines contemplados en la norma.

7 La eficacia directa de la LUVG, en cuantas materias sea razonablemente posible, lleva a descartar la necesidad del desarrollo reglamentario, como necesario requisito previo de su aplicación; salvo cuando se desprenda otra cosa de la propia norma, no puede configurarse como un texto carente de aplicación si falta el desarrollo reglamentario. En este sentido, la Disposición Final Cuarta acierta cuando habilita al Gobierno para que dicte “las disposiciones que fueran necesarias para su aplicación”; por descontado, la entrada en vigor de la norma (Disposición Final Séptima) en modo alguno se condicionó a esa circunstancia.

8 Varias cosas, aunque ya bastantes claras por sí mismas, se manifiestan en este objetivo: la norma concede verdaderos derechos (facultades jurídicamente exigibles, en principio ante su empleador); lo que se intenta es que la víctima de la violencia no sea vea obligada a abandonar su actividad productiva, sino que esta modifique sus contornos para adaptarse a la necesidad de protegerla. Desde luego, la norma presupone que la violencia frente a la que protege es *externa* al ámbito laboral, lo que constituye regla general pero no absoluta.

9 Destaca aquí la teleología de los derechos económicos: no persiguen solo subvenir a necesidades sino también evitar que la víctima sea una marginada y desemboque en la exclusión social.

10 El principio no se circunscribe a la actuación de los nuevos juzgados; la genérica referencia al ámbito procesal y a las instancias jurisdiccionales invita a que en toda actuación jurisdiccional (social, civil, penal, contenciosa) seguida de cara a la protección de las víctimas se procure su protección integral.

11 El término anglosajón más extendido para denominar este tipo de violencia es el de *mobbing* (*bossing* cuando procede de jefe o superior jerárquico), que se viene traduciendo al castellano por las expresiones acoso moral, acoso psicológico o violencia psicológica.

la perspectiva psicosociológica y jurídica, es relativamente reciente.¹² Sin duda, como ha quedado patente, y como muy gráficamente expresaba Leyman en lo que ya se ha convertido en cita obligada en cualquier trabajo sobre acoso laboral, “en las sociedades de nuestro mundo occidental altamente industrializado, el lugar de trabajo constituye el último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada ante un tribunal”.¹³ Y la mujer, como colectivo social más débil sujeto con frecuencia a prejuicios y discriminaciones, no es ajena a esa “epidemia laboral y organizativa” que sacude nuestras empresas sino que más bien es víctima proclive de todo tipo de maltrato, incluido el que se desarrolla en el ámbito profesional donde frecuentemente se proyectan y materializan las concepciones machistas que en la sociedad aún se mantienen.

La identificación sexista de la violencia padecida por la víctima es el detonante de la propia LUVG. En su párrafo primero la Exposición de Motivos explica que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Efectivamente y como ya se apuntó, en nuestra sociedad la mujer puede ser víctima de violencia, sea física o moral, en cualquier nivel de la vida en comunidad, y se clasifica en tres categorías convencionales:

-
- El derecho a la intimidad de la persona también conlleva la prohibición de todas aquellas conductas que creen un entorno humillante u ofensivo para el trabajador, aunque no sea por razones sexuales (art. 4.2.e de ET, modificado por Ley 62/2003). En el ámbito jurisdiccional se ha definido el acoso moral como “la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de ella provocando su autoexclusión” (STS [3^ª] 10 de febrero de 2005 [RJ 2005, 3162]) o como “aquella conducta abusiva o violencia psicológica al 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” (STSJ Galicia, de 15 de julio de 2010 [AS 2010, 2205], 23 de diciembre de 2011 [AS 2012, 85]; C. Valenciana, de 16 noviembre de 2012 [AS 2011, 282], Castilla y León (Burgos), de 18 de abril de 2013 [PROV 2013, 131067]).
- 12 La edición número once del Barómetro Cisneros desvela que ya se eleva al 13.2% el porcentaje de trabajadores en activo —más de dos millones y medio de personas— que sufre *mobbing*. En los últimos tres años, la tasa se ha incrementado en cuatro puntos y más de un 70% de los casos detectados afloraron en 2008, cuando el Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Directivo realizó el estudio (Barómetro Cisneros XI. “Liderazgo tóxico y *mobbing* en la crisis económica”. Resumen de datos Preliminares 2 Julio 2009).
- 13 La conocida expresión (Leymann, H. [1996]. *Mobbing. La persécution au travail*. Seuil), lógicamente, hay que tomarla en el contexto del acoso moral y no en el de la comisión de un asesinato mediante actos de violencia física; aunque aparentemente, exagerada, no deja de ser una reflexión sobre la cual vale la pena meditar a fin de no minusvalorar la entidad del fenómeno.

- Ámbito doméstico o de pareja (que es el que la LIVG aborda de forma integral y transversal, ocupándose de aspectos jurídicopenales, procesales y laborales derivados).
- Ámbito laboral (cuyas manifestaciones principales son el acoso sexual y el acoso laboral por razón de sexo, como más adelante analizaremos).
- Cualquier otro ámbito social en el que no se den los vínculos personales o laborales de los dos casos anteriores.¹⁴

Los dos últimos supuestos no quedan comprendidos en el ámbito de la LIVG, que únicamente regula aspectos laborales, asistenciales y de seguridad social que salpican esta rama jurídica cuando la víctima tiene un historial laboral en cualquiera de sus modalidades (como asalariada, funcionaria o trabajadora por cuenta propia), dejando fuera el tratamiento de esta violencia sobre la mujer cuando ocurre en el trabajo.

En estas páginas se analiza la violencia de género cuando esta se produce dentro de la empresa y en el contexto de relaciones laborales (el segundo de los ámbitos arriba indicados). En concreto, se asume una perspectiva atenta a la consideración que la violencia padecida por la mujer en el medio laboral posea para el sistema de seguridad social, lo que nos llevará al análisis de la posible calificación de los daños ocasionados por este tipo de conductas como accidente laboral.

Se hace necesario reiterar, para evitar posibles confusiones, que la LIVG reduce su ámbito y su tutela a las situaciones de violencia de género que se producen en el marco de las relaciones de pareja, y que, en ningún caso, regula la violencia hacia la mujer cuando esta se ejerza sobre ella en su trabajo, en cualquier modalidad (física o en forma de acoso sexual o moral) y por quien sea su compañero de trabajo o su empleador. Sí entran en juego las reglas de la LIVG; sin embargo, cuando estamos ante una violencia sufrida por la mujer en el trabajo por concurrir en su pareja la condición de empleador o compañero de trabajo. Veamos más detenidamente este aspecto.

2.1 *La LIVG y el acoso laboral*

Aunque la propia LIVG introduce diversas referencias a supuestos en que la víctima de la violencia “fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”,¹⁵ tanto el objeto general de la norma cuanto los concretos artículos que contemplan la tutela de estas personas en el ámbito social dejan bien claro que solo pueden aplicarse a mujeres.

14 Ministerio de Sanidad, Declaración Beijing.

15 En tal sentido, puede verse los artículos 148.5, 153 y 172 del Código Penal, en su nueva redacción.

Ello, sin perjuicio de que, a partir del hecho cierto de que una mujer sufre violencia de estas características, puedan surgir derechos que beneficien a sus hijos.¹⁶

Hemos de estar ante “mujeres” maltratadas (art. 1.1 de LIVG) para que nazca la protección. Esto es verdad, pues en algunos aspectos aparecen derechos de los menores, pero dicho es una irradiación: sin una mujer que sea víctima, tampoco puede aplicarse a otro tipo de personas lo previsto en la ley.¹⁷ Si de la LIVG deriva alguna protección o derecho para quien no sea víctima de violencia de género, solo puede deberse a que existe una mujer que sí lo es; en la violencia doméstica, en cuanto género, no queda comprendida sino solo la especie reseñada (mujer a manos de su pareja masculina). La clara intención de la norma, al omitir cualquier circunstancia adicional, es la de que toda persona de sexo femenino quede protegida a partir del momento en que esté comprendida dentro de su campo aplicativo.

¿Qué debe entenderse por “violencia” a estos efectos? Tratándose de una norma interdisciplinaria, es seguro que un mismo término puede dar lugar a entendimientos diversos (en el ámbito penal, civil, laboral), razón por la cual se ha preferido trazar un propio concepto sobre el fenómeno regulado. Con el deseo de abarcar los diversos supuestos que la sociedad suele identificar como tal se apunta hacia “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (art. 1.3 de LIVG).¹⁸

Corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a través de las actuaciones descritas en la LIVG y normas complementarias, la determinación de si en cada supuesto de los planteados concurre o no esa circunstancia. Los demás sujetos implicados en la implementación de las medidas sociolaborales que la LIVG contempla carecen de capacidad (en términos jurídicos, claro está) para apreciar su existencia; empleadores (públicos o privados), entidades gestoras, inspección de trabajo, sindicatos, comités de empresa, servicios de prevención, médicos de empresa o las propias víctimas no pueden llevar a cabo esa subsunción, pues las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los correspondientes

16 Vide un ejemplo claro en el artículo 5 de LIVG, sobre escolarización de los hijos que se vean afectados por cambios de residencia derivados de actos de violencia de género.

17 El último párrafo del apartado II de la Exposición Motivos es muy clarificador a este respecto: “Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La ley contempla también su protección no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”.

18 Además del concepto sociológico de violencia (actitud de quien está fuera de su situación natural; actuación impetuosa; realización de actividad con ímpetu extraordinario; actuación realizada contra la voluntad de alguien; etc.), nótese que estamos ante otros (agresiones; amenazas; coacciones; etc.) con claro significado jurídico. De ahí la insistencia en que el supuesto de hecho solo puede integrarse mediante las valoraciones de los órganos competentes (Juzgado, Fiscalía).

derechos ha de acreditarse mediante la orden de protección, tal y como se expone en el artículo 1.º de la LVI.¹⁹

La realidad que desencadena medidas tuitivas de ámbito socioeconómico es la de una mujer que padece violencia, específicamente, de carácter sexista. La perspectiva ancilar de los aspectos sociales, respecto de los penales, tampoco debe conducir a una total ignorancia del supuesto desencadenante de la orden de protección (causa causae), pues su conocimiento puede resultar muy útil para comprender mejor las cuestiones que vayan suscitándose. De manera telegráfica, y a los limitados efectos aquí perseguidos, conviene una breve glosa del artículo 1.1 de la LVI:

- La violencia frente a la que se protege a las mujeres puede provenir “de quienes sean o hayan sido sus cónyuges”.²⁰
- Similar tutela se ejerce cuando las situaciones de violencia sobre las mujeres proceden de “quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad” a la conyugal.
- Determinante del perfil subjetivo que posea el agresor²¹ es la relación de afectividad (matrimonio, unión de hecho, noviazgo) y no la “convivencia” presente o pretérita.
- La exigencia modal que la norma añade acerca de las causas últimas de esta singular violencia²² no parece que sea realmente un requisito que deba de controlarse sino, más bien, una caracterización intrínseca y necesariamente concurrente cuando se dan los anteriores.

19 Por desotando, esto no impide que otras normas, al contemplar medidas de asistencia social o de protección elaboren su propio concepto (generalmente más amplio), aunque no deja de producir perplejidad que se prescindiera de la delimitación llevada a cabo por la norma específica.

20 Nótese que los antiguos cónyuges siguen siendo potenciales causantes de las situaciones protegidas, elemental cautela a la vista de que muchas veces los malos tratos proceden de quienes se sienten desechados por la terminación de su vínculo matrimonial.

Respecto de pensiones de viudedad se plantean constantemente dudas acerca de si han de asimilarse al cónyuge (cualidad derivada del matrimonio) quienes han mantenido relaciones de afectividad análoga; en la materia abordada por la LVI carece de sentido reproducir tales discusiones no solo respecto de parejas de hecho, sino también sobre aparentes matrimonios celebrados conforme a ritos de cierta etnia (gitana) o contraídos siguiendo las pautas religiosas (Católicas, Evangelistas), pero sin haberse inscrito en el Registro Civil; la siguiente apertura elimina cualquier discusión sobre el tratamiento jurídico que merezcan estos supuestos.

21 Presupone la norma que siempre hay un solo sujeto que ejerce la violencia de género; con mayor motivo se aplicarían todas sus previsiones en la desgraciada hipótesis de que una misma mujer fuere víctima de varios agresores (con quienes hubiese mantenido otras tantas relaciones afectivas). Puesto que la víctima es el eje a cuyo alrededor se erige toda la regulación, el hecho de que un mismo varón ejerza violencia de género sobre varias mujeres resulta, en principio, indiferente (a efectos procesales, penales, laborales, etc.).

