

Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo

Estudios desde el derecho
internacional y comparado

Directora y Editora
Lourdes Mella Méndez

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 19

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo

DIRECCIÓN

Michele Tiraboschi (*director responsable*)

Roberta Caragnano

Lilli Casano

Maria Giovannone

Pietro Manzella (*revisor lingüístico*)

Emmanuele Massagli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Silvia Spattini

Davide Venturi

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Gabriele Gamberini

Andrea Gatti Casati

Francesca Fazio

Laura Magni (*coordinador de redacción*)

Maddalena Magni

Martina Ori

Giada Salta

Francesca Sperotti

Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo

**Estudios desde el derecho
internacional y comparado**

Directora y Editora
Lourdes Mella Méndez

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ISBN 978-88-98652-19-8

© 2014 ADAPT University Press – Publicación en línea de la serie ADAPT

Registro No. 1609, 11 de noviembre de 2001, Tribunal de Módena

ÍNDICE

Prólogo de Lourdes Mella Méndez	IX
---------------------------------------	----

Primera Parte

LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

1.

La violencia de género en el derecho internacional y comparado

Tatsiana Ushakova, <i>La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género</i>	3
Catarina de Oliveira Carvalho, <i>Protección social de las víctimas de violencia doméstica en Portugal</i>	20
Tiago Pimenta Fernandes, <i>Violencia de género en España y Portugal: la movilidad geográfica de las víctimas</i>	48

2.

La violencia de género en el derecho español

Fernando Valdés Dal-Ré, <i>Derecho constitucional y violencia en el trabajo en España</i>	65
Carmen Ortiz Lallana, <i>La violencia de género en la relación de trabajo en España</i>	88
Juan Carlos García Quiñones, <i>Violencia de género y autonomía colectiva: una aproximación desde el ordenamiento español</i>	118
María Cristina Polo Sánchez, <i>¿Violencia de género en la empresa? Una nueva delimitación conceptual en el marco de las relaciones laborales</i>	171
Alicia Villalba Sánchez, <i>La noción de víctima de violencia de género en la negociación colectiva</i>	186
Eduarne Terradillos Ormaetxea, <i>La protección social de la víctima de la violencia de género en el ordenamiento jurídico español</i>	207
M ^a Belén Fernández Collados, <i>Valoración de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género casi una década después de la publicación de la Ley de protección integral contra la violencia de género</i>	230

Carmen Grau Pineda, <i>Derechos sociolaborales de las víctimas de violencia de género: estudio concreto de la suspensión del contrato de trabajo</i>	248
Vanessa Zimmermann, <i>Los derechos sociolaborales de la mujer víctima de violencia de género desde una perspectiva ¿real y efectiva? del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo</i>	268
Rita Giráldez Méndez, <i>Las ausencias al trabajo de la víctima de violencia de género motivadas por su situación física o psicológica y su interpretación a la luz de la regulación actual del despido en situación de incapacidad</i>	286

Segunda Parte

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

1.

Los riesgos psicosociales en el derecho internacional y comparado

María Amparo Ballester Pastor, <i>La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales</i>	315
José Sánchez Pérez, <i>El acoso moral en el trabajo: una perspectiva de derecho comparado</i>	339
Loïc Lerouge, <i>Poder de dirección y organización del empresario en Francia y riesgos psicosociales en el trabajo</i>	354
Christophe Vigneau, <i>Riesgos psicosociales y negociación colectiva en Francia: un apunte sobre la cuestión</i>	373
Rosa Maria Ferreira, <i>El acoso moral en España y Portugal. Analogías y diferencias</i>	379
Roberta Caragnano, <i>El acoso moral en Italia: marco de referencia y evolución jurisprudencial</i> .	389
Silvia Fernández Martínez, <i>Concepto y delimitación del acoso moral en España e Italia. Algunas ideas generales</i>	417
Nicola D'Erario, <i>El estrés relacionado con el trabajo en Italia: estado del arte y jurisprudencia</i>	440
Patricia Kurczyn Villalobos, <i>El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica mexicana</i>	459

2.

El acoso moral en el derecho español

José Luis Gil y Gil, <i>Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo</i>	479
Manrique Cos Egea, <i>El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales</i>	519
José Fernando Lousada Arochena, <i>Riesgos psicosociales, autonomía colectiva y prevención de riesgos</i>	543
Francisco Trujillo Pons, <i>Negociación colectiva y acoso laboral. Prácticas efectivas en los convenios colectivos</i>	558

María del Carmen Rodríguez Pérez, <i>Los protocolos de actuación en situaciones de acoso laboral</i>	570
Lourdes Mella Méndez, <i>El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés</i>	587
Lara Nogueira Ferreiro, <i>Recargo de prestaciones en situaciones de acoso moral laboral: algunos puntos críticos</i>	609

3.

Otros tipos de acoso

Mariola Serrano Argüeso, <i>La prevención de las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito empresarial. Una visión desde la responsabilidad social corporativa</i>	625
Patricia Espejo Megías, <i>Violencia y discriminación en el trabajo: acoso sexual y acoso por razón de género</i>	641
Francisco A. González Díaz, <i>Tratamiento jurídico del acoso sexual en el Reino Unido</i>	653

4.

Aspectos de interés en relación con los riesgos psicosociales

Jaime Cabeza Pereiro, Belén Fernández Docampo, <i>Doctrina judicial reciente sobre discriminación por discapacidad</i>	675
Luis Fernando de Castro Mejuto, <i>La eventual discriminación a la discapacidad en el despido objetivo español</i>	689
Amanda Moreno Solana, <i>Los riesgos psicosociales en los trabajadores especialmente sensibles</i>	702
Lara M. Munín Sánchez, <i>La prestación por riesgo durante la lactancia natural: su configuración legal y sus condicionantes psicosociales</i>	722
Susana Sousa Machado, <i>Proselitismo religioso en el lugar de trabajo: una forma de violencia psicológica</i>	735
<i>Noticias sobre los autores</i>	751

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (editado por), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (editado por), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. AA.VV., **I programmi alla prova**, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. L. Casano (editado por), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. M. Tiraboschi (editado por), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. U. Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (editado por), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi**, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (editado por), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013
17. R. Zucaro (editado por), **I licenziamenti in Italia e Germania**, 2013
18. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2013**, 2013

Prólogo

Es para mí un honor presentar, aun brevemente, este Ebook publicado por la editorial *ADAPT University Press*, en la colección “Labour Studies e-Book series”. El compartir esta iniciativa editorial supone un paso más en la estrecha colaboración personal y profesional que existe, desde hace tiempo, entre *ADAPT (Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali)* y la Universidad de Santiago de Compostela, y que espero se mantenga fortalecida en el futuro. *ADAPT* es una importante Asociación Internacional dedicada al estudio del Derecho Internacional y Comparado del Trabajo y las Relaciones Industriales, que cuenta con sedes en Roma, Módena, Bérgamo y Bari (Italia), y que goza de una fuerte expansión internacional debido a su amplia red internacional de entidades colaboradoras repartidas por todo el mundo.

En este sentido, quiero que mis primeras palabras sean, también, de agradecimiento a los responsables de esta editorial, especialmente al Profesor Michele Tiraboschi y, en particular, a Doña Lavinia Serrani, por ofrecerme la posibilidad de publicar estos trabajos en español y en este formato, así como otros tres trabajos en lengua inglesa (de Jo Carby-Hall, Daria Chernyaeva y Ana Cristina Ribeiro Costa) en el *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Revista científica en inglés promovida, igualmente, por *ADAPT*. Todos estos trabajos tienen su origen en un Congreso Internacional sobre “Violencia, Salud y Trabajo en tiempo de crisis: violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo”, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, los días 15 a 17 de julio de 2013, y organizado como parte de las actividades programadas dentro de un proyecto de Investigación de la *Xunta de Galicia* (2010-2013), sobre la misma materia. Mi agradecimiento también a todos los autores de los trabajos que ahora se publican, y de los que cada uno responde individualmente.

La importancia de la violencia de género y los riesgos psicosociales en la salud del trabajador y en la organización de la actividad empresarial justifica, ciertamente, la celebración de todas estas actividades de investigación y estudio, tanto a nivel nacional como internacional. La cada vez mayor conciencia social sobre estos tipos de violencia, que mayoritariamente tiene como víctima a la mujer, obliga al legislador y a los agentes sociales a dar pasos hacia su regulación legal y convencional a efectos de establecer unas vías de protección claras para aquella. El reciente Convenio núm. 210 del Consejo de Europa, de 7 de abril de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica – más conocido como Convenio de Estambul – es un instrumento internacional que tiene como claro y principal objetivo la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres y, en particular, la violencia doméstica o de género. Los Estados parte de dicha norma quedan obligados a prevenir dicha violencia, proteger a las víctimas y, en su caso, juzgar a los autores de aquella. Además, se hace un especial llamamiento a la sensibilización de los hombres frente a este problema, quienes deben convertirse en parte de solución al mismo. Tras el examen de esta norma de Derecho internacional, los trabajos de la primera parte de este *ebook* se centran en el estudio de la regulación jurídica de la violencia de género en dos sistemas jurídicos muy próximos: el español y el portugués.

Como es sabido, España es pionera en la regulación de medidas concretas de protección para las mujeres víctimas de violencia de género. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), 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 por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1). La regulación de esta materia por Ley Orgánica evidencia la trascendencia de la misma, en cuanto este tipo de conductas violentas siempre vulnera derechos fundamentales. De hecho, en palabras de la mejor doctrina (VALDÉS), “la afectación de un derecho fundamental constituye uno de los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia en el trabajo”, también la basada en el género de la víctima. Ciertamente, “la totalidad de los comportamientos violentos, ejercidos en los lugares de trabajo, lesionan simultáneamente un principio jurídico constitucional y un derecho fundamental; o, si se prefiere, un valor y un derecho constitucionalmente protegidos”. El primero es el valor de la dignidad humana; el segundo, el derecho a la integridad física o moral de la persona,

ambos regulados, respectivamente, en los arts. 10.1 y 15 Constitución (CE). Además, según la modalidad y tipo de violencia de que se trata en cada caso, otro elenco de derechos puede quedar afectado, como el derecho a la salud (art. 43.1 CE), el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) o, en fin, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

En aras a hacer efectiva una verdadera protección para la víctima, el legislador de 2004 regula, aparte de los generales derechos a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita (arts. 17 a 20 LOVG), un importante abanico de derechos laborales y de Seguridad Social cuando aquella ocupa un puesto de trabajo (art. 21), que pasan a formar parte de su estatuto legal protector, si bien de carácter mínimo. Las medidas dirigidas a la protección del empleo persiguen dos objetivos: uno, el de la conciliación de la situación personal de víctima de violencia de género con el desarrollo de la actividad laboral. Se trata de medidas de flexibilidad que se ordenan entre sí y actúan sobre diferentes aspectos de la relación laboral, como el tiempo o el lugar de trabajo. De este modo, la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, la aplicación del horario flexible u otras formas de ordenación del tiempo de trabajo [disposición adicional séptima, uno, LOVG y art. 37 Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)]. Por lo que se refiere al lugar de trabajo, se prevé que, si la trabajadora víctima de violencia de género se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección, aquella tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros (movilidad geográfica, disposición adicional séptima, dos, LOVG y art. 40 ET).

El otro objetivo del legislador es el de reforzar la estabilidad laboral de la trabajadora víctima de violencia de género frente al empresario, impidiendo que este utilice sus faltas de puntualidad o asistencia al trabajo, motivadas por su situación física o psicológica derivada de la violencia que vive (art. 21.4 LOVG), a efectos de un despido disciplinario u objetivo (disposición adicional séptima, seis, LOVG). Además, será nulo el despido de la víctima cuando no se consiga probar su procedencia y aquella haya ejercido previamente los derechos laborales examinados [disposición adicional, siete, LOVG y art. 55.b) ET]. De otro lado, si la continuidad de la relación laboral resulta imposible, el legislador prevé unos supuestos específicos de suspensión y extinción contractual, acompañados del disfrute de una prestación por desempleo (arts. 210.2 y 124.5 Ley General de la Seguridad Social). Pues bien, a estudiar con

detalle toda esta regulación jurídica se dedican los diez trabajos del punto II de la primera parte de la obra que se prologa, en el que también se reflexiona sobre el desarrollo de aquella regulación en la negociación colectiva (convenios colectivos y planes de igualdad), con especial atención al concepto de víctima de violencia de género y la previsión de nuevos derechos o el reforzamiento de los establecidos por el legislador.

El estudio de la regulación de la violencia de género en el derecho español se completa con el análisis de lo que sucede en el derecho portugués (punto I de la primera parte), en el que se percibe una cierta influencia de la normativa española, pero también importantes diferencias. Se aportan dos trabajos; uno de ellos tiene un objetivo más general, al analizar todas las medidas protectoras previstas para la víctima; el otro se centra en una de ellas, la movilidad geográfica, aunque en ambos casos los autores no se resisten a un análisis desde la perspectiva del derecho comparado (español y portugués). Una de las importantes diferencias entre ambos sistemas jurídicos radica en el concepto de víctima, más ambicioso en el sistema luso, que se refiere a la víctima de la violencia doméstica (no de género). Según el art. 2 de la Ley 112/2009, de 16 de septiembre, que estableció el régimen jurídico de prevención de la violencia doméstica y de protección y asistencia a sus víctimas, el ámbito subjetivo de la tutela de esta norma se circunscribe a las víctimas de violencia doméstica según lo previsto en el art. 152 del Código Penal, que tipifica los comportamientos considerados delito en esta materia. El IV Plan Nacional portugués contra la violencia doméstica (2011-2013) mantiene la interpretación amplia de este concepto e incluye en el mismo todos los actos de violencia física, psicológica y sexual perpetrados contra personas, independientemente de su sexo y edad, en los que la conducta agresora ocurra según lo dispuesto en el antes citado precepto del Código Penal. De acuerdo con este último, la víctima de violencia doméstica puede tener una relación con el agresor de carácter conyugal o análoga (noviazgo u otra similar), parental o de cohabitación y dependencia. Además, en el primer caso, la relación puede estar vigente o haberse ya extinguido y puede incluir personas del mismo sexo, así como la no cohabitación entre los miembros de la pareja. Como se aprecia, la protección prevista para la víctima de violencia doméstica en Portugal no está legalmente asociada a la cuestión del género, a diferencia lo que sucede en España.

Otras diferencias de interés se hallan en el abanico de medidas protectoras, que incluye junto a las comunes del ordenamiento español (por ejemplo, modificación de la jornada de trabajo, movilidad geográfica o suspensión contractual), alguna novedosa, como la alternativa – frente al traslado – de que

la víctima solicite la realización de su actividad en régimen de teletrabajo, siempre que ello sea objetivamente posible (art. 166.2 *Código de Trabajo*). En fin, todas estas medidas son analizadas por los profesores portugueses con rigor y detalle.

La segunda parte de este *E-book* se dedica al estudio de los riesgos psicosociales desde una perspectiva esencialmente jurídica, con tres grandes unidades temáticas. La primera de ellas se caracteriza por el análisis de los riesgos psicosociales en el derecho internacional y comparado. Un primer trabajo se centra en la política de entidades internacionales, como la Unión Europea o la Organización Internacional del trabajo, en torno a este nuevo tipo de riesgos y en sus rasgos diferenciadores respecto de los más tradicionales. Algunas peculiaridades que, sabiamente, se destacan en la política de la Unión Europea sobre la materia son, por ejemplo, la importancia de los acuerdos marco de los interlocutores sociales europeos, frente a las directivas, como vehículo de desarrollo de aquella; o la contradicción que existe entre las políticas preventivas de estos riesgos psicosociales, en cuanto exigen participación del trabajador y respeto a su estabilidad laboral, y las políticas de flexibilidad o flexiguridad que patrocinan los órganos de gobierno de la Unión Europea, como recetas contra la crisis económica y el desempleo, y que suelen olvidar aquella participación y estabilidad. También se incide en la peculiar relación entre los riesgos psicosociales y la competitividad empresarial y la política antidiscriminatoria.

De otro lado, se repasa la política de la OIT en relación con la prevención y protección frente a los riesgos psicosociales, que tiene como eje el concepto de “trabajo decente”, incorporado expresamente en el Convenio Internacional de la OIT núm. 189, de 2011, sobre “trabajo decente de los trabajadores y trabajadoras domésticos”. Este nuevo ideal social aspira a conjugar de manera armoniosa el objetivo empresarial de la competitividad y productividad económica con nuevos valores éticos dirigidos a dignificar el trabajo y a quien lo realiza.

Desde el punto de vista del derecho comparado, resulta de sumo interés para el lector, el análisis que de los riesgos psicosociales se hace en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como Francia, Italia y Portugal. Cabe destacar el tratamiento que estos nuevos riesgos reciben en el derecho francés, pues, desde 2002, el artículo L. 4121-1 del Código del Trabajo (art. L.230-2 antes de 2008) configura la noción de “salud física y psicológica” como uno de los elementos básicos para luchar contra el acoso moral, obligando al empresario a tomar todas las medidas necesarias para proteger estos dos aspectos de la salud. De manera correlativa, en 2002 también se reforzó el alcance de la obligación

legal de seguridad a cargo del empresario; el objetivo era garantizar la seguridad de los trabajadores a través de la obligación general de prevención. Francia ha desarrollado una interpretación muy estricta de la Directiva de 12 de junio de 1989, enfocada a una obligación de seguridad de resultado. Más claramente, el legislador francés estima que la obligación de seguridad no es “de medios”, sino “de resultado”, por lo que el riesgo ya no debe producirse. En este contexto, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos en el trabajo. Tal enfoque de la obligación de seguridad es aplicado por el citado Tribunal de Casación en 2002 en los “casos de amianto” y, con posterioridad, en otros muchos (por ejemplo, sentencia de 5 marzo de 2008, caso *Snecma*). Los órganos jurisdiccionales franceses valoran restrictivamente el ejercicio del poder de dirección y organización del empresario, con el fin de proteger la salud física y mental en el trabajo. El juez juega un papel esencial en la evolución del enfoque que la empresa debe asumir en materia de riesgos psicosociales, lo que resulta determinante en pro de la consecución de una verdadera protección de la salud integral del trabajador.

El caso italiano es muy diferente, pues el legislador estatal no ha regulado directamente la materia. Las únicas referencias legales son generales, como sucede con las incluidas en los arts. 32 y 41 de la Constitución, los arts. 582 y 590 del Código Penal, los arts. 2043, 2049 y 2087 del Código Civil o en el propio art. 28 de la Ley 81/2008, de salud y seguridad en el trabajo, en el que, desde un punto de vista amplio, podría entenderse incluido el acoso moral como un riesgo laboral más. Aunque no con carácter general, sino limitado a su concreto ámbito de aplicación, el art. 2.3 del Decreto Legislativo núm. 216/2003, que regula la igualdad de trato en materia de empleo y de condiciones de trabajo, prohíbe, junto a las discriminaciones, las molestias o aquellos comportamientos indeseados que tienen el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Así las cosas, este precepto podría dar protección frente a las conductas típicas del acoso moral. Además, con carácter limitado, cabe destacar algunas leyes regionales que ya regulan el fenómeno, como la de Lazio (año 2002), Umbría (2005), Friuli Venezia Giulia (2005) o Veneto (2010). Con todo, tales leyes no pueden regular aspectos generales que vulneren la competencia estatal, en cuyo caso serían inconstitucionales, como ya declaró la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 19 de diciembre de 2003 (nº 359) respecto de la Ley de Lazio.

Con todo, la regulación del acoso moral en Italia se ha desarrollado a través de los convenios colectivos, siendo emblemático el convenio del sector

metalmecánico (cooperativas), firmado el 8 de julio de 2003, y renovado en 2008, en el que se prevé un verdadero código de conducta. Se define el acoso laboral y elabora una serie de principios que garantizan la protección de la dignidad, la libertad y la privacidad de los trabajadores y, además, se establece la figura del consejero de confianza. Esta nueva figura, que actúa con plena autonomía, tiene dos funciones: una, de información sobre las actividades de prevención, a través de iniciativas de tipo cultural, formativo y de apoyo a las víctimas de acoso sexual y de acoso moral. La otra función es la de informar a las partes firmantes del convenio sobre el estado de las gestiones realizadas en el marco del código de conducta. Por lo demás, los tribunales italianos también conocen de abundantes casos de acoso moral, desde la pionera sentencia del Tribunal de Turín de 16 de noviembre de 1999, en la que se empezó a proteger a la víctima frente a este tipo de abusos.

Tras una visión general de los riesgos psicosociales en el sistema portugués, se entra de lleno en el tratamiento de los mismos en el ordenamiento jurídico español. En ambos casos, a falta de regulación expresa por parte del legislador, la protección de la víctima encaja en preceptos constitucionales o de la legislación ordinaria (como en España, del Estatuto de los Trabajadores) que, de alguna manera, amparan a aquella frente a conductas de acoso o abuso que vulneran sus derechos fundamentales a la dignidad e integridad física y moral u otros derechos ordinarios de carácter laboral relacionados con el desarrollo de la prestación laboral. Desde comienzos de la década del 2000, es intensa la actividad de los tribunales en esta materia, delimitando el concepto y rasgos caracterizadores del acoso moral frente a otros comportamientos similares y concediendo protección al trabajador siempre que se supere el difícil obstáculo de la prueba de la conducta acosadora. Actualmente, ya contamos con importantes sentencias del Tribunal Supremo que clarifican aspectos claves y vinculan la prevención de estos riesgos psicosociales con una interpretación amplia del deber de seguridad y salud en la empresa (arts. 14 y 25 Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales-LPRL). En este sentido, los clásicos poderes de dirección u organización y disciplinario del empresario están condicionados por esta visión amplia del deber de prevención de riesgos laborales, lo que implica que deben ser utilizados para garantizar tal finalidad.

De otro lado, en los últimos años también se ha producido un avance importante en materia de negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales, tal y como reflejan varios de los trabajos publicados. La autonomía colectiva tiene instrumentos importantes (convenios colectivos, pactos de empresa, acuerdos sobre materias concretas) para dar pasos firmes en

la lucha contra esta nueva lacra social. De hecho, un paso importante son los denominados protocolos antiacoso, aunque los mismos inciden más en la prevención y tratamiento del acoso sexual o sexista, que en el acoso moral. Ello pone de relieve que, cuando hay un llamamiento legal a la autonomía colectiva, los contenidos negociados son más amplios y de mejor calidad. Así las cosas, parece que la intervención legislativa resulta un complemento necesario para que la autonomía colectiva ocupe el importante papel que debe jugar en la materia. Otros aspectos objeto de análisis y que cierran el tratamiento del acoso moral en España son los de su impugnación por el proceso especial de derechos fundamentales, con especial atención a la indemnización de daños y perjuicios a percibir por la víctima, y el recargo de prestaciones a asumir por el empresario cuando el acoso genera una situación de incapacidad laboral en la víctima, que podría haberse evitado con una adecuada política preventiva de los riesgos laborales.

Junto al acoso moral, estrella mediática de los riesgos psicosociales, hay otras modalidades de acoso que también tienen gran importancia, como son el acoso sexual y el discriminatorio. Su régimen jurídico, especialmente reforzado tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también es objeto de estudio en esta obra; otro tanto sucede con el examen de la figura en el Reino Unido.

Cierra esta obra un último bloque de trabajos dedicados a examinar ciertos aspectos adicionales – aunque de gran interés – en relación con los riesgos psicosociales. Algunos de ellos se centran en el impacto de tales riesgos en los trabajadores especialmente sensibles, entre los que destacan los trabajadores discapacitados o las mujeres en situación de maternidad (arts. 25 y 26 LPRL). Respecto de los primeros, resulta evidente que el empresario debe realizar las adaptaciones necesarias en la empresa y en el puesto de trabajo, a efectos de evitar riesgos innecesarios para aquellos, también de carácter psicológico. Cabe reparar en que la importante y reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark, refuerza la protección a dispensar a tales trabajadores, pues considera discriminatoria una medida empresarial adoptada contra una persona discapacitada sin que antes se haya procedido a la adaptación necesaria y razonable de su puesto de trabajo, lo que vulneraría la Directiva 2000/78/CE. Así las cosas, un despido objetivo por ineptitud sobrevenida o por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes [art. 52.a) y d) ET], que no haya venido precedido de las adaptaciones necesarias para que el trabajador discapacitado pueda permanecer en su puesto de trabajo debe calificarse de nulo, so pena de que la empresa pruebe que las adaptaciones eran inexigibles por desproporcionadas.

De otro lado, resulta fácil entender que las trabajadoras lactantes, por su especial situación personal, tienen una mayor probabilidad de sufrir riesgos psicosociales – especialmente situaciones de acoso o estrés – que el resto de sus compañeros. Por ello, resulta interesante el estudio dedicado al análisis de los condicionantes psicosociales que determinan el acceso a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural y a la correspondiente prestación de Seguridad Social. Un último estudio reflexiona sobre el proselitismo religioso en el lugar de trabajo, que, en ocasiones, también puede actuar como un riesgo psicosocial más.

Presentado – aun a grandes trazos – el contenido de los trabajos de este *ebook*, poco más queda ya que recomendar su lectura al investigador interesado en la materia, con el deseo de que la misma le resulte amena y productiva.

Lourdes Mella Méndez

Primera Parte

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO
DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA**

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género

de Tatsiana Ushakova

1. Introducción

En esta contribución, se pretende anticipar algunos juicios sobre el lugar y el papel del nuevo Convenio del Consejo de Europa n. 210 en el panorama de los instrumentos internacionales que establecen, como su objetivo, la lucha contra la violencia de género¹. Se opta por el verbo “anticipar”, dado que, en el momento de elaboración de este estudio, el Convenio no está en vigor. A tales efectos, es preciso que esté ratificado por diez Estados².

¹ El Convenio n. 210, cuyo título completo es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, se aprobó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, y se abrió a la firma el 11 de mayo del mismo año, en la 121ª sesión del Comité de Ministros celebrada en Estambul. De ahí su denominación: el “Convenio de Estambul”.

² Como indica su art. 75, el Convenio está sujeto a ratificación, aceptación o aprobación (apartado 2), y entrará en vigor «el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que diez signatarios, al menos ocho de los cuales sean Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento a quedar vinculados por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2» (apartado 3). En la fecha de 20 de junio de 2013, 30 Estados, entre ellos España, han firmado el instrumento, y cinco (Albania, Montenegro, Portugal, Turquía y, más recientemente, Italia) lo han ratificado. Ver una información más actualizada al respecto en

El Convenio está abierto no solo a la participación de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino también de otros Estados que se hayan implicado en su elaboración, y de la Unión Europea (UE). Es más, tras su entrada en vigor, y bajo ciertos requisitos enunciados en el art. 76, cualquier Estado podrá adherirse al Convenio.