22 El apartado legal que se examina comienza disponiendo que “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas”.

Ya se ha venido insistiendo en la idea de que como principal requisito subjetivo para que se aplique la LIVG aparece la exigencia de que la trabajadora en cuestión sea “víctima de violencia de género”. Naturalmente, sería desproporcionado que el empleador o la correspondiente administración hubiera de entrar a examinar si en la persona de su empleada o de la administrada han concurrido las agresiones, amenazas, coacciones u otras circunstancias que configuran una situación de violencia de género (art. 1.3 de LIVG), por lo que es muy razonable que se haya diseñado un camino extraempresarial y cierto para acreditarla.²³ Es dudoso que el empleador pueda aceptar una acreditación menos formal que la descrita en la ley; si lo hiciera, en todo caso, los efectos propios de la seguridad social (en general, todos los de índole pública) no podrían surgir y la eficacia de la decisión no traspasaría el ámbito de las relaciones de Derecho Privado. En concreto, son dos los títulos documentales que puede aportar la mujer (la trabajadora, la funcionaria, la solicitante de ayudas, la que trabaja por cuenta propia) para justificar su derecho:

- Una orden de protección a su favor, expedida por el correspondiente Juzgado (de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia e Instrucción), adoptada con arreglo al artículo 544 ter de la LECrim.
- El informe del Ministerio Fiscal será también título hábil para la acreditación referida cuando este indique que existen indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.²⁴

Aunque el legislador (artículo 23 de LIVG) advierte que el Informe del Fiscal solo es válido “excepcionalmente”, ambas vías poseen la misma virtualidad y operará una u otra en función del momento procedimental en que nos encontremos. Si la mujer no ha solicitado todavía la orden de protección, es imposible que nazcan los derechos laborales que el ordenamiento contempla; si ya lo ha hecho y aún no ha evacuado su informe la fiscalía, tampoco existe esa posibilidad. Cuando el informe se ha emitido y aprecia los referidos indicios, estamos ante un título válido “hasta tanto se dicte la orden de protección”. Ahora bien, pese a la dicción de la norma, cuando recaiga resolución judicial

23 La ley ha optado por contemplar el problema hasta en tres distintos capítulos del Título II (los dedicados a regular derechos de asalariadas o autónomas, de funcionarias y de víctimas con escasos ingresos). Esa multiplicidad acaba siendo innecesaria porque en todos los casos hay remisión a un mismo precepto (artículo 23), que podría haberse ubicado en un apartado de prescripciones generales, máxime cuando esa forma de acreditación hay que presuponerla respecto de derechos reconocidos en la norma.

24 El Consejo de Estado había solicitado una mayor concreción de los supuestos en que podría utilizarse este excepcional medio de acreditar la situación de violencia, sin que su observación haya sido recogida por la ley. La verdad es que si los trámites legalmente previstos se cumplen en sus propios términos (inicio inmediato tras la denuncia o intervención de organismo público; audiencia a víctima, agresor y Ministerio Fiscal; emisión de Auto) apenas habrá lugar a que jueguen las diversas medidas sociolaborales establecidas por la LIVG, pero en todo caso es loable que incluso se haya previsto esta situación de *interinidad*, que también puede cubrir eventuales retrasos en aquellos.

denegando la orden solicitada, sería erróneo pensar que un anterior informe de la fiscalía conserva su eficacia acreditativa de violencia de género ejercida sobre la trabajadora.

De manera concordante con ese panorama, el artículo 23 de LIMG regula la “acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras” respecto de “las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo”, es decir, los referentes al programa específico de empleo, a las trabajadoras asalariadas (y a sus empresas) y a la seguridad social de estas o de las mujeres que trabajan por cuenta propia. Por su lado, el artículo 26 se dedica a la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las funcionarias y dispone que respecto de los correspondientes derechos (movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia, y reducción o reordenación del tiempo de trabajo) “se realizará en los términos establecidos en el artículo 23”. Asimismo, el artículo 24 de LIMG ordena el régimen de ayudas sociales y también aclara que “la concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de esta ley”. Finalmente, a efectos de las prestaciones por desempleo, la Disposición Adicional Octava. Cinco de la Ley introduce en el texto de la LGSS una nueva disposición adicional respecto de “acreditación de las situaciones legales de desempleo” y alude a la orden de protección o al informe del fiscal.

En este sentido, conviene recordar que la orden de protección confiere un estatuto integral de protección: medidas cautelares de orden civil y penal, pero también “de asistencia y protección social” (artículo 544 ter.5 LECrim); las referidas al alejamiento del inculpado se adoptarán teniendo en cuenta, entre otros extremos, su “situación laboral” (artículo 544. bis LECrim). La orden judicial de protección surgió para que las distintas administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos, conforme precisaba la Ley 27/2003, que la regula. Ahora se añade una nueva funcionalidad, al hacer que despliegue también sus efectos en el ámbito de una relación de derecho privado y, salvo excepciones, ajena al ámbito en que se produce la situación de violencia.²⁵

2.2 Modalidades de violencia de género en el trabajo

Una vez centrado el ámbito de nuestro estudio, podemos avanzar contemplando las dos modalidades que puede presentar la violencia de género cuando se produce en el trabajo:

- El acoso sexual, que se suele emplear como expresión sinónima de violencia de género en el trabajo.

²⁵ De manera indirecta, esto supone una modificación de la previsión legal conforme a la cual “la orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y administración pública”, según refiere el artículo 544.ter.5 de LECrim.

- El acoso por razón de sexo o acoso discriminatorio por razón de género (o acoso sexista), que es un fenómeno menos conocido y solo recientemente abordado por los juristas como discriminación hacia la mujer.

Especial mención merecen estas dos manifestaciones concretas de la violencia sobre la mujer en la empresa que a veces tienden a confundirse. Tanto una como otra son, lamentablemente, fruto de concepciones machistas que aún hoy abundan en nuestra sociedad y que contagian todos los órdenes de la vida, incluido el laboral; de tal manera que, como bien se ha dicho, “el acoso, sea sexual o sexista, se basa en una razón de poder o de dominio –masculino– en todo caso”.²⁶ Es por ello que, en general, el colectivo femenino, por esa añadida posición socialmente entendida como débil, parece más proclive y vulnerable hacia el ataque a su dignidad; no es exagerado afirmar que el hecho de ser mujer puede constituir un handicap para la posición de la trabajadora en la estructura organizativa empresarial.²⁷

26 Rivas Vallejo, M. P. (2005). *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*. Civitas, p. 51.

27 Hasta hace bien poco Europa no tenía estadísticas. La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, en sus siglas en inglés) interpela a la sociedad con el mayor informe sobre la violencia contra las mujeres hecho en los 28 países miembros de la UE, realizado a partir de 42.000 encuestas (marzo 2014) y cuyo título resume el estado de la cuestión: “Cada día y en todas partes”. Según el mencionado informe, el 33% de las europeas mayores de 15 años han sufrido violencia física o sexual en el último año, lo que se significa 62 millones de mujeres. El mismo porcentaje resulta cuando se abordan estos abusos en la infancia, uno de los novedosos y sorprendentes apartados de la macroencuesta. El director de la FRA, Morten Kjaerum, lo advierte: “Estos datos no pueden ser ignorados. El sondeo revela que la violencia física, sexual y psicológica contra las féminas supone una gran violación de los derechos humanos en toda la UE”. Y ellas lo saben: el 78% de las encuestadas consideran “muy común o bastante común” la violencia machista en su país. En España, el 22% denuncia haber sufrido violencia física o sexual (Fuente: <http://fra.europa.eu/en/theme/gender>). La falta de cifras era un problema, puesto que la mancha de aceite de la agresión contra las mujeres quedaba oculta y paralizaba la toma de decisiones de los estados y del conjunto de la UE. Las declaraciones de las 42.000 encuestadas sirven para sacar a la superficie la extensión de la violencia en casa, los espacios públicos y *online*. En las preguntas y el análisis de las respuestas se revela la necesidad no solo de nuevas leyes, sino de la creación de un clima general, en el que estén implicados desde la policía a los servicios de sanidad, para favorecer la denuncia de las agresiones, que siendo diarias no son reconocidas por la mayoría de las personas, incluidas muchas veces las propias víctimas. Algunas son nuevas, como las vinculadas a las nuevas tecnologías (un 11% de ciberacoso). La macroencuesta también desgrana una amplia tipología de acosos, incluido el vinculado a la falta de libertad económica: no poder tomar decisiones financieras domésticas ni hacer compras de forma independiente, o no poder decidir trabajar fuera del hogar. O la violación en el matrimonio, para la que reclama un cambio legislativo de forma que se equipare a la perpetrada fuera de él. Pero no son estos los únicos cambios a los que lleva la investigación de la FRA. Cómo es posible que, en el siglo XXI, el 55% de las encuestadas (el 50% en España) declaren haber padecido acoso sexual y el 32% de estas, a manos de un jefe, colega o cliente. En estas cifras se puede hallar una de las claves. El informe es una pieza concluyente para desmontar el mito de que la violencia machista ocurre entre las parejas y que la agresión empieza y acaba con el asesinato de ellas. No es así. Pese a que los datos hablan de una frecuencia y extensión de la violencia enorme, el sondeo puede quedarse corto. Una de las respuestas así lo apunta: el 67% de las encuestadas no informaron del incidente de violencia en pareja más grave a la policía o a una organización. ¿Por qué? Tal vez porque, según señalan el

Y hablamos de ataques denigrantes para la persona (en este caso, la mujer) porque efectivamente es el punto común a todo tipo de acoso, y los dos supuestos que ahora analizamos pueden ser contemplados como dos modalidades específicas de acoso.²⁸ Si bien el acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de género son figuras jurídicas distintas, con tratamientos legales diferentes, en ambas existe un trato hostigador y vejatorio hacia la víctima que lesiona su dignidad, entendida esta como sustrato de derechos fundamentales tales como la integridad física o moral o la intimidad personal, entre otros (artículos 10, 15, 18 de CE y artículo 4 de ET).

2.2.1 Enlace con la no discriminación

Conviene recordar que la no discriminación es un principio recogido en numerosos preceptos constitucionales, internacionales, legales, reglamentarios o convencionales, así como desarrollado por una sólida doctrina constitucional, comunitaria y jurisprudencial. Que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, decidiera afrontarlo; por lo tanto, en modo alguno obedece al deseo de innovar por completo el ordenamiento jurídico sino al mucho más concreto de trasponer dos importantes textos comunitarios: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.²⁹ El capítulo III del título II de la Ley, rubricado como “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, contiene una serie de normas que, conforme a la Exposición de Motivos, “vienen a reforzar y complementar las numerosas normas que ya conforman nuestro ordenamiento jurídico en todos los ámbitos en materia de no discriminación por todas las causas amparadas por el artículo 14 de la Constitución”.³⁰ En fin, la

74% de las víctimas de acoso, el episodio más grave que sufrieron no mereció la atención policial. Si actualmente un 14,9% de las mujeres trabajadoras en España sufre acoso sexual (acoso técnico), solo un 9,9% percibe haberla sufrido (acoso declarado). Vide “Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuaciones de las administraciones públicas y de las empresas”, Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics y Formació especialitzada, Recuperado el 1 de noviembre de 2014 en <<http://www.igualdad.ull.es/archivos/documentacion/20130116%20Acoso%20sexual%20y%20acoso%20por%20raz%C3%B3n%20de%20sexo.pdf>>.

28 Sobre la consideración del acoso sexual como subtipo del acoso moral (consciente de las similitudes y diferencias), ver Rojas Rivero, G. P. (2005). *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*. Bomarzo, p. 25.

29 La ubicación de este importante entramado normativo en una Ley de Acompañamiento constituye, precisamente, la mayor objeción técnica al modo en que se ha traspuesto a nuestro ordenamiento el grueso de lo previsto en dos conocidas Directivas Comunitarias; porque buena parte de las previsiones se incorpora a cuerpos normativos preexistentes (ET, LPL, Liso, Lismi, etc.), pero hay aspectos generales que van a quedar directamente integrados en una norma temáticamente tan heterogénea como la Ley 62/2003.

30 Mediante las medidas incluidas en este capítulo se adecua la legislación española a estas dos

Ley 62/2003, al transponer ambas directivas define el acoso sin referirse a ninguno de los dos tipos de violencia de género, “lo que puede crear confusión con el propio término acoso”.³¹

2.2.2 El artículo 4.2.e de ET

La protección del trabajador frente al acoso sexual y por razón de sexo es un derecho laboral (artículo 4.2.e de ET y artículo 14.h de Ley 7/2007)³² de dimensión constitucional, recusable en amparo por su conexión con los derechos fundamentales a la dignidad (artículo 10 de CE), a la intimidad personal (artículo 18.1 de CE) y a la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 de CE), entre otros. La protección del trabajador frente al acoso sexual en el trabajo comenzó a tener reconocimiento legal explícito en el Derecho Comunitario que, influenciado por el derecho norteamericano, adoptó la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, considerándolo como un comportamiento contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, constitutivo de discriminación por razón de sexo. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), siguiendo las indicaciones del Derecho Comunitario, también considera que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son en todo caso discriminatorios (artículo 7.3).

directivas procediendo a su transposición a nuestro derecho.

31 Rojas, 2005: 28.

32 En el artículo 4.2.e de ET la Ley venía recogiendo el derecho de los trabajadores “al respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad”, pero el deseo de combatir más eficazmente una específica conducta atentatoria de tales derechos llevó a que mediante Ley 3/1989 se advirtiera que en el reconocimiento de tal derecho está “comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”. La exposición de motivos de la mencionada ley puso de manifiesto que las mujeres están expuestas en mayor medida a la presión y al acoso sexual en el trabajo por parte de sus colegas o superiores, por lo que se hace necesario prevenir este tipo de situaciones y que, aunque en la normativa vigente se establecen ya derechos que pueden prevenir las situaciones de acoso sexual en el trabajo, la efectividad de estos derechos exige una mayor clarificación a fin de que tales situaciones queden claramente integradas en la esfera de la tutela jurídica dispensada por tales preceptos. Siguiendo con esa “técnica de acordeón” (Sempere Navarro, A. V. [2004]. “La incorregible ‘Ley de Acompañamiento’ y el principio de igualdad”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi* 608. Parte Tribuna), la norma vuelve a ser ampliada mediante Ley 62/2003 para añadir el derecho de los trabajadores a la protección “frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. La LOI modifica nuevamente el artículo 4.2.e de ET para reconocer no solo el derecho del trabajador a la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual sino, con carácter general, frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo. En el ámbito funcional, la Ley 3/1989 también reformó el artículo 63.1 de la Ley 106/1966, de 28 de diciembre de Funcionarios Civiles del Estado para proteger a los funcionarios *frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*.