La pretensión universal y la posibilidad de incluir a cualquier Estado adquieren una relevancia particular en el contexto de la estadística mundial. Las cifras indican que, al final de la primera década del siglo XXI, al menos una de cada tres mujeres en el mundo es víctima de la violencia sexual, física o de otro tipo de abusos. Además, para las mujeres en la edad de 15 a 44 años, la violencia basada en el género constituye la razón principal de la discapacidad y la muerte³.

De acuerdo con los expertos, el Convenio posee un carácter «pragmático, avanzado y sofisticado»⁴. Parte de la premisa inicial de que la violencia contra las mujeres es una forma de violencia de género cometida contra las mujeres debido a su condición de mujeres. En este sentido, la obligación de los Estados comprometidos consiste en luchar contra la violencia de género en todas sus manifestaciones, es decir, se exhorta a la “tolerancia cero” ante todo tipo de violencia. En el caso contrario, puede plantearse la responsabilidad del Estado⁵. De este modo, el Convenio marca entre sus fundamentos la adopción de medidas para prevenir la violencia contra las mujeres, la protección de las víctimas y la persecución de los agresores⁶. También tiene por objeto reforzar la conciencia e influir en la mentalidad de las personas, al hacer un llamamiento a todos los miembros de la sociedad, en particular los hombres y niños, para que cambien de actitud. En esencia, es una contribución regional europea en la consecución de una mayor igualdad entre mujeres y hombres. El Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=1&DF=&CL=ENG> (consultado el 20 de junio de 2013).

³ Cruz, A. y Klinger, S., *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, Working Paper 3/2011, Geneva, 2011, p. 1.

⁴ Ver *Violence against women: our concern, our response*, A Side Event at 57th Session of the Commission on the Status of Women co-organised by the Council of Europe and the Permanent Mission of France to the United Nations, 4th March 2013, Concluding Remarks by Ms Gabriela Battaini-Dragoni, Deputy Secretary General, Council of Europe, en <http://www.coe.int/en/web/deputy-secretary-general/-/side-event-at-57th-session-of-the-commission-on-the-status-of-women> (consultado el 20 de junio de 2013).

⁵ *Thematic factsheets*, en COUNCIL OF EUROPE, *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention)*, en www.coe.int.

⁶ *Ibidem*.

violencia doméstica (GREVIO) se encarga del control de la aplicación del instrumento⁷.

Para analizar el Convenio, se propone un planteamiento metodológico basado en dos enfoques: por un lado, detectar los aspectos heredados de los instrumentos adoptados en el ámbito internacional universal y regional, y por otro, destacar, de manera crítica, las novedades que introduce.

2. Antecedentes

2.1. Inspiración en los instrumentos internacionales y regionales

El Convenio de Estambul es una aportación regional europea a la lucha contra la violencia de género, pero, sin duda alguna, sucesora de las numerosas iniciativas anteriores. Así lo indica el Preámbulo, que menciona una serie de tratados internacionales de carácter universal y regional.

Ante todo, se trata de los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos que incorporan normas protectoras de la igualdad y no discriminación⁸. De hecho, el art. 4 del Convenio de Estambul hace referencia a estos dos principios. El Convenio se refiere directamente a algunos de los diez tratados fundamentales de las Naciones Unidas (ONU) en la materia, a saber: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), ambos de 1966; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 1979, y su Protocolo facultativo, de 1999; la Convención sobre los derechos del niño, de 1989, y sus protocolos facultativos, de 2000, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidades, de 2006.

Además, hay que destacar los tratados del ámbito del Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario. Unas de las formas más graves de violencia se conectan con la violencia contra las mujeres en las situaciones de conflictos armados y post-conflicto, cuando tiene lugar la violación masiva de los derechos humanos, en especial de la población civil. En este sentido, el Convenio tiene en cuenta el Estatuto de la Corte Penal

⁷ El Capítulo IX del Convenio regula los aspectos relativos a la composición y competencias del GREVIO.

⁸ Ver la lista completa de los tratados fundamentales de la ONU en materia de derechos humanos, así como información sobre su ratificación en <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (consultado el 22 de junio de 2013).

Internacional (CPI) y el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, y sus protocolos adicionales I y II, de 1977.

Del mismo modo, el Preámbulo nombra la Recomendación n. 19 del Comité de la CEDAW, de 1992⁹. Es uno de los primeros antecedentes de la definición de la violencia contra las mujeres en el ámbito internacional universal, que la considera una parte integrante del concepto de discriminación contra la mujer del art. 1 de la CEDAW, y que incluye «la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de forma desproporcionada»¹⁰. Por consiguiente, se debe discrepar de la afirmación según la cual «la consideración de la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación» es una característica innovadora del Convenio del Consejo de Europa¹¹.

Además, el Comité aporta una experiencia práctica importante de análisis de los informes periódicos de los Estados y, más recientemente, de las comunicaciones individuales¹². El art. 2 del Protocolo de la CEDAW, de 1999, establece que «las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de estas personas o grupos de personas».

Aunque no se citan en el Preámbulo, se tienen en cuenta otros antecedentes de carácter universal: la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993, y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995¹³. La Declaración de 1993 toma como punto de partida el concepto de la

⁹ Las recomendaciones generales del Comité pueden consultarse en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (consultado el 22 de junio de 2013).

¹⁰ Según el párr. 6 de la Recomendación, también incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

¹¹ *Thematic factsheets*, en COUNCIL OF EUROPE, *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention)*, en www.coe.int.

¹² Cfr. *A.T. c. Hungría*, de 2005; *A.S. c. Hungría*, de 2006; *Goekce c. Austria*, de 2007; *Yikdirim c. Austria*, de 2007; *N.S.F. c. Reino Unido*, de 2007; *Vertido c. Filipinas*, de 2010; *V.K. c. Bulgaria*, de 2011; *Abramova c. Belarús*, de 2011; *S.V.P. c. Bulgaria*, de 2012; *Jallow c. Bulgaria*, de 2012, y *Kell c. Canadá*, de 2012.

¹³ Ver Council of Europe: *Explanatory report on Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, párr. 5 en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Explanatory_Report_EN_210.pdf (consultado el 24 de junio de 2013).

Recomendación de 1992, pero añade dos aspectos novedosos: concibe la violencia como un acto que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento, y resalta que los actos de violencia pueden producirse tanto en la vida pública como en la privada. Por su parte, la aportación de Beijing consiste en estrenar el término “género” y, por ende, la “violencia de género”¹⁴. Desde este enfoque transversal, cada derecho fundamental puede resultar lesionado y es protegido en la perspectiva de género, puesto que el colectivo de mujeres puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad particular¹⁵.

En el ámbito regional, anteceden al Convenio del Consejo de Europa la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), de 1994¹⁶, y el Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África, de 2003¹⁷. Desde una perspectiva práctica, resulta particularmente interesante la Convención de Belém do Pará, cuyas normas se invocaron en numerosas ocasiones en los informes de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁸ y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹⁹.

¹⁴ Ver, con más detalle, sobre los aspectos conceptuales Mariño Menéndez, F. M. (Ed.) *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, y Ushakova, T., “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho internacional”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, Madrid, 2012, 53-61.

¹⁵ Cfr. Mariño Menéndez, F. M., *Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Campo Algodonero”*, en Rodrigo, A. J. y García, C. (Eds.) *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, 460.

¹⁶ La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995, está ratificada por 31 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

¹⁷ El Protocolo, en vigor desde el 25 de noviembre de 2005, está ratificado por 36 Estados miembros de la Unión Africana (UA). Ver el texto en <http://www.au.int/en/content/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa> (consultado el 20 de junio de 2013).

¹⁸ Ver, entre otros, CIDH, Informe de Fondo n. 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú), 1 de marzo de 1996; CIDH, Informe de Fondo n. 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001; CIDH, Informe de Fondo n. 54/01, *Caso María Da Penha Maia Fernández*, 16 de abril de 2001; Informe n. 18/05, Informe n. 17/05 e Informe n. 16/05, todos de 24 de febrero de 2005, que analizan la situación en la Ciudad de Juárez (México): <http://www.cidh.oas.org/women/peticiones.htm> (consultado el 3 de mayo de 2013).

¹⁹ Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso González y otros c. México* (“Campo Algodonero”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo,

2.2. Iniciativas previas del Consejo de Europa

El Consejo de Europa, debido a su naturaleza y competencias, ha mantenido un compromiso firme con la protección de los derechos humanos desde el momento de su creación. Auspició la adopción del primer tratado regional en la materia: el Convenio n. 5 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de 1950 (CEDH), con numerosos protocolos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que vela por el cumplimiento del CEDH, cuenta con una jurisprudencia que condena la violencia contra las mujeres. Aunque el Convenio no prevé una norma explícita al respecto, la protección se lleva a cabo en base a los arts. 2, 3 y 8²⁰.

Del mismo modo, el Convenio de Estambul reconoce la relevancia de otros precedentes que protegen los derechos humanos, tales como: la Carta Social Europea, de 1961, y la Carta Social Europa (revisada), de 1996; El Convenio n. 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 2005, y el Convenio n. 201 para la protección de los niños contra la explotación sexual, de 2007.

Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otras c. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y Corte IDH *caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") c. Guatemala*, Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparación y Costas). Los casos están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/> (consultado el 4 de abril de 2013). Asimismo, ver sobre la contribución de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al concepto de la violencia de género: Ushakova, T. "La protección contra la violencia de género en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos", *Dereito. Revista xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, Vol. 22, 2013, n. 1, y, de la misma autora, "Violencia de género y post-conflicto: especial referencia a la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)", *Actas de las V Jornadas de Estudios de Seguridad*, IUGM, Madrid, 2013, en prensa.

²⁰ El art. 2 protege el derecho a la vida; el art. 3 se refiere a la prohibición de la tortura y condena de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. El art. 8 protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Entre los casos ante el TEDH, cabe mencionar: *Eremia y otros c. República Moldava*, 2013; *Valiulienė c. Lituania*, 2013; *Irene Wilson c. Reino Unido*, 2012; *Kowal c. Poland*, 2012; *Kalucza c. Hungría*, 2012; *Affaire V.C. c. Eslovaquia*, 2012; *Hajduová c. Eslovaquia*, 2010; *A. c. Croacia*, 2010; *E.S. y otros c. Eslovaquia*, 2009; *Opuz c. Turquía*, 2009; *Branko Tomašić y otros c. Croacia*, 2009; *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, 2008; *Kontrová c. Eslovaquia*, 2007; *M.C. c. Bulgaria*, 2004. Ver más información sobre los casos en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/caselaw_en.asp (consultado el 20 de junio de 2013).

Con anterioridad a la adopción del Convenio, el Consejo de Europa llevó a cabo una labor en este ámbito, mediante la aprobación de resoluciones²¹ y recomendaciones²² y la promoción de la campaña 2006-2008 para combatir la violencia contra las mujeres²³. En particular, tienen relevancia las recomendaciones del Consejo de Ministros de los Estados del Consejo de Europa: la Recomendación (2002)5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia; la Recomendación (2007)17 sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres y la Recomendación (2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz.

En diciembre de 2008, el Consejo de Ministros encargó al Comité *ad hoc* sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO) la elaboración del proyecto de texto convencional en la materia. Dicha tarea se completó en dos años, en diciembre de 2010²⁴.

3. Novedades

3.1. Aspectos conceptuales

El título del Convenio indica que el objetivo principal de prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres está vigente en el instrumento del Consejo de Europa. En este sentido, el Preámbulo recuerda que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre» que ha llevado a la dominación del hombre y a la discriminación de la

²¹ Entre las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, destacan: la Resolución 1247 (2001) relativa a las mutilaciones genitales femeninas; la Resolución 1582 (2002) sobre la violencia doméstica; la Resolución 1327 (2003) relativa a los llamados “delitos de honor”; la Resolución 1654 (2009) sobre feminicidios y la Resolución 1691 (2009) sobre violación, incluida la violación en el matrimonio. Ver el párr. 16 del *Explanatory report*.

²² Entre las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria, cabe citar: la Recomendación 1723 (2005) sobre los matrimonios forzados y matrimonios de niños y la Recomendación 1777 (2007) sobre las violaciones sexuales en relación con drogas (“*date-rape drugs*”). Ver el párr. 16 del *Explanatory report*.

²³ Cfr. Consejo de Europa: *El Consejo de Europa y la Violencia de Género. Documentos elaborados en el marco de la Campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)*, Estrasburgo, 2008. Los documentos de la Campaña están recopilados en la publicación del Ministerio de Igualdad: *Colección contra la Violencia de Género*, 4, 2008.

²⁴ Los documentos del CAHVIO pueden consultarse en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/documentation_CAHVIO_en.asp (visitado el 25 de junio de 2013).

mujer, privándola de su plena emancipación. Así, el Convenio sigue el patrón de los instrumentos internacionales anteriores que se centran en la protección de las mujeres.

Al definir la violencia contra las mujeres, el Convenio incorpora todos los elementos presentes en las definiciones anteriormente elaboradas en el marco de distintos instrumentos internacionales²⁵. Ante todo, deja claro que estamos ante una violación de derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. Designa todos los actos de violencia basados en el género. Además, habla de los actos «que implican o pueden implicar» daños o sufrimientos. Los daños o sufrimientos pueden ser de distinta naturaleza (física, sexual, psicológica o económica, este último, mencionado por primera vez) e implicar amenazas, coacción o privación arbitraria de libertad. Finalmente, dichos actos pueden realizarse tanto en el ámbito público como privado. Así pues, cabe afirmar que el Consejo de Europa elabora la definición más completa y avanzada de la violencia contra las mujeres en el panorama jurídico internacional.

Constituye una de las novedades importantes la precisión del concepto de “género” desde el punto de vista terminológico y argumental, aunque, como se ha adelantado, el término ya estaba presente en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, en la definición de la Convención de Belém do Pará y en la jurisprudencia de los tribunales regionales. En especial, la práctica jurisprudencial ha contribuido notablemente al desarrollo y aplicación del concepto.

El Preámbulo del Convenio de Estambul argumenta que «la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres». De este modo, el Convenio hace suyo el término anglosajón *gender*, con el sentido de “sexo de un ser humano” desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, y en oposición a las biológicas, existentes entre mujeres y hombres. Las definiciones del art. 3 incluyen, entre otras, “género” y “violencia contra las mujeres por razones de

²⁵ «[P]or “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada» [art. 3(a)].

género»²⁶. Por su parte, el art. 12.1 refuerza el mensaje mediante la imposición de la obligación general de las Partes en el Convenio de «adoptar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres».

Del enunciado del art. 3 (c) relativo al género, se desprende que no es algo que se refiera tan solo a las mujeres. Acto seguido, el art. 3 (d) precisa que la violencia contra las mujeres por razones de género exhorta no bajar la guardia cuando los actos de violencia afectan a las mujeres porque son mujeres y de manera desproporcionada.

Debido a la persistencia de la violencia contra las mujeres, sin descartar otras formas, el Convenio resalta en el título y en el contenido la necesidad de combatir, en particular, la violencia doméstica. Este énfasis en una forma de violencia concreta se debe a múltiples razones. De hecho, muchas recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se referían a la violencia doméstica²⁷. En las últimas recomendaciones, se pone de manifiesto que las afectadas no son solo las mujeres, sino también otros colectivos doblemente vulnerables, tales como las mujeres inmigrantes o los niños y niñas que sufren y presencian los actos de violencia. No en vano, más de la mitad de la jurisprudencia del TEDH en la materia, con una clara tendencia al incremento, analiza la violencia doméstica contra las mujeres.

Teniendo en cuenta la situación particular de las niñas, el Convenio no se limita a proteger a las víctimas adultas e incluye a las menores de 18 años en la definición de “mujeres”, como posibles y frecuentes víctimas de estos actos²⁸.

Un rasgo propio e innovador del Instrumento es la posibilidad de proteger a los hombres que sufren la violencia doméstica. El art. 2.2 alienta a las Partes a aplicar el Convenio a todas las víctimas de esta forma de violencia, incluidos los niños, los hombres y las personas mayores. En efecto, la “violencia

²⁶ Se entiende por “género” «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres» [art. 3 (c)] y «por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada» [art. 3(d)].

²⁷ Hay que mencionar las recomendaciones 1582 (2002), 1759 (2006), 1817 (2007), 1891 (2009) y 1905 (2009) y la Resolución 279 (2009) del Congreso de las autoridades locales y regionales del Consejo de Europa. Ver el párr. 23 del *Explanatory report*.

²⁸ Ver el art. 3 (f) y el párr. 46 del *Explanatory report*.

doméstica”²⁹ se define como un concepto neutro desde la perspectiva de género, que comprende las víctimas y los agresores de ambos sexos³⁰.

No obstante, el Informe explicativo precisa al respecto que los Estados pueden decidir extender o no la aplicación de las normas convencionales a las víctimas que no sean mujeres, en función de la situación nacional y el nivel de desarrollo de la sociedad³¹. Además, el propio art. 2.2 vuelve a insistir en una atención especial de las Partes sobre las mujeres víctimas de violencia basada en el género. Es más, el Convenio avisa que las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la violencia por razones de género no se considerarán discriminatorias a efectos del Instrumento (art. 4.4).

3.2. Compromisos y mecanismos de control

La Ficha informativa resume las obligaciones de los Estados partes en el Convenio de Estambul de la manera siguiente: prevención, protección, enjuiciamiento y control³².

El Convenio enumera los delitos graves: la violencia física (art. 35), la violencia psicológica (art. 33), el acoso (art. 34), la violencia sexual, incluida la violación (art. 36), el acoso sexual (art. 40), el matrimonio forzoso (art. 37), la mutilación genital femenina (art. 38) y el aborto y las esterilización forzosos (art. 39). Al anunciar la protección contra la violencia en los ámbitos público y privado, transmite el mensaje de que la violencia y, especialmente, la violencia doméstica, no es un asunto privado. Es más, se insiste en la gravedad de los delitos cometidos en el seno de la familia y exige una condena más severa al agresor cuando la víctima sea su cónyuge, su pareja o uno de los miembros de la familia.

²⁹ «[P]or “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima» [art. 3 (b)].

³⁰ Párr. 41 del *Explanatory report*.

³¹ Ver. el párr. 37 del *Explanatory report*.

³² *Thematic factsheets*, en COUNCIL OF EUROPE, [Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence \(Istanbul Convention\)](#), en www.coe.int. Como indica al respecto el Informe explicativo: «Similar to other recent conventions negotiated at the level of the Council of Europe, this convention follows the “three Ps” structure of “Prevention”, “Protection”, and “Prosecution”. However, since an effective response to all forms of violence covered by the scope of this convention requires more than measures in these three fields, the drafters considered it necessary to include an additional “P” (integrated Policies)». Párr. 63 del *Explanatory report*.

Sobre el particular, es interesante consultar el Reciente informe relativo al estado de la legislación sobre uno de los delitos mencionados en los 32 países del Consejo de Europa³³. En pleno proceso de firma y ratificación del Convenio, el Lobby de las Mujeres de Europa (EWL) se propuso analizar la situación sobre la violación en los países europeos. En parte, esta acción se debió a la reciente adopción de la Directiva de la UE, por la que se establecen los estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de los delitos³⁴. De hecho, la Directiva hace referencia al Convenio de Estambul en su Preámbulo³⁵.

Según los resultados del Informe, solo cinco Estados de los 32 estudiados cumplen con los criterios. De hecho, la legislación nacional sobre la violación está por encima de los niveles exigidos por el Convenio de Estambul tan solo en Holanda y el Reino Unido, mientras que Irlanda, Italia y Turquía muestran un desarrollo adecuado de la legislación. En cuanto a España, se encuentra en el grupo de Estados más numeroso, que precisan la necesidad de realizar algunas modificaciones para responder al nivel convencional. Del mismo modo, España se sitúa en el grupo de la mayoría de países que presenta importantes carencias en la recopilación de datos estadísticos sobre la violación³⁶. El Convenio de Estambul es bastante claro al respecto, y exige una presentación regular de los datos relativos a los actos de violencia contra las mujeres (art. 11).

Con carácter general, el Informe destaca que las leyes nacionales sobre violencia sexual, incluida la violación, experimentan una evolución bastante lenta, especialmente sobre la violación en el matrimonio. Sigue muy vigente el planteamiento históricamente establecido, en el cual los delitos sexuales se vinculan a los conceptos ambiguos de la moralidad, la decencia y el honor, y se consideran, en una mayor medida, como crímenes contra la familia y la sociedad y, en una menor medida, como atentado contra la integridad física de la persona. Asimismo, prevalece el concepto del uso de la fuerza en la

³³ European Women's Lobby (EWL): *Barometre on Rape in Europe 2013*, disponible en http://www.womenlobby.org/spip.php?article5119&var_mode=calcul (consultado el 1 de julio de 2013).

³⁴ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *DO UE L 315*, de 14 de noviembre de 2012.

³⁵ *Cfr.* el Considerando 6 de la Directiva 2012/29/UE.

³⁶ Pese a esta crítica, o tal vez gracias a ella, una búsqueda rápida permite acceder a los datos del INE sobre la violencia de género y la violencia doméstica, de 23 de mayo de 2013, referentes al año 2011: <http://www.ine.es/prensa/np780.pdf> (consultado el 2 de julio de 2013).

definición de la violación³⁷. De conformidad con muchas leyes penales nacionales, la víctima de la violación tiene que probar que no había consentimiento y que hubo resistencia a la fuerza aplicada por el agresor. En esta línea de ideas, es lógico que las mujeres estén obligadas u opten voluntariamente por no seguir con el procedimiento acusatorio. En especial, este escenario es muy posible en relación con la pareja o ex pareja y, en el supuesto en que medie dependencia económica, o de otro tipo, o la preocupación por los hijos de la víctima.

Algunos de los ejemplos concretos, destacados en el Informe, de una interpretación de la violación que se alejan de los estándares convencionales son los siguientes: las referencias a la moral en las relaciones sexuales; la definición de la violación como un crimen contra «la paz y la moral en la familia»; la posibilidad para el agresor de evitar la condena en el caso de que se case con la víctima antes de que se haya dictado la sentencia firme o, simplemente, el no reconocimiento de la violación en el matrimonio como delito³⁸.

Valga subrayar que el objeto de estudio del Informe citado lo constituye tan solo uno de los delitos graves señalados en la Convención de Estambul. La práctica del TEDH, a la que se hizo referencia anteriormente, indica que los Estados del Consejo de Europa siguen afrontando los casos de la violencia contra las mujeres en sus distintas formas³⁹. De este modo, el TEDH representa

³⁷ Ver, al respecto, párrs. 189-194 del *Explanatory report* y el párr. 166 de la STEDH, de 4 de diciembre de 2003, en el *Caso M.C. c. Bulgaria*, en la que el Tribunal afirma: «that it was persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states' positive obligations under Articles 3 and 8 of the convention must be seen as requiring the penalization and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim».

³⁸ *Barometre on Rape in Europe 2013*, p. 10.

³⁹ Aunque, como se ha señalado antes, la mayoría de los casos ante el TEDH versa sobre la violencia doméstica, se presentan algunos supuestos de otras formas de violencia contra las mujeres: las mutilaciones genitales femeninas (*Caso Izevbekhai c. Irlanda*, 2011; *Caso Omeredo c. Austria*, 2011, y *Caso Sow c. Bélgica*, 2013); la violencia perpetrada por las autoridades públicas (*Caso Yazqül Yilmaz c. Turquía*, 2011, y *Caso B.S. c. España*, 2012); la violencia en los lugares públicos (*Caso Ebcin c. Turquía*, 2011); la violación (*Caso X y Y c. Holanda*, 1985; *Caso Aydin c. Turquía*, 1997; *Caso M. C. c. Bulgaria*, 2003; *Caso Maslova y Nalbandov c. Rusia*, 2008, y *Caso I. G. c. Moldova*, 2012); así como la expulsión de extranjeros en el contexto de la obligación internacional de *non-refoulement* o principio de no devolución (*Caso N. c. Suecia*, 2010). El Convenio reitera el principio de no devolución en el art. 61. A su vez, el Informe Explicativo vuelve a insistir en la conexión de este principio con

la garantía judicial de la protección contra la violencia contra las mujeres, mientras que las normas convencionales relativas a los mecanismos de seguimiento refuerzan el papel del Tribunal.

El Capítulo IX (arts. 66-70) hace referencia a este aspecto. Entre otros, prevé que, un año después de la entrada en vigor del Convenio, el Comité de las Partes (formado por los representantes de los Estados partes en el Convenio) elija los miembros del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)⁴⁰. Corresponde a este Grupo de Expertos llevar a cabo el control de la implementación del Convenio.

El art. 68 describe el funcionamiento del mecanismo. Establece que el GREVIO tiene que elaborar unos cuestionarios para cada ronda de evaluaciones. Los Estados miembros deben responderlos, indicando las medidas legislativas y de otro carácter que han adoptado para cumplir con sus obligaciones convencionales. Al igual que en otros supuestos, el GREVIO puede recibir información de las ONG, grupos de la sociedad civil e instituciones nacionales de protección de los derechos humanos de los Estados partes e, incluso, tener en cuenta datos procedentes de otros organismos y organizaciones internacionales. De manera subsidiaria, el GREVIO está facultado para realizar una investigación, incluso una visita al territorio del Estado, si la información obtenida no es completa o satisfactoria. La investigación *in situ* implica la autorización del Estado en cuestión.

En base a la información obtenida, el GREVIO prepara un informe provisional en que indica su evaluación de la situación y, tras la contestación de la Parte, adopta el informe y las conclusiones, cuya publicidad es obligatoria. Además, puede adoptar recomendaciones sobre la implementación del Convenio, incluidos los plazos de tal implementación.

En casos de extrema gravedad, el GREVIO puede requerir un informe urgente relativo a las medidas nacionales previstas para prevenir la violencia contra la mujer consistente en violaciones graves, masivas y persistentes (art. 68.13).

el art. 3 del CEDH en términos siguientes: «The principle of *non-refoulement* is of particular relevance to asylum-seekers and refugees. According to this principle, subject to certain exceptions and limitations as laid down in the 1951 Convention, states shall not expel or return an asylum seeker or refugee to any country where their life or freedom would be threatened. Article 3 of the ECHR also prevents a person being returned to a place where they would be at real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment», *Explanatory Report*, párrs. 319-322, en particular, el parr. 320.