Respecto del acoso conviene advertir que aun antes de ser tipificado como tal, la conducta antijurídica siempre ha tenido encaje en diversas normas prohibitivas y tutelares. Del mismo modo, la propia doctrina constitucional tuvo ocasión de establecer los requisitos conceptuales (objetividad y gravedad) del comportamiento ilícito³³ en términos del todo compatibles con los que ahora acoge la ley.³⁴

2.2.3 *El acoso sexual*

El acoso sexual como fenómeno social digno de tratamiento jurídico ha sido una preocupación constante en nuestro entorno europeo en los últimos veinte años (aunque el país pionero en su estudio fuese EE. UU., ya desde los años 70) y, en ese sentido, fue abordado legalmente en España y en los países vecinos incluso antes que el acoso moral o *mobbing* con el que está íntimamente ligado o emparentado al tener ambos en común, como cualquier modalidad de acoso, el que son atentados contra la dignidad de la persona (artículo 10 de CE) y pueden producir daños psíquicos o morales directamente relacionados con la realización de un trabajo.

Aunque el propio parlamento europeo, en su resolución de 11 de junio de 1986, hizo un llamamiento a los estados miembros para que se esforzaran por incorporar un concepto legal (vinculante) de acoso sexual, el propio Derecho Comunitario no lo hizo hasta el año 2002, en que se adoptó la Directiva 2002/73/CE, para modificar la Directiva 76/207/CEE e introducir en su artículo 2.2 una definición. Así, el acoso sexual comprende toda situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, concluyendo en su apartado 3 que “el acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán”. Concepto que recepciona la Recomendación 92/131/CEE

33 Conforme a la STC 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 224), “para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto”. Vide, al respecto, Lousada Arochena, J. F. (2000). “El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional”. En *Revista Relaciones Laborales*. Volumen I, pp. 811-826.

34 Pese a estar expresa y nominativamente reconocido el derecho a la no discriminación y pese a que las normas comunitarias subsumen en él la protección frente al acoso, el ET opta por llevar la protección frente al acoso hacia los derechos de intimidad y dignidad. Se trata de opción muy acertada, porque sin excluir la conexión antidiscriminatoria, engarza el acoso con estos derechos todavía más íntimamente conectados a la persona.

de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991,³⁵ y se recoge posteriormente en el artículo 2.d de la Directiva 2004/113/CE y de la Directiva 2006/54/CE.

El concepto elaborado por el tc se asemeja mucho al aportado por el Derecho Comunitario y parte de la objetividad y gravedad de un comportamiento, físico o verbal, manifestado en actos, gestos o palabras, que se percibe como indeseado e indeseable por su víctima o destinatario, y que es capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato (SSTC 13 de diciembre de 1999 [RTC 1999, 224. fj 3] y 18 de junio de 2001 [RTC 2001, 136. fj 4] y ATC de 7 de abril de 2003 [RTC 2003, 107. fj 3]). La LOI, siguiendo las indicaciones de las directivas de referencia, es la norma que con carácter general define por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico el acoso sexual³⁶ como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (artículo 7.1 de LOI). En definitiva, la apreciación del acoso sexual (ambiental) precisa la existencia de un comportamiento en el lugar de trabajo caracterizado por la concurrencia de los siguientes elementos:

Conducta ofensiva. La conducta ofensiva, hostil o humillante de naturaleza sexual, puede ser física o verbal y se manifiesta por medio de actos, gestos o palabras de contenido libinidoso. El carácter ofensivo de la conducta no depende únicamente de la sensibilidad de la víctima de la agresión, y ha de ponderarse objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró ofensivo el ambiente en el trabajo.³⁷

Comportamiento no deseado. La víctima o destinatario percibe dicha conducta como indeseable. Las conductas que sean fruto de una relación libremente asumida y,

35 Según la Recomendación 92/131/cee de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991 (LCEur 1992, 500), relativa a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y el Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, se entiende por acoso sexual la conducta de naturaleza sexual y otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, lo cual puede incluir comportamientos físicos o verbales no deseados.

36 En el ámbito penal, el artículo 184 del CP recoge un concepto parcial de acoso sexual limitado a la figura del “chantaje sexual”, que alcanza a quien solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítima expectativa que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

37 STSJ de Cataluña, de 9 de mayo de 2006 (AS 2006, 2980) y SSTSJ de Madrid, de 7 de marzo de 2006 (AS 2006, 1317) y 27 de marzo de 2006 (AS 2006, 1687).

en cualquier caso, consentida o, al menos, tolerada, quedan fuera de las constitutivas de acoso sexual. Frente a la postura mayoritaria de la doctrina, que considera innecesaria la comunicación expresa de la víctima al acosador de que rechaza dicha conducta, algunos tribunales exigen una negativa clara, terminante y prohibida por parte de la víctima.

Hechos graves. La conducta del sujeto activo, que puede ser un superior jerárquico,³⁸ un compañero de trabajo,³⁹ o incluso otras personas relacionadas con la empresa (proveedores, clientes, etc.), reviste gravedad suficiente, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud del trabajador.

El concepto de acoso sexual que emplean doctrina y legislador es amplio porque, junto al acoso sexual ambiental se incluye el “chantaje sexual”, que aparece cuando el trabajador es requerido sexualmente por el empresario o un superior jerárquico, con la promesa de experimentar una mejora o la amenaza de sufrir un mal en sus condiciones o expectativas laborales, en función de aceptar o no el requerimiento formulado, esto es, cuando un derecho o una expectativa de derecho están condicionados a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo (artículo 7.4 de LOI). Finalmente, el legislador también considera que constituye discriminación el acoso por razón de sexo, que define como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (artículo 7.2 de LOI), así como cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (artículo 9 de LOI).

Por todo ello, puede afirmarse que el acoso sexual se presenta como una figura doctrinal, jurisprudencial y legalmente contemplada y consolidada en el ordenamiento jurídico español y en el comunitario, teniendo en cuenta que la previsión de amparo legal para la víctima no conlleva en sí misma la solución a tan graves conductas de violencia sobre la mujer, sino que es un paso más a sumar al conjunto de actuaciones sociales y políticas que los poderes públicos han de arbitrar en la lucha contra el problema y en su prevención.

2.2.4 *El acoso por razón de sexo*

Caso distinto es el supuesto del acoso discriminatorio por razón de sexo que se presenta asociado al acoso sexual y que puede revestir características similares a este. En nuestro derecho se desconoce la figura cualificada del acoso

38 STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de octubre de 2006 (AS 2007, 1033).

39 STSJ de Murcia, de 24 de octubre de 2005 (AS 2005, 3554).

discriminatorio por razón de género, aunque, merced a la Ley 62/2003, ya se ha introducido la del acoso discriminatorio, bien que por razones distintas al sexo, obviando que el acoso moral que usualmente se presenta en el ámbito laboral tiene en algunas ocasiones tintes sexistas y que, a veces, en sus manifestaciones se confunde o conecta con el acoso sexual. Dentro de su título ii, mediante un capítulo específico, se establecen diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, entre las que se incluye (artículo 28.1.d) una definición de acoso: “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.⁴⁰

Ahora bien, entendido esto, no se puede afirmar como premisa que el acoso laboral venga determinado siempre por el sexo de la víctima, ni tampoco de quien acosa; siendo cierto que, por las razones apuntadas en el caso de la mujer, a las circunstancias personales y organizacionales que propician el acoso, se unen las de arrastrar unos condicionantes socioculturales de desigualdad y subordinación que puedan traducirse en modalidades específicas de acoso como el sexual o el sexista. Existe ciertamente relación entre acoso y discriminación, ya que acosar es una forma de discriminar pero una forma que no siempre encuentra su razón en alguno de los motivos recogidos en el artículo 4.2 c de ET).

2.2.5 Acoso sexual, acoso sexista y acoso moral en el trabajo

La relación del acoso moral en el trabajo o *mobbing* con el acoso sexual es clara⁴¹. Ambas son modalidades de acoso producidas en el ámbito laboral⁴² (o más bien la segunda es un tipo específico de acoso) que se caracterizan fundamentalmente por traducirse en conductas denigratorias de la persona que lesionan derechos fundamentales. Esa íntima conexión entre acoso sexual y acoso moral será especialmente relevante cuando examinemos, ya sumergidos en la perspectiva de seguridad social,

40 Sobre la regulación parcial del acoso en la reforma de la Ley 62/2003, vide Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I. “El acoso como causa de despido”. Recuperado el 2 de noviembre de 2014 en <biblioteca.uam.es/documentos/Derecho/practicum/gorelli_acoso.pdf>.

41 El análisis jurisprudencial de la conexión entre acoso sexual y acoso moral puede verse la STSJ del País Vasco, de 2 de octubre de 2003 (AS 2003, 3828) para la que: “la relación del *mobbing* con el acoso sexual es patente, pues también esta, como recoge la STC 136/2001 (RTC 2001, 136) (F. 5), con apoyo en su anterior Sentencia 224/1999 (RTC 1999, 224), <ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto>”.

42 Sobre la clasificación del acoso sexual como modalidad de acoso, vide Rivas Vallejo, P. (2005). *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*. Civitas y Rojas Rivero, 2005.

los daños psíquicos de las víctimas y su calificación de accidente laboral, ya que las principales similitudes entre ambas figuras se comprueban al examinar sus efectos: el ambiente hostil e intimidatorio que generan se traduce frecuentemente en daños psíquicos y físicos que a su vez derivan en bajas laborales.

Ambos tipos de conductas consiguen un ambiente hostil en el lugar de trabajo y denigran al que sufre tales ataques con lo que la víctima, en numerosas ocasiones (aunque no siempre),⁴³ como consecuencia de las agresiones ve afectada y deteriorada su salud, tanto física como psíquica. Y es ahí, en la coincidencia de los efectos de las conductas hostigadoras (en las consecuencias negativas para la salud de la víctima), donde queremos detenernos para considerar la catalogación de tales males como accidente de trabajo.

Sin perjuicio de los rasgos comunes, lo cierto es que para ayudar a la delimitación conceptual y jurídica de ambas figuras conviene evidenciar sus elementos diferenciadores. Respecto del acoso sexual, el contenido del hostigamiento y la violencia es siempre sexual (aunque pueda acompañarse con otras actuaciones de índole distinta) y el sexo de la víctima determina su elección por parte del acosador;

43 El hostigamiento no siempre produce efectos perjudiciales en la salud de la víctima, sin embargo no por ello podemos decir que no estemos ante situaciones de acoso psicológico, ya que si no haríamos depender de la fortaleza física y psicológica del acosado (a) y de su resistencia a tales ataques la existencia misma del tipo jurídico. Lo cierto es que cuando existan daños efectivos habrá, por un lado, necesidad de reparación de estos y, por otro, motivos o causas para la solicitud de bajas médicas y, por tanto, repercusión en el ámbito de la seguridad social. A efectos indemnizatorios y de protección social (por la catalogación del acoso como accidente laboral) es imprescindible que se produzcan lesiones concretas y que estén acreditadas, sin embargo para la determinación de la existencia real del ilícito; esto debería ser, si no irrelevante, sí solamente indiciario. Rivas (2005: 90), argumentando en esta línea, lo expone de la siguiente manera: “la objetivación de este tipo de situaciones, así las conductas de acoso laboral, cuando persigue otro efecto distinto a la calificación como accidente de trabajo se adapta a un criterio de ponderación objetiva de la situación y/o de la conducta determinante del daño, con independencia del impacto causado sobre la víctima y su nivel de resistencia psíquica y de tolerancia al fracaso. Por tanto, en este caso no es necesario que el trabajador caiga en trastorno psicológico alguno o en un estado de ansiedad o cualquier tipo de somatización de cierta gravedad de su estrés. Es decir, este tipo de conductas debe valorarse con independencia de la sensibilidad de la víctima, con parámetros objetivos”. Un ejemplo de ello puede encontrarse en la STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3065), en la que, si bien en referencia a otra modalidad o a un tipo específico de acoso, el acoso sexual, se afirma que “la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solamente para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aunque sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo un amago o quedó en licencias y excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas”.

por otro lado, el carácter sistemático y continuado que se ha venido considerando (doctrinal y jurisprudencialmente) como integrante del concepto de acoso moral no se presenta necesariamente en los supuestos de acoso sexual donde una única agresión suficientemente grave y explícita, de índole sexual, puede configurar su existencia.

Lo que destaca en el acoso sexual y lo tipifica como fórmula o subtipo de acoso es claramente el componente sexual (la violencia sexual ha sido desde el comienzo de los tiempos una manera eficaz de dominación y control sobre la mujer por parte del varón basada en la privación de la libertad sobre su cuerpo y su sexualidad, y su uso en el ámbito profesional sirve a esos fines), el contenido básico de la agresión afecta siempre y directamente a la libertad sexual de la víctima.⁴⁴

En lo que respecta a la segunda modalidad contemplada de violencia sobre la mujer en el trabajo, el acoso por razón de género (o acoso sexista), su concepto, según se deduce de lo hasta ahora apuntado, se acerca al de acoso moral⁴⁵ y, pendiente de una mayor profundización en su tratamiento jurídico, podrá hacerse extensible a él, en lo que a protección social se refiere y respecto de los efectos sobre la salud de la víctima, la doctrina de la calificación de accidente de trabajo acuñada para el mobbing, tal como después se verá.

2.3 *Técnicas jurídicas para la tutela frente al acoso*

2.3.1 *Panorama general*

Para los diversos supuestos de violencia en el interior de la empresa (ya sea esta pública o privada) el derecho del trabajo y demás normas especiales reguladoras (por ejemplo, del régimen jurídico de los funcionarios) vienen, desde hace tiempo y con mayor o menor éxito, contemplando diversos mecanismos legales que permitan la defensa de la trabajadora y la actuación judicial a seguir ante este tipo de actuaciones violentas y denigrantes producidas en el seno de las relaciones de trabajo. Recordemos algunos resortes:

- La persona afectada por comportamientos de acoso sexual imputables al empresario puede demandar la extinción de su contrato de trabajo al

44 Como ya pusiera de manifiesto Rojas, 2005: “la libertad sexual se encuentra implícita en el concepto de intimidad y comprende dos aspectos: la posibilidad de disponer del propio cuerpo y la posibilidad de rechazar los comportamientos y repeler los ataques de naturaleza sexual, es decir, el derecho a no verse inmerso en un contexto sexual no querido”.

45 Esta posición en Rojas (2005: 29): “dado que el acoso moral por razón de género es un tipo de actuación más bien basado en el género que en el sexo en sentido estricto, cuyo concepto sería próximo al de acoso moral o psicológico en general, el que se produce por razón de género, su tratamiento quedará integrado en el concepto de acoso discriminatorio que aparece en las Directivas 2000/43 y 2000/78, y su estudio queda implícito en el examen general del *mobbing*”.

amparo del artículo 50 de ET, con invocación de los derechos laborales comprendidos en el artículo 4 de ET (sobre todo los apartados c y e).

- También puede solicitarse el cese de los comportamientos constitutivos de acoso, sea como petición anexa a la extintiva o a la de otra índole, sea como objeto principal de una de manda autónoma.
- En la medida en que se acrediten, es posible reclamar la reparación de los daños y perjuicios causados.
- Los valores o derechos fundamentales implicados (artículos 10 y 15 de CE) pueden reivindicarse a través de los procedimientos procesales, específicamente habilitados al efecto (artículos 177 y ss. de LRJS).⁴⁶ El reconocimiento explícito que la LOI hace del acoso sexual y por razón de sexo como actos discriminatorios legitima al trabajador acosado⁴⁷ para articular los mecanismos previstos para la protección de los derechos fundamentales, a saber: la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ante el orden social de la jurisdicción (artículo 177 a 184 de LRJS) y el recurso de amparo ante el TC, entre otros.
- En el orden penal se tipifican, en el artículo 173 de CP, los delitos contra la integridad moral y en el artículo 184 de CP, donde se contempla el acoso sexual como delito de nuevo cuño.
- El artículo 8.13 de la Liso considera infracción muy grave el “acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo”,⁴⁸

46 El artículo 177.1 de LRJS establece que “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas [sic], incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”. Por su lado, el número 4 del mismo artículo establece que “la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas [sic], podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias”.

47 Nótese que la persona acosada es la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo (artículo 12.3 de LOI y artículo 11 bis.3 de LECiv).

48 La protección del derecho del trabajador frente al acoso sexual debe implicar el ejercicio del poder disciplinario del empresario sancionando a los sujetos activos de dicha conducta. Así se advierte en

mereciendo similar valoración los actos atentatorios a la dignidad de los trabajadores (artículo 8.11).

- Sin perjuicio de la responsabilidad civil por daños y perjuicios, el incumplimiento del deber empresarial de prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo, cualquiera que sea el sujeto activo de este, es un hecho constitutivo de infracción administrativa muy grave (artículo 8.13 bis de Liso), que lleva aparejada una multa por importe de 6251 a 25000 euros (artículo único Real Decreto 306/2007). La referencia hecha a cualquiera que sea el sujeto activo implica que se responsabiliza al empresario, al margen de que el acosador sea él mismo o un director, otro trabajador o incluso no empleados, como clientes o proveedores.
- Además de la tutela judicial efectiva y las medidas sancionadoras, el trabajador también puede hacer valer su derecho a la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo a través de los procedimientos establecidos por la empresa, que garanticen que sus quejas y reclamaciones serán tratadas con eficacia, rapidez y respeto, y que van asociados paralelamente con la garantía de indemnidad.
- En el ámbito del empleo público, sin perjuicio de eventuales reformas, y por referencia a la legislación estatal, también aparecen diversos mecanismos efectivos de defensa frente a todo tipo de violencia (física o psíquica) sobre el empleado, que se sumarán a los ya previstos.⁴⁹

Los poderes públicos no son los únicos obligados a la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo (artículo 14.5 de LOI). En el ámbito laboral los empleadores, tanto públicos como privados, y representantes legales de los trabajadores también tienen la obligación legal de prevenirlo (artículos 48 y 51.e de LOI). Por su relevancia, la obligación de prevenir el acoso merece tratamiento autónomo, lo que se afronta en el siguiente epígrafe.

los convenios colectivos que desde hace algún tiempo incluyen entre las faltas disciplinarias muy graves las conductas de acoso sexual en la empresa (industria del vidrio, cerámica y afines, empresas de publicidad, artes gráficas, manipuladas de papel y cartón, editoriales e industrias auxiliares). Resulta lógico pensar que la expresión “dentro del ámbito que alcanzan las facultades de dirección empresarial” permite extender la responsabilidad empresarial a todos los supuestos en los que el empresario pueda ejercer sus facultades disciplinarias para sancionar la conducta de acoso sexual, con independencia de que exista una relación de trabajo entre el empresario y la víctima. Tal sería el caso de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal destacados en la empresa usuaria o el de los trabajadores de las empresas contratistas que prestan sus servicios en la empresa principal.

49 El Estatuto Básico del Empleado Público cuando dibuja el cuadro de derechos individuales y colectivos del empleado público incluye una mención específica a la protección de la dignidad del trabajador frente al acoso sexual y laboral (artículo 14 h): “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”.

2.3.2 *La obligación de prevenir el acoso*

El artículo 48 de la LOI incide sobre el aspecto preventivo del acoso sexual en el ámbito laboral de la empresa privada y refleja el llamamiento que el Derecho Comunitario viene haciendo a los empresarios e interlocutores sociales para que adopten medidas preventivas contra el acoso sexual en el lugar de trabajo, y en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales.⁵⁰ La prevención del acoso sexual y por razón de sexo en lugar de trabajo es una obligación de las empresas y los representantes de los trabajadores. Así, el empresario comprobará y evitará los hechos constitutivos de acoso sexual y acoso por razón de sexo en el lugar de trabajo (artículo 48.1 de LOI) y los representantes de los trabajadores contribuirán igualmente a prevenirlos (artículo 48.2 de LOI).

Hasta la entrada en vigor de la LOI, la obligación empresarial de prevenir el acoso sexual en el trabajo se ha invocado, en ocasiones, como parte integrante del deber que tiene el empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo (artículo 14 de LPRL); de tal modo que el acoso sexual aparece como un riesgo laboral, y el incumplimiento por parte del empresario del deber de prevenirlo origina la consiguiente responsabilidad civil por daños y perjuicios.⁵¹ El artículo 48.1 de LOI incorpora el deber de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el lugar de trabajo, aunque no modifica la lpRL para incorporar expresamente la prevención del acoso sexual y por razón de sexo entre las obligaciones empresariales en materia de prevención. Con todo, pese a que la LOI no ha modificado la lpRL en el sentido apuntado, sí lo incluye en el ámbito de la salud laboral desde el momento en que las administraciones públicas, a través de sus servicios de salud y de los órganos competentes en cada caso, considerarán el acoso sexual y el acoso por razón de sexo dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral (artículo 27.3.c de LOI y artículo 18.9 de la Ley 14/1986).

2.3.3 *Medidas específicas de prevención*

Las medidas que el empresario adopte para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo serán adoptadas a través de cualesquiera instrumentos negociados, y podrán consistir en códigos de buenas prácticas, campañas informativas, acciones de formación, planes de igualdad, convenios colectivos, etc.

Códigos de Conducta. La elaboración y difusión de códigos de conducta o de buenas prácticas para hacer frente al acoso sexual y por razón de

50 Tras la Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la Comisión Europea ha proporcionado a los empresarios, sindicatos y trabajadores orientaciones prácticas con objeto de prevenir el acoso sexual y garantizar procedimientos adecuados para ello.

51 STSJ de Madrid, de 31 de octubre de 2005 (AS 2005, 725).

sexo no es una novedad que incorpore la LOI. La Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, hizo en su día un llamamiento a la comisión para que, antes del 1 de julio de 1991, elaborase, en concertación con los interlocutores sociales y previa consulta con los Estados miembros y autoridades nacionales competentes, un Código de Conducta sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo que constituya una orientación basada en los ejemplos y prácticas ejemplares de los estados miembros en materia de iniciación y continuación de acciones positivas destinadas a crear una atmósfera en la que hombres y mujeres respeten mutuamente su integridad humana. Este Código de Conducta se recogió como anexo a la Recomendación 92/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, sobre protección de la dignidad de las mujeres y los hombres en el trabajo. En relación con la prevención del acoso sexual en el trabajo, el Código de Buenas Prácticas hizo un llamamiento a los empresarios para que elaborasen una declaración de principios,⁵² explicasen los procedimientos de actuación para hacer frente a una situación de acoso sexual y nombrasen a una persona encargada de proporcionarles asesoramiento y asistencia. El citado código también manifestó la responsabilidad que tienen todos los trabajadores de garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad de los trabajadores, y la de los directores y supervisores de garantizar que no se produzca acoso sexual en los sectores que están bajo su responsabilidad. El artículo 48.1.párrafo 2 de LOI se limita a señalar que el Código de Conducta podrá ser uno de los instrumentos empleados para incorporar medidas de prevención frente al acoso sexual y por razón de sexo, y que será adoptado previo acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, pero no proporciona orientación alguna para su elaboración y aplicación.

Acciones formativas. El artículo 48.1, párrafo 2 de LOI considera que otro de los instrumentos adecuados para prevenir el acoso sexual en el trabajo son las acciones de formación. El propio Código de Buenas Prácticas, recogido en el Anexo a la Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, incluyó la formación como un medio importante para garantizar que no se produzca el acoso sexual y que, si se produce, el problema sea resuelto con eficacia. Esta formación tendría por objeto, de una parte, la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de todo acoso sexual y, de otra, dar a conocer a los participantes sus responsabilidades en

52 La comisión recomendó que en esta declaración de principios se establecería expresamente: 1) que todos los trabajadores tienen derecho a ser tratados con dignidad, que no se permitirá ni se tolerará el acoso sexual en el trabajo y que los trabajadores tienen derecho a prestar denuncias si aquel se produce; 2) que se entiende por comportamiento indebido en el trabajo y explique que dicho comportamiento, en determinadas circunstancias, puede ser ilegal; 3) la obligación de los directores y supervisores de aplicar estos principios y emprender las acciones correctas para garantizar su cumplimiento. La comisión también recomendó que la declaración de principios, una vez elaborada, fuera comunicada efectivamente a todos los trabajadores, de manera que sean conscientes de que tienen derecho a presentar quejas y sepan a quién deben quejarse.

el marco de la política fijada por el empresario en materia de acoso sexual. La formación prevista en el mencionado Código de Buenas Prácticas tendría como destinatarios a directores, supervisores y las personas que tengan algún cometido oficial en el marco del procedimiento formal de examen de la denuncia de acoso sexual.

Campañas informativas. El legislador también considera efectivo para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo la difusión que el empresario haga de campañas informativas. El artículo 46.2 de la LOI señala que los Planes de Igualdad podrán contener medidas preventivas frente al acoso sexual y por razón de sexo, tales como:⁵³ 1) Inclusión de una declaración pública de tolerancia cero con estas actitudes que sea conocida por toda la plantilla; 2) Creación de procedimientos para la canalización de denuncias, con medidas tales como teléfonos de atención o un mecanismo de notificación electrónico; 3) Realización de actuaciones de información o sensibilización con todos los trabajadores; 4) Desarrollo de planes integrales de prevención del acoso en la empresa.⁵⁴

Negociación colectiva. Finalmente, conviene destacar el papel que la negociación colectiva puede desempeñar en orden a calificar las actuaciones constitutivas de acoso sexual y por razón de sexo, sus causas y efectos, los procedimientos para garantizar el derecho a la protección del trabajador, etc.