⁴⁰ Según el art. 66.2, el GREVIO puede estar compuesto por un mínimo de diez y un máximo de quince miembros, elegidos de entre las candidaturas propuestas por los Estados partes entre los nacionales de estos Estados, con un mandato de cuatro años, renovable un vez.

En concordancia con otros tratados, el art. 69 contempla la facultad del GREVIO de adoptar recomendaciones generales sobre la implementación del Convenio. En cambio, un rasgo de distinción es la implicación de los parlamentos nacionales en el mecanismo de control, que prevé el art. 70.

La disposición establece tres formas de participación parlamentaria: los parlamentos nacionales quedan invitados a participar en el seguimiento de las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio (art. 70.1); los Estados partes deben someter los informes del GREVIO a sus parlamentos nacionales (art. 70.2) y, por último, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tiene que hacer un balance regular sobre la aplicación del instrumento (art. 70.3). Con este último apartado, se reconoce el papel de la Asamblea en los trabajos previos y su aportación, mediante las resoluciones y recomendaciones, a la lucha contra la violencia contra las mujeres.

4. A modo de conclusión

1. Por fin, el continente europeo cuenta con un instrumento de carácter obligatorio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres en todas sus formas y manifestaciones, en particular la violencia doméstica. El nuevo Convenio del Consejo de Europa se inspira en los tratados de carácter universal y regional (la CEDAW, de 1979, la Convención de Belém do Pará, de 1994, y el Protocolo a la Carta Africana, de 2003), los instrumentos de la ONU y las resoluciones y recomendaciones del propio Consejo de Europa en la materia.

Como resultado, se adopta un compromiso más completo y avanzado de lucha contra la violencia de género. La definición de la violencia contra las mujeres engloba toda la experiencia previa en la elaboración del concepto.

2. Constituye una de las novedades más significativas del Convenio su contribución al desarrollo del concepto de género. Aunque se mantiene el propósito firme de lucha contra la violencia contra las mujeres, la violencia contra las mujeres por razones de género y la violencia doméstica, se abre la posibilidad de proteger a los hombres, en particular en el contexto de esta última forma de violencia. En este sentido, el Consejo de Europa se muestra respetuoso con el entorno y la sensibilidad social y cultural de los Estados partes. En el caso de España, los datos estadísticos son muy significativos y muestran una clara necesidad de protección de los varones⁴¹. De este modo, el

⁴¹ El Informe del INE indica que, en 2011, entre las 7.744 víctimas en asuntos de violencia doméstica, el 63% fueron mujeres y el 37% hombres. Además, unas 376 personas figuran

Convenio intenta ofrecer un enfoque neutro e inclusivo, en especial sobre la violencia doméstica. En el Informe explicativo, se insiste en la neutralidad del concepto desde el punto de vista de género.

Cabe subrayar que esta tendencia está presente en algunos instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Carta Social Europea (revisada), de 1996, concibe el derecho a la dignidad en el trabajo y exhorta a prevenir el acoso sexual y otros actos censurables, hostiles y ofensivos contra cualquier trabajador⁴². Del mismo modo, se manifiesta en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular los tribunales penales, que han venido condenando la violencia tanto contra las mujeres, como contra los hombres en los conflictos armados⁴³.

En cuanto al término género, el Convenio de Estambul oscila entre la inclinación feminista y la igualitarista. Por un lado, la violencia contra las mujeres por razón de género se vincula con la condición de mujer y su repercusión de manera desproporcionada. Por otro lado, el término “género” aspira a cierta neutralidad, al referirse a la atribución de los roles sociales por ser mujer u hombre.

El mensaje que transmite la expresión “violencia de género” contiene una paradoja, e implica un cierto peligro: elimina la connotación “femenina” y “sexual”, propia del término “violencia contra las mujeres” y, en cambio, introduce la “social” e “igualitaria”. La denuncia de la LOVG ante el TEDH representa un ejemplo muy ilustrativo del problema planteado⁴⁴.

como denunciadas y víctimas a la vez. Ver *Estadísticas de violencia doméstica y violencia de género, año 2011*, p. 11.

⁴² Ver el art. 26 de la Carta.

⁴³ El Caso de *Dušan Tadić* es el pionero. Ver más información al respecto en <http://www.icty.org/sid/10312> (consultado el 3 de julio de 2013).

⁴⁴ La Unión Estatal de Federaciones y Asociaciones por la Custodia Compartida (UEFACC), que reúne a hombres divorciados de España, anunció que había denunciado ante el TEDH la Ley contra la violencia de género. Esa norma «contraviene derechos fundamentales» recogidos en la Constitución por tratar “de forma diferenciada” la violencia en una pareja según sea el autor hombre o mujer, explicó el portavoz de la UEFACC, Fernando Basanta. Eso afecta, por ejemplo, a la resolución de divorcios porque con «una simple denuncia» por violencia de género se abandona la vía civil por la penal, con las consecuencias que eso tiene para la determinación de la custodia compartida que acaba perjudicando a los padres, señaló Basanta. «Los poderes públicos están negando una realidad palpable» que es la de «las denuncias falsas», criticó el portavoz, quien precisó que la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo se formalizó sobre la base de un caso que había sido rechazado por el Tribunal Constitucional. Añadió que acudirán a la justicia europea en futuros procedimientos por este mismo asunto cuando se agoten las vías de recurso interno en España. Ver más datos al respecto en <http://www.lavanguardia.com/> (consultado el 3 de junio de 2011).

3. El instrumento establece tres compromisos ambiciosos sobre la violencia contra las mujeres: prevención, protección y enjuiciamiento que deben completarse con las políticas integrales. Como observamos, el término “enjuiciamiento” impide que en castellano también se asocie con los “tres Ps” + el “cuarto P”, al igual que se hace de manera muy ilustrativa en inglés.

A simple vista, puede parecer que las formas de violencia, tipificadas como delitos graves en el Convenio, no plantean mayores problemas desde el punto de vista de la legislación nacional, se supone, siempre más avanzada y sofisticada, que un tratado internacional. Parece que, en este caso, el planteamiento del Convenio va más allá de los sistemas legislativos de los Estados miembros. El Informe sobre tan solo un delito, la violación, demuestra que la aplastante mayoría de los Estados no están preparados para suscribir los estándares convencionales. Tal vez en este aspecto resida una de las razones por las que el Convenio no ha entrado en vigor dos años después de su adopción.

5. Bibliografía

Concluding Remarks by Ms Gabriela Battaini-Dragoni, en COUNCIL OF EUROPE, *Violence against women: our concern, our response. A side event at the 57th Session of the Commission on the Status of Women*, New York, 4 March 2013, en www.coe.int

CONSEJO DE EUROPA, *El Consejo de Europa y la Violencia de Género. Documentos elaborados en el marco de la Compañía paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)*, Gobierno de España, Ministerio de Igualdad, 2009, en www.msssi.gob.es

COUNCIL OF EUROPE, *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Explanatory report*, 2011, en www.coe.int

CRUZ A., KLINGER S., *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, ILO Working Paper, 2011, n. 3, International Labour Office, en www.ilo.org

EUROPEAN WOMEN’S LOBBY, *EWL barometer on rape in the eu 2013*, 2013, en www.womenlobby.org, *Publications, Reports*

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género. Año 2011*, Notas de prensa, 27 mayo 2013, en www.ine.es

- MARIÑO MENÉNDEZ F.M. (ed.), *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid, 1996
- MARIÑO MENÉNDEZ F.M., *Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Campo Algodonero”*, en A.J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, 2011
- MELLA MÉNDEZ L. (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- Thematic factsheets*, en COUNCIL OF EUROPE, [Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence \(Istanbul Convention\)](#), en www.coe.int
- USHAKOVA T., *La violencia de género desde la perspectiva del derecho internacional*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- USHAKOVA T., *La protección contra la violencia de género en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos*, en *Dereito – Revista Xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, 2013, n. 1
- USHAKOVA T., *Violencia de género y post-conflicto: especial referencia a la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)*, en M. REQUENA (ed.), *Actas. V Jornadas de Estudios de Seguridad. Madrid, 7, 8 y 9 de mayo de 2013*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2013

Protección social de las víctimas de violencia doméstica en Portugal

de Catarina de Oliveira Carvalho

1. **Ámbito subjetivo de la protección social: el concepto de víctima de violencia doméstica**

El IV Plan Nacional Contra la violencia doméstica portugués (en adelante PNCVD) define el concepto de violencia doméstica, abarcando todos los actos de violencia física, psicológica y sexual perpetrados contra personas, independientemente de su sexo y edad, en las que la victimización ocurra de acuerdo con lo previsto en el art. 152 del Código Penal¹.

Este concepto deriva del instaurado por la Ley 112/2009, de 16 de septiembre², que estableció el régimen jurídico de prevención de la violencia doméstica y de protección y asistencia a sus víctimas. Con este, el ámbito de la tutela social conferida por la Ley 112/2009 (art. 2) está circunscrito a las víctimas de violencia doméstica en los términos descritos en el art. 152 del Código Penal³,

¹ El IV PNCVD (2011-2013) es una iniciativa de la *Presidência do Conselho de Ministros*, a través de la *Secretaria de Estado da Igualdade*, y tiene como objetivo proporcionar una respuesta integral en la lucha contra la violencia doméstica a nivel nacional, en consonancia con las orientaciones europeas e internacionales a las que Portugal está vinculado. Cf. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, *Diário da República*, 1ª série, n. 243, de 17/12/1010, pp. 5763 ss. Véase también la definición del *Relatório Penélope sobre violência Doméstica no Sul da Europa*, de la *Associação Portuguesa de Apoio à Vítima* (APAV), en Ferreira, M. E., “O Relatório Penélope sobre violência Doméstica no Sul da Europa – Algumas Perguntas e Respostas”, *Direito e Justiça*, Editora Universidade Católica, vol. XVIII, Tomo I, 2004, p. 172.

² Alterada por la Ley 19/2013, de 21/02 y *Declaração de Retificação* 15/2013.

³ El art. 2 de la Ley 112/2009 define víctima como la «persona singular que ha sufrido un daño, concretamente un atentado contra su integridad física o mental, un daño moral, o una pérdida

responsable de la tipificación de los comportamientos considerados como crimen en esta materia:

1 – Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) A progenitor de descendente comum em 1º grau; ou
- d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

2 – No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 – Se dos factos previstos no n. 1 resultar:

- a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) A morte, o agente é punida com pena de prisão de três a dez anos.

4 – Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.⁴

El concepto de víctima presupone una determinada relación entre ella y el agresor: relación conyugal o análoga, relación parental o relación de cohabitación y dependencia⁵. Con respecto al primer tipo de relación, objeto del presente trabajo, la ley portuguesa adopta un concepto de víctima de

material, directamente causada por acción u omisión, en el ámbito del crimen de violencia doméstica previsto en el artículo 152 del Código Penal» (traducción nuestra). Incluye una referencia adicional a las *víctimas especialmente vulnerables*: «la víctima cuya especial fragilidad resulte, concretamente, de su corta o avanzada edad, de su estado de salud o del hecho de que el tipo, intensidad y duración de la victimización haya resultado en lesiones con consecuencias graves en su equilibrio psicológico o en las condiciones de su integración social» (traducción nuestra).

⁴ El art. 152 fue modificado por la Ley 19/2013, de 21 de febrero. Este es un crimen público desde 2000 (alteración del Código Penal operada por la Ley 7/2000, de 27 de mayo, que también creó la pena accesoria de prohibición de contacto con la víctima). Para un análisis del régimen penal, *vd.* Taipa de Carvalho A.A., “Anotação ao art. 152º do Código Penal”, en Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 506 y ss.

⁵ Cf. Taipa de Carvalho A.A., *op. cit.*, pp. 513 y 515.

violencia doméstica muy amplio⁶, capaz de comprender a novios, excónyuges, relaciones análogas a la de los cónyuges (actuales o pasadas), aunque sin cohabitación, incluyendo personas de ambos sexos⁷ (antes incluso de la legalización de los matrimonios homosexuales⁸).

Por consiguiente, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español⁹ o, en términos más limitados en el brasileño¹⁰, la tutela conferida a la víctima de violencia doméstica en Portugal no está legalmente asociada a la cuestión del género¹¹, aunque algunos mecanismos de apoyo social (v.g., los albergues) estén destinados exclusivamente a mujeres¹².

Es necesario evaluar la razonabilidad de la opción legislativa portuguesa en comparación con la del legislador español, que limitó la protección laboral a mujeres víctimas de violencia practicada por varones en el ámbito de una relación de pareja, como modalidad de discriminación positiva destinada a

⁶ Esta ampliación se produjo con la reforma del Código Penal de 2007, concretada por el *Decreto-Lei 59/2007*, de 4 de septiembre.

⁷ Cf. *Resolução do Conselho de Ministros 100/2010*, cit., p. 5766.

⁸ El matrimonio civil entre personas del mismo sexo fue aprobado en Portugal por la Ley 9/2010, de 31/05.

⁹ La LO 1/2004, de 28/12, de medidas de protección integral contra la violencia de género, abordó este fenómeno «partiendo de la perspectiva de género»: trata únicamente de la violencia de los varones contra las mujeres en el seno de una relación de pareja, actual o ya finalizada. Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, pp. 144 y 145.

¹⁰ La Ley brasileña 11.340, de 22/09/2006, conocida por Ley “Maria da Penha”, concede protección específica a la mujer víctima de violencia doméstica, aunque circunscrita al ámbito penal. La exclusión de los hombres fue objeto de severa crítica por parte de alguna doctrina y jurisprudencia, concretamente por potencial violación al principio de igualdad constitucionalmente tutelado – cf. Cardoso Gomes O., *Lei brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do género masculino*, en *Scientia Iuridica*, 2009, n. 320, pp. 658 y ss.

¹¹ En el sentido de que la “violencia de género” constituye un subgrupo de la “violencia doméstica”, vd. Penalva, Alejandra Selma, “Incidencia de la Violencia de Género sobre las Normas Laborales”, *Actualidad Laboral*, 9, 2011, pp. 1041-1042. En términos similares, Sobrino González, G., *La Protección Laboral de la Violencia de Género: Déficits y Ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 48, al entender que la ley española se limitó a mantener el anterior régimen aplicable a la violencia doméstica ahora limitado al género femenino. En otro sentido, partiendo de una perspectiva diferente, Nevado Fernández, M.J., “La Protección de la Trabajadora Víctima de Violencia de Género”, *Relaciones Laborales*, 2, 2009; Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *La Víctima de Violencia de Género y su Modelo de Protección Social*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 25, 26 y 47; Faraldo Cabana, C., “El Derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2012, 153, p. 14-146.

¹² Cf. art. 60 de la Ley 112/2009 y *Guia prático. Apoios sociais – vítimas de violência doméstica*, Instituto da Segurança Social, I.P., 2013, p. 4.

compensar la situación real de desigualdad y de discriminación de la mujer derivada de la «histórica posición de dominio y subordinación» al hombre¹³.

La Constitución portuguesa (v.g., arts. 9.d), 81), al igual que la española (v.g., art. 9.2), reconoce al principio de igualdad una *función social* expresada en la «obligación de diferenciación, con el fin de compensar *desigualdades de oportunidades*», lo que presupone el deber de eliminar y atenuar las desigualdades sociales, económicas y culturales, a fin de asegurarse una igualdad jurídico-material¹⁴. Haciendo uso de las palabras de Gomes Canotilho y Vital Moreira, podemos decir que estamos ante la «igualdad a través de la ley»¹⁵ correspondiente a modalidades de discriminación positiva¹⁶, se concede

¹³ Cf. Ferradans Caramés, C., “Medidas Laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y Negociación Colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 32, 2005, p. 105; Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 48. En este sentido, reconocen que se trata de una medida de discriminación positiva, Nevado Fernández, M.J., *op. cit.*; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 146. Esta nota “ideológica” de la ley que se refiere a la violencia como «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» es criticada, en nuestra opinión justificadamente, por Martín Valverde, A., “La Ley de protección integral contra la violencia de “género”: análisis jurídico e ideológico”, *Relaciones Laborales*, 22, 2006, pp. 543-544, 557 y *passim*. Nevado Fernández, M.J., *op. cit.*, admite solamente que esta protección podría ampliarse a las mujeres fuera del ámbito conyugal (v.g. *cuando la víctima de violencia sea una hija, natural o no, del agresor*); «cosa distinta sería pensar en un menor, en un mayor, o en un discapacitado como sujetos también vulnerables, pues para tales casos el hecho causante varía y la opción de política legislativa se justifica».

¹⁴ Traducción nuestra. Cf. Correia Rodrigues Prata A.M., *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 94 ss.; da Glória Ferreira Pinto M., “Princípio da Igualdade – Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1986, 358, 1986, pp. 54 y ss.; Claro, João Martins, “O Princípio da Igualdade”, en *Nos Dez Anos da Constituição*, Miranda, J. (org.), Imprensa Nacional, Lisboa, 1987, pp. 36 y ss.; Amaral, M.L., “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 53 y ss.; Gomes Canotilho J.J., Moreira V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 337, 339, 341-342. Como explica Machado Dray G., *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, 1999, pp. 107, 111 y *passim*, se trata de una «imposición constitucional de promoción de diferenciaciones visando la prosecución de la aludida “igualdad real” a través de la imposición de discriminaciones positivas» (traducción nuestra). Véase que ni todos los ordenamientos jurídicos entienden la discriminación positiva como un medio para alcanzar la igualdad, sino como una derogación del principio de igualdad, cuando de los diferentes conceptos de “igualdad” sale el alcance admitido a la discriminación positiva, tal como explica Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 233 ss.

¹⁵ Traducción nuestra.

¹⁶ Gomes Canotilho J.J., Moreira V., *op. cit.*, p. 345. Sobre la evolución histórica del concepto de discriminación positiva, *vd.* Machado Dray G., *op. cit.*, pp. 89 y ss. Con relación a su

una ventaja justificada, promoviendo una desigualdad de derecho, tendente a la superación de una desigualdad de hecho, razón por la cual esta ventaja será, por norma, temporal¹⁷. Si la igualdad no es interpretada como “universalidad”, sino como “igualdad de oportunidades”, la evaluación de los derechos fundamentales debe diferenciarse, por referencia a la «situación de desventaja de hecho»¹⁸. Estas diferenciaciones de trato deben, sin embargo, «fundamentarse a la luz de los propios criterios axiológicos constitucionales»¹⁹, así como obedecer al principio de la proporcionalidad, lo que, en nuestra opinión, no es incuestionable en el caso español^{20 21}.

compatibilidad con el principio general de igualdad y con la Constitución portuguesa, *vd. ibidem*, pp. 94 ss. y 104 ss., respectivamente.

¹⁷ Así, Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 2000, p. 238. *Vd. aún* Fredman, S., *op. cit.*, p. 270.

¹⁸ Cf. Queiroz, C., *Direitos Fundamentais Sociais – Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006, p. 197.

¹⁹ *Idem, ibidem*. Traducción nuestra.

²⁰ En este sentido se ha pronunciado Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 562 y ss. Según el autor, «la Ley en el establece [...] una preferencia para las mujeres sino una exclusión el trato peyorativo para los hombres». De hecho, el extenso análisis de medidas de discriminación positiva, aplicadas en diversos ordenamientos jurídicos y admitidas en la UE, realizado por Fredman, S., *op. cit.*, p. 232 y ss., revela que se trata siempre de conferir un beneficio a un grupo desfavorecido en función de una determinada característica protegida (v.g., género, raza, etc.) con el fin de remover obstáculos y desventajas pasadas y/o asegurar su representación y perspectiva en lo que se refiere a la toma de decisiones y/o asegurar la diversidad en instituciones educativas y lugares de trabajo. Además, si estuviéramos ante una auténtica medida de discriminación positiva, no se justificaría la ampliación por convenio colectivo de la protección laboral concedida por la ley a los hombres víctimas de violencia de doméstica (admitido por Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, 109-110), por impedir la realización de la igualdad material revisada por el legislador español al reservar la protección legal a las mujeres trabajadoras.

²¹ Un problema análogo fue suscitado en Portugal por la Ley 61/91, de 13 de agosto, que garantiza protección adecuada a las mujeres víctimas de violencia siempre que la motivación del crimen sea «discriminatoria con respecto a la mujer, estando concretamente comprendidos los casos de crímenes sexuales y de malos tratos hacia el cónyuge, así como de rapto, secuestro u ofensas corporales» (art. 1.2) – traducción nuestra. Las consecuencias jurídicas contempladas en la Ley no incluyen medida alguna de índole laboral. Ferreira, M.E, *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina, 2005, pp. 172 y ss., ha cuestionado la constitucionalidad de esta normativa por violación del principio de igualdad y también porque el crimen de malos tratos también es practicado por mujeres, «razón por la cual no podremos asociar, inseparablemente, los malos tratos conyugales a una actitud discriminatoria relativa a la mujer» y la «estricta realidad de los números» es insuficiente para afirmar la existencia de una razón material satisfactoria. La autora concluye que deberá procederse a una aplicación analógica de las medidas previstas en la Ley 61/91 a los casos de

Es verdad que el paradigma dominante es el de la violencia de género basado en un modelo analítico y de medición del fenómeno unidireccional, es decir, desde la perspectiva de la violencia que hombres practican contra mujeres²². Este padrón de conducta puede ocurrir «en la forma física, emocional, psicológica, sexual y económica» con vistas a «perpetuar la intimidación, el poder y el control por parte del agresor» masculino, mientras la violencia femenina se produce de forma meramente defensiva²³. El mencionado IV PNCVD (2011-2013) se encarga de autonomizar el concepto de violencia de género, caracterizándolo como lo que «resulta de un desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, que se traduce en actos de violencia física, psicológica y sexual, cuyas víctimas son, en su gran mayoría, mujeres, y que en el último extremo pueden conducir al homicidio conyugal»²⁴.

Los datos estadísticos nacionales oficiales sobre la violencia doméstica son escasos²⁵. Sin embargo, los transmitidos por la APAV (*Associação Portuguesa de Apoio à Vítima*)²⁶ y por la DGAI (*Direção Geral da Administração Interna*)²⁷, datos que no son totalmente coincidentes²⁸, parecen confirmar una asimetría en lo que toca a la violencia doméstica: caracterizan aproximadamente al 80% de las víctimas como perteneciendo al sexo femenino y al 80% de los agresores como pertenecientes al sexo masculino, predominando la violencia en el contexto conyugal o similar.

víctimas de malos tratos no comprendidas en el ámbito subjetivo de la normativa legal, sobre todo a los hombres, con el fin de salvaguardar la constitucionalidad de la Ley.

²² Vd. Dias I., das Dores Guerreiro M., “Violência na Família. (In)visibilidades de um Velho Problema Social”, en A. Dornelas, L. Oliveira, L. Veloso, M. das Dores Guerreiro (orgs.), *Portugal Invisível*, Editora Mundos Sociais, 2010, pp. 159 y ss.

²³ Traducción nuestra. *Idem, ibidem*. Las autoras desarrollan aún las teorías explicativas de las causas de violencia y los factores de riesgo implicados.

²⁴ Traducción nuestra.

²⁵ El *Instituto Nacional de Estatística* (INE) solo proporciona datos estadísticos sobre crímenes registrados por las autoridades policiales, identificados por categorías amplias, como, por ejemplo, crímenes contra las personas. Cf. Dias I., das Dores Guerreiro M., *op. cit.*, pp. 164 y ss.

²⁶ En términos absolutos (2012), 5669 mujeres y 646 hombres – *Estatísticas APAV Relatório Anual 2012*, en

http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Totais_Nacionais_2012.pdf.

²⁷ *Violência doméstica 2011*, en http://www.dgai.mai.gov.pt/files/conteudos/Relatprio%20VD%202011_%20Participacoes%20as%20FS.pdf.

²⁸ A pesar de la referencia a años diferentes (APAV 2012 y DGAI 2011), puede verse la misma disparidad cuando comparamos estos últimos datos con los de la APAV 2011.

Se puede encontrar esta misma percepción en alguna doctrina laboral que trata el tema²⁹, así como en el IV PNCVD.

Sin embargo, cabe preguntar si este modelo de análisis puede falsear la realidad de la violencia doméstica al estudiar solamente una parte del problema. Por eso, estos números deben ser ponderados teniendo en cuenta dos factores, por un lado, la opacidad de la violencia contra hombres y, por otro, la opacidad de la violencia entre parejas homosexuales, concretamente lésbicas.

De hecho, varios estudios sociológicos desarrollados sobre este tema, basados en un modelo bidireccional, consideran que la violencia de la mujer sobre el hombre, en relaciones de tipo conyugal, asume proporciones idénticas en los dos sexos, a pesar de permanecer más invisible (social y científicamente) que las otras modalidades de violencia doméstica³⁰, aunque las mujeres «tengan una probabilidad superior de sufrir lesiones», como resultado de la «asimetría de complejiones físicas», y asuman prevalentemente actitudes de victimización³¹. Algunos autores llegan incluso a afirmar que los hombres practican, en general, más actos de violencia contra otros hombres, mientras que las mujeres son más propensas a dirigir su violencia sobre los hombres, concluyendo que la violencia de género «se aplica quizás más a la violencia practicada por mujeres sobre hombres que al contrario»³².

Por otro lado, la tasa de violencia entre parejas del mismo sexo, incluyendo parejas lésbicas, es igual, si no superior, a las tasas de violencia entre parejas heterosexuales³³. No obstante, la invisibilidad aumenta, fruto de una mayor vulnerabilidad derivada de la homofobia, del aislamiento, de la ausencia de

²⁹ Belez, T. P., “Violência Doméstica”, *Revista do CEJ*, 2008, 8, pp. 281 y ss.; Vasconcelos, J., “Sobre a Protecção da Vítima de Violência Doméstica no Direito do Trabalho Português”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-4, 2010, p. 103, nota 1; Freitas Pinto P., “A Protecção da Vítima do Crime de Violência Doméstica no Foro Laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 85, 2010, pp. 123 y ss.; Leal Amado, J., *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, p. 264, nota 379.

³⁰ Las razones justificativas apuntadas son de diversa índole. Además de la menor incidencia de estudios dirigidos al fenómeno de la violencia contra los hombres, sobresale la menor percepción de la violencia por parte de estos (que lo ven como “peleas normales”), la memoria limitada de aquellos eventos y el “tabú” de ciertos comportamientos “no asignables”. Cf. Dias I., das Dores Guerreiro M., *op. cit.*, p. 165; Ramos, M.E., *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina, p. 5, 50 y ss.

³¹ Cfr. Dias I., das Dores Guerreiro M., *op. cit.*, pp. 163 y ss. Traducción nuestra.

³² Felson, “Is violence against women about women or about violence?”, *Contexts* 5, pp. 21 ss., *apud* Dias, I., Dias I., das Dores Guerreiro M., *op. cit.*, p. 164. Traducción nuestra.

³³ Cf. Dias I., das Dores Guerreiro M., *op. cit.*, p. 165; Santos, A. C., *Entre Duas Mulheres Isso Não Acontece – Um Estudo Exploratório sobre Violência Conjugal Lésbica*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 98, 2012, p. 4 y ss.

redes sociales de apoyo, de las amenazas de revelación no consentida en cuanto a la orientación sexual (*outing*), de la falta de formación de los agentes institucionales, así como por razones de orden cultural que asocian la violencia doméstica a un paradigma binario de género. Las víctimas lésbicas de violencia doméstica se enfrentan, por lo tanto, un «doble estigma: como lesbianas y como víctimas de violencia»³⁴.

Se justifica, por lo tanto, que el trato jurídico de la violencia doméstica sea amplio en términos de género y que los estudios de contenido sociológico, psicológico y estadístico asuman naturaleza bidireccional, descartando el velo de la invisibilidad que cubre a otras modalidades de violencia doméstica. El problema de la violencia doméstica parece centrarse más en la existencia de relaciones de poder que en cuestiones de género propiamente dichas³⁵ y no es exclusivo de las parejas heterosexuales³⁶. Los estudios sociológicos han sido decisivos para sacar a la luz esta realidad y llamar la atención sobre la necesidad de traer al campo de análisis medidas de política pública direccionadas a la intervención sobre este problema social, y han encontrado algún eco en el IV PNCVD, que incluye en la categoría de víctimas

³⁴ Este análisis es realizado por Santos, A. C., *op. cit.*, p. 4 y ss. La autora refiere incluso la “doble discriminación” y el “doble armario” de los que son víctimas las mujeres lésbicas en situación de violencia. Como paradigma de esta visión en el ordenamiento jurídico portugués se citan las declaraciones de la *Associação Sindical de Juízes* que, en el ámbito de la reforma penal de 2007, consideró sin sentido la ampliación del crimen de violencia doméstica a parejas del mismo sexo por no estar «mínimamente demostrado que esas situaciones existen» (traducción nuestra): AA.VV., *Juízes consideram que não existe violência doméstica entre casais homossexuais*, Público Portugal, 20 de diciembre de 2006, in <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/juizes-consideram-que-nao-existe-violencia-domestica-entre-casais-homossexuais-1280235>; AA.VV., *Associação Juízes descarta crime de violência doméstica entre homossexuais*, Años, 20 de diciembre de 2006, in http://www.tsf.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=878508; F. Cância, *Juízes rejeitam violência doméstica entre 'gays'*, Diário de Notícias, 20 de diciembre de 2006, in http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=650267.

³⁵ Como apunta Ramos, M.E., *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, *op. cit.*, pp. 52-54, es muy reductor justificar el comportamiento violento únicamente en una discriminación en función del género. La violencia conyugal es un fenómeno complejo que no puede ser reducido a una mera cuestión de género, asumiéndose cada vez menos como unidireccional.

³⁶ Sobre esta cuestión, Villalba Sánchez, A., “Violencia de género *versus* violencia doméstica. Perspectiva hispano-lusa”, en *Violencia de Género y Derecho del Trabajo. Estudios Actuales sobre Puntos Críticos*, Mella Méndez, L. (Dir.), La Ley, 2012, p. 755, refiere las reivindicaciones del colectivo homosexual en España «demandando su derecho a una igual tutela ante agresiones por parte de su cónyuge o pareja, pues la diferencia de roles no es un rasgo privativo de las relaciones heterosexuales».

especialmente vulnerables a lésbicas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT)³⁷.

La posibilidad puesta de manifiesto en estos estudios de que los datos estadísticos no reflejan íntegramente la realidad de la violencia doméstica, empeora las dudas ya antes suscitadas por alguna doctrina, en cuanto a la calificación que reserva la protección contra la violencia doméstica a las mujeres como una medida de discriminación positiva³⁸. Consecuentemente, la exclusión de hombres víctimas de violencia doméstica y de mujeres homosexuales víctimas de violencia por parte de su pareja³⁹ crea un gran riesgo de atentar contra el principio de igualdad, infringiendo las normas constitucionales y el Derecho de la Unión Europea.

En conclusión, nos parece claramente preferible un abordaje neutro del fenómeno de la violencia doméstica ya que, por un lado, el bien jurídico afectado, con mayor o menor incidencia, no es exclusivo de un sexo o de las parejas heterosexuales⁴⁰, lo que suscita problemas delicados de articulación con el principio de igualdad; y, por otro, como bien observa Alicia Villalba Sánchez, esa es una solución más coherente con la evolución de la sociedad por

³⁷ Cfr. *Resolução do Conselho de Ministros 100/2010*, cit., p. 5766.

³⁸ Contestando a esta calificación, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 562 y ss. Incluso admitiendo que las estadísticas traducen correctamente la realidad, el autor entiende que esa circunstancia es insuficiente para reconocer la ley española como una medida de discriminación positiva, pues «el principio de discriminación no entiende de estadísticas; lo que importa no es la cantidad de los afectados sino la condición injusta del trato discriminatorio. La exclusión de los hombres como víctimas de la violencia doméstica no es defendible con el argumento de que en la gran mayoría de los casos las víctimas sean mujeres; las víctimas varones dejen de serlo por su condición minoritaria».

³⁹ Da Costa Newton P.C., *Empleo y Sexismo. Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en el seno de la Pareja*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 47-48, reconoce que «la agresión física, psíquica o sexual en el ámbito de la pareja constituye una lacra social que debe ser rechazada, con independencia del tipo de relación involucrada: homosexual o heterosexual». En efecto, «la mayoría de las relaciones homosexuales plantean los mismos problemas, roles y desigualdades que las parejas heterosexuales». «La relación de dominación no es equivalente al binomio hombre/mujer. Por esto la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante».

⁴⁰ En las palabras de Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p.753, «entiende el legislador luso que toda víctima ha de ostentar su derecho a la indemnidad con independencia de su sexo u orientación sexual, postura que también ha sido defendida por doctrina española, sosteniendo que la menor frecuencia de las agresiones padecidas por varones a mano de sus mujeres, o dentro de parejas del mismo sexo, no implica la inexistencia de un bien jurídico digno de protección al amparo del mismo derecho a la igualdad y a la no discriminación que pueden esgrimir las mujeres».

su naturaleza atemporal y «se compadece mejor con la función que el ciudadano demanda al ordenamiento jurídico»⁴¹.

2. Protección laboral conferida por la Ley 112/2009 y por el Código del Trabajo portugués (*Código do Trabalho*)

Un primer grupo de medidas de protección social tiene como objetivo asegurar que la víctima de violencia doméstica conserve su empleo, algo esencial para la normalización de su vida, para su independencia económica, para su inclusión social y para la recuperación de autoestima⁴².

A ese efecto, el legislador atribuye a la víctima de violencia doméstica un conjunto de derechos que condicionan los poderes directivo y organizativo del empleador, aunque este sea extraño al fenómeno de la violencia doméstica cuyo origen es extra laboral⁴³.

Este régimen jurídico ha estado fuertemente inspirado en la legislación española (Ley Orgánica 1/2004, de 28/12, de medidas de protección integral contra la violencia de género), aunque el legislador nacional se haya alejado, a veces, del modelo del país vecino, no siempre de forma sensata⁴⁴; y consta de dos normas fundamentales: la Ley 112/2009, ya referida, que ha establecido el régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica, a la protección y a la asistencia de sus víctimas y el Código del Trabajo portugués

⁴¹ Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 755. Explica la autora que se «puede concluir que mientras la LOVG, examinando tiempos pasados, trata de desarraigar una práctica que no es más que uno de tantos síntomas de la discriminación que han padecido las mujeres a lo largo de la historia, la LVD [Ley 112/2009] aborda la violencia como manifestación de las relaciones de subordinación insanas dentro de la pareja, realidad consustancial a la dependencia sentimental que existe hoy y existirá en el futuro una vez superada la discriminación sexual. La cuestión, de nuevo, es que la sociedad evoluciona mucho más rápido que el Derecho, y en ese aspecto, la norma lusa se perfila como atemporal y comprensiva de un mayor elenco de supuesto de hecho que la LOVG, por lo que se compadece mejor con la función que el ciudadano demanda al ordenamiento jurídico».

⁴² En este sentido, Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 105 y ss.; Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 41; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 147.

⁴³ Sobre el desplazamiento del riesgo personal a la empresa, *vd.* Terradillos Ormaetxea, E., “La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (II): Movilidad geográfica”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de Género y Derecho del Trabajo. Estudios Actuales sobre Puntos Críticos*, La Ley, 2012, pp. 352 y ss.

⁴⁴ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 112.

(*Código do Trabalho* – en adelante CT)⁴⁵. La articulación entre estas dos normas, publicadas con pocos meses de intervalo, no está exenta de dudas, pues, al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, existe una superposición de regímenes jurídicos, no siempre totalmente coincidentes, y una remisión aparentemente parcial y poco clara realizada por el art. 42 de la Ley 112/2009 al CT⁴⁶.

2.1. Movilidad Geográfica: traslado o cambio de lugar de trabajo a solicitud del trabajador o trabajadora

En los términos del art. 42 de la Ley 112/2009, que remite al CT (art. 195)⁴⁷, el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica tiene derecho a ser trasladado o trasladada, temporal o definitivamente⁴⁸, si así lo solicita, a otro centro de trabajo de la empresa, encontrándose el empleador obligado a garantizar la confidencialidad de la situación cuando le sea solicitado, para evitar que la víctima pueda ser localizada por su agresor.

No obstante, dicho derecho solo se constituye desde que se verifiquen tres requisitos cumulativos.

En primer lugar, tiene que tratarse de una empresa con varios centros de trabajo, hecho que presupone, por regla general, que se trate de una empresa de media o gran dimensión⁴⁹. En este caso, parece que el trabajador o la trabajadora podrá elegir el centro de trabajo que desee, considerando que el traslado se hace en el interés de la víctima y no del empleador⁵⁰, con las

⁴⁵ El CT ha sido aprobado por la Ley 7/2009, de 12/02, rectificado por la *Declaração de Retificação* de la Asamblea de la República 21/2009, de 18/03, reglamentado por la Ley 105/2009, de 14/09, y alterado por las Leyes 53/2011 de 14/10, 23/2012 de 25/06, 47/2012 de 29/08, y 69/2013 de 30/08.

⁴⁶ Sobre las dificultades de articulación entre el CT y la Ley 112/2009, *vd.* Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 112 y ss.

⁴⁷ Como explica Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 115, nota 26, la novedad esencial del art. 42 Ley 112/2009, cuando se compara con el art. 195 del CT, reside en la ampliación del régimen a los trabajadores que ejercen funciones públicas.

⁴⁸ Se hace notar que, en el Derecho portugués (arts. 194 ss. del CT), la expresión “traslado” (*transferência de local de trabalho*) o “movilidad geográfica” (*mobilidade geográfica*) tiene un alcance más amplio que en el Derecho español (art. 40 ET), una vez que incluye las modificaciones temporales o definitivas que pueden implicar cambio de domicilio o no.

⁴⁹ Así, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 547; de Oliveira Carvalho C., *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, pp. 350 y ss.

⁵⁰ En este sentido, Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 265 y nota 380. Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 135, invoca el principio de la buena fe en la articulación de los intereses de las partes.

limitaciones que referiremos *infra* previstas en el apartado 2 del art. 195 del CT⁵¹. Lo mismo sirve para el carácter definitivo o temporal de la misma y, en esta última hipótesis, para su duración⁵², dentro de las condiciones previstas en el apartado 2 de los preceptos referidos que analizaremos *infra*. Si el trabajador o trabajadora opta por un traslado temporal, el empleador podrá recurrir al contrato de interinidad para su sustitución (art. 140.1.2.a) CT), aunque no se beneficie de las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social como sucede en el país vecino (art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)⁵³. En segundo lugar, el art. 42 de la Ley 112/2009 exige la presentación de denuncia, pues esta es un requisito de atribución de la condición de víctima⁵⁴. Sin embargo, el art. 42 de la Ley 112/2009 remite al régimen previsto en el CT, que parece más exigente en este punto, al imponer la presentación de denuncia por la víctima. Dicha imposición, prevista en el art. 195 del CT, ha suscitado

⁵¹ El art. 40.3 *bis* ET impone al empleador la obligación de informar al trabajador(a) sobre «las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro», aunque nada prevea sobre la forma o plazo de dicha comunicación, brecha criticada por alguna doctrina (sobre esta cuestión, cf. Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 367 y ss.). El Derecho portugués no contiene una disposición similar expresa, pero la misma debe considerarse implícita, pudiendo subsumirse al deber general de información previsto en el art. 106.1 CT.

⁵² Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 122. El Derecho español regula de forma más detallada el problema de la duración temporal: «el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva» (art. 40.3 *bis*). Sobre esta obligación de reserva, *vd.* Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 372 y ss.

⁵³ *Vd.* Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 128; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 154; Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, p. 189 y ss.; Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 375.

⁵⁴ Según el art. 14 de la Ley 112/2009, la atribución del estatuto de víctima depende solamente de la presentación de denuncia del crimen de violencia doméstica si no existieran fuertes indicios de que la misma es infundada. En este caso, las autoridades judiciares o los órganos de policía criminal competentes atribuyen a la víctima un documento justificativo del estatuto de víctima. Excepcionalmente, el estatuto de víctima puede ser atribuido por la *Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*. Los modelos de documentos justificativos de la atribución del estatuto de víctima constan de la *Portaria* 229-A/2010, de 23 de abril. En España, también es necesaria la acreditación de la condición de víctima de violencia de género, con fundamento en una orden de protección que presupone la denuncia por la propia víctima o por terceros (art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004). Sin embargo, se trata de un proceso más complejo que el portugués. Para un análisis de este procedimiento, *vd.* Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, pp. 109 y ss.; Martín Valverde, A., *op. cit.*, pp. 544 y ss. Para una análisis crítica de los mecanismos previstos para la acreditación, *vd.* Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, pp. 155 y ss.; Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*.

perplejidad en la doctrina al tratarse de un crimen público⁵⁵ y, por lo tanto, no depender de denuncia por parte de la víctima⁵⁶. Por ese motivo, debe entenderse que basta la denuncia, aunque esta no sea presentada por la víctima, por no justificarse una diferencia de tratamiento en estos casos respecto a la *ratio legis*⁵⁷.

Finalmente, un tercer requisito, de verificación diferida⁵⁸, exige la salida del domicilio familiar en el momento en que se efectúe el traslado, exigencia que no se encuentra presente en el Derecho Español (art. 40.3 *bis* del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹)⁶⁰. Esta exigencia también es objeto de justas críticas por parte de la doctrina, por reducir a un único patrón todos los casos de violencia doméstica e imponer, por eso, una solución que puede mostrarse innecesaria, injustificada y desproporcionada en el caso concreto⁶¹. Se suma el hecho de que, como hemos visto, el crimen de violencia doméstica no exige

⁵⁵ Sobre la evolución legislativa que ha conducido a esta calificación del tipo penal, *vd.* Beleza, Teresa Pizarro, *op. cit.*, pp. 286 y ss.; Freitas Pinto P., *op. cit.*, pp. 128 y ss.; Ferreira, M. E., *op. cit.*, pp. 78 y ss.

⁵⁶ Cf. Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 116 y ss.; Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 132; Leal Amado, J., *op. cit.*, pp. 265-266.

⁵⁷ Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 266.

⁵⁸ Cfr. Madeira de Brito P., en Machado Dray G., Gonçalves da Silva L., Romano Martínez P., Vasconcelos J., Monteiro L.M., Madeira de Brito P., *Código do Trabalho anotado*, Almedina, 2012, p. 474. El hecho de no tener que encontrarse verificado en el momento del pedido del trabajador(a) lleva a Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 265, a no considerarlo un verdadero presupuesto de la constitución del derecho.

⁵⁹ En adelante ET.

⁶⁰ Cf. Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, pp. 126 y ss.; Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, pp. 757-758; Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 362 y ss. Faraldo Cabana, Cristina, *op. cit.*, p. 149, explica que el concepto de traslado utilizado en el art. 40.3 *bis* ET tiene un alcance más amplio que en los números anteriores del precepto, al incluir simples cambios de centro de trabajo que se producen «dentro de la misma localidad o a otra localidad sin necesidad de cambio del lugar de residencia». La legislación española, al contrario de la portuguesa, prevé subvenciones para financiar los gastos derivados del traslado – cf. Mella Méndez, L., “El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, 2012, pp. 288 y ss.

⁶¹ Diversas situaciones en las que el abandono del domicilio familiar puede ser injustificado son referidas por Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 118 y ss., y Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 133. La primera autora advoca una interpretación restrictiva de la norma de forma a abarcar solamente las situaciones en que dicha salida sea «impuesta por las mismas exigencias de protección de la integridad física y psicológica y/o reorganización de la vida de la trabajadora que hacen necesario el cambio de lugar de trabajo» (traducción nuestra).

cohabitación entre víctima y agresor, por lo que no se justifica dicha exigencia en esa situación⁶².

En cualquier caso, aunque se cumplan los requisitos referidos, el empleador puede retrasar el traslado con fundamento en por lo menos uno de los siguientes motivos enunciados en el apartado 2 de los arts. 195 del CT y 42 de la Ley 112/2009: i) exigencias imperiosas ligadas al funcionamiento de la empresa o servicio; ii) o incluso hasta que exista un puesto de trabajo compatible⁶³ disponible.

Como explica Joana Vasconcelos, el derecho a ser trasladado constituye un derecho potestativo del trabajador o trabajadora, por lo que el empleador nunca podrá recusar el traslado, sino tan solo posponerlo⁶⁴ ⁶⁵. Sin embargo, la latitud de la cláusula general utilizada por el legislador y el hecho de que no se encuentre previsto ningún límite temporal para el aplazamiento pueden, en la práctica, inutilizar este derecho⁶⁶.

En el caso de que el empleador inviabilice, injustificadamente, el traslado solicitado, el trabajador dispone de los siguientes mecanismos de tutela⁶⁷: suspensión del contrato de trabajo, demanda judicial de cumplimiento, eventualmente acompañada de una *astreinte* (*sanção pecuniária compulsória* – art. 829-A del Código Civil⁶⁸), responsabilidad civil y resolución del contrato por voluntad del trabajador, en los términos del apartado 2 del art. 394 CT. Además, el apartado 5 del art. 195 CT prevé responsabilidad administrativa del empleador (*contraordenação grave*).

⁶² Así, Freitas Pinto P., *op. cit.*, pp. 133-134, y Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 265, nota 381.

⁶³ El legislador español ha explicitado que este derecho se refiere a otro puesto de trabajo «del mismo grupo profesional o categoría equivalente» (art. 40.3 *bis* ET), conceptos definidos en el art. 22.2.3 ET, hecho que parece presuponer «una movilidad funcional añadida». Cfr. Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 359 y ss.

⁶⁴ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 121. En términos próximos, Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 265.

⁶⁵ Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 266, nota 382, coloca la cuestión de saber «lo que sucede si, después del traslado [...], el procedimiento criminal es archivado o el presunto autor del crimen absuelto. ¿Todo queda igual? ¿O la trabajadora deberá regresar al anterior lugar de trabajo?». El autor defiende que «el regreso al anterior lugar de trabajo solo se justificará en caso de conducta claramente fraudulenta de la trabajadora, incluso porque, como es sabido, el archivo o la absolución pueden ser dictados, tan solo, por falta o insuficiencia de pruebas, no significando que la violencia doméstica objeto de denuncia no haya existido en realidad (*in dubio pro reo*)» (traducción nuestra).

⁶⁶ Con esta convicción, Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 121.

⁶⁷ Leal Amado, J., *op. cit.*, 268; Brito, P. M. de, *op. cit.*, p. 474.

⁶⁸ Figura similar a las “multas coercitivas” del ordenamiento jurídico español.

2.2. Suspensión del contrato de trabajo

En la hipótesis de que no exista otro centro de trabajo del mismo empleador o en los casos de aplazamiento del traslado por los motivos explicados en el punto anterior, el trabajador o trabajadora tiene el derecho potestativo de suspender de inmediato el contrato de trabajo (art. 296.2 CT)⁶⁹.

En estos términos, la suspensión parece reconducirse a un mecanismo de tutela subsidiario con respecto al traslado⁷⁰, por lo que los requisitos constitutivos de la movilidad geográfica, analizados *supra*, también deberán verificarse en este caso⁷¹.

Se justifica la admisibilidad de la suspensión del contrato de trabajo de manera autónoma y alternativa respecto al traslado pues, como explica Joana Vasconcelos, no derivarían otros cargos para el empleador o para a la Seguridad Social⁷². No obstante, pensamos que tal solución es difícilmente defendible *de iure condito*. No obstante, *de iure condendo*, nos parece más adecuada la solución prevista en la legislación española (art. 45.1.n) ET) que prevé la suspensión del contrato como medida alternativa a la movilidad geográfica y no subsidiaria⁷³.

Sin embargo, el régimen español es menos favorable que el régimen luso, pues «el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder los seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos

⁶⁹ Lo mismo sucede en el Derecho español: la trabajadora puede suspender el contrato de trabajo o solicitar la “excedencia voluntaria”, siendo que, en el segundo caso, la trabajadora se queda en una «situación de paro sin derecho a prestaciones, causando la trabajadora baja en el régimen de la Seguridad Social». Cf. Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 151. En el sentido de que se trata de un derecho potestativo de la trabajadora, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 548. En el caso de las empleadas públicas, se encuentra previsto un régimen específico de «excedencia por razón de violencia de género» al lugar de la suspensión. Respecto a esto, *vd.* Selma Penalva, A., *op. cit.*, pp. 1051 y ss.

⁷⁰ Cfr. do Rosário Palma Ramalho M., *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2012, p.737.

⁷¹ *Vd.* Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 127.

⁷² *Ibidem*, pp. 126-127.

⁷³ Como explica Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, el derecho de suspensión no es «graciable para el empresario, ni siquiera se ha de llegar a él cuando la previsión de otras medidas, del tipo cambio de horario, de centro, etc., no se hayan ejercitado por el sujeto titular de tales derechos».

de tres meses, con un máximo de dieciocho meses» (art. 48.6 ET)⁷⁴. En Portugal, sin embargo, no se prevé un límite máximo de duración del período de suspensión. ¿Hasta cuándo quedará suspenso el contrato? Si el trabajador o trabajadora espera por el traslado a otro centro de trabajo, la suspensión se mantendrá hasta que dicho traslado ocurra. Pero en los casos en que no exista otro centro de trabajo del mismo empleador, dicha delimitación temporal nos parece difícil. Según Leal Amado, «el contrato quedará suspenso por el período que la propia trabajadora considere necesario»⁷⁵.

Por último, si la suspensión del contrato de trabajo permite al trabajador o trabajadora mantener el derecho al puesto de trabajo, implica la pérdida de salario⁷⁶, sin ninguna contrapartida social específica sustitutiva, lo que podrá frustrar los objetivos de tutela de la víctima de violencia doméstica.⁷⁷ El trabajador o trabajadora podrá beneficiarse solo de la renta mínima de inserción (*rendimento social de inserção*) en términos generales, si cumple los requisitos y condiciones a ese efecto, aun siendo su edad inferior a los 18 años (art. 46 de la Ley 112/2009 que remite al art. 4.2 de la Ley 13/2003, de 21 de mayo⁷⁸), tramitándose la petición con carácter de urgencia. La víctima puede, además, beneficiarse de una indemnización anticipada del Estado cuando se encuentre en «situación de grave carencia económica» a consecuencia del crimen de violencia doméstica, cuyo montante no puede exceder del equivalente mensual al salario mínimo durante el período de seis meses, prorrogable por igual período (arts. 5 y 6 de la Ley 104/2009, de 14 de septiembre).

Ya en el país vecino, la trabajadora víctima de violencia doméstica que suspenda el contrato de trabajo se considera en «situación legal de desempleo»; es decir, en situación de desempleo protegido, si se cumplen los restantes requisitos legales⁷⁹, y el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de

⁷⁴ Sobre el tema, *vd.* de Castro Mejuto L.F., “La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (III): Suspensión contractual”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 401 y ss.

⁷⁵ Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 267, nota 385. Traducción nuestra.

⁷⁶ En sentido divergente, se ha pronunciado Brito, P. M. de, *op. cit.*, p. 474.

⁷⁷ Con este entendimiento, Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 127-128, y do Rosário Palma Ramalho M., *op. cit.*, p. 737.

⁷⁸ Alterada por la Ley 45/2005, de 29 de agosto, y por el *Decreto-Lei* 133/2012, de 27 de junio, que ha publicado de nuevo la Ley 13/2003.

⁷⁹ Cf. Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 551.

desempleo⁸⁰, modelo más acertado «que obedece a una idea de responsabilidad social frente a la víctima»⁸¹.

2.3. Teletrabajo

En alternativa al traslado, el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica puede optar por pasar a ejercer su actividad en régimen de teletrabajo (art. 166.2 CT), derecho que no aparece recogido en la legislación española, aunque alguna doctrina considere que esta figura puede encontrarse incluida en las posibilidades flexibilizadoras del régimen de tiempo de trabajo reguladas en el art. 37.7 ET y mencionadas *infra*⁸².

Se trata también aquí de un derecho potestativo del trabajador o trabajadora, que depende de la verificación de los presupuestos analizados en el ámbito del traslado, a los cuales se suma un requisito adicional evidente: el régimen de teletrabajo tiene que ser compatible con la actividad desarrollada⁸³.

No obstante, de manera distinta a lo que sucede con la movilidad geográfica, el empleador no puede recusar la petición, tal como resulta del apartado 3 del art. 166.

Se acentúa la dificultad de articulación del régimen de teletrabajo con la exigencia referente a la necesidad de abandono de la residencia de la familia, hecho que parece presuponer modalidades de teletrabajo en posiciones móviles (*mobile telework*) o telecentros⁸⁴, salvo si se opta por la interpretación

⁸⁰ Para más *vd.* Selma Penalva, A., *op. cit.*, pp. 1052 y ss.

⁸¹ Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 761.

⁸² En este sentido, Selma Penalva, A., *op. cit.*, p. 1044; Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, p. 133. Sin embargo se puede «llevar a cabo tal cambio si así lo contempla la negociación colectiva, o por acuerdo entre el empresario y la trabajadora» (Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 759).