Las medidas específicas que el empresario adopte con la finalidad de prevenir y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se formulen en materia de acoso sexual y por razón de sexo serán negociados con los representantes de los trabajadores. Estas medidas consensuadas, que el legislador incluye entre las de igualdad, podrán consistir en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas o la realización de campañas informativas o acciones de formación (artículo 48.1, párrafo 2 de LOI). Asimismo, los planes de igualdad que las empresas acuerden con los representantes legales de los trabajadores podrán contemplar medidas dirigidas a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (artículo 46.2 de LOI). Junto a los mecanismos previstos por la LOI, el convenio colectivo se conforma como un instrumento normativo adecuado

53 Matorras Díaz-Caneja, A. y Nieto Rojas, P. (2007). "Medidas y planes de igualdad en las empresas". En VV. AA. *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova; y Sánchez Trigueros, C. y Areta Martínez, M. (2009). "El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". En *Revista Española de Derecho del Trabajo* 141.

54 Además, también se hace referencia a medidas específicas en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa", en concreto el artículo 10. Sobre criterios de valoración, destaca los aspectos fundamentales a tener en cuenta en la concesión del distintivo, y en concreto en su apartado 2g, señala: la implantación de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo: códigos de conducta, protocolos de actuación para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se puedan formular en materia de acoso y sensibilización y formación de los trabajadores y trabajadoras y sus representantes. Cfr. Sánchez Trigueros, C. y Pérez Campos, A. I. (2010). "Distintivo empresarial en materia de igualdad". En *Revista Española de Derecho del Trabajo* 148.

para incorporar las medidas en cuestión por cuanto resulta también de la negociación entre empresarios y trabajadores.

2.3.4 *Obligaciones de los trabajadores y sus representantes*

La prevención de acoso sexual y por razón de sexo no es solo obligación de los empresarios sino también de los representantes de los trabajadores (artículo 48.2 de LOT). La actuación de los representantes legales de los trabajadores no se limita a la participación en la negociación con el empresario en orden a las medidas de prevención que finalmente este adopte. Su actuación también se extiende, de una parte, a la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al acoso sexual y por razón de sexo y, por otra, a la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y pudieran propiciarlos.

Este deber de información está estrechamente relacionado con su labor de vigilancia en el cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, que lleva aparejado la formulación, en su caso, de las acciones legales oportunas ante el empresario e, incluso, los organismos o tribunales competentes (artículo 64.1.9.a de ET).

El artículo 54.2.g de et autoriza al empresario para despedir al trabajador que realice actos constitutivos de acoso sexual o por razón de sexo al propio empresario o a otras personas que trabajen en la empresa, por considerarse un incumplimiento contractual grave y culpable. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal (artículo 186 de CP) y de otro orden que puedan exigirse.

3. *LA VIOLENCIA DE GÉNERO LABORAL COMO ENFERMEDAD DEL TRABAJO*

Todo lo hasta aquí expuesto posee importantes repercusiones en el ámbito más concreto de la seguridad social, perspectiva específica que ahora corresponde adoptar. Aún antes de que la Loivg contemplara de forma específica el supuesto, nuestros tribunales vinieron advirtiendo la posibilidad de que los supuestos de acoso o violencia de género acabasen generando daños en la salud de la mujer trabajadora y de que hubiera de calificarse como laboral el origen de la contingencia.⁵⁵ Dicho abiertamente: se trata de que el acoso laboral (en cualquiera de sus modalidades específicas)⁵⁶ pueda ser considerado como un accidente de trabajo.⁵⁷

55 Vide STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 20 de diciembre de 2001 (AS 2002, 198), STSJ de Asturias, de 19 de marzo de 2004 (JUR 2004, 127848) y STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3065).

56 Incluidas las dos modalidades de violencia de género en el trabajo que venimos examinando: el acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de sexo.

57 Vide Rojas, 2005: 42, para quien “aunque no expresamente, puede encontrarse amparo en el art. 14.1 y 2 LPRL y en el concepto de accidente de trabajo del art. 115.1 y 3 LGSS”.

Seguidamente, se revisan los principales argumentos que se esgrimen para poder sostener, de lege lata, tal calificación, sin pasar por alto las dificultades técnico-jurídicas que nos encontraremos en el camino por no existir aún una normativa explícita y clarificadora sobre el tratamiento de las enfermedades psicosociales derivadas del trabajo.⁵⁸ Puede adelantarse que las decisiones judiciales habidas hasta la fecha, a pesar de la evolución general a favor de la consideración como contingencia de origen profesional, siguen sin ofrecer una respuesta unificada.

De las múltiples posibilidades existentes a la hora de abordar la exposición de la materia, aquí se ha optado por seleccionar una decena de tópicos, directamente relacionados con líneas argumentales presentes en las sentencias sobre acoso (en cualquiera de sus manifestaciones), pues no se ha perseguido brindar una imagen cerrada y completa del tema sino proyectar sobre este algo de claridad, a fin de seguir avanzando en su tratamiento jurídico.

3.1 *Planteamiento general*

Aunque en no todas las ocasiones,⁵⁹ la presión psicológica y moral que ejerce el acosador sobre la víctima puede provocar en ella un desgaste con consecuencias sobre su salud, física o psíquica.⁶⁰ Es claro que esas repercusiones pueden objetivarse y desembocar, por estar acreditados los daños, en una incapacidad temporal, permanente o, en casos extremos, en el fallecimiento del trabajador.

Pues bien, de tales situaciones pueden nacer prestaciones sociales cuyo origen, profesional o común, hay que determinar;⁶¹ y es ahí donde el nexo causal entre los efectos sobre la salud y la razón motivadora de ellos es clave, a efectos de la aplicación del artículo 115 de LGSS a estos supuestos.

La doctrina más especializada ha tenido ocasión de reflexionar sobre el particular de modo lúcido cuando ha expuesto que la laboralidad de la causa motivadora

58 Vide Olarte Encabo, S. (2005). "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades". En *Temas Laborales* 80: "en el ámbito de la seguridad social, se considera necesaria una intervención legal que clarifique, en general respecto a las enfermedades psíquicas relacionadas con el trabajo, y particularmente aquellas cuya etiología está vinculada al acoso moral, el procedimiento, la distribución de la carga de la prueba y el grado de exigencia del nexo causal".

59 Tal y como hemos dicho con anterioridad, el sometimiento a situaciones de acoso laboral no siempre provoca lesiones en la salud de la víctima, sin que por ello pongamos en entredicho la existencia misma del hostigamiento, pues ello no puede depender de la diversa fortaleza física o mental del acosado.

60 Se pueden desarrollar en las víctimas de acoso cuadros de ansiedad o depresión asociados a otra sintomatología más de tipo físico (cardiovascular, estomacal, etc.), debido a la somatización de la presión a la que se enfrenta el trabajador.

61 De tal determinación dependerá la distinta protección que corresponda y que será diferente en intensidad, acceso a la prestación y en las garantías para el beneficiario.

de la patología —principalmente de orden psicológico—, en la que se puede traducir la situación vivida por el trabajador, lógicamente en el contexto de una relación de trabajo, permite conectar la calificación de la contingencia que corresponda a aquella patología con el medio ambiente de trabajo, en cuanto el concepto jurídico de accidente de trabajo se vincula a circunstancias laborales indirectas, “con ocasión o por consecuencia”. Esta relación de conexión es, pues, la que permitirá calificar la contingencia en cuestión como debida a accidente de trabajo, conforme al artículo 115 de LGSS, por lo que será conveniente trasladar la doctrina emanada en interpretación de tal precepto a este “nuevo riesgo de carácter psicosocial”.⁶²

Cualquier tipo de acoso que se produce en el interior de la empresa viene siendo calificado por la doctrina como riesgo profesional de carácter psicosocial⁶³ porque, además de ser consecuencia objetiva de la relación laboral (en el marco de la cual se produce) está relacionado, más que con el puesto de trabajo en sentido estricto, con la red de relaciones interpersonales que compone toda estructura empresarial y se vincula al ambiente en que se desarrolla la actividad laboral y a cuestiones de tipo organizativo.

3.1.1 *El listado de enfermedades profesionales de 1978*

Lo cierto es que, a efectos de protección social, el cuadro de síntomas o síndromes psicológicos que puede provocar la conducta acosadora sobre la víctima (depresión, estrés, etc.) no estaba expresamente incluido en el listado cerrado, muchas veces denunciado como obsoleto, del rd 1995/1978, de 12 de mayo, al que remite el artículo 116 de LGSS; y por lo tanto no se beneficiaban de la consideración de enfermedad profesional. Habrá que estar a lo que dicta el artículo 115.2.e de LGSS (para evitar esa catalogación cerrada de las enfermedades profesionales del artículo 116), que califica de accidente de trabajo “las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (el aludido 116 de LGSS), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo [sic]”.

3.1.2 *El listado de enfermedades profesionales de 2006*

Aunque, el artículo 4.3 de LPRL considera como “daños derivados del trabajo” las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, más restrictivamente, el artículo 116 de LGSS delimita las enfermedades

62 Op. cit, p. 92.

63 Para mayor profundización en la calificación del acoso moral como riesgo laboral psicosocial ver Olarte, 2005: 65-94.

profesionales (EEPP) por remisión a una lista en la que se tipifican actividades productivas y elementos enfermantés.

La delimitación del concepto de enfermedad profesional es más estricto y específico que el de accidente de trabajo (que abarca también la “enfermedad del trabajo”), de manera que solo el trabajo realizado en las actividades listadas y para las enfermedades correspondientes es susceptible de producir una enfermedad profesional, y solo las enfermedades incluidas en la lista son susceptibles de ser consideradas profesionales. La relación causal entre trabajo y enfermedad profesional se “formaliza” en el sentido de que solo se considera enfermedad profesional la que se produce como consecuencia del desarrollo de la actividad o actividades expresamente delimitadas como productoras del tipo de enfermedad de que se trate.

El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, aprobó la nueva lista de ellas, en línea con la Recomendación 2003/670/CE,⁶⁴ derogando y actualizando la que hasta entonces contenía el rd 1995/1978; amén de muchísimas concretas novedades en el elenco de patologías (asociadas al desempeño de actividades productivas concretas) hay que destacar la aparición de una “lista complementaria” de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el catálogo podría contemplarse en el futuro.⁶⁵

En la actualización operada por el nuevo listado, se consideran nuevas sustancias que puedan producir enfermedad profesional y amplía nuevos trabajos o tareas susceptibles de producir dicho tipo de enfermedad. La estructura del catálogo –siguiendo la recomendación europea– contiene un anexo 1, donde se recoge la lista de las enfermedades profesionales cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, clasificándolas en seis grupos, atendiendo al origen de la patología (agentes químicos, físicos, biológicos, inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en los otros apartados, enfermedades de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en el resto de apartados; agentes cancerígenos). En el anexo 2 se establece una lista complementaria de enfermedades cuyo origen y carácter profesional se sospecha, pero sobre el que no hay evidencia. Por tanto, son enfermedades susceptibles de engrosar en

64 La recomendación europea parece situarse en un “estadio previo” al reconocimiento de las enfermedades psicosociales como profesionales, al recomendar a los estados miembros que promuevan “la investigación de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, en particular [...] para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo” (artículo 1.7).

65 En concordancia con lo anterior, la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero ha establecido el modelo de parte de EP; destaca la imposibilidad de cumplir la obligación de notificar a la seguridad social las EEPP, a través de medio diverso al electrónico; en buena medida, eso se consigue porque quien ha de elaborar y transmitir “el parte” ya no es la empresa sino la Mutua o entidad gestora que cubra esa contingencia en el concreto caso. Puesto que hay normas con rango de ley conforme a las cuales el empleador sigue viniendo obligado a notificar a la autoridad laboral las EEPP de sus trabajadores y puesto que al banco de datos resultante de las comunicaciones electrónicas tiene acceso esa administración, surgía una duda que, no sin cierta gracia, ha querido despejar la OM: el nuevo parte “podrá ser considerado como notificación” a tales efectos, pero solo cuando la autoridad laboral competente “así lo estime”.

el futuro, cuando exista evidencia científica, la lista del anexo 1. Mientras no se dé ese paso, y siempre que se demuestre su etiología laboral, solamente podrán considerarse “enfermedades del trabajo” (artículo 115.2.e de LGSS).