⁸³ Según do Rosário Palma Ramalho M., *op. cit.*, p. 296, corresponde al empleador «evaluar la presencia del requisito de la compatibilidad de la prestación de trabajo con el desplazamiento de las instalaciones de la empresa (en la medida en que ni todas las actividades laborales consienten esta forma de desarrollo y, de todas formas, el teletrabajo está limitado, por definición, a las actividades prestadas con recurso intensivo a tecnologías de información y comunicación». Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 140, defiende que, en caso de que el ejercicio de este derecho sea negado por el empleador, el trabajador tendrá que instaurar una demanda judicial «precedida, si fuera el caso, de una medida cautelar, correspondiendo al trabajador probar que el tipo de trabajo por él desarrollado puede ser efectuado a través del teletrabajo» (traducción nuestra).

⁸⁴ Leal Amado, J., *op. cit.*, pp. 153-153; Machado Dray G., en Machado Dray G., Gonçalves da Silva L., Romano Martínez P., Vasconcelos J., Monteiro L.M., Madeira de Brito P., *Código do*

restrictiva del art. 195.1.b), defendida por Joana Vasconcelos, según la cual «la prestación de teletrabajo en el domicilio solo será inviable, en razón de la salida de la trabajadora de la casa de residencia de la familia, cuando tal solución se le imponga por razones de protección de su integridad física y psicológica y/o reorganización de su vida»⁸⁵.

En este contexto, se justifica, como defiende Pedro Freitas Pinto, una interpretación restrictiva del art. 167 CT, norma que consagra algunos límites específicos cuando el trabajador o la trabajadora no haya sido contratado *ab initio* en régimen de teletrabajo, concretamente el plazo de tres años (u otro previsto en convenio colectivo) y la posibilidad de denuncia en los primeros 30 días de ejecución del contrato y consiguientemente retomar la prestación laboral en las instalaciones de la empresa⁸⁶. En efecto, el art. 167 ha sido pensado para proteger al trabajador o trabajadora titular de un contrato de trabajo “típico” que pasa a desempeñar sus funciones en régimen de teletrabajo por acuerdo con el empleador, por lo que la respectiva *ratio* no comprende situaciones como la que justifica el cambio de régimen impuesto por el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica.

2.4. Trabajo a tiempo parcial

De acuerdo con el art. 41 de la Ley 112/2009, el empleador debe atender, «siempre que sea posible» y cuando la dimensión y naturaleza de la empresa lo permitan, a la «petición del trabajador a tiempo completo que sea víctima de violencia doméstica a cambiar a un trabajo a tiempo parcial que se encuentre disponible en el órgano o servicio», o al contrario, incluyendo el «incremento de su tiempo de trabajo».

La utilización del concepto jurídico indeterminado “siempre que sea posible” dificulta la asequibilidad práctica de esta facultad, agravada por la inexistencia de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. Como refiere Pedro Freitas Pinto, este precepto no atribuye al trabajador o trabajadora un derecho potestativo, «solamente apelando, como se refiere en su epígrafe, a la “colaboración de las entidades empleadoras”»⁸⁷.

trabalho anotado, Almedina, 2012, p. 421; do Rosário Palma Ramalho M., *op. cit.*, pp. 295-296.

⁸⁵ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 132. Traducción nuestra.

⁸⁶ Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 141.

⁸⁷ Freitas Pinto P., *op. cit.*, p. 139.

De cualquier modo, nos parece claro que la dimensión de la empresa constituye un factor esencial en la verificación del concepto indeterminado, haciéndose más comprensible, por regla general, el rechazo del empleador a la medida que disminuye la dimensión empresarial⁸⁸.

Este precepto poco añade a la solución general, prevista en el art. 156 CT, que ya impone un deber de contenido idéntico al empleador respecto a todos los trabajadores que pretendan pasar a trabajar a tiempo completo o al contrario. La única novedad impuesta por el art. 41 de la Ley 112/2009 se encuentra en atribuir prioridad en la elección entre varios candidatos al trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica⁸⁹.

Sin embargo, en España, el legislador ha conferido a la trabajadora víctima de violencia doméstica una mezcla de posibilidades flexibilizadoras del régimen de tiempo de trabajo, solución claramente más protectora. En éstos términos, el art. 37.7 ET permite «la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario [tanto para trabajadoras a tiempo completo como a tiempo parcial⁹⁰] o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa»⁹¹.

⁸⁸ Sobre la cuestión de la relevancia de la dimensión empresarial en el art. 156 del CT, *vd.* de Oliveira Carvalho C., *op. cit.*, pp. 263 y ss.

⁸⁹ La exigüidad de la tutela conferida por este precepto es también defendida por Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 114-115, nota 25.

⁹⁰ Cf. Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 756. Para Martínez Yáñez, N., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I): Reducción y reordenación del tiempo de trabajo”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, p. 314, la reducción de la jornada de trabajo no convierte a la trabajadora a tiempo completo que hace uso de ella en una trabajadora a tiempo parcial: se trata solamente de una trabajadora a tiempo completo con jornada reducida, «de modo que no son de aplicación a estos supuestos las normas laborales o de Seguridad Social que regulan el trabajo a tiempo parcial». En sentido opuesto, Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, p. 128, postura compartida también por la doctrina portuguesa.

⁹¹ Estos derechos individuales se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, se dispone que la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora. Se intenta aunar, en la medida de lo posible, las necesidades de la trabajadora con la libertad de empresa. Selma Penalva, A., *op. cit.*, p. 1044; Martínez Yáñez, N., *op. cit.*, p. 325. Como explica Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 547, «en ausencia de pacto colectivo o de acuerdo individual, la trabajadora elige la nueva jornada y/o el nuevo horario que se ajuste a las exigencias de su protección efectiva. Las discrepancias que puedan surgir en el ejercicio de este derecho se dirimen a través de la modalidad procesal prevista para permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares». Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, pp. 110-111,

2.5. Justificación de ausencias

El art. 43 de la Ley n. 112/2009 añade a la enumeración de las causas justificativas de las ausencias previstas en el art. 249 CT⁹² las «motivadas por imposibilidad de prestar trabajo en razón de la práctica del crimen de violencia doméstica».

La redacción de la cláusula general puede suscitar dudas legítimas respecto al alcance de los motivos justificativos de la ausencia. En este sentido, Joana Vasconcelos entiende que integran la hipótesis de la norma «las “ausencias o retrasos” motivados “por la situación física o psicológica derivada de la violencia” sufrida», a semejanza de lo dispuesto en el art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, o las «derivadas de las exigencias de recuperación por parte de esta (v.g. consultas médicas, fisioterapia)»⁹³.

El art. 43 de la Ley 112/2009 no dice nada más en cuanto al régimen de estas ausencias, remitiendo al «régimen legal aplicable». Así, el trabajador o trabajadora deberá comunicar al empleador el motivo justificativo de la ausencia «en cuanto sea posible», en caso contrario, esta será considerada injustificada (art. 253 CT)⁹⁴. El empleador aún puede, en los 15 días siguientes a la comunicación de la ausencia, exigir que el trabajador o trabajadora

considera criticable la remisión a la autonomía colectiva por dificultar el ejercicio del derecho subjetivo.

⁹² El art. 249 parece consagrar un *numerus clausus* de ausencias justificadas, al prever en su apartado 3 que son injustificadas todas las ausencias no previstas en el apartado 2. Sin embargo, el apartado j) considera justificadas las ausencias que por ley sean como tal cualificadas, el apartado i) considera justificadas las ausencias autorizadas o aprobadas por el empleador y el apartado d) consagra una cláusula general que reconoce como justificadas todas las ausencias motivadas «por la imposibilidad de prestar trabajo debido a un hecho no imputable al trabajador», donde se podrían encuadrar varios casos de ausencias motivadas por violencia doméstica, incluso sin la previsión específica del art. 43 de la Ley 112/2009. Para más detalles, vd. Vieira Gomes J.M., *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, 2007, pp. 724-725.

⁹³ Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 133-134. Traducción nuestra. Para un análisis de las situaciones que integran la norma española, vd., Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, pp. 103-104; Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV): las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 424 y ss.

⁹⁴ El art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004 también prevé que «dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa con la mayor brevedad». Sobre las dudas interpretativas generadas por el precepto, cf. Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, pp. 105 y ss.; Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, pp. 426 y ss.

presente prueba del hecho invocado para la justificación (art. 254 CT)⁹⁵. En este caso, si la víctima no logra cumplir en un plazo razonable, la ausencia será considerada injustificada.

Por otro lado, dichas ausencias no implican pérdida de retribución, pues ese es el régimen general de las faltas justificadas, con las excepciones enumeradas en el apartado 2 del art. 255. Esto significa que recae sobre el empleador el deber de pagar el salario correspondiente a los días de ausencia de la víctima de violencia doméstica, salvo cuando las mismas puedan ser encuadradas en las faltas motivadas por enfermedad, caso en que serán soportadas por la Seguridad Social.

Hágase notar que en el ordenamiento jurídico portugués, las ausencias justificadas no pueden ser fundamento de la extinción del contrato por causas objetivas, a semejanza de lo dispuesto en el art. 52 ET. Por ese motivo, no ha sido necesario consagrar una solución similar a la prevista en el art. 52.d) ET: «No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias [...] motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda».

No obstante, se justificaría un régimen tutelar en materia de extinción voluntaria del contrato de trabajo por decisión de la víctima, que permitiese la resolución sin preaviso al empresario y con derecho a la prestación por desempleo que le correspondiese en función de sus períodos previos de cotización a la Seguridad Social⁹⁶. Coincidimos, por eso, con Alicia Villalba Sánchez, cuando afirma que «la coraza jurídica que pretende construir la normativa portuguesa resulta incompleta y asistemática, mostrando grietas que hacen vulnerable a la víctima. Resulta especialmente sangrante que el extremo más vulnerable sea precisamente la extinción del contrato de trabajo, institución importante a la hora de valorar el nivel de tutela que un ordenamiento jurídico presta al trabajador»⁹⁷.

⁹⁵ El art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004 determina que «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda». Sobre esta exigencia, *vd.* Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*

⁹⁶ Cfr. 49.m) ET. Sobre este, *vd.*, Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, pp. 157 y ss.; Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (V): Extinción Contractual”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012., pp. 444 y ss.; Sobrino González, G., *op. cit.*, pp. 133 y ss.

⁹⁷ Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, pp. 762-763.

3. Papel de la contratación colectiva y buenas prácticas empresariales en la lucha contra la violencia doméstica

El art. 44 de la Ley 112/2009 consagra un régimen orientado a la contratación colectiva, logrando estimular la regulación convencional de los derechos de los trabajadores víctimas de violencia doméstica, incluyendo los regímenes de trabajo a tiempo parcial, movilidad y «preferencias en favor de los trabajadores que se beneficien de la condición de víctima».

Sin embargo, el análisis de la contratación colectiva nacional indica que esta norma no ha tenido ninguna repercusión en sus contenidos, que se limitan a reproducir lo previsto en el art. 195 CT, sin más desarrollo⁹⁸. La escasez de referencias a la violencia de género y la inercia y repetición de la ley también son señaladas por la doctrina española⁹⁹, aunque el papel de la negociación colectiva sea significativamente más activo que el portugués.

Uno de los propósitos del IV PNCVD consiste en la divulgación de buenas prácticas empresariales en la lucha contra la violencia doméstica¹⁰⁰. Para su implementación, la *Direção Geral das Atividades Económicas* (DGAE) ha realizado un *Flash Survey* sobre actividades empresariales de combate contra la violencia doméstica. Este cuestionario (analizado conjuntamente con la *Comissão para a Igualdade de Género*) se ha destinado a recoger, junto con las

⁹⁸ Cfr. Laudo Arbitral Revisto en proceso de arbitraje obligatorio relativo a la FETESE – Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços y a la APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada, *Boletim do Trabalho e Emprego (BTE)* 24/2012; Acordo Coletivo entre el Banco Comercial Português y otros y la FEBASE – Federação do Sector Financeiro – Alteración salarial y otras y texto consolidado, *BTE* 39/2011; Laudo arbitral en proceso de arbitraje obligatorio relativo a la APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada y a la FETESE – Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços y otro – *BTE* 15/2011; Contrato Coletivo entre la APCOR – Associação Portuguesa de Cortiça y la FEVICOM – Federação Portuguesa dos Sindicatos da Construção, Cerâmica e Vidro y otros (personal fabril) – Revisión integral, *BTE* 18/2010; Contrato coletivo entre la APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada y la FESAHT – Federação dos Sindicatos da Agricultura, Alimentação, Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal – Revisión integral, *BTE* 15/2010.

⁹⁹ Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, pp. 118 y ss. y *passim*; Mella Méndez, L., “La Política Autonómica Gallega sobre Violencia de Género: Perspectiva Laboral”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 232 y ss.; Martínez Yáñez, N., *op. cit.*, pp. 332 y ss.; Da Costa Newton P.C., *op. cit.*, pp. 198 y ss.; Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Mella Méndez, L. (Dir.), La Ley, 2012., pp. 471 y ss.; Sobrino González, G., *op. cit.*, pp. 88 y ss., 103 y ss. 121 y ss., 129 y ss.

¹⁰⁰ Cf. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, cit., p. 5768.

empresas, las prácticas eventualmente existentes¹⁰¹. Sin embargo, dado el bajo número de respuestas recibido (11), no ha sido posible obtener información representativa de la realidad nacional, por lo que la DGAE retomará este abordaje en 2013¹⁰².

4. Otros tipos de protección social: breve referencia

La Ley 112/2009, complementada por otros textos legales, consagra, además, un conjunto de mecanismos de apoyo social adicionales.

El art. 45 prevé el apoyo al arrendamiento, a la asignación de vivienda de fondo social o a una modalidad específica equiparable, siempre que las necesidades de distanciamiento de la víctima con respecto a su agresor lo justifiquen. En los términos del *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), elaborado por la CIG¹⁰³, aún no es posible contabilizar el número de víctimas cubiertas por este programa. Sin embargo, en agosto de 2012 se firmaron protocolos con la *Associação Nacional de Municípios Portugueses* (ANMP), con el propósito de facilitar el acceso a viviendas de bajo coste a víctimas de violencia doméstica, bajo la creación de una red de Ayuntamientos solidarios, que conceden viviendas de bajo coste a las víctimas que reanudan sus vidas en la comunidad. La ejecución de este protocolo es asegurada por la ANMP que, junto con sus asociados, deberá sensibilizar, divulgar y promover la afiliación al mismo, así como acompañar su implementación. Los Ayuntamientos que se han adherido se comprometen, entre otras cosas, a conceder prioridad a las víctimas de violencia doméstica en la asignación de viviendas de fondo social o, de acuerdo con su opción, en la evaluación de la posibilidad de dispensar viviendas de su patrimonio para arrendamiento a bajo coste¹⁰⁴.

Como hemos dicho *supra*, la víctima de violencia doméstica puede ser titular del derecho a la renta mínima de inserción (art. 46), desde que cumpla los requisitos previstos en el apartado 2 del art. 4 de la Ley 13/2003, de 21 de

¹⁰¹ Disponible en la página web de la DGAE (<http://www.dgae.min-economia.pt>) en “Destaques”.

¹⁰² Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG), *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), p. 29.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 46.

¹⁰⁴ Hasta el final de 2012, se adherirán a este protocolo 17 ayuntamientos (*idem, ibidem*, 17-18).

mayo¹⁰⁵, caso en que su solicitud es tramitada con carácter urgente. Si las víctimas de violencia doméstica titulares de esta renta estuvieran en albergues de amparo, no se les impone que desarrollen una actividad socialmente útil en los términos previstos en el *Decreto-Lei* 221/2012, de 12 de noviembre (vd. art. 3/2/d)). Además, aquellas pueden recibir el subsidio familiar concerniente a los hijos menores que se encuentren consigo y recibir un anticipo de la indemnización por parte del Estado cuando estén en «situación de grave carencia económica», como resultado del crimen de violencia doméstica, bajo los presupuestos *supra* mencionados (arts. 5 y 6 de la Ley 104/2009, de 14 de septiembre)¹⁰⁶.

El art. 48 de la Ley 112/2009 atribuye a la víctima de violencia doméstica acceso preferencial a la formación profesional, incluyendo, para alguna doctrina, la formación suministrada por el empresario¹⁰⁷. Según el *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), «se han iniciado contactos con el “Instituto de Emprego e Formação Profissional”, para que este elija colaboradores para el rol de mediadores que serán posteriormente formados por la CIG en materia de violencia doméstica, igualdad de género y ciudadanía»¹⁰⁸.

La asistencia directa a la víctima es asegurada por el *Serviço Nacional de Saúde* a través de técnicos especializados y de oficinas de contacto y atención médica para la prevención de la violencia doméstica, estando la víctima libre del pago de tasas (arts. 49, 50 de la Ley 112/2009, art. 8.h) Ley 113/2011, de 29 de noviembre¹⁰⁹).

Finalmente, los arts. 53 y ss. de la Ley 112/2009¹¹⁰ prevén redes institucionales de apoyo gratuitas: albergues (sólo para mujeres), oficinas de contacto, oficinas

¹⁰⁵ Alterada por la Ley 45/2005, de 29 de agosto, y por el *Decreto-Lei* 133/2012, de 27 de junio, que procedió a la nueva publicación de la Ley 13/2003.

¹⁰⁶ Traducción nuestra. Esta norma revocó la Ley 129/99, de 20 de agosto, y el *Decreto-Lei* 423/91, de 30 de noviembre. Sobre estas últimas normas, vd. Ferreira, M.E., *ult. op. cit.*, p. 182 y ss.

¹⁰⁷ En este sentido, Freitas Pinto P., *op. cit.*, p.139.

¹⁰⁸ Traducción nuestra. *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), p. 45.

¹⁰⁹ En los términos del *Despacho* 20509/2008, «siempre que alguien declare en los servicios de admisión de urgencia de un establecimiento de salud o declare ante el personal técnico esa urgencia ser víctima de maltrato, y desde que presente síntomas o lesiones que sustenten con alguna probabilidad esa alegación, queda libre del pago de tasas por el servicio» (traducción nuestra).

¹¹⁰ Esta norma revocó la Ley 107/99, de 3 de agosto, que había creado la red pública de albergues de amparo a mujeres víctimas de violencia, así como el *Decreto-Lei* 323/2000, de 19

de contacto especializado y núcleos de contacto. Además, el apoyo jurídico será gratuito si se comprueba la insuficiencia económica.

La creación de albergues de amparo constituye un paso importante en la lucha contra la violencia doméstica, pues muchas mujeres vacilan en dismantelar la situación conyugal violenta porque no tienen a dónde ir¹¹¹. Según la CIG, «aunque la proporción de plazas en albergues no llegue a lo recomendado por el Consejo de Europa (1 por 10 mil habitantes), rondando actualmente una plaza por cada 17.241 habitantes (según información del INE para la población residente en 2009), correspondiendo a un total de 617 plazas en 36 viviendas, cubriendo el territorio nacional en aproximadamente un 67%, es de tener en cuenta que estas plazas nunca han sido completamente ocupadas. Esto lleva a ponderar la efectiva necesidad de aumento de la actual proporción. Por este motivo, se ha realizado más trabajo de dimensión cualitativa, en la mejora de la red nacional de albergues, con la realización de reuniones entre equipos técnicos de los diversos albergues y la producción de un folleto con información relativa al correcto acceso a los albergues»¹¹².

5. Bibliografía

- AMARAL M.L., *O Princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*, en *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, 2004
- CARDOSO GOMES O., *Lei brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do género masculino*, en *Scientia Iuridica*, 2009, n. 320
- CLARO J.M., *O Princípio da igualdade*, en J. MIRANDA (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional, 1987
- CORREIA RODRIGUES PRATA A.M., *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, 1982
- DA COSTA NEWTON P.C., *Empleo y sexismo. Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*, Tirant lo Blanch, 2011
- DA GLÓRIA FERREIRA PINTO M., *Princípio da Igualdade. Fórmula Vazia ou fórmula “Carregada” de sentido?*, en *Boletim do Ministério da Justiça*, 1986, n. 358

de diciembre, que la reglamentaba. Sobre estas últimas normas, vd. Ferreira, M.E., *ult. op. cit.*, pp. 169 y ss.

¹¹¹ Así, Ferreira, M.E., *ult. op. cit.*, p. 178.

¹¹² CIG, *Estudo de Avaliação da Execução do III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica 2007-2010*, p. 42.

- DE CASTRO MEJUTO L.F., *La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (III). Suspensión contractual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- DE OLIVEIRA CARVALHO C., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra, 2011
- DIAS I., DAS DORES GUERREIRO M., *Violência na família. (In)visibilidades de um velho problema social*, en A. DORNELAS, L. OLIVEIRA, L. VELOSO, M. DAS DORES GUERREIRO (orgs.), *Portugal Invisível*, Mundos Sociais, 2010
- DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO M., *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2012
- FARALDO CABANA C., *El Derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n. 153
- FÉRNANDEZ DOCAMPO B., *La protección de la víctima de violencia de género en el ET (V). Extinción contractual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- FERRADANS CARAMÉS C., *Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2005, n. 32
- FERREIRA M.E., *O Relatório Penélope sobre violência doméstica no sul da Europa – Algumas perguntas e respostas*, en *Direito e Justiça*, 2004, n. 1
- FERREIRA M.E., *Da Intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*, Almedina, 2005
- FERREIRO REGUEIRO C., *Violencia de género y negociación colectiva*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- FREDMAN S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011
- FREITAS PINTO P., *A Protecção da Vítima do Crime de Violência Doméstica no Foro Laboral*, en *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2010, n. 85
- GOMES CANOTILHO J.J., MOREIRA V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, 2007
- LEAL AMADO J., *Contrato de Trabalho*, Coimbra, 2011
- MACHADO DRAY G., *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, 1999
- MACHADO DRAY G., GONÇALVES DA SILVA L., ROMANO MARTINEZ P., VASCONCELOS J., MONTEIRO L.M., MADEIRA DE BRITO P., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 2012

- MARTÍN VALVERDE A., *La Ley de Protección Integral contra la Violencia de “Género”*: análisis jurídico e ideológico, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2006, n. 2
- MARTÍNEZ YÁÑEZ N., *La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (I). Reducción y reordenación del tiempo de trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- MELLA MÉNDEZ L., *El Programa Estatal de Inserción Sociolaboral de las Víctimas de Violencia de Género en España: una visión general*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- MELLA MÉNDEZ L., *La Política Autonómica Gallega sobre Violencia de Género: Perspectiva Laboral*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- MIRANDA J., *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, 2000
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á., *La víctima de violencia de género en su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, 2009
- NEVADO FERNÁNDEZ M.J., *La Protección de la trabajadora víctima de violencia de género*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2009, n. 2
- PIZARRO BELEZA T., *Violência doméstica*, en *Revista do CEJ*, 2008, n. 8
- QUEIROZ C., *Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E., *La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- SANTOS A.C., *Entre duas mulheres Isso não acontece. Um estudo exploratório sobre violência conjugal lésbica*, en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2012, n. 98
- SELMA PENALVA A., *Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales*, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 9
- SOBRINO GONZÁLEZ G.M., *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013
- TAIPA DE CARVALHO A.A., *Anotação ao artigo 152º do Código Penal*, en J. DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I*, Coimbra, 2012
- TERRADILLOS ORMAETXEA E., *La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (II). Movilidad geográfica*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012

VASCONCELOS J., *Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho ortuguês*, en *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 2010, n. 1-4

VIEIRA GOMES J.M., *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, 2007

VILLALBA SÁNCHEZ A., *Violencia de Género versus Violencia Doméstica. Perspectiva Hispano-lusa*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012

Violencia de género en España y Portugal: la movilidad geográfica de las víctimas

de Tiago Pimenta Fernandes

1. Introducción¹

Las primeras medidas tomadas en el contexto internacional² sobre el impacto en la esfera laboral de la violencia de género sobre una trabajadora surgieron precisamente en España, a partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), una ley de gran amplitud y con importantes repercusiones en el Estatuto de los Trabajadores, dado que por primera vez se prevé una modalidad de movilidad geográfica para las víctimas de este tipo de violencia³.

En Portugal, la sensibilización sobre esta clase de problemas llevó algunos años más antes de alcanzar el plano jurídico laboral⁴, lo que ocurrió con la

¹ Abreviaturas utilizadas: LOVG (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), CT (Código do Trabalho portugués), ET (Estatuto de los Trabajadores), LJS (Ley de Jurisdicción Social, 36/2011, de 10 de octubre).

² Fernández López, M. F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, España, Bomarzo, 2005, 22, Mateu Carruana; M. J., *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, España, Dykinson, 2007, p. 31.

³ Sobre el modo en que se articulan la Ley de protección integral y el ET, que procedió a su subsecuente articulación en esa materia, *vd.* Arias Domingues, A., *Protección laboral y de seguridad social de la violencia de género*, España, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, 2008, 20 y Fernández López, M. F., *op. cit.*, p. 33.

⁴ Ello explica, en nuestra opinión, la mayor elaboración doctrinal de esta figura en España respecto de Portugal, donde el mecanismo es más reciente. Según Vasconcelos, J., la solución portuguesa se inspiró en el régimen español, pese a que, como señala la autora, «nuestros legisladores se apartaron de este modelo legislativo con demasiada frecuencia y casi nunca en

revisión de 2009 del *Código do Trabalho*. Junto con la Ley n. 112/2009, de 16 de septiembre⁵, esta revisión consagró por primera vez la posibilidad de que la víctima de violencia doméstica, por medio del cumplimiento de determinados requisitos, pudiera solicitar a su empleador la transferencia a otro centro de trabajo.

La preocupación en los dos casos fue esencialmente la misma: proteger a la trabajadora víctima de este tipo de violencia al darle la posibilidad de reorganizar su vida familiar y de recuperar su salud social⁶ y psíquica, sin perder su empleo (ni, por tanto, su independencia económica⁷), partiendo del presupuesto de que los efectos de esta forma de violencia superan la esfera personal de la trabajadora y se extienden hacia otras áreas⁸, tales como la laboral⁹. Ambas constituyen *normas de vocación social*¹⁰, basadas en vicisitudes que originan la alteración del lugar de trabajo y enfocadas, ya no en las necesidades patronales, sino, y por primera vez, en las de la trabajadora víctima de violencia¹¹, a quien se le atribuyen derechos que puede hacer valer ante el empleador, interfiriendo en sus poderes de organización de la plantilla¹².

la dirección correcta». «Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2010, p. 112.

⁵ Para una crítica sobre el modo en que ambas leyes se articulan en esta materia, *vd.*, Vasconcelos, J., *op. cit.*, 114-116.

⁶ Sobre el trabajo como instrumento relevante para la «integración en la sociedad» y para la «erradicación de la exclusión social de un grupo», *vd.* Monereo Pérez, J. L., y Triguero Martínez, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, España, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 28 y ss.

⁷ Para más detalles sobre este punto, *vd.*, Fernández López M. F., *op. cit.*, 11, y Mateu Carruana, M. J., *op. cit.*, p. 34.

⁸ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 105, para quien «la dimensión laboral es solo una de las varias facetas de esta compleja realidad», aunque no la más relevante.

⁹ Faraldo Cabana, C., «El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica», *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, 2012, p. 147.

¹⁰ do Rosário Palma Ramalho M., *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2012, p. 490.

¹¹ Terradillos Ormaetxea, E., «Movilidad geográfica de las VVG», en MELLA MÉNDEZ L. (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, p. 346.

¹² Fernández López, M. F., *op. cit.*, pp. 38 y ss.

2. Concepto de víctima de violencia de género

Ante todo, conviene precisar quiénes son los destinatarios (o, más precisamente, destinatarias) de los regímenes que nos proponemos analizar.

La LO 1/2004 española define claramente su ámbito de aplicación: actuar contra la violencia que, como manifestación de discriminación, de una situación de desigualdad o de las relaciones de poder de hombres sobre mujeres, es ejercida sobre ellas por quienes son o fueron sus cónyuges o por aquellos a quienes están o estuvieron unidas por relaciones similares de afecto. No se trata, por ello, de cualquier tipo de violencia ejercida por los hombres sobre las mujeres¹³, ya que debe producirse en el seno de una relación de pareja, actual o terminada, entre un hombre y una mujer¹⁴. Por su parte, el régimen portugués concede el derecho a requerir la transferencia a otro puesto de trabajo a la trabajadora¹⁵ que sea víctima de *violencia doméstica*¹⁶.

Debe hacerse notar que, con rigor, la violencia de género y la violencia doméstica no son conceptos coincidentes. Como señala Faraldo Cabana¹⁷, si, por una parte, la expresión “violencia doméstica” parece demasiado amplia (dado que incluye la violencia ejercida en el hogar contra cualquier miembro de la familia), en cambio por otra, cuando es entendida de forma estrictamente literal, se presenta como demasiado restrictiva, al excluir la violencia ejercida contra la pareja actual o anterior con quien no se viva bajo un mismo techo, situación contemplada expresamente en el art. 1 de la LOVG. Sin embargo, tal

¹³ Con respecto a la posibilidad de ampliar, por medio del convenio colectivo, esta protección a hombres que sean blanco de violencia doméstica, *vd.* Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la violencia de género y negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, España, 32, 2005, pp. 109-110.

¹⁴ En España las estadísticas revelan que el 91,1% de los casos constituyen casos de violencia doméstica ejercida sobre las mujeres, mientras el 9% restante incluye a todos los otros miembros del núcleo familiar, lo cual motivó la adopción de una serie de medidas de discriminación positiva a favor de los derechos de las mujeres. Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 146.

¹⁵ Según Leal Amado, «no se ignora que la violencia doméstica puede ser ejercida tanto sobre mujeres como sobre hombres. Pero, si bien el fenómeno afecta a ambos sexos, la verdad es que la gran mayoría de las víctimas son mujeres». Es por ello que el autor sostiene que no existen motivos para que el lenguaje ignore la dimensión de género que rodea a este tipo de delito (J. Leal Amado, *Contrato de trabalho*, Coimbra, 2011, p. 257, Nt. 334.

¹⁶ El delito de violencia doméstica se encuentra tipificado en el art. 152 Código Penal portugués, como resultado del desdoblamiento realizado por la reforma de 2007, que lo separó del delito de malos tratos, que recibe tratamiento autónomo en el art. 152 de dicho Código.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 145.

como afirma Vasconcelos¹⁸, «pese a la latitud de la expresión empleada por los legisladores españoles – violencia de género – y de su “complejo y ambicioso título”, la disciplina constante en la Ley de Protección Integral se aplica solo a la violencia ejercida contra la mujer en el seno de la pareja (por el marido o compañero actual o pasado), o sea, a los escenarios tradicionalmente descritos como violencia doméstica, excluyendo la violencia en el ámbito laboral [...] y, más latamente, a la violencia en el ámbito familiar extendido o social, que integran la noción más vasta de *gender violence*».

Además, esta distinción parece perder aún más peso al observarse la reciente alteración del art. 152 del Código Penal portugués, introducida por la Ley 19/2013, de 21 de febrero, que a las situaciones que pueden constituir delito de violencia doméstica, añadió aquellas en las que el autor mantenga o haya mantenido con la víctima una relación de noviazgo¹⁹ [n. 1, pár. b)], en un claro intento de aproximación a la solución legal ya vigente en España.

Debe también subrayarse que violencia de género no significa violencia contra la mujer. En otras palabras, no se protege a la mujer por ser mujer, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida, en la que se encuentra cuando el hombre con quien mantiene una relación hace uso de la superioridad que la propia relación le proporciona.

3. Presupuestos de la movilidad geográfica de la víctima de violencia de género

3.1. La acreditación del estatuto de víctima

En el sistema español, el art. 23 de la LOVG estipula que «las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género».

Ello significa que la trabajadora víctima de violencia de género, para poder accionar el mecanismo de la movilidad geográfica, necesita probar debidamente su condición, por medio de una orden de protección a su favor.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 111, Nt. 20.

¹⁹ Además, la misma norma ya preveía que la víctima pudiese ser «cónyuge o ex-cónyuge» del agresor (párrafo a) del n. 1): «persona de otro o del mismo sexo con quien el autor mantenga o haya mantenido una relación análoga a la de los cónyuges, aunque sin cohabitación» (pár. c)).

Dicha orden de protección no es sino una orden dictada por el juez comprobando la existencia de violencia contra la mujer, de acuerdo con el art. 62 de la LO 1/2004, y puede también sustituirse por un informe emitido por el Ministerio Fiscal, lo cual, dada la naturaleza de este órgano, ha sido blanco de algunas críticas doctrinales²⁰.

Por otra parte, la exigencia de una orden de protección o, en su defecto, de un informe del Ministerio Fiscal supone, evidentemente, que la situación de violencia haya sido denunciada por la víctima o por terceros, lo que pocas veces sucede²¹. Se plantea entonces la cuestión de saber por qué no se ha de permitir que esa información provenga de otras entidades u organismos asistenciales, tanto públicos como privados, dedicados a la atención a estas víctimas, los que, según el art. 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están obligados a comunicar al juez de guardia o al Ministerio Fiscal aquellos hechos delictivos que hayan llegado a su conocimiento, para que se dé inicio a un proceso penal²².

La obligatoriedad²³ de esta medida cautelar²⁴ conduce a la formulación de otras preguntas: ¿qué sucede en el caso de una trabajadora que deje de tener orden de protección porque ya ha sido dictada sentencia condenatoria contra su agresor?, ¿y en el de aquella que logra una sentencia favorable sin haber tenido una orden de protección previa?, ¿la sentencia equivale entonces a la orden de protección y al informe?²⁵ De modo general, toda la doctrina española responde afirmativamente²⁶.

²⁰ Aramendi Sánchez, P., “Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista de Derecho Social*, 30, 2005, p. 60.

²¹ En 2010 en España, un 8,32% de las denuncias fueron hechas por las víctimas y un 64,7% por medio de declaración policial con denuncia de la víctima, lo que significa que en una cuarta parte de los casos la víctima no tomó la iniciativa.

²² Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 157.

²³ Si no se otorga la orden de protección, la trabajadora se verá obligada a reincorporarse en las condiciones anteriores a la adopción de medidas, sin perjuicio de la licitud de todas aquellas decisiones amparadas en el informe del Ministerio Fiscal que puedan haberse tomado – Aramendi Sánchez, P., *op. cit.*, p. 60.

²⁴ La orden de protección constituye una medida cautelar y, por eso mismo, parece exigir la existencia de actos de violencia recientes.

²⁵ Estos interrogantes son de Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 159.

²⁶ *Vd.*, para todos, López-Quñones García, A., “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo”, en Quesada Segura, R. (Dir.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009, pp. 188 y ss.

Por su parte, según la solución portuguesa, el ejercicio de este verdadero derecho a la movilidad geográfica depende de la presentación de una denuncia penal por violencia doméstica, un procedimiento cuya finalidad consiste en desencadenar un proceso penal. En este punto, compartimos el asombro de Leal Amado ante la expresión “denuncia penal” (en portugués, “*queixa-crime*”), dado que en Portugal, desde 2000²⁷, la violencia doméstica constituye un delito público, lo que significa que el respectivo proceso penal no depende de la denuncia de la víctima²⁸, bastando la denuncia de un tercero o el conocimiento del delito por cualquiera otra vía. Como hace notar este autor, «no parece razonable que la trabajadora sea privada del “derecho a transferencia”, en caso, por ejemplo, de que su marido o compañero esté acusado de ese delito, aunque no haya habido presentación de denuncia previa por parte de la víctima»²⁹. Sin embargo, Freitas Pinto señala que «lo que interesa rescatar de este presupuesto es la necesidad de un impulso procesal para dar inicio a la investigación criminal»³⁰, ya que la propia Ley 112/2009 de 16 de septiembre, arriba mencionada, sustituyó la expresión “*queixa-crime*” por “apresentação de denuncia” (art. 42). Una vez presentada esta denuncia, se le concede a la trabajadora el “estatuto de víctima”, que también depende de que «no existan fuertes indicios de que la misma es infundada» (art. 14, n. 1). La evidente conexión entre el proceso penal y el derecho laboral plantea algunas inquietudes: ¿qué sucede si, después de la transferencia, la causa es sobreseída o si el presunto agresor es absuelto?, ¿la trabajadora conserva el derecho a permanecer en el nuevo puesto o deberá regresar a su anterior centro de trabajo? En estos casos, alguna doctrina tiende a considerar que el regreso de la trabajadora a su puesto original sólo se justifica «en el caso de conducta manifiestamente fraudulenta, dado que, como se sabe, el sobreseimiento o la absolución pueden deberse a la insuficiencia de pruebas, lo que no significa que la violencia doméstica denunciada no haya realmente existido»³¹. Freitas Pinto hace hincapié en el estatuto de víctima de la trabajadora, considerando

²⁷ La entrada en vigor de la Ley n. 7/2000, de 27 de mayo, eliminó la exigencia de denuncia penal para este tipo de delito.

²⁸ Leal Amado, J., pp. 265-266.

²⁹ *Ibidem*, p. 266.

³⁰ Freitas Pinto, P., “A protecção da vítima do crime de violência doméstica no foro laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 85, 2010, p. 132.

³¹ Así lo interpreta Leal Amado, J., *op. cit.*, 266. En este sentido parece apuntar el n. 2 del art. 24 de la misma Ley 112/2009, según el cual el estatuto de víctima no cesa necesariamente con el auto de libertad del inculpado ni con la sentencia definitiva, si la necesidad de protección de la víctima justifica que se mantenga o esta solicita su prolongamiento.

dudoso que la transferencia se pueda mantener a partir del momento en que la trabajadora lo pierde³².

3.2. Abandono del puesto de trabajo (o del hogar familiar)

En España, parece desprenderse de la Ley que, para ejercer su derecho a la movilidad geográfica, la víctima debe probar que se ha visto obligada a abandonar su puesto de trabajo, lo que suscita alguna perplejidad doctrinal³³ con respecto a la interpretación de este requisito. Una parte de la doctrina interpreta esta obligación de abandonar el puesto de trabajo como una exigencia de que la víctima acredite su condición, al que se añade un esfuerzo adicional de prueba³⁴. Para otros, la trabajadora sólo necesita probar su condición de víctima y nada más³⁵.

Independientemente de la lectura que se haga, estamos de acuerdo con quienes sostienen que la ley debía haber sido más explícita al exigir que la trabajadora demuestre verse obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde ha desempeñado sus funciones³⁶. Además, la movilidad geográfica no siempre equivale a la alteración del domicilio del trabajador³⁷, ya que toda la doctrina y jurisprudencia españolas admiten, junto con la mencionada movilidad geográfica en sentido estricto, que conlleva siempre un cambio de domicilio, la posibilidad de una movilidad geográfica en sentido amplio, que

³² Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 134. En España también se entiende que si no se concede la orden de protección, la trabajadora se verá obligada a regresar a la situación previa a la adopción de medidas, «sin perjuicio de la obvia licitud de todas aquellas decisiones que amparadas en el informe del Fiscal se pudieran haber adoptado» – Aramendi Sánchez, P., *op. cit.*, 60.

³³ Lousada Arochena, J. F., “Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 5, septiembre 2011, p. 146.

³⁴ Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, p. 112.

³⁵ Para una fundamentación de este entendimiento, en una interpretación sistemática y teleológica de la norma, *vd.* Sempere Navarro, A. V., “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en Muerza Esparza (Coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídicos, penales, procesales y laborales*, Aranzadi, 2005, p. 130.

³⁶ Sempere Navarro, A., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales”, *Aranzadi Social*, 5, 2005, pp. 129-130.

³⁷ Miralles Miravet, C., “Traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador. Régimen de compensaciones. Comentario de la STS 19 de abril de 2004”, *AL*, 4, febrero 2006, pp. 398 y ss.

no significa necesariamente que el trabajador vaya a alterar su lugar de residencia³⁸.

En el ordenamiento jurídico portugués, se le exige a la trabajadora que abandone el hogar familiar, lo que, para algunos autores³⁹, es una consecuencia automática de la transferencia y no constituye por tanto un verdadero requisito legal. En cambio, otros consideran este requisito «fuente de duda y perplejidad», al no ser comprensible su verdadero alcance. Según Vasconcelos, esta solución legal carece de toda justificación, no sólo porque reduce demasiado la gama de posibles situaciones que llevan a la víctima, después de hacer la denuncia, a abandonar el hogar, sino porque parece presuponer que la actitud de la trabajadora en estos casos será “sospechosa”, acabando por calificar la exigencia de que la trabajadora abandone su residencia como “poco sostenible”⁴⁰. La autora elabora una interpretación restrictiva del párrafo b) del n. 1 del art. 195 CT, en el sentido de limitar el requisito de abandono del hogar familiar a los casos «en que este sea impuesto por las mismas exigencias de protección de la integridad física y psicológica y/o de reorganización de la vida de la trabajadora, que también hacen necesario el cambio de centro de trabajo»⁴¹. Por otra parte, nótese que de acuerdo con el régimen vigente en el CT, y al contrario de la movilidad geográfica *strictu sensu* española, «la transferencia a otro lugar de trabajo no implica una mudanza a otra localidad»⁴².

³⁸ Mateu Carruana, M. J., entiende que la ley aquí intentó «proporcionar a la trabajadora alguna opción de cambio», en particular «el cambio de centro de trabajo, sin necesidad de cambio de domicilio» – *op. cit.*, pp. 90-91. En la misma línea, *vd.* Arias Domingues, A., *op. cit.*, pp. 102 e 108.

³⁹ Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 265. Criticando este requisito legal, Freitas Pinto, P., *op. cit.*, pp. 132-134 y Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 119-121. En la perspectiva de Madeira de Brito, P., no puede excluirse la aplicación de esta disposición cuando la trabajadora víctima de violencia doméstica ya haya abandonado el hogar familiar antes de solicitar la transferencia. Lo que la ley parece exigir es que ella ya no se encuentre en la residencia familiar en el momento en que la transferencia se hace efectiva (*cfr. Código do trabalho anotado*, Almedina, 2012, p. 501).

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 118 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 120-121.

⁴² Freitas Pinto, P., *op. cit.*, p. 133. Según este autor, una de las medidas de coacción prevista como pena accesoria para el delito de violencia doméstica es precisamente la prohibición de contacto con la víctima. Además, esta solución parece pasar por alto los casos en que la víctima de la agresión no mantiene con su agresor una relación análoga a la de los cónyuges.

3.3. La existencia de puestos

Como se comprende, el ejercicio de este derecho por parte de la víctima de violencia de género depende de que su empleador cuente con más de un establecimiento, geográficamente diferenciado, en el que ejerza su actividad⁴³, aunque se admita pacíficamente, como ya se ha mencionado, la posibilidad de una mera alteración del lugar de trabajo dentro de la misma localidad.

Mientras la Ley portuguesa guarda silencio sobre el modo en que el empleador deberá informar a la trabajadora sobre la existencia de plazas vacantes, el régimen español prevé expresamente la obligatoriedad de esa comunicación⁴⁴. En efecto, el art. 40.3 bis ET estipula que el empleador está obligado a comunicar a la trabajadora la existencia de plazas vacantes o que puedan surgir en el futuro⁴⁵. Tal información debe ser dada individualmente⁴⁶ y nunca indirectamente a través de anuncios⁴⁷.

Se comprende que colocar a la trabajadora en posición de realizar una tarea investigadora podrá ser muy complicado, sobre todo en el delicado estado físico y psicológico en que se encuentra⁴⁸. Resulta lamentable, sin embargo, que la ley no haga ninguna mención sobre la forma o el plazo de esta comunicación, lo cual podrá poner en duda la eficacia de este derecho⁴⁹. Para algunos autores, estos aspectos podrían ser regulados en el convenio colectivo correspondiente, que podría exigir, por ejemplo, que esta información incluya una descripción completa y detallada sobre el contenido del puesto de trabajo, o sea, el grupo o categoría profesional, la remuneración, el período normal de trabajo, la indicación de la sección en que se integra, etc., para que la eventual petición de la trabajadora se realice a partir de un conocimiento lo más exacto

⁴³ «O incluso en otro lugar, geográficamente diferenciado, en el que la empresa ejerza actividad, aunque no tenga carácter de establecimiento» – Monteiro Fernandes, A., *Direito do trabalho*, Portugal, Almedina, 16ava edición, 2012, p. 450.

⁴⁴ Si el empleador incumple esta obligación, se entiende que la trabajadora podrá reclamar judicialmente a través del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, actualmente previsto en los arts. 177 a 184 LJS – Lousada Arochena, F. J., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad laboral*, 2005, 1, p. 752.

⁴⁵ Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 148, lamentando la ausencia de una sanción administrativa en los casos en que el empleador no informe a la trabajadora sobre la existencia de plazas, Arias Domingues, A., *op. cit.*, p. 108.

⁴⁶ Arias Domingues, A., *op. cit.*, pp. 107-108.

⁴⁷ Lousada Arochena, J. F., “Movilidad geográfica y conciliación...”, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁸ Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, 112, Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 364.

⁴⁹ Gala Durán, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, 2005, p. 489.

posible⁵⁰. En cualquier caso, resulta evidente que el empleador dispone de amplio poder en la materia, ya que puede controlar la existencia o no de plazas⁵¹. De hecho, en el sistema portugués se prevé inclusive que el empleador pueda *postergar* este derecho potestativo del trabajador «hasta que haya disponible un puesto de trabajo compatible» (art. 195, n. 2 CT). Ello puede resultar peligroso para la trabajadora, en la medida en que este aplazamiento «puede, aparentemente, ser *sine die*», ya que «el art. 195, n. 1 no lo somete a ningún límite temporal ni establece ningún plazo para que la transferencia pedida por la trabajadora se haga efectiva»⁵².

Por su parte, la legislación española prevé que la trabajadora sea transferida a un puesto «del mismo grupo profesional o de categoría equivalente» – conceptos definidos en el art. 22.2 y 3 ET –, lo que supone que no existirá movilidad funcional, o que esta será mínima⁵³. Aun así, la doctrina española se pregunta: ¿y si, como consecuencia del ejercicio de su derecho a la movilidad, la trabajadora acaba desempeñando funciones que no corresponden a su grupo o categoría? Sobre la posibilidad de accionar el mecanismo de movilidad funcional por parte de la víctima, la doctrina se divide: unos critican la LOVG por no haber previsto tal derecho para estas víctimas⁵⁴, mientras que otros apuntan que presuponer el derecho a la movilidad funcional dentro del mismo lugar de trabajo carece de sentido teniendo en cuenta el carácter protector de la normativa⁵⁵. Y existen también quienes consideran que la LOVG mezcla las dos figuras (es decir, movilidad geográfica y funcional), criticando la imperfección de la técnica adoptada⁵⁶. Terradillos Ormaetxea sostiene que el empleador deberá aceptar la propuesta de la trabajadora de ocupar un puesto de categoría o grupo inferior o superior al que ocupaba, con o sin cambio de

⁵⁰ Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, p. 113. Para la autora, la negociación colectiva podría regular la forma en que la trabajadora debe hacer el pedido de traslado, así como la forma de la respuesta del empleador, los posibles motivos que justifiquen su negativa, la inadecuación de la trabajadora a la plaza existente, etc.

⁵¹ Sempere Navarro, A. V., “Aspectos sociolaborales...”, *op. cit.*, p. 129.

⁵² Vasconcelos, J., *op. cit.*, 121. Con la misma preocupación, *vd.* Freitas Pinto, P., *op. cit.*, p. 34.

⁵³ Faraldo Cabana, C. *op. cit.*, p. 151. Como nota Garrigues Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, 11, 2009, pp. 68-69, en caso de que se le ofrezca a una trabajadora un puesto de categoría inferior, y esta, presionada por la situación, lo acepte, estaremos ante un pacto de efecto novatorio, viciado de nulidad, al no corresponder a la voluntad de la trabajadora y aceptado bajo presión.

⁵⁴ Fernández López, M. F., *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵ Arias Domingues, A., *op. cit.*, p. 102.

⁵⁶ Sempere Navarro, A. V., “Aspectos sociolaborales...”, *op. cit.*, pp. 128 y 131-132.

domicilio, aunque reconozca que ese derecho interfiere con el derecho del empleador de libertad en la gestión de la empresa, tal como lo reconoce el art. 38 de la Constitución⁵⁷.

En caso de que el empleador no disponga de ningún puesto, la trabajadora podrá suspender su contrato de trabajo⁵⁸, manteniendo el derecho de preferencia a su puesto y recibiendo la correspondiente prestación de desempleo⁵⁹, siempre y cuando tenga una antigüedad mínima de un año en la empresa y la duración de tal suspensión no sea inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. En todos los casos, la trabajadora conservará su derecho preferente a la reincorporación en cualquier puesto de igual o similar categoría que pueda ser creado en la empresa.

Con respecto al alcance del concepto de “puesto” a efectos de la aplicación de este régimen, cabe señalar que la doctrina española ha interpretado que, cuando se trate de grupos de empresa lícitos o “fisiológicos”, y si en la ejecución del contrato participa más de un empleador formal, la obligación de asegurar la transferencia de la trabajadora podrá extenderse a todos esos empleadores con facultades de dirección y de control de las relaciones laborales en el contexto empresarial⁶⁰, salvo que el empleador alegue la personalidad jurídica distinta de las empresas que componen el grupo como argumento para obstaculizar la petición de la trabajadora. En los casos de grupos de empresas ficticios o “patológicos”, un juez podrá declarar la existencia de una empresa única, a través de la doctrina del levantamiento del velo, y forzar al empleador a reconocer el derecho de la víctima a la movilidad geográfica en ese ámbito más amplio. Incluso si se trata de un centro de trabajo temporal, la doctrina ha propuesto un raciocinio similar, es decir, que la obligación de asegurar el puesto de trabajo se extienda, de acuerdo con el ET, también a la empresa central⁶¹.

En Portugal, parte de la doctrina admite que, si la entidad empleadora es una firma integrada en un grupo empresarial, la movilidad de la trabajadora podrá realizarse a cualquiera de las empresas que lo componen⁶², lo que conviene

⁵⁷ Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 357.

⁵⁸ Lo mismo está previsto en el régimen portugués (art. 195, n. 3 CT).

⁵⁹ De acuerdo con el art. 21.1 y 2 LOVG, en conjugación con la disposición adicional séptima del mismo texto legal, que introdujo en el artículo 45.1 ET un nuevo párrafo bajo la letra n).

⁶⁰ Fernández López, M. F., *op. cit.*, p. 55, Arias Domingues, A., *op. cit.*, p. 102.

⁶¹ Fernández López, M. F., *op. cit.*, pp. 55-56, Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, M. T., *La incidència de la violència de género en el contrato de trabajo*, Cinca, 2006, p. 106.

⁶² Freitas Pinto, P., *op. cit.*, p. 135.

encarar con alguna cautela, en particular en casos de grupos de empresas “fisiológicos”⁶³.

Debe subrayarse también que el sistema portugués le permite al empleador impedir el ejercicio de este derecho de la trabajadora cuando existan «exigencias imperiosas en el funcionamiento de la empresa o servicio» que así lo justifiquen (art. 195, n. 2), una condición sin paralelo en el régimen español y que, por ser difícil de precisar, presenta el riesgo añadido de ser manipulable en detrimento de la trabajadora, tal como señala la doctrina con alguna preocupación⁶⁴. Si el empleador echa mano de este argumento, la trabajadora no tendrá más alternativa que suspender su contrato de trabajo, según lo dispuesto en el n. 3 del mismo artículo⁶⁵.

Cuando existan varios centros a donde la trabajadora pueda ser transferida, la doctrina portuguesa entiende que, dado el especial interés tutelado por este régimen, la elección de la trabajadora jugará un papel importante, excepto cuando se observe alguna de las situaciones descritas en el n. 2 del art. 195 ya mencionado⁶⁶.

3.4. Reserva obligatoria del puesto de origen

Otra disposición exclusiva del régimen español obliga al empleador a reservar el puesto de origen a la trabajadora durante seis meses, un período correspondiente a la duración inicial de la transferencia a otro lugar de trabajo. Se trata así de un derecho con limitación temporal.

Esta duración diferente de la “movilidad geográfica” de la víctima de violencia de género prevista por la propia LOVG, en conjunción con los términos en que el art. 40 del ET describe el «traslado o cambio de centro de trabajo», hace que en muchos puntos este régimen se distinga del régimen jurídico de la movilidad

⁶³ En estos casos, consideramos que la personalidad jurídica de cada una de las empresas del grupo siempre representará un óbice difícil de superar, salvo que se concluya que los poderes típicos de empleador, tal como su facultad de dirección, son ejercidos sobre la trabajadora por más que una empresa del grupo, en cuyo caso la condición de empleador podrá extenderse a esa(s) empresa(s), admitiéndose en dichos casos el recurso a la figura de pluralidad de empleadores (art. 101 CT). Sobre esta posibilidad, *vd.* Martins Fernandes, T., “Da determinação do empregador no âmbito dos fenómenos de descentralização produtiva”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 19, 2011, pp. 140-183.

⁶⁴ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ De acuerdo con el n. 4 del art. 195, se garantiza la confidencialidad de la situación que originó la suspensión del contrato de la trabajadora, en caso de que esta así lo requiera.