Como bien evidenció la doctrina, en este listado las enfermedades psicosociales (estrés, trastornos psicológicos derivados de las distintas formas de acoso, adicciones, etc.) constituyen un “riesgo social” que no tiene traducción en el catálogo de enfermedades profesionales; por tanto, las patologías que presenten una conexión causal con el trabajo solamente se considerarán “enfermedades del trabajo” en la medida que se acredite un indubitado y exclusivo nexo de causalidad con la actividad profesional. El nuevo cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social tampoco contempla las patologías psicosociales como enfermedades profesionales en sí (como tampoco sus consecuencias psicofísicas). No concede crédito a las patologías “subjetivas” o psicológicas, que pasan a formar parte —en los casos que la prueba sea factible— del accidente de trabajo como “enfermedad del trabajo”. Por consiguiente, muchas patologías psíquicas y físicas de etiología laboral no tienen la consideración jurídica de “enfermedad profesional”, sino que deben reconducirse al concepto de “enfermedad del trabajo” (accidente laboral). El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, establece un *numerus clausus* de enfermedades profesionales entre las que no tiene cabida el estrés, el burn-out, la depresión y otras enfermedades mentales, que pueden producirse como consecuencia o con ocasión de la prestación de servicios.⁶⁶

El catálogo —aunque proclama adaptarse a la realidad productiva actual— sigue contemplando en exclusiva patologías derivadas de factores de riesgo constituidos fundamentalmente por contaminantes ambientales (adaptadas a las patologías propias del trabajo en los sectores primario y secundario de la economía), sin otorgar relevancia alguna a las derivadas de los riesgos organizacionales o psicosociales que adquieren mayor relevancia en la terciarización creciente del sistema productivo, la introducción de nuevas tecnologías y nuevas formas de organización del trabajo. Una problemática específica es que, cuando se trata de enfermedades psicosociales difícilmente puede precisarse el momento y el lugar en que surgieron sus primeros síntomas, de manera que no siempre podrá entrar en juego la presunción de laboralidad, como tampoco —por lo general— será fácil acreditar su conexión causal con la actividad profesional. Por otra parte, la relación de causalidad entre aquella lesión y el trabajo ejecutado por cuenta ajena puede ser compleja, lo que plantea una dificultad especial para dilucidar si aquel constituye la causa exclusiva —o al menos prevalente— de la patología. La dificultad, en estos casos, es la delimitación de la etiología laboral de la patología psíquica o psicofísica, dado que esta puede desarrollarse durante un tiempo prolongado, y puede ser atribuible a diversas concausas; además de que puede afectar

66 Estas apreciaciones pueden verse en Monereo Pérez, J. L. y Fernández Avilés, J. A. (2008). “Determinación de contingencias de la seguridad social (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)”. En *Aranzadi Social* 20.

a un trabajador ocupado en diferentes actividades (pluriactividad) durante el periodo de gestación de la enfermedad.⁶⁷

3.2 *Reconducción del supuesto al concepto de accidente de trabajo*

La expuesta reticencia normativa a considerar como enfermedad profesional a patología derivada de supuestos de acoso alentó su conceptualización como accidente de trabajo, concretamente bajo la especie de enfermedad surgida como consecuencia del trabajo. Las graves dolencias que sufren las víctimas reales de acoso (sea cual sea la modalidad padecida) quizá explican que sea tan unánime la opinión doctrinal proclive a subsumirlas en el artículo 115.2.e de LGSS, con el consiguiente tratamiento como enfermedades derivadas del trabajo. Y en tal caso se ha de poder beneficiar de esa calificación cualquier modalidad de violencia de género sufrida por una trabajadora como consecuencia de un hostigamiento sexual o sexista.

El número de decisiones judiciales que vienen considerando las patologías padecidas por las víctimas de acoso laboral como accidente de trabajo⁶⁸ ha ido aumentando y propiciando un clima de general aceptación de ese curioso resultado.⁶⁹ Esa posición mayoritaria de la doctrina científica y judicial obedece a la consideración de que la contingencia patológica ha de considerarse como laboral siempre que se acredite el nexo de causalidad jurídica entre el fenómeno de la violencia en el ámbito laboral y las secuelas detectadas en la salud de la trabajadora. La clave, desde luego, radica en apreciar el nexo causal entre la relación laboral y los daños psicológicos o físicos padecidos por el acosado, tal como requiere el precepto de la LGSS.⁷⁰

67 Monereo y Fernández, 2008.

68 Ver SJS Galicia, Ourense, de 6 de noviembre de 2000; STSJ Galicia, de 31 de julio de 2000 (AS 2000, 2203); STSJ Navarra, de 18 de mayo de 2001 (AS 2001, 1821); STSJ La Rioja, de 31 de octubre de 2003 (AS 2003, 3636); y en alusión concreta al acoso sexual STSJ Galicia, de 23 de enero de 2001 (AS 2001, 6) y STSJ Galicia, de 15 de septiembre de 2005 (AS 2006, 272).

69 Aunque las decisiones judiciales de reconocimiento de esta calificación no son abundantes y contrastan con la enorme litigiosidad sobre el tema, lo cierto es que, efectivamente, esta vía judicial viene siendo frecuentemente utilizada por las víctimas en tutela de sus derechos cuando existen daños efectivos y demostrables sobre la salud. La parquedad de los órganos judiciales puede ser debida a la relativa novedad de la presencia de los riesgos psicosociales y a lo reciente de su estudio por parte del derecho, aunque la psicología del trabajo hace tiempo que viene ocupándose de estos fenómenos laborales emergentes.

70 A partir de , se ha considerado que debe calificarse de accidente de trabajo aquel en que de alguna manera concurra una conexión entre la ejecución del trabajo y el padecimiento, salvo que se aduzcan hechos que desvirtúen el nexo causal o la naturaleza de la afección excluya la etiología laboral (STS 22 de octubre de 1999 [RJ 1999, 8738]). En aquellos casos en los que resulte acreditado que el síndrome depresivo o cualquier otra afección psicológica trae su consecuencia en el acoso sexual al que se ha visto sometido el trabajador durante el tiempo de trabajo cabe catalogarlo de accidente de trabajo (STSJ Galicia, de 24 de enero de 2000 [AS 2000, 60]).

Lo aconsejable, como actuación más práctica, es que la víctima, desde el momento de sufrir las primeras dolencias físicas o psíquicas consecuencia del ambiente hostigador, se ponga en manos del profesional correspondiente (sea el médico generalista del servicio de salud, el facultativo de la empresa o el especialista de la Mutua) para que se cerciore en su diagnóstico del origen laboral de la patología, y así poder solicitar el cambio de contingencia de la baja laboral (si es que existe) de enfermedad común a accidente de trabajo.⁷¹

Sin ánimo exhaustivo, procede reseñar diversas resoluciones judiciales que han venido subsumiendo las dolencias padecidas en este concepto de accidente laboral:

- Se incluyen las depresiones graves con síntomas sicóticos: SSTSJ del País Vasco, de 12 de abril de 2005 (AS 2005\679), y de 29 de junio de 2004 (AS 2004\1858).
- También los trastornos relacionados con la ansiedad: SSTSJ de Castilla y León (Burgos), de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\241741), y de Asturias de 19 de marzo de 2004 (JUR 2004\127848).
- Los trastornos ansioso-depresivos, siempre que la causa sea exclusivamente imputable al trabajo: SSTSJ del País Vasco, de 2 de mayo de 2006 (AS 2007\785), y de Navarra, de 18 de abril de 2006 (AS 2006\1816).
- El acoso moral sí puede considerarse enfermedad del trabajo: SSTSJ de Navarra, de 23 de marzo de 2004 (AS 2004\1072), de La Rioja, de 6 de octubre de 2005 (AS 2005\3399), y de Navarra, de 23 de diciembre de 2002 (AS 2003\679).
- Puede incluirse también los acosos de contenido sexual: STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 2000\60).
- Pero debe exigirse, en todo caso, la relación directa con el trabajo: STSJ de Castilla y León (Burgos), de 19 de septiembre de 2006 (AS 2006\2998).

3.3 *Presunción de laboralidad de la contingencia*

Si, como queda dicho, el nudo gordiano de la discusión se encuentra en acreditar la relación de causalidad entre el trabajo y el padecimiento sufrido, la dificultad mayor estriba en la prueba de tal nexo cuando hablamos de dolencias de

71 Rojas (2005: 134) entiende que si la víctima es un empleado público cuyo régimen de previsión social sea el de clases pasivas, “deberá pedir el cambio de contingencia en vía contencioso administrativa (agotando primero la vías administrativa). Lo normal es que el conocimiento de este cambio se efectúe en vía laboral, al estar la mayoría de los funcionarios en el régimen general de la seguridad social”.

origen mental que son especialmente complejas. Por eso, muchas veces se propugna que pueda utilizarse de forma flexible, la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de LGSS, respecto de las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.⁷²

En este sentido, parece sumamente relevante la tendencia judicial a hacer jugar la presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 de LGSS, cuando una trabajadora ha sido víctima de acoso sexual y por su causa surge una de las contingencias protegidas por la seguridad social. Como se sabe, el mencionado precepto dispone que “se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”.

En múltiples supuestos, la jurisprudencia ha extendido la virtualidad de la presunción, aunque no sean propiamente accidentes, a los procesos patológicos identificables como enfermedades. De este modo, la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de LGSS alcanza a las enfermedades de trabajo.⁷³ Se trata de una regla práctica de suma importancia, por más que posea el lógico límite de todas las presunciones *iuris tantum*; como muchas veces ha advertido el Tribunal Supremo, para la destrucción de la presunción de laboralidad de enfermedad de trabajo surgida en el tiempo y lugar de trabajo, se exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.⁷⁴ En suma, opera la presunción pero puede ser destruida mediante prueba en contrario que acredite la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, prueba que corresponde realizar a los responsables de la protección.

* La STSJ Extremadura, 17 marzo 2003 (jur 2003, 187859) constituye un exponente magnífico de la operatividad que esa presunción posee en los casos de violencia sexista. Se trata del típico caso de trabajadora (joven, poco cualificada) que es contratada por empleador varón y requerida por este para mantener una relación sexual. Tras la negativa de la empleada, el empresario cambia de comportamiento y

72 Sobre esta presunción *iuris tantum* y sus antecedentes legales recientes conviene consultar la STS 27 diciembre de 1995 (RJ 1995, 9846): “son numerosas las sentencias que han afirmado la aplicación de la presunción de laboralidad del artículo 84.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 no solo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1374), de 25 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5175), 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 5202) y 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8529), y más recientemente la Sentencia de unificación de doctrina de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7844)”.

73 En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTs 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9727); 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006); 10 de abril de 2001 (RJ 2001, 4906).

74 SSTs 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3006); 10 de abril de 2001 (RJ 2001, 4906) y 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9507).

pasa a un hostigamiento laboral (“continuas llamadas de atención apartándola en alguna ocasión de lo que constituían sus concretas tareas laborales teniéndola incluso, al menos por un día, sentada en el almacén del Salón de Peluquería sin actividad alguna”). Lo cierto es que surge un proceso de incapacidad temporal que se prolonga durante varios meses y que se discute acerca de su calificación.⁷⁵

Conforme a esta resolución, la patología de referencia ha de encuadrarse entre las contempladas por el artículo 115.2.e de LGSS, operando la presunción de laboralidad a la hora de apreciar la existencia del preceptivo nexo causal entre el acoso sexual padecido en el medio laboral y la baja por causas psíquicas.⁷⁶

El precepto también se ha aplicado a supuestos en que el proceso de incapacidad surge tras un acoso basado en la reciente maternidad de la trabajadora, en un caso reincorporada tras la maternidad, pero no a su anterior destino en la empresa, sino a otro mucho más incómodo y prácticamente carente de contenido;⁷⁷ en otro, objeto de hostigamiento feroz y comentarios despectivos hacia las mujeres que trabajan tras haber dado a luz.⁷⁸

3.4 *Independencia de las jurisdicciones penal y social*

La gravedad de los hechos generadores de la violencia de género puede desencadenar acciones judiciales paralelas a las sociales (ora para defender el origen profesional de la contingencia surgida, ora para reclamar contractualmente frente al empleador), lo que propicia dudas acerca de la compatibilidad de ambas vías.

75 En la misma dirección, invocando sentencias de otros Tribunales Superiores, STSJ Extremadura, de 1 de diciembre de 2005 (AS 2005, 3471).

76 La enfermedad padecida por la trabajadora deviene como consecuencia del trabajo, pues la conducta de su patrono ha generado un entorno hostil e incómodo objetivamente considerado, no solo sentido como tal por la actora, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de palabras y obras que atenten a su dignidad personal, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente –como ya se ha expuesto con anterioridad– que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que ha padecido durante el período reclamado.

77 La SJS núm. 2 Albacete, de 13 de diciembre de 2002 (AS 2003, 23) consideró como de origen profesional la incapacidad surgida en tal caso por haberse acreditado que la actora no tenía ningún tipo de depresión posparto, ni ninguna tendencia depresiva anterior sino que el cuadro de cefaleas, ansiedad e insomnio que presentaba era fruto de lo que se denomina *mobbing* o acoso, lo que constituye un accidente de trabajo dado que el cuadro de depresión situacional no existía antes y solo comenzó a producirse después de la persecución indigna de que fue objeto tras su vuelta al trabajo después de ser madre.

78 Véase la STSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 298644), aunque se centra más en la reparación indemnizatoria del acoso.

A la vista de los preceptos concurrentes (artículos 111 y 114 de LECrim y 86.1 de LPL/LRJS) se viene optando por la aplicación de la norma procesal social conforme a la cual no se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los mismos hechos, salvo cuando se trate de falsedad documental decisiva para el asunto.⁷⁹ De este modo, el juez laboral, si bien no resuelve sobre cuestiones penales, las afronta (sin carácter devolutivo), pues cada orden de la jurisdicción enjuicia un mismo hecho desde ópticas distintas, para sacar sus propias conclusiones y hacer declaraciones que los distintos ordenamientos sustantivos exigen, por lo que nada obsta a la tramitación concurrente de procedimientos distintos, sin que el laboral se paralice por seguirse simultáneamente causa penal sobre los mismos hechos.

En el caso del acoso sexual padecido por una trabajadora y ocasionado por un compañero de trabajo, tipificado en el artículo 184 de CP, la STS de 5 de junio de 2005 (RJ 2005, 8333) ha aplicado esa misma doctrina porque las pretensiones son diversas. De este modo, el orden jurisdiccional social es competente para conocer y decidir las pretensiones relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, por la expresa atribución que hacen los artículos 2 y 177 de LRJS, con independencia de que los mismos hechos sean enjuiciados simultáneamente en vía penal, a estos efectos.⁸⁰

Desde otro punto de vista, también es muy interesante traer a colación el criterio sentado por la jurisprudencia penal respecto de si las consecuencias psíquicas (estrés postraumático, trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso, etc.), que son consecuencia de una agresión se consuman en el delito de agresión del que traen causa, o alcanzan una autonomía típica en el delito de lesiones. El criterio prevalente es el de que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una

79 La STC 24/1984, de 23 de febrero (RTC 1984, 24), considera la solución del artículo 86 de LPL (similar al vigente artículo 86 de LRJS) una medida proporcional y adecuada, “entre otros bienes jurídicos, a la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es objetivo central del proceso”; las jurisdicciones laboral y penal operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta; esa regla general no consiente más excepciones que la prevista en el texto normativo, esto es, cuando se acuse la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito, porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de esta, situación que no concurre en el presente supuesto, en el que no se ha tachado de falsedad documento alguno.