⁶⁶ Leal Amado, J., *op. cit.*, p. 258.

geográfica *strictu sensu*, hasta el punto de que algunos autores sostengan que no se trata de un verdadera transferencia, ya que esta supone un cambio de residencia por un período mínimo de doce meses⁶⁷.

Durante el mencionado periodo de seis meses, puede formalizarse un contrato de trabajo de sustitución de la víctima de violencia de género, quien continúa gozando de los beneficios de la Seguridad Social (21.3 LPIVG). Una vez terminado este periodo, la trabajadora podrá optar entre reincorporarse a su puesto de origen o continuar en el nuevo, en cuyo caso cesa la reserva obligatoria del primero por parte del empleador⁶⁸.

Con respecto a si es posible extender el periodo de reserva del puesto de origen, la doctrina española no responde de forma unánime: mientras unos entienden que la reserva obligatoria puede prolongarse por medio del convenio colectivo o por acuerdo⁶⁹, otros consideran que la cláusula que estipula el plazo de seis meses constituye una norma de derecho imperativo⁷⁰. Para Terradillos Ormaetxea, estas normas son de naturaleza relativa, constituyendo materia susceptible de ser alterada, tanto por convenio colectivo como por acuerdo entre las partes. Sin embargo, en ese caso la autora sugiere que el empleador perdería la bonificación que se le había atribuido en el momento de celebrar un contrato de sustitución de la trabajadora⁷¹.

Este aspecto está ausente en la ley portuguesa. Vasconcelos pone en las manos de la trabajadora la decisión sobre los contornos de su transferencia (si es definitiva o temporal y, en el segundo caso, de qué duración), «atendiendo a su situación concreta y a sus necesidades de protección y/o de reorganización de vida»⁷². Desde nuestra perspectiva, la escasa regulación legal de esta materia podría complementarse empleando los instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo⁷³.

⁶⁷ García Testaç, E. y Fernández Prats, C., “Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de violencia de género”, en Boix/Martínez (coord.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005, p. 437, Garrigues Giménez, A., *op. cit.*, p. 68, Fernández López, M. F., *op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ Según Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, p. 115, este art. 40.3 es de carácter imperativo.

⁶⁹ Ruano Rodríguez, L., “La protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito del trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de derecho judicial*, 17, 2006, p. 442.

⁷⁰ De la Puebla Pinilla, A., “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, 1, 2005, pp. 1003-1004, Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, M. T., *op. cit.*, p. 94.

⁷¹ Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, p. 369.

⁷² *Op. cit.*, p. 122. En el mismo sentido, *vd.* Freitas Pinto, P., *op. cit.*, p. 134.

⁷³ La posibilidad de prorrogar ese plazo por medio de la negociación colectiva es defendida en España por Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, p. 115.

Si la trabajadora pretende regresar a su puesto de origen y la plaza ya no existe, se produce un conflicto que la doctrina española no resuelve de forma unánime. En estos casos, un sector entiende que ha ocurrido un despido – nulo a la luz del art. 55 b) ET –, con la consiguiente reincorporación de la trabajadora y pago de los salarios que dejó de percibir (55.6 ET)⁷⁴. Otro sector propone que la trabajadora reclame judicialmente a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales (art. 177 a 184 LJS). Sin embargo, Faraldo Cabanas no concuerda con la aplicación analógica de este régimen, ya que el n. 1 del art. 178 LJS determina que «el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos»⁷⁵. Un tercer grupo sostiene que la trabajadora podrá recurrir al procedimiento especial sobre movilidad geográfica (art. 138 LJS).

Resta saber con qué medios de defensa cuenta la trabajadora en caso de que el empleador incumpla el deber de hacer efectiva la movilidad⁷⁶.

En Portugal, se señala que la trabajadora en esta situación dispone de tres medios de tutela: a) la suspensión del contrato, al amparo del n. 3 del art. 195 CT⁷⁷, b) una acción judicial de cumplimiento, que obligue al empleador a permitir la transferencia solicitada, y c) la terminación del contrato con justa causa subjetiva, al amparo del n. 2 del art. 394 CT.

En el sistema español, la doctrina se muestra favorable a que la trabajadora pueda proceder a la disolución del contrato por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador (art. 50.1, c) ET), siempre y cuando se demuestre que tal incumplimiento es imputable a la empresa por dolo, culpa o negligencia⁷⁸. En cualquier caso, la trabajadora podrá siempre obtener la plaza a través del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales.

⁷⁴ Garrigues Giménez, A., *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵ Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 155.

⁷⁶ Según Freitas Pinto, P., el empleador tiene en estos casos una “carga legal” de transferir a la trabajadora – *op. cit.*, p. 134.

⁷⁷ Aunque esta posibilidad exista en el caso de aplazamiento legítimo de la transferencia por el empleador, Leal Amado, J., con base en un argumento de mayoría de razón, extiende esta posibilidad a los casos de incumplimiento patronal – *op. cit.*, p. 268.

⁷⁸ Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, M. T., *op. cit.*, p. 92.

4. Conclusiones

A modo de conclusión, conviene ante todo aplaudir las soluciones hasta aquí analizadas, pioneras en sus respectivos países, al contemplar, en el plano laboral, la situación de la víctima de violencia de género, una realidad muy delicada que «atraviesa todos los estratos sociales, económicos, generacionales o etarios»⁷⁹.

Sin embargo, tal como hemos ido señalando, el régimen español se muestra claramente más regulador en esta materia, mientras que al portugués, pese a los avances demostrados, le falta una mayor elaboración, en parte por la escasez de doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

De todos modos, hemos identificado en los dos sistemas jurídicos algunas cuestiones que quedan sin resolver y para las que debe encontrarse necesariamente una solución, so pena de que esas indefiniciones disminuyan la eficacia del derecho a la transferencia y se vuelvan así contra la propia víctima de violencia de género⁸⁰.

5. Bibliografía

- ARAMENDI SÁNCHEZ P., *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en *Revista de Derecho Social*, 2005, n. 30
- ARIAS DOMINGUES A., *Protección laboral y de seguridad social de la violencia de género*, Universidad de Extremadura, 2008
- DE LA PUEBLA PINILLA A., *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 1

⁷⁹ Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 104.

⁸⁰ En particular, se plantea la cuestión de saber cómo actuar en el caso de que dos trabajadoras víctimas de violencia de género pretendan ejercer este derecho al mismo tiempo, o en caso de conflicto entre estas víctimas y otros trabajadores a quienes se les atribuya un derecho a menudo también descrito como preferente a ocupar las mismas plazas (trabajadoras embarazadas o con recién nacidos, o trabajadores cuyo cónyuge haya sido transferido a otra localidad donde exista un puesto que pueden ocupar), Según Faraldo Cabanas, C., en caso de conflicto, «parece razonable primar a los trabajadores cuya vida o salud se encuentre en peligro» – *op. cit.*, p. 153. Para otros autores, debería haberse previsto un derecho preferente absoluto a favor de la víctima de violencia de género (Gala Durán, C., *op. cit.*, 490). De acuerdo con Arias Domingues, A., *op. cit.*, pp. 104-105, se debe dar preferencia absoluta a quienes se hayan recuperado de una incapacidad permanente total o absoluta, o al cónyuge de un trabajador anteriormente transferido. En Portugal, esta cuestión aún no ha recibido tratamiento doctrinal.

- DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO M., *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2012
- FARALDO CABANA C., *El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n. 153
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Editorial Bomarzo, 2005
- FERRADANS CARAMÉS C., *Medidas laborales de la Ley de Protección contra la violencia de género y negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2005, n. 32
- FREITAS PINTO P., *A protecção da vítima do crime de violência doméstica no foro laboral*, en *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2010, n. 85
- GALA DURÁN C., *Violencia de género y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 10
- GARCÍA TESTAÇ E., FERNÁNDEZ PRATS C., *Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de violencia de género*, en J. BOIX REIG, E. MARTÍNEZ GARCÍA (coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005
- GARRIGUES GIMÉNEZ A., *Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004*, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 2009, n. 11
- LEAL AMADO J., *Contrato de Trabalho*, Coimbra, 2011
- LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA A., *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 1
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 5
- MACHADO DRAY G., GONÇALVES DA SILVA L., ROMANO MARTINEZ P., VASCONCELOS J., MONTEIRO L.M., MADEIRA DE BRITO P., *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 2012
- MARTINS FERNANDES T., *Da determinação do empregador no âmbito dos fenómenos de descentralização produtiva*, en *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2011, n. 19
- MATEU CARRUANA M.J., *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*, Dykinson, 2007

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., VELASCO PORTERO M.T., *La incidència de la violència de género en el contrato de trabajo*, Cinca, 2006
- MIRALLES MIRAVET C., *Traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia para el trabajador. Régimen de compensaciones. Comentario de la STS 19 de abril de 2004*, en *Actualidad Laboral*, 2006, n. 4
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTINEZ L.A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, 2009
- MONTEIRO FERNANDES A., *Direito do trabalho*, Almedina, 2012
- RUANO RODRÍGUEZ L., *La protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito del trabajo y de la Seguridad Social*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, n. 17
- SEMPERE NAVARRO A.V., *Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídicos, penales, procesales y laborales*, Aranzadi, 2005
- SEMPERE NAVARRO A.V., *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 5
- TERRADILLOS ORMAETXEA E., *Movilidad geográfica de las VVG*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, La ley, 2012
- VASCONCELOS J., *Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no direito do Trabalho português*, en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2010, n. 1-4

2.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Derecho constitucional y violencia en el trabajo en España

de Fernando Valdés Dal-Ré

1. Introducción

El título de esta del presente texto lleva ya acotado perfectamente su perímetro; o, si se prefiere, su objeto. No obstante ello, un exacto encuadramiento histórico y metodológico de la misma precisa algunas reflexiones introductorias. En tal sentido, centraré la atención en los dos sintagmas que aparecen en esa rúbrica, bien que tomándome la licencia de invertir, a efectos puramente topográficos y no conceptuales, su respectiva colocación. En suma, haré algunas precisiones iniciales primero, sobre la violencia en el trabajo para, inmediatamente después, instalar ese concepto en la perspectiva del derecho constitucional.

2. Violencia en el trabajo

Entendida sin ninguna referencia adjetivadora, la violencia es un fenómeno social que ha acompañado al ser humano a lo largo de su devenir histórico. Es esta una aseveración que no precisa de verificación alguna, bastando con evocar, para su confirmación, la metáfora cainita, tan austeramente relatada en las primeras páginas de una de las obras que narran los momentos fundacionales de la humanidad; aludo, claro está, al Libro I, *El Génesis* (4, 8-16), del Antiguo Testamento.

Pero además de haber sido un constante e indeseable compañero de viaje de la historia del ser humano, la violencia se ha hecho presente en la práctica totalidad de los ámbitos sociales, sin excepciones relevantes. Se ha personado, claro está, en la avenida principal, en aquella en la que la violencia ha formado y forma aún parte sustancial de su propia morfología (aludo a la esfera guerrera o militar). Pero también se ha dispersado a lo largo de las calles paralelas o perpendiculares de la sociedad; e incluso en los callejones secundarios. Una de las instituciones centrales de la historia de la humanidad, que en muchas etapas ha actuado como pilar de su progreso social y desarrollo económico y que lamentablemente aún no ha sido por completo erradicada en la sociedad de nuestro tiempo, traduce la manifestación más execrable de violencia, laboral desde luego, pero no sólo. Aludo, claro es, a la esclavitud, extrema y máxima traducción de la cosificación del ser humano y frente a la que se alza ese imperativo categórico kantiano por el que debe de quedar proscrita, sin excepción ni justificación alguna, cualquier expresión, por mínima que sea, de disposición unilateral y no consentida de un hombre o de una mujer por parte de cualquier poder, público y privado.

No obstante lo razonado, la violencia, en su condición de fenómeno social dotado de dilatada historia y extendida difusión, ha venido experimentado desde mediados del siglo pasado unas transformaciones en su concepción social y en su tratamiento jurídico que en modo alguno pueden calificarse como de tono menor. En concreto, me importa aquí detenerme con obligada brevedad en dos de esas transformaciones, de recíproca interacción.

De un lado, en las sociedades, al menos, de los países democráticos se está acentuando una conciencia social abiertamente crítica hacia todas las manifestaciones de violencia. Y esta conciencia no solo se alza contra las formas más groseras y visibles; también y si cabe con mayor empeño, contra las manifestaciones más sutiles que se desarrollan en los ámbitos más íntimos y cerrados. De otro, los sistemas normativos de esos mismos países están logrando elaborar y poner a punto una variada serie de medios cuyo objetivo es dar respuestas jurídicas a la violencia; y hacerlo no solo perfeccionando las más tradicionales herramientas (los códigos penales, por ejemplo) sino, además y también, creando instrumentos destinados no ya a combatir la violencia sino a prevenirla.

En todo caso y como con acierto ha hecho notar Manuel Correa, estas respuestas solo han podido articularse una vez que se ha llevado a cabo una doble y combinada tarea: de una parte, dotar de autonomía social formas de violencia hasta entonces incluidas en la genérica fenomenología y, de otra y sobre esas bases, juridificar esas nuevas formas de violencia social. Tal ha

sucedido, por ejemplificar la idea, en relación con las dos siguientes situaciones de violencia.

En primer lugar, con la que hoy se conoce como violencia de género y que, hasta no hace mucho tiempo, quedaba reconducida a la categoría de “crimen pasional”, denominación esta que ofrecía la oportunidad de afrontar tan detestable forma de violencia desde enfoques estrictamente singulares. Una vez descubierto el asesino directo, el caso quedaba deferido a las páginas de sucesos, sin que, por otra parte y por cierto, el inductor de la muerte de mujeres no solo no fuera siempre perseguido; a veces, incluso, era ensalzado. La figura de Anna Karenina debe seguir permaneciendo en el imaginario colectivo como un grito de rebeldía hacia las conciencias adormecidas.

El segundo ejemplo lo ofrece la violencia ejercida en los centros educativos en el doble plano de violencia sexual, física o moral de dimensión vertical, ejercida por los educadores con los niños y niñas, y de violencia horizontal, expresada entre compañeros. Tradicionalmente, las manifestaciones de violencia sexual quedaban ocultas bien por vergüenza bien por interés, siendo sancionados los agresores, cuando lo eran, con penas suaves, del tipo de la amonestación moral interna o, a lo sumo, del traslado de centro escolar. De su lado, las expresiones de violencia física o moral verticales eran, las más de las veces, justificadas por mor de la disciplina educativa y las de carácter horizontal tendían a banalizarse o trivializarse, calificándose como “peleas de patio de colegio”.

La violencia en el trabajo ilustra de manera ejemplar, a mi juicio, este doble proceso que se viene de señalar. En nuestro sistema jurídico, las muestras de violencia visible, la física, así como la audible, la verbal, ejercida por compañeros de trabajo, por superiores jerárquicos o por el propio patrono, fueron tradicionalmente consideradas como causa de despido justo o de extinción procedente por voluntad del trabajador. Así vinieron a establecerlo, por no razonar en el vacío, las reglas 6 y 7 del art. 89 de la LCT-1931, que tipificaban como conductas justificativas de aquellas decisiones, las del despido o de la resolución causal, «los malos tratamientos y las faltas graves de respeto y consideración».

Superando ese tradicional enfoque, la violencia en el trabajo ha sido objeto en fechas relativamente recientes de una relevante atención normativa, articulada a resultas – tal como ha acontecido con carácter general respecto de violencias existentes en otros ámbitos sociales – de un previo proceso de identificación y, por tanto, de diferenciación por razones ora subjetivas ora objetivas entre distintas expresiones de violencia en el trabajo, al que ha seguido, como no podía ser de otro modo, la juridificación y regulación de esas formas típicas de

violencia laboral. Más adelante he de retornar sobre este proceso de tipificación conceptual y normativa de la violencia laboral, resultando ahora necesario girar la atención hacia el segundo de los términos que rotulan esta intervención; esto es, hacia el derecho constitucional.

3. Derecho constitucional

A partir de su valoración como el bien jurídico principal, aunque no único, afectado por las manifestaciones más brutales y graves de la violencia sin adjetivos, la integridad física ha venido siendo tradicionalmente objeto de una protección penal, a la que progresivamente se fue añadiendo, para las formas menos graves, otras vías de protección, como la administrativa (en el campo de lo público) o la contractual (en el terreno privado). O por enunciar la idea de manera más directa y sin rodeos, la integridad física no logró asentarse históricamente en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales que se fueron aprobando a partir de la revolución burguesa.

Cierto es que el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 brindó una específica tutela frente a actos procedentes del Estado. Pero fue esta una apertura que solo pudo materializarse por vía interpretativa. Así, la adscripción de la actual norma iusfundamental «todos tienen derecho a la integridad personal» terminó solapada con otros derechos, señaladamente el derecho de libertad (Canosa Usera)¹.

En este contexto histórico tan brevemente descrito, la conexión entre derecho constitucional y violencia en general, y en el trabajo en particular, será resultado de un doble y fecundo proceso. El primero traerá causa de la progresiva expansión, ampliación y perfeccionamiento del tradicional catálogo de derechos fundamentales. En concreto y por seguir manteniendo las referencia al derecho a la integridad física, su reconocimiento expreso y directo, como un derecho constitucional autónomo, dotado de sustantividad y entidad propia, diferente del derecho a la vida, lo llevará a cabo en el plano internacional, por vez primera, el art. 5.1 de la Convención Interamericana de Derechos Fundamentales (Pacto de San José), a tenor del cual: «toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral». Por su parte, el art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en el que se proclamará «que todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal», actuará como precursor en el

¹ Canosa Usera, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.

ámbito nacional. Desde entonces, la práctica totalidad de las constituciones europeas que se fueron aprobando en las tres ondas sucesivas, las correspondientes a los años 40, 70 y 90 del siglo pasado, procederán a reconocer el derecho a la integridad (por ejemplo, los textos constitucionales portugués y español) o, de modo alternativo, prohibirán ciertas conductas lesivas de la integridad, sin referirse específicamente a ella, siguiendo las pautas marcadas por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) (entre otras, las constituciones griega o checa).

Pero al margen de los diferentes ritmos del reconocimiento del derecho a la integridad física como derecho protegido por esa norma suprema que es la Constitución; con independencia de ello, digo, lo que me interesa ahora, antes de entrar a examinar el segundo de los procesos que van a permitir la definitiva consagración constitucional de una estela de derechos, capaces de activarse en el ámbito de las relaciones laborales, bien que no solo en este terreno, frente a conductas violentas, es efectuar el siguiente recordatorio: las libertades personales, cívicas o públicas – verdadera clave de bóveda del constitucionalismo que surge del primer pacto social – han tendido a configurarse como derechos de ejercicio ante y frente a los poderes públicos. Precisamente, a esta configuración puede imputarse el notable retraso en la atribución a determinados derechos fundamentales de una función de activa tutela respecto de los comportamientos y actos constitutivos de violencia laboral (o, más en general, de violencia sin adjetivación o añadidos ulteriores). En efecto, los derechos de libertad, plasmados en las Constituciones que se van promulgando al compás del triunfo de la revolución burguesa, no pretendieron sino el asegurar un ámbito de inmunidad al *citoyen* frente a injerencias procedentes de los poderes públicos. Este deber de abstención del Estado quedó bien reflejado en la jurisprudencia americana con la fórmula *it tells the State to let people alone* (*Bowers vs. De Vito*, 686 F.2d 616, 618 “7th Cir. 1982”) Pero también se instala de manera compacta y sin fisuras en la experiencia constitucional europea, en la que, bajo la influencia de la poderosa dogmática iuspublicista del siglo XIX, los hoy denominados derechos fundamentales se concibieron como derechos oponibles exclusivamente frente al Estado, sobre quien recae el deber negativo o de omisión de no entrometerse en la esfera personal de libertad que la *volonté générale* – es decir, el legislador ordinario – ha definido. Los derechos de libertad nacieron, en suma, como espacios de libre autodeterminación personal, que configuran la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Esta noción “estatocentrista” de los derechos de libertad ni fue ni es una construcción dogmática ideológicamente neutra. Muy antes al contrario, constituye una acabada traducción jurídica del postulado político de la revolución liberal triunfante; a saber: el Estado, entendido como una “organización vertical”, construida bajo relaciones de supra y subordinación, y la Sociedad, concebida, como un “orden espontáneo de racionalidad horizontal”, sustentado sobre relaciones competitivas, no sólo forman mundos separados; se encuentran en situación de “oposición”. A esta escisión sirve aquella construcción dogmática; una construcción en la que la atribución al Estado del papel de garante de unas zonas de inmunidad personal es el anverso de una moneda de dos caras que no se miran, cuyo reverso jurídico es el abandono de la regulación de las relaciones competitivas al principio de la autonomía de la voluntad privada. En este contexto, las piezas del mecano jurídico del Estado liberal encajan. Los derechos de libertad son derechos públicos subjetivos por cuanto se mueven en unas relaciones de sujeción. Ese es su ámbito de actuación no sólo natural sino exclusivo; y en el que no tienen cabida los individuos, pues sus relaciones no responden al binomio libertad/autoridad sino al par libertad/igualdad. El dogma de la autonomía de la voluntad garantiza la igualdad en las relaciones *inter privatos*; y una relación entre iguales es, por hipótesis, una relación en libertad.

No son estos momentos ni lugares apropiados para discutir los postulados del Estado liberal de Derecho, para rebatir el carácter rudamente ideológico de la configuración de los derechos fundamentales como un mero problema de colisión entre libertad privada y autoridad pública. Los “duros hechos de la historia” ya se han encargado de levantar el velo de su inconsistencia política y jurídica; de demostrar que la igualdad no es principio que acompañe a la libertad contractual; que lo “público” y lo “privado” no forman zonas recíprocamente estancas sino, antes al contrario, áreas mestizas, de cruce y encuentro e, incluso, intercambiables a veces (privatización del poder público y publicitación del poder privado); que la existencia de verdaderos centros de poder privado, dotados de vigorosas *potestates agendi*, hace ya tiempo que ha dado al traste con la idílica visión de un sistema de relaciones competitivas dominadas por el par libertad/igualdad. En definitiva, el poder público ha perdido la credencial de ser el “único enemigo” de las libertades fundamentales, compartiendo ahora esta condición con otros poderes, económicos y sociales, que en muchas ocasiones son «más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales» (Pérez Luño)².

² Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, 3ª ed., Tecno, 1988.

En este proceso de levantamiento del velo de una realidad en su momento oculta y ocultada, las relaciones laborales han desempeñado un papel relevante. En la conformación social que conocemos, los poderes del empresario – o, si se prefiere, la empresa en cuanto poder privado – constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador. Y ello, como tuve la oportunidad de razonar hace ya algún tiempo, no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.

Centrando la atención en esta última transformación y retornando al argumento apenas esbozado, no me parece arriesgado afirmar que la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrecht*, de la eficacia pluridireccional de esos derechos, ha madurado y se ha desarrollado, en buena parte, al calor del principio de iusrealismo contractual que impregna todas las secuencias vitales de la relación laboral: la radical asimetría de poder entre empresario y trabajador, y que se expresa, desde luego, en las distintas posiciones jurídicas que ocupan en la relación laboral, pero también, y con no menor significación, en el más amplio espacio de la vida social y económica. O por expresar la idea con otras palabras, la relación laboral ha actuado como el campo natural de experimentación de la teoría y de la aplicación práctica de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales; de la expansión de estos derechos hacia la esfera privada.

Con ocasión precisamente del definitivo reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos de eficacia horizontal tendrá lugar la extensión al ámbito de las relaciones laborales y del empleo público de la protección sustantiva y adjetiva atribuida constitucionalmente a las libertades personales. O por expresar la misma idea bien que centrando el efecto en el tema aquí objeto de tratamiento: la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de estructura pluridireccional comportará la inmediata cobertura constitucional para quienes realizan un trabajo o prestan un trabajo subordinado y por cuenta ajena de las conductas expresivas de la violencia manifestada en las organizaciones productivas; en todas ellas, sea cual fuere la naturaleza del titular, la dimensión de la misma o los contenidos de la prestación laboral que se hubieren pactado.

4. La tipología de la violencia laboral

La confluencia de los diversos factores que, con la obligada brevedad, han sido descrito en la parte introductoria permite con facilidad extraer la siguiente constatación: al finalizar el doble proceso de juridificación de la distinta fenomenología social apreciable en el lugar de trabajo y de atribución a los derechos fundamentales de una eficacia horizontal, ha tenido lugar la apertura de un potente y entrecruzado diálogo entre violencia laboral y derecho constitucional o, por expresar ya la idea con la debida corrección terminológica, entre violencia laboral y derechos fundamentales.

Con vistas al logro de una adecuada comprensión de los términos de ese diálogo, la primera de las tareas que, desde una perspectiva metodológica, conviene acometer consiste en discernir si la violencia laboral es un concepto unitario o, por el contrario, es una noción compleja que agrupa una pluralidad de manifestaciones objeto de un tratamiento normativo y conceptual diferente y diferenciable.

Antes de intentar dar respuesta al interrogante apenas enunciado, me parece obligado efectuar dos observaciones preliminares, que en buena medida pueden entenderse, al menos desde un prisma metodológico, como anverso y reverso; cara y cruz de una misma opción de política de derecho. En nuestro sistema normativo – y entro en la primera de esas observaciones –, no existe regla jurídica alguna que regule la violencia laboral, de modo que bien podría afirmarse que es éste un fenómeno social privado de trascendencia jurídica. Es esta, sin embargo, una aseveración que solo puede defenderse en un plano estrictamente formal; en un sentido material y como habrá ocasión de razonar en su momento, el ordenamiento jurídico viene prestando una especial atención desde mediados de la década anterior a las concretas manifestaciones de violencia laboral. En realidad y bien mirado, esta disfunción no es sino el resultado de la inexistencia de una legislación específica sobre violencia laboral; o, en otras palabras, la violencia laboral es una institución objeto de regulación segmentada y parcelada y que, por lo mismo, incurre en dos serias disfunciones: reiteración y descoordinación.

Lo anterior señalado, no me parece discutible la configuración de la violencia laboral como una figura genérica que agrupa diferentes modalidades objeto, al menos en un sentido formal, de un tratamiento normativo diferenciado. El propósito de las reflexiones que a continuación siguen consiste precisamente en elaborar una tipología de manifestaciones de violencia laboral, tarea ésta preñada de dificultades.

La primera y, de seguro, la principal dificultad trae causa en el dato, ya puesto de manifiesto, de que la violencia laboral es una categoría dogmática privada de cobertura legal. En la legislación española no existe, hasta el momento, disposición alguna que se ocupe de regular de manera unitaria el fenómeno social de la violencia laboral, fenómeno éste, por tanto, tratado de modo disperso a partir de la construcción y de la regulación de las manifestaciones más relevantes de violencia laboral, regulación ésta que no se encuentra entrelazada mediante la remisión al concepto matriz. Probablemente esta realidad normativa explica el tradicional enfoque doctrinal de la violencia laboral; un enfoque que centra el grueso de la atención en alguna de las especies en lugar de en la categoría.

No obstante ello, no me parece empeño vano el intentar elaborar una clasificación de modalidades de violencia laboral con vistas a reconstruir la categoría desde una perspectiva unitaria y poder elaborar, inmediatamente después, los elementos comunes a todos los tipos.

Por lo demás, es ésta una tarea de una notable relevancia con consecuencias detectables no solo en un terreno constructivo sino, adicionalmente, práctico. El conocimiento de los diversos tipos que confluyen en la noción de violencia laboral va a permitir identificar los puntos de conexión entre esta figura y los derechos fundamentales; esto es, definir con la debida precisión el bien o los bienes jurídicos afectados por las conductas de violencia laboral.

En este orden de consideraciones, no me parece impertinente comenzar por establecer una primera tipología de modalidades de violencia laboral, distinguiendo dos grandes categorías: la violencia laboral estándar o común y la violencia laboral por razón de género.

El elemento diferenciador de esta división reside en el hecho de que en el segundo grupo, en el de la violencia por razón de género, las víctimas son mujeres, visión subjetiva ésta entendida no solo ni tanto en un sentido biológico cuanto social. El tratamiento jurídico-político diferenciado de la violencia de género desde la perspectiva de género tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre mujeres y hombres no tienen nada que ver con una base naturalista y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominio del hombre sobre la mujer (Monereo López/Trigueros). Como con razón ha señalado Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer³, las diferencias entre ambos colectivos son de origen social, «adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables». Con fundamento en esas diferencias, se cumplen los roles

³ Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer M., *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales – Revista crítica de teoría y práctica*, 1993, n. 1.

dominantes tradicionales asignados convencionalmente a ambos sujetos: de superioridad al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer. Por este lado y por decirlo con las contundentes palabras de Jaime Cabeza, la violencia de género constituye la forma más característica de evidenciar la «discriminación sistémica de la mujer», apreciación ésta que, aun cuando formulada con carácter general, es trasladable sin reparo alguno al ámbito laboral.

Dentro de la violencia laboral estándar o común, cabe a su vez identificar dos grandes manifestaciones: violencia y acoso. No es mi intención, y probablemente la ocasión tampoco lo requiere, entrar a analizar de manera detallada los conceptos de violencia y acoso, bastando a los efectos que me interesa procurar marcar las diferencias entre ambas conductas antijurídicas. Por lo pronto, conviene destacar, siguiendo las previsiones del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo de 26 de abril de 2007, que el criterio diferenciador básico entre una y otro reside en el carácter repetido del acoso, circunstancia ésta que no concurre en la violencia estándar. Ello señalado, no estará de más adicionar dos reflexiones. De una parte, no comparto la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina tanto la científica (y no solo laboralista) como la doctrina judicial, a tenor de la cual la calificación jurídica, al menos del acoso, exige la concurrencia de una intencionalidad de humillar, hostigar, aislar, perseguir o vejear, elemento configurador éste al que a menudo se le añade un segundo: la exigencia de un daño. En mi opinión – y es esta una aseveración que me parece también predicable de la violencia – la intención de producir un daño así como la existencia de un daño efectivo son elementos ajenos a la noción de acoso, que, de un lado, exige la presencia de una conducta antijurídica y, de otro, se define no por su resultado sino por los potenciales riesgos que las actuaciones de acoso llevan aparejadas. Como con acierto razona la profesora Rivero Rojas, lo esencial del denominado elemento intencional no es constatar la existencia de un móvil, sino de una secuencia de conductas idóneas para provocar una lesión en el patrimonio jurídico del acosado, protegido ante una situación de violencia. Tal es, en fin, la tesis mantenida por la jurisprudencia constitucional respecto del derecho a la integridad física, para cuya lesión no se precisa la consumación de un daño, bastando con que «exista un riesgo relevante de que la lesión pueda producirse» (entre otras STC, 35/1996, 11-3; 207/1996, de 16-12, y 221/2002, de 25-11).

A su vez y como variante de una y otra categoría, de la violencia y del acoso, se encuentra la violencia discriminatoria y el acoso igualmente discriminatorio, caracterizados una y otro por un dato de factura social; a saber, las víctimas de

la agresión son miembros de colectivos especialmente vulnerables, definidos por razones varias (edad, orientación sexual, etnia o raza, discapacidad, creencias religiosas o, en fin, convicciones ideológicas).

Finalmente y en el concepto de violencia por razón de género, también puede elaborarse la misma distinción, la de violencia y acoso, basada en el mismo elemento de reiteración. De su lado y dentro del acoso, se integran dos variantes: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. No obstante y como se razonará más adelante, nuestra jurisprudencia no tiende a exigir, para la calificación de una conducta como propia de acoso sexual, la nota de reiteración, por lo que en el seno de esta categoría – y en el decir de nuestros tribunales – los conceptos de violencia y acoso sexual terminarían fundiéndose.

5. Una diversidad de tipos con unos elementos comunes

Como se ha tenido oportunidad de razonar, la violencia en el trabajo no es una noción de estructura simple; muy antes al contrario, su estructura es de una notable complejidad, pues integra una multiplicidad de tipos cuya identificación ha venido acompañada de un intenso debate, produciéndose una situación en buena medida paradójica: mientras existe un alto nivel de consenso en la identificación nominativa de los tipos de violencia laboral, la identificación de los rasgos propios y definidores de cada uno de ellos evidencia un alto grado de discrepancia.

Pero ello declarado, no me parece que pueda discutirse el que la totalidad de las modalidades, encuadrables en ese concepto genérico que es la violencia laboral, participan de unos elementos comunes que cumplen una doble y relevante función. De un lado, una función de integración que les dota, a todos ellos, de unidad y singularidad internas; de otro, una función de diferenciación, que les permite distinguirse de figuras afines, situadas en zonas circundantes, como pueden ser el ejercicio abusivo del poder empresarial, una gestión empresarial de notable severidad, el autoritarismo de los mandos o, en fin, el conflicto laboral.

En un esfuerzo de síntesis, cuatro son, a mi juicio, los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia laboral. En primer lugar – y se trata de un elemento objetivo – en todas ellas hay un conducta calificable como antijurídica; esto es, una conducta que lesiona de manera directa y efectiva un bien jurídico que ha merecido protección por el ordenamiento jurídico. Cuál o cuáles son los bienes jurídicos agredidos, es cuestión que será objeto de análisis más adelante con el debido detenimiento. Por el momento, bastará

anticipar que, en todas y cada una de las modalidades de violencia laboral, entra en juego y se vulnera un derecho fundamental.

El segundo elemento se encuentra estrechamente relacionado con el anterior. En la medida, en efecto, que el conjunto de comportamientos integrantes de violencia en el trabajo inciden, violando, un derecho fundamental, el ordenamiento dispensa a las víctimas de la agresión habida en su patrimonio jurídico máspreciado una protección de máximo nivel; una protección ajustada al bien jurídico implicado, de modo que las vías de protección arbitradas son las correspondientes a la defensa de los derechos fundamentales. En nuestro sistema normativo, tales vías, de ordinario, son las previstas en el art. 53.2 CE y las leyes de desarrollo, que se concretan en lo que, de forma sumaria, podemos calificar como el amparo ordinario (procesos de tutela de derechos fundamentales) y el amparo constitucional.

No son estos momento y lugar apropiados para profundizar en los mecanismos de protección frente a los supuestos de violencia laboral, bastando señalar, a los efectos que interesan, que sea cual fuere el concreto cauce procesal elegido, la tutela conferida a la víctima tiene un contenido complejo, comprendiendo estas tres dimensiones: 1) tutela inhibitoria, determinante del inmediato cese del acto o actos constitutivos de violencia laboral; 2) tutela restitutoria, que llevará aparejada la inmediata reposición en la situación jurídica “*quo ante*”; y 3) tutela reparadora, que comportará la condena al agresor de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

En relación con esta última dimensión, no me resisto a destacar la muy notable resistencia de nuestros tribunales – tanto del orden jurisdiccional social como del contencioso-administrativo – a fijar montos de cuantía razonablemente elevada en concepto de indemnización por los daños causados, señaladamente los morales. Entre los numerosos pronunciamientos que pueden servir para ejemplificar la anterior aseveración, traigo a colación los dos siguientes, expresivos, al menos hasta el presente, de la cicatera orientación mayoritaria.

El primer ejemplo lo ofrece la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 8-2-2012, que no dudará en reducir al diez por ciento la indemnización inicialmente reconocida por el juzgados de instancia: esto es, fija una cuantía de 6.000 €, en lugar de los 60.000 € establecidos en la resolución recurrida en suplicación. El segundo ejemplo lo suministra la tan debatida sentencia de la Sala 3ª del TS de 23-7-2001, que confirma sin titubeos una indemnización de 4.500 euros (750.000 de las antiguas pesetas) establecida en la sentencia de la Sala homónima del TSJ de Extremadura que había concedido a favor de un funcionario local al que el Ayuntamiento en el que prestaba servicios le había infringido, entre otras vejaciones difícilmente

imaginables en un sistema democrático, la privación de sus funciones ordinarias, instalándole, durante más de 5 años, en un sótano, «sin hacer nada, sin ventilación ni luz natural».

El tercer elemento común tiene una naturaleza subjetiva. En todas las manifestaciones de violencia laboral, la víctima es parte de una relación jurídica; en concreto, bien de una relación jurídica contractual (la relación laboral) bien de una relación administrativa, sea estatutaria, funcionarial o de otro tipo. Menos homogénea resulta la posición jurídica del agresor, que en ocasiones – y como se razonará de inmediato – puede no ser la otra parte de la relación jurídica de la que es titular el agredido. En todo caso y manejando criterios de normalidad jurídica, la imputación de la autoría varía en atención a la posición que el agresor ocupa respecto del sujeto agredido. En tal sentido, en las expresiones de violencia laboral vertical descendente el autor mantiene con la víctima una relación de jerarquía; por el contrario, en las formas de violencia laboral horizontal o, en las menos frecuentes, de carácter vertical ascendente, desaparece esa relación jerárquica. Por lo demás y no es éste un aspecto en el que podamos profundizar, no debe confundirse imputación de autoría de la violencia laboral e imputación de responsabilidades.

El cuarto y último elemento tiene un carácter locativo, concretándose en el medio en el que la violencia se ejerce y manifiesta y que es, como ya fue indicado con anterioridad, una organización. Esta puede calificarse, desde luego, como organización productiva, es decir, dedicada a la producción de bienes o a la prestación de servicios para el mercado; pero también concurre este elemento en las organizaciones públicas, esto es, en las Administraciones Públicas (central, autonómica, local e institucional) o en una entidad de carácter público.

En relación con este último elemento, viene discutiéndose en la doctrina si el sujeto activo de los fenómenos de violencia laboral debe o no formar parte de la organización. De optarse por una respuesta negativa (Correa Carrasco), quedan automáticamente excluidos de la noción de violencia laboral los supuestos en los que el agresor (por ejemplo, el cliente o usuario del servicio público) es una persona ajena a la organización, exclusión ésta, por el contrario, que no acontece en la hipótesis negativa (Serrano Olivares). Aun cuando el tema se preste a discusión, me inclino por considerar que la pertenencia a la organización ha de predicarse de la víctima, de manera que al agresor puede ser extraño a la misma. Una solución estricta dejaría extramuros del concepto de violencia laboral y, por consiguiente, de la protección reforzada que el mismo brinda a expresiones de violencia cada más frecuentes en determinado tipo de servicios públicos, como los educativos y los sanitarios.

6. Los bienes jurídicos constitucionales afectados por la violencia laboral

6.1. Consideraciones generales

Tal y como se viene de razonar, la afectación de un derecho fundamental constituye uno de los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia en el trabajo. El propósito de las reflexiones finales consiste, precisamente, en identificar el bien o los bienes jurídicos de máxima relevancia activados con ocasión de la realización de conductas constitutivas de violencia. Antes de entrar en el análisis de este trascendental tema, me interesa efectuar una doble observación, de carácter sustantivo la una y metodológico la segunda.

Por lo pronto, no me parece impertinente anticipar, al menos en sus trazos más gruesos, la tesis que desarrollaré de inmediato y que puede enunciarse del modo siguiente: la totalidad de los comportamientos violentos, ejercidos en los lugares de trabajo, lesionan simultáneamente un principio jurídico constitucional y un derecho fundamental; o, si se prefiere, un valor y un derecho constitucionalmente protegidos. Aquél, el valor, es la dignidad humana a la que alude el art. 10.1 de nuestro texto constitucional; este otro, el derecho, es el derecho a la integridad física o moral consagrado en el art. 15, también CE. Estos son los bienes jurídicos siempre afectados por los actos de violencia laboral y, probablemente y también, de violencia sin mayor adjetivación. Cualquiera de las manifestaciones anteriormente identificadas comporta un ataque frontal a la dignidad humana y a la integridad física o moral de la persona.

Por lo demás y eventualmente, algunas concretas modalidades de violencia laboral pueden incidir de manera simultánea en bienes jurídicos constitucionales distintos de los que vienen de mencionarse. Sin pretensión de agotar el elenco de hipótesis, el acoso moral puede vulnerar el derecho a la salud (art. 43.1 CE), los acosos discriminatorios pueden atentar a la prohibición de discriminación (art. 14 CE) o, en fin, el acoso sexual puede llevar aparejado una violación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Efectuada la observación de carácter sustantivo, la segunda tiene una finalidad igualmente anticipatoria, bien que referida ahora al método adoptado al exponer los puntos de conexión entre violencia laboral y derechos constitucionales. En principio, el desarrollo expositivo de este tema podría ser analizado conforme a un doble criterio, definido en atención a la institución (la violencia en el trabajo o el derecho constitucional) que se utilice como

elemento identificador. De estos dos criterios, he optado por colocar la atención en los derechos fundamentales, elección ésta que, en mi opinión, reporta dos ventajas. De un lado, evita las repeticiones o las remisiones innecesarias y, de otro – y esa me parece la más relevante – realza la función de protección de los derechos constitucionales frente a las diversas formas de violencia laboral.

6.2. La afectación por cualquier manifestación de violencia laboral del valor dignidad y del derecho fundamental integridad física o moral

6.2.1. El valor dignidad

Como acabo de señalar, cualquier conducta encuadrable dentro de la figura de la violencia en el trabajo constituye un doble atentado: a la dignidad humana y a la integridad física o moral de toda persona. Analizaré esta afectación, comenzando por la dignidad humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 abre su articulado del modo siguiente: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Y el art. 22 reconoce a toda persona, en su condición de miembro de la sociedad, el derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Más aún, el preámbulo de la misma conecta la dignidad y los derechos humanos, reafirmando «la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana». Y es que, como con notable brillantez razona Habermas, «la dignidad humana configura, por así decirlo, el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho»⁴. Por lo demás, a la dignidad se refiere igualmente el art. 10.1 de nuestro texto constitucional, a la que califica, entre otros principios, «como fundamento del orden político y de la paz social».

El problema central que suscita la dignidad humana y, más en general, los principios formulados en el citado art. 10.1 CE es el de discernir si dicha norma de principios ha de ser entendida en un sentido formal o ha de atribuírsele una dimensión sustantiva. Para una comprensión formal de los principios constitucionales, la función de dicha norma es condicionar o limitar las potestades para adoptar las reglas jurídicas y los actos subordinados. En la

⁴ Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.

segunda vertiente, en cambio, dichos principios, incluida la dignidad, condicionan y limitan el contenido mismo de las reglas y actos (Gutiérrez Gutiérrez)⁵.

Nuestra jurisprudencia constitucional – y, siguiéndola, la práctica totalidad de nuestra doctrina científica – configura la dignidad no como un derecho fundamental sino como un valor. O como dijera tempranamente la STC 53/1985, de 11-4, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona», germen de distintos derechos fundamentales, optando a favor de la significación sustantiva. Por decirlo con las contundentes palabras de la STC 57/1994, de 28-2 (luego reiteradas en otros muchos pronunciamientos), «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, *un minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (FJ 3.A).

En esta panorámica de carácter general, aún me interesa realizar dos observaciones. De un lado, la concreción en el caso concreto de las conductas transgresoras de la dignidad humana no se aborda por el TC de manera directa sino indirecta, por referencia a un derecho fundamental. En otras palabras, la dignidad personal, aun cuando formula un mandato jurídico objetivo y tiene un valor relevante en la normativa constitucional, carece de un contenido específico (STC 150/1991, 4-7). La sentencia 224/1999, de 13-12, dictada al conocer de un amparo en el que la conducta denunciada fue acoso sexual, ilustra de manera ejemplar este criterio, que incluso se lleva al fallo. El punto 1 del mismo, en efecto, reconoce «la vulneración del derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal». De otro, el TC también ha señalado que no hay una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal; esto es, ni la totalidad de derechos fundamentales son, por su condición de tales, inherentes a la persona ni toda restricción de los derechos fundamentales supone un ataque a su dignidad. (STC 120/1990, de 27-6). Cuál o cuáles son en concreto el o los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, no es cuestión que la jurisprudencia haya zanjado. Con todo, no ha dudado en vincular a la dignidad los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias así como al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En todo caso y aun cuando no es dable llevar a cabo una equiparación de conceptos, la

⁵ Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005.

integridad física y moral constituye una de las bases esenciales para la dignidad humana, existiendo una «íntima conexión, inherencia» entre una y otra (Canosa Usera)⁶.

La proyección de las anteriores consideraciones al tema aquí objeto de examen permite elaborar algunas conclusiones. La primera, como ya se ha hecho constar, es la afectación de la dignidad humana en toda conducta constitutiva de una violencia laboral, al margen y con independencia de su concreción conceptual y normativa. Es esta una conclusión unánimemente defendida por la doctrina judicial, pues han sido y son las Salas de lo Social de los TSJ las que en mayores ocasiones han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este particular. Así lo han entendido, entre otros muchos pronunciamientos de los últimos años, las sentencias del TSJ de Murcia de 12-1-2009, de Asturias, de 6-3-2009, de Madrid, de 30-10-2009 o, en fin, de Galicia, de 15-2-2010. También ha sido ésta la tesis defendida por el TC en las limitadas ocasiones que ha conocido de amparos por violencia laboral, señaladamente por acoso sexual. La ya citada STC 224/1999 es buen ejemplo de esta vinculación. Finalmente, la abundante doctrina científica que se ha ocupado en nuestra disciplina de la violencia laboral ha mantenido esta misma tesis (entre otros muchos autores, a Correa Carrasco, Molina Navarrete, Carmen Sáez, Serrano Olivares y Rojas Rivero).

Por último y en el plano de la legislación infra constitucional, la dignidad es una noción sistemáticamente utilizada con muy variadas plasmaciones. Entre otras, como derecho básico del trabajador (art. 4.2.e ET) y como límite al ejercicio por el empresario de sus facultades de organización empresarial (arts. 20, 39 y 50.1.a ET), habiendo quedado vinculada específicamente la dignidad con el acoso moral en las normas del empleo público (art. 14.h del Estatuto Básico del Empleo Público) y constituyendo los actos contrarios a la dignidad conductas constitutivas de infracciones laborales (art. 8.11 LISOS).

6.2.2. El derecho a la integridad física y moral

De conformidad con el tenor del art. 15 CE, «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». El precepto transcrito, que se inspira en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el CEDH, plantea un caudal de problemas de los que aquí, evidentemente, no se pueden dar cuenta.

⁶ Canosa Usera, R., *Óp. Cit.*

Limitando nuestras observaciones a lo que aquí interesa, lo primero que conviene destacar es el debate existente en torno a si la integridad física y moral puede quedar englobada en un único concepto – la integridad personal – o se trata de nociones diferentes, bien que conectadas entre sí. Sin perjuicio del reconocimiento de una estrecha conexión, estamos ante dos derechos, cada uno de los cuales cuenta con una caracterización propia y autónoma.

Una aproximación conceptual de este derecho no puede dejar de hacer constar, como hiciera la STC 120/1990, de 27-6, que los derechos fundamentales a la integridad física o moral protegen a las personas «no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino contra toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (FJ 8).

En concreto, la integridad física tiende a configurarse por la jurisprudencia constitucional como una suerte de *incolumidad corporal*, traducida en el «derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o apariencia externa sin su conocimiento», habiendo hecho constar la jurisprudencia constitucional que el «hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar o un riesgo o un daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión» en el citado “derecho fundamental” (STC 207/1996, de 16-12, FJ 2).

A diferencia de lo acontecido con la integridad física, el TC no ha procedido a surtir una definición de integridad moral, aun cuando sí ha tenido oportunidad de examinarla, trazando sus rasgos específicos y autónomos. En concreto, tres son las vertientes de la integridad moral destacadas por la jurisprudencia constitucional. De conformidad con la primera, la integridad moral protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria igual a todo ser humano. En consecuencia, la vulneración de este derecho se produce cuando se reduce a la persona a mero sistema biológico, a mero objeto o, como de manera contundente, dijo la TC 181/2004, de 2-11, «bien porque se cosifica al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (FJ 13). En la segunda vertiente, la integridad moral se concibe como integridad psíquica (STC 221/2002, de 25-11); en la tercera, en fin, la integridad moral tutela la indemnidad o inviolabilidad de la propia personalidad; protege, en suma, la identidad moral (STC 120/1990 citada).

Trasladando las anteriores consideraciones al terreno que aquí importa, la primera y básica conclusión se adivina de inmediato: toda manifestación de violencia laboral afecta de manera inmediata y directa bien a la integridad física bien, señaladamente en los supuestos de acosos morales y

discriminatorios, a la integridad moral. Es esta la interpretación mayoritariamente defendida en materia de violencia laboral. Como señala Serrano Olivares, el derecho fundamental comprometido en los supuestos de acoso es la integridad moral, «que constituye la politización máxima de la dignidad humana».

Tal es la tesis mayoritariamente sostenida por la doctrina judicial, que no duda en calificar como atentatoria a la integridad moral buena parte de conductas constitutivas de acoso moral, tales como actuaciones organizativas de hostigamiento (no asignación de tareas, asignación de funciones innecesarias o repetitivas o de imposible cumplimiento), de aislamiento social (bloqueando las relaciones personales con otros compañeros, con el exterior o con clientes), de ataque a la persona víctima (críticas hirientes, vejaciones, burlas) o, en fin, de violencia física o verbal (insultos, amenazas o coacciones). De su lado, la sentencia del TS de 10 de mayo de 2006 califica como violación del derecho a la integridad moral una serie de comportamientos lesivos de la dignidad profesional.

Por otra parte y con ocasión de la interpretación del art. 3 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha calificado como trato degradante el que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad, susceptible de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral. En opinión del tribunal europeo, para la calificación de un maltrato como trato degradante es necesaria la superación de un umbral mínimo de severidad, que ha de analizarse en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (entre otras, sentencias en los asuntos *Tyrer v. Reino Unido* “25-4-1978”, *Campbell y Cosans v. Reino Unido* “25-2-1982” y *Soering v. Austria* “7-7-1989”). Pues bien, algunos supuestos de acoso, aquellos asociados a comportamientos que provocan un sentimiento de humillación o envilecimiento y determinan que la víctima pierda la autoestima o se sienta abatida (por ejemplo, aislamiento físico, ubicación impropia del puesto de trabajo o desconsideraciones en público), son encuadrables en la noción de “tratos degradantes”. Por otra parte, y como ya he razonado, una sola conducta, siempre que revista gravedad, puede calificarse como lesiva de los derechos ahora analizados y, consiguientemente, constitutiva de violencia laboral.

Uno de los problemas más debatidos por la doctrina científica viene siendo el relativo a establecer las conexiones entre los derechos enunciados en el art. 15 y el derecho a la salud. El problema cobra especial relevancia en la delimitación jurídica del acoso moral para cuya acreditación la doctrina judicial, probablemente por el impacto de las investigaciones psicológicas o psicosociales, entiende necesaria la concurrencia de un daño psíquico,

clínicamente valorado. No es ésta, sin embargo, una tesis que cuente con la cobertura de la jurisprudencia constitucional, para la que los derechos en juego no coinciden entre sí; y no lo hacen ni en el bien objeto de tutela ni en la intensidad de la misma.

La atribución de un ámbito específico a cada uno de estos derechos no impide que en determinadas situaciones puedan solaparse, en el sentido de que ciertas afecciones a la salud puedan ser conceptuadas como violaciones del derecho a la integridad física o psíquica (por todos, Vallejo Dacosta). Por este lado, pues, ha de concluirse que este derecho fundamental, el de la integridad física, protege, si no frente a cualquier riesgo o daño para la salud, sí frente a las actuaciones que lo pongan en grave peligro, no siendo necesario que la lesión a la salud haya llegado efectivamente a producirse. O, lo que es igual, basta que la relación de riesgo entre la situación antijurídica, constitutiva de la violencia en el trabajo, y la salud resulte palmaria y manifiesta.

6.3. La afectación de otros derechos fundamentales

Conforme viene denunciando la doctrina laboralista, las conductas constitutivas de violencia laboral tiene un carácter pluriofensivo; esto es, además de lesionar en todo caso el valor dignidad y el derecho de integridad física o moral, también pueden eventualmente vulnerar otros derechos constitucionales. Para concluir, me referiré a esos otros derechos, no sin antes destacar las posibles consecuencias de la violencia laboral sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, consecuencias éstas que, en todo caso, han de calificarse como indirectas.

Desde sus primeros pronunciamientos, el TC ha venido señalando que en aquellos casos en que se impetra por el justiciable el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) para la defensa de derechos fundamentales sustantivos, el canon de constitucionalidad es reforzado, teniendo mayor rigor. En otros palabras, en estas situaciones, el juicio no puede limitarse a examinar si la aplicación e interpretación de las normas, sustantivas o adjetivas, llevada a cabo por el órgano judicial es o no manifiestamente irrazonable o arbitraria; al tratarse de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, el control del pronunciamiento judicial, que deniega el amparo frente a la presunta denuncia de violación de un derecho fundamental, resulta más exigente. Y es que en el control de las resoluciones judiciales, en estos supuestos, no solo está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva; también lo está, como efecto “derivado o reflejo”, la reparación del derecho fundamental cuya invocación

sostiene la pretensión ante el órgano judicial (entre otras muchas, STC 112/2001, de 12-7 y 196/2005, de 18-7). Por este lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial equivale, en