80 Lo que sí se descarta es el ejercicio de una misma acción resarcitoria de los perjuicios sufridos, con origen en los mismos hechos, en dos procedimientos distintos y ante órdenes de la jurisdicción diferentes, cuando en ambos supuestos se trata de alcanzar el mismo fin. Si la acción indemnizatoria estaba siendo ejercitada (aunque solo lo hiciera el Ministerio Fiscal) en la causa criminal, este ejercicio previo podría constituir el óbice procesal de litispendencia en el proceso extrapenal, conforme al artículo 421 de LECrim. No se rechaza el trámite simultáneo de procedimientos distintos ante los órdenes penal y laboral para enjuiciar, cada uno bajo la óptica de la normativa que deba aplicar, unos mismos hechos, sino la improcedencia del ejercicio sincrónico de la acción resarcitoria en ambos procedimientos, para lo que se aprecia una litispendencia que obsta a su decisión en este proceso.

agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena; por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3 de CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil.⁸¹

4. ADAPTACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES GENERALES SOBRE ACOSO LABORAL

Son ya muchas las sentencias que han definido el fenómeno del acoso, generalmente del siguiente modo: 1) el bien jurídico protegido es el derecho a la dignidad personal del trabajador, de ahí su directo enlace con el derecho constitucional tutelado en el artículo 15; 2) se produce un hostigamiento a través de conductas vejatorias o intimidatorias de carácter injusto; 3) dicha conducta se reitera, siguiendo una unidad de propósito; 4) se busca minar psicológicamente al acosado, logrando así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el acosador; 5) surge un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales.⁸²

Con fundamento en el artículo 115.2.e de LGSS se concluye que los síndromes ansioso-depresivos, desencadenados por procesos de acoso moral (mobbing), generados por las empresas y/o por los jefes y compañeros de trabajo, deben considerarse accidentes laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.2.e de LGSS, porque se desencadenan por agresiones externas relacionadas directamente con el trabajo. Puesto que las enfermedades, no calificadas como enfermedades profesionales, tendrán la consideración de accidente de trabajo cuando el trabajador las contraiga con motivo de la realización de su trabajo, teniendo por causa exclusiva la ejecución de este, eso es lo que se preconiza de los supuestos de acoso moral.⁸³

No es dudoso que si lo acaecido en el ámbito laboral fuese una violencia de género en sentido estricto, en los términos contemplados por la LIVG, deberían trasladarse esos mismos razonamientos al caso en cuestión. En tal apreciación se incluye la valoración de las secuelas que hayan quedado del proceso depresivo subsiguiente al acoso o, por descontado y si es el caso, a las agresiones constitutivas de la violencia de género.

5. NECESIDAD DE PRUEBA

La examinada presunción del nexo de causalidad (a efectos de calificar la contingencia derivada de la conducta ilícita) no puede confundirse con la dispensa-

81 El criterio aparece formulado en diversas sentencias posteriores a la de Sala general de 10 de octubre de 2003 (JUR 2004, 20871); un resumen de todas ellas en STS 4 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1509).

82 Por todas, STSJ La Rioja, 6 de octubre de 2005 (AS 2005, 3399) y las allí citadas.

83 Es emblemática, en ese sentido, la STSJ Navarra, de 18 de abril de 2006 (AS 2006, 1816).

ción de la prueba sobre los hechos acaecidos. Son planos complementarios, pero no idénticos, y han de diferenciarse de manera escrupulosa.

La STSJ Madrid, de 2 enero de 2006 (JUR 2006, 68994) constituye un excelente ejemplo de ello. La trabajadora denuncia, por acoso sexual, y ante el Juzgado de lo Penal a un compañero (pareja de la empleadora), siendo tratada psicológicamente por sintomatología ansioso-depresiva, pero sin que, a juicio del juzgador, consiguiera haber probado la realidad del acoso. En esa tesitura la sentencia concluye [...] reconociendo la dificultad, aunque no imposibilidad, probatoria de situaciones como la denunciada, hemos de tener en cuenta que en el informe psicológico elaborado a instancia de la recurrente, no acredita la existencia del acoso denunciado, sino que objetiva una sintomatología ansiosa depresiva reactiva, así como un trastorno de estrés postraumático, señalando que “la explorada identifica con una situación de acoso/abuso sexual en el trabajo”, sin pronunciarse dicho informe respecto de tal identificación que es exclusivamente subjetiva.

En otros supuestos, también se ha recalcado esa necesidad de que se practicara la prueba de manera adecuada, sin que bastase con la existencia de problemas laborales o de bajas para que surgiera la conducta ilícita.⁸⁴

La relevancia de acreditar el nexo de causalidad implica la toma en consideración de todas las circunstancias del caso, lo que puede explicar que, bajo la aparente contradicción entre sentencias, se llegue a resultados diversos. En este sentido, STS de 4 de junio de 2012 (RJ 2012, 6695) pone de relieve cómo en el caso de la sentencia recurrida el acoso sexual se presenta exclusivamente como causal de un mero episodio en una personalidad depresiva con múltiples y previos episodios (incluso con intentos de autolisis e ingresos hospitalarios), en tanto que en supuesto de la decisión propuesta como contraste la patología realmente discapacitante —depresión mayor— se atribuye en exclusiva a grave acoso sexual sufrido; diferencia decisiva, en tanto que impide pueda afirmarse que estamos en presencia de supuestos idénticos con respuesta judicial diversa.

La STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de febrero de 2007 (AS 2007, 1310), explicó perfectamente cómo siendo la patología de la actora, determinante del proceso de it, de carácter psíquico o psicológico, traducida en estado de ansiedad, y aduciendo que esta

84 Por ejemplo, la STSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 298636) concluye que no se ha acreditado que la empresa demandada haya acosado psicológicamente a la actora y el hecho de que aquella haya tenido dos abortos por causas psicológicas no acredita tal circunstancia, pues no se puede obviar que la actora también sufrió un aborto con anterioridad a que tuviera dos hijos, mucho antes de que se produjera la supuesta situación de acoso psicológico que denuncia y el que sufra una depresión en la que intervengan factores laborales tampoco lleva consigo necesariamente que se haya producido la situación denunciada, pudiendo obedecer a la preocupación que tenía por su futuro ante la intención de externalización de las funciones que desempeñaba por la empresa demandada.

tiene su causa o factor determinante en la situación de acoso moral al que viene sometida en su ámbito laboral, se colige, como punto de partida, que no nos encontramos con la definición ordinaria de accidente, esto es el derivado de una acción súbita, violenta y externa, sino con una enfermedad consistente en un deterioro psíquico, la cual, al no haberse puesto de manifiesto de forma puntual en un momento determinado coincidente en el tiempo y en el lugar de trabajo, no le es de aplicación la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 115.3 de LGSS; y siendo ello así, la circunstancia a acreditar se sitúa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.2.e de dicha Ley, en la demostración de que efectiva y realmente se produjo la figura del mobbing o acoso moral en el trabajo y que, entre dicha actuación y la patología de la actora, se produce un nexo causal preciso y directo de forma tal que aquel sea la causa exclusiva de la enfermedad padecida.

De este modo, como expone STSJ Castilla-La Mancha, de 15 de noviembre de 2013 (JUR 2013, 370174), identificado el acoso moral como una conducta o actuación ejercida sobre el trabajador y que puede dar lugar, en este, a una patología de carácter psíquico, la efectiva prueba de su existencia y subsiguiente evidencia de que esta se conforma como factor determinante y exclusivo de la dolencia sufrida por el actor, deviene en la única vía justificativa de la pretensión ejercida. Siendo eso lo que precisamente se deduce de lo actuado, poniendo de manifiesto cómo, a partir de la toma de posesión del nuevo alcalde, se inicia una situación de constante hostigamiento hacia la actora, tanto a nivel personal como profesional, situación conocida por el resto del personal del ayuntamiento, que, inexplicablemente, consintieron su mantenimiento a través del tiempo, dando lugar a que tal situación, y solo ella, determinasen los problemas de salud, de carácter psíquico, en la trabajadora, viniendo a justificar sobradamente la calificación de estos como derivados de accidente laboral y consiguientemente, como ya se adelantaba, la desestimación de los motivos de recurso que nos ocupan.

6. AGRESIONES A LA INTIMIDAD SEXUAL SIN ACOSO

Son ya varias las ocasiones en que a los tribunales han accedido casos de trabajadoras espiadas o grabadas, mientras se encontraban en recintos donde se proyecta especialmente su intimidad (vestuarios, servicios), o bien en posiciones o planos indiscretos. Siendo sumamente grave tal comportamiento, lo que ahora interesa subrayar es que si el descubrimiento de lo acaecido genera patologías en la víctima, también estamos ante una contingencia de origen profesional, con independencia de que no se hubiera percatado de lo ocurrido hasta más tarde.

La muy conocida STSJ Asturias, de 19 de marzo de 2003 (AS 2004, 1488) aborda el supuesto de trabajadora que descubre haber sido espiada (junto con otras), mediante un sistema de cámaras ocultas bajo su mesa de trabajo, en los aseos y servicios, conectadas a un sistema de grabación en el despacho del gerente; tras detectarse ese atentado continuado, la trabajadora coincide con su autor en la empresa e inicia un proceso de it por depresión cuya calificación se discute. La sentencia explica que la enfermedad

de la demandante tiene un enlace directo y exclusivo con su condición de trabajadora y la prestación de servicios por cuenta ajena, lo que encaja en el supuesto del artículo 115.2.e de LGSS. Es en el centro de trabajo donde se produjeron las grabaciones, la instalación preparada para tal fin lo fue con el objeto de observar a las trabajadoras en el tiempo y lugar de desarrollo de la relación laboral y la posición dominante en la empresa de su autor constituye un elemento relevante para explicar la preparación y uso de los mecanismos de captación de las imágenes. Los hechos posteriores al hallazgo de las grabaciones atentatorias de la intimidad y las vicisitudes por las que pasaron las trabajadoras, que dotan al suceso de una dimensión colectiva difícil de ignorar, transcurrieron cuando ya la demandante se encontraba en la situación de incapacidad temporal pero su significado no hace sino afianzar la conclusión precedente.

7. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN DEMANDAS FRENTE A TRABAJADORES

Se sabe que el proceso de tutela de derechos fundamentales seguido ante el orden social es el cauce natural de reclamación para las pretensiones de tutela de derechos fundamentales por violaciones causadas en el ámbito de una relación laboral, si bien el artículo 2 l.rjs limita la competencia material a cuestiones litigiosas “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo”, lo que hace surgir la duda sobre qué sucede cuando en la vulneración de derechos aparece implicado un directivo o compañero de trabajo.

La STSJ Galicia, de 29 de abril de 2005 (AS 2005, 1511) abordó un supuesto en que se demandaba tanto a la empresa (entidad jurídica) como a uno de sus directivos (por acoso sexual) y enfocó el tema a partir del deber empresarial de protección del trabajador frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual en el ámbito de la relación laboral, plasmado en el artículo 4.2.e de ET.⁸⁵ Así las cosas, lo decisivo, a los efectos de delimitar el deber empresarial, no es el sujeto activo de la ofensa (el empresario persona física, el representante legal de la empresa, un directivo, un compañero de trabajo), sino la realización de la ofensa en el ámbito de la relación laboral.⁸⁶ La competencia [es] del orden social cuando se dilucida si el empresario ha cumplido o no con ese deber de protección, incluso cuando el sujeto activo de la ofensa no sea el empresario persona física o el representante legal de una empresa persona jurídica, sino un directivo de la empresa o un compañero de trabajo, a los que, para evitar dividir la continenencia de la

85 Un comentario a dicha sentencia, en Sánchez Torres, E. “Apreciación de acoso sexual entre personas del mismo sexo: a propósito de la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005”. Recuperado el 2 de noviembre de 2014 en <<http://www.upf.edu/iuslabor/032005/art04.htm>>.

86 En el mismo sentido, la STSJ Galicia, de 17 de febrero de 1995 (AS 1995, 597) había dicho que “[si] se demanda no solamente al compañero de trabajo, sino también al empresario [...] por entender que, teniendo conocimiento de la situación, no (tomó) medida alguna para corregirla [...] ello sí constituye un pleito entre trabajador y empresario en el que se atribuye a este un incumplimiento en su deber de protección [...] no siendo posible entonces dividir la continenencia de la causa y separar este supuesto incumplimiento empresarial de la actuación del trabajador ofensor, de la que trae causa”.

causa, se puede demandar en vía social cuando la acción dirigida contra el empresario persona física o el representante legal de una empresa persona jurídica coincide con la acción dirigida contra el directivo de la empresa o el compañero de trabajo (como ocurre cuando se les demanda a efectos de una indemnización solidaria).

8. EL RECARGO DE PRESTACIONES

Si se ha producido una violencia de género o un acoso sexual en el ámbito de la empresa y surge una incapacidad protegida por la seguridad social es lógico que se piense en la posibilidad de que las prestaciones se vean incrementadas con el recargo contemplado en el artículo 123 de LGSS. La doctrina judicial ya no duda en aceptar que también en el caso particular del acoso, el empresario tiene la obligación de prevenir la aparición de posibles conductas de hostigamiento psicológico en la empresa, actuando a través de la información, formación, medidas organizativas, etc.⁸⁷

Pero no siempre que la trabajadora acredite la existencia de una vulneración de su dignidad y formación profesional ha de surgir, automáticamente, la imposición del recargo, partiendo del reconocimiento de una situación de mobbing o acoso laboral. Tampoco la consideración como laboral del proceso incapacitante comporta, necesiter, la imposición de tal sanción prestacional.

Es necesario, en definitiva, una conducta grave del empresario; de tal manera que se origine un entorno negativo no solo desde la percepción subjetiva de quien lo padece, sino objetivamente considerada porque puede ocurrir que nos encontremos ante una sensibilidad especialmente marcada de un trabajador cuyo entorno objetivamente considerado no es efectivamente hostil.⁸⁸ La STSJ Cantabria, de 3 de julio de 2006 (AS 2006, 2275) aplica todas esas consideraciones respecto de supuesto en que el propio tribunal había estimado la existencia de causa extintiva, amparada en el artículo 50 de ET; ahora se relativiza lo acaecido: una empresa en situación de crisis adopta diversas decisiones que el trabajador interpreta como hostigamiento y le generan un cuadro ansioso-depresivo grave.

87 El empresario tiene la obligación entonces de la identificación y eliminación de los riesgos, así como la evaluación de los que no han podido ser evitados, aplicando las medidas resultantes de la evaluación mediante una acción planificada para la prevención de esos riesgos (artículos 15 y 16; artículos 3-9 de LPRL). También le es exigible adecuar las condiciones del puesto de trabajo a las condiciones personales y al estado biológico del trabajador (artículos 15.1.d y 25 de LPRL) o llevar a cabo las actividades de prevención valiéndose de expertos con la formación adecuada, y que puedan desempeñar el papel de trabajadores designados por la empresa o integrarse en un servicio de prevención propio a ajeno concertado con la empresa, donde tendrá que haber expertos en la evaluación y diagnóstico de riesgos psicosociales (artículos 30 y 31 de LPRL). Asimismo, la obligación de vigilancia de la salud para la detección de enfermedades psíquicas (artículo 29 de LPRL).

88 Por todas, STSJ Galicia, de 31 de octubre de 2002 (JUR 2003, 13176).

Asimismo, la STSJ Cataluña, de 22 de octubre de 2013 (AS 2013, 3104) considera adecuada la imposición del recargo si se acredita que la empresa conoció el acoso a la trabajadora antes de que esta accediera a la situación de incapacidad temporal, sin que hiciese nada al respecto; “a nueva evaluación, esto es, una consideración y revisión del plan de evaluación de riesgos que la empresa había adoptado. Se advierte incluso que, y también este es un dato que la Sala no puede obviar ni ignorar, habiendo conocido la empresa la actualización de un riesgo en el trabajo tampoco procedió a la revisión del mismo plan. Estos, insistimos, son datos o circunstancias fácticas con las que debemos necesariamente operar pese al intento de la recurrente de provocar, por una vía que no puede ser tenida como inadecuada, una discusión al efecto”.

9. CONCLUSIONES

1. El acoso como riesgo psicosocial

Cualquier tipo de acoso que se produce en el interior de la empresa y que tiene como destinatario a alguno de sus componentes viene siendo calificado por la doctrina como riesgo profesional de carácter psicosocial porque, además de ser consecuencia objetiva de la relación laboral (en el marco de la cual se produce) está relacionado, más que con el puesto de trabajo en sentido estricto, con la red de relaciones interpersonales que compone toda estructura empresarial y se vincula al ambiente en que se desarrolla la actividad laboral y a cuestiones de tipo organizativo.

2. El derecho español no reconoce el acoso como enfermedad profesional

El listado de enfermedades profesionales recoge el elenco de aquellas cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente (clasificadas en seis grupos, según origen de la patología) y una relación complementaria (porque su origen se sospecha) sin que entre ellas aparezca el acoso en sus diversas formas.

Sí es posible que estas patologías se consideren “enfermedades del trabajo” (artículo 115.2.e de LGSS), asimiladas a accidentes laborales, siempre que se acredite su causa. El número de decisiones judiciales que vienen considerando las patologías padecidas por las víctimas de acoso laboral como accidente de trabajo ha ido aumentando y propiciando un clima de general aceptación de ese curioso resultado: no son enfermedades profesionales sino accidentes de trabajo.

3. Dificultades para apreciar el carácter laboral de la patología

La expuesta posición mayoritaria de la doctrina científica y judicial obedece a la consideración de que la contingencia patológica ha de considerarse como laboral siempre que se acredite el nexo de causalidad jurídica entre el fenómeno de la violencia en el ámbito laboral y las secuelas detectadas en la salud de la trabajadora.

Esa exigencia, a su vez, genera un importante problema porque en las enfermedades psicosociales difícilmente puede precisarse el momento y el lugar en que surgieron sus primeros síntomas, de manera que no siempre podrá entrar en juego la presunción de laboralidad, como tampoco –por lo general– será fácil acreditar su conexión causal con la actividad profesional. Por otra parte, la relación de causalidad entre aquella lesión y el trabajo ejecutado por cuenta ajena puede ser compleja, lo que plantea una dificultad especial para dilucidar si aquel constituye la causa exclusiva –o al menos prevalente– de la patología. La dificultad en estos casos es la delimitación de la etiología laboral de la patología psíquica o psicofísica, dado que esta puede desarrollarse durante un tiempo prolongado, y puede ser atribuible a diversas concausas, además de que puede afectar a un trabajador ocupado en diferentes actividades (pluriactividad) durante el periodo de gestación de la enfermedad.

4. Jurisprudencia laboralizadora

En este escenario (no son enfermedades profesionales; son accidentes de trabajo si se prueba el nexo de causalidad; el nexo de causalidad es de difícil acreditación) es relevante la tendencia judicial proclive a hacer jugar la presunción de laboralidad (contenida en el artículo 115.3 de LGSS) cuando una trabajadora ha sido víctima de acoso sexual y por su causa surge una de las contingencias protegidas por la seguridad social. Como se sabe, el mencionado precepto dispone que “se presumirá salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”.

En múltiples supuestos, la jurisprudencia ha extendido la virtualidad de la presunción, aunque no sean propiamente accidentes, a los procesos patológicos identificables como enfermedades; de este modo, la presunción de laboralidad del artículo 115.3 de LGSS alcanza a las enfermedades de trabajo.

5. Compatibilidad de responsabilidades

La gravedad de los hechos generadores de la violencia de género puede desencadenar acciones judiciales paralelas a las sociales (ora para defender el origen profesional de la contingencia surgida, ora para reclamar contractualmente frente al empleador), lo que propicia dudas acerca de la compatibilidad de ambas vías.

A la vista de los preceptos concurrentes (artículos 111 y 114 de LECrim y 86.1 de LPL/LRJS) se viene optando por la aplicación de la norma procesal social conforme a la cual no se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los mismos hechos, salvo cuando se trate de falsedad documental decisiva para el asunto. De este modo, el juez laboral, si bien no resuelve sobre cuestiones penales, las afronta (sin carácter devolutivo), pues cada orden de la jurisdicción enjuicia un mismo hecho desde ópticas distintas, para sacar sus propias conclusiones y hacer

declaraciones que los distintos ordenamientos sustantivos exigen, por lo que nada obsta a la tramitación concurrente de procedimientos distintos, sin que el laboral se paralice por seguirse simultáneamente causa penal sobre los mismos hechos.

6. Acreditación de la violencia de género

La examinada presunción del nexo de causalidad (a efectos de calificar la contingencia derivada de la conducta ilícita) no puede confundirse con la dispensación de la prueba sobre los hechos acaecidos. Son planos complementarios, pero no idénticos, y han de diferenciarse de manera escrupulosa.

7. Competencia expansiva de la jurisdicción social

Se sabe que el proceso de tutela de derechos fundamentales seguido ante el orden social es el cauce natural de reclamación para las pretensiones de tutela de derechos fundamentales por violaciones causadas en el ámbito de una relación laboral, si bien el artículo 2 de lrrjs limita la competencia material a cuestiones litigiosas “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo”, lo que hace surgir la duda sobre qué sucede cuando en la vulneración de derechos aparece implicado un directivo o compañero de trabajo.

Sin embargo, el actual artículo 2.b de la propia Ley conduce a la competencia exclusiva en materia de responsabilidades derivadas de accidente laboral, incluso si se demanda a quien no es empresario.

8. Viabilidad del recargo de prestaciones

Si se ha producido una violencia de género o un acoso sexual en el ámbito de la empresa y surge una incapacidad protegida por la seguridad social es lógico que se piense en la posibilidad de que las prestaciones se vean incrementadas con el recargo contemplado en el artículo 123 de LGSS. La doctrina judicial ya no duda en aceptar que también en el caso particular del acoso, el empresario tiene la obligación de prevenir la aparición de posibles conductas de hostigamiento psicológico en la empresa, actuando a través de la información, formación, medidas organizativas, etc.

Pero no siempre que la trabajadora acredite la existencia de una vulneración de su dignidad y formación profesional ha de surgir, automáticamente, la imposición del recargo partiendo del reconocimiento de una situación de mobbing o acoso laboral. Tampoco la consideración como laboral del proceso incapacitante comporta, necesiter, la imposición de tal sanción prestacional.

10. BIBLIOGRAFÍA

EZQUERRA ESCUDERO, L. (coordinador), RIVAS VALLEJO, P. y AGUSTÍ MARAGALL, J.: *Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física y moral en el ámbito laboral*, Atelier, 2010.

ALTÉS TÁRRAGA, J. A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Los factores psicosociales y el accidente de trabajo”, en *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, Aranzadi, 2005.

BODELÓN GONZÁLEZ, M.E. y GALA DURÁN, C.: “Teoría y práctica de los protocolos frente al acoso sexual”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014.

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El acoso sexual como riesgo laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2000.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, 2003.

DÍAZ DESCALZO, M. C.: “El acoso sexual en el trabajo”, en VV. AA.: *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El acoso moral en el trabajo ¿una forma de discriminación?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002.

FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “La violencia de género en el ámbito laboral como enfermedad del trabajo”, en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.): *Violencia de género y Derecho del Trabajo: estudios actuales sobre puntos críticos*, Lex Nova, 2012.

GIL RUIZ, J.M. (Coordinadora): *“Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuaciones de las administraciones públicas y de las empresas”*, disponible en <http://www.igualdad.ull.es/archivos/documentacion/20130116%20Acoso%20sexual%20y%20acoso%20por%20raz%C3%B3n%20de%20sexo.pdf>.

GIMENO LAHOZ, R.: “La prueba laboral del acoso sexual”, *Información Laboral*, núm. 11, 2003.

LEYMANN, H.: *Mobbing. La persécution au travail*, Du Seuil, 1996.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la Ley 50/98, de 30 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000.

-“El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal, en VV. AA.: *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, 2004.

-“El acoso moral por razón de género”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2004.

-El principio de igualdad de mujeres y hombres. En especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013. Disponible en: ruc.udc.es

LUELMO MILLÁN, M. A.: “La normativa que viene sobre el acoso moral y sexual y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más recientes a su tratamiento jurídico”, *Aranzadi Social*, núm. 12, 2006.

MARTÍNEZ BARROSO, M. de los R.: *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Determinación de contingencias de la Seguridad Social (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)”, *Aranzadi Social* núm. 20, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L. y SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 83, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El Derecho Social del Trabajo y los derechos sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012.

OLARTE ENCABO, S.: “Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo laboral calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades”, *Temas Laborales*, núm. 80/2005.

QUESADA SEGURA, R.: “El acoso sexual y acoso por razón de género en la negociación colectiva”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi, 2009.

PACHECO ZERGA, L.: *Dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, 2007.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, núm. 178, octubre 2005.

PÉREZ DEL RÍO, T.: “La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, 2011.

RIVAS VALLEJO, M. P.: “Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional”, en VV. AA.: *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, 2004.

-Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia. Estudio, jurisprudencia y formularios, Civitas, 2005.

-“Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. Extra 74, 2008.

ROJAS RIVERO, G. P.: *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Bomarzo, 2005.

ROMERO RÓDENAS, M. J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, 2004.

SÁNCHEZ TORRES, E.: “Apreciación de acoso sexual entre personas del mismo sexo: a propósito de la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005”, en <http://www.upf.edu/iuslabor/032005/art04.htm>.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y ARETA MARTÍNEZ, M.: “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141, 2009.

SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, CES, 2005.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: “La prevención de la violencia de género en el trabajo: análisis de la negociación colectiva del País Vasco”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010.

VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Aranzadi, 2005.

VICENTE PACHÉS, F. de: “La configuración del acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, núm. 180, diciembre 2005.

VV. AA. (coord. MUERZA ESPARZA, J.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, 2005.

VV. AA. (coord. MARCOS GONZÁLEZ, J. I.): *La tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario*, Aranzadi, 2006.

VV. AA. (coord. CORREA CARRASCO, M.): *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006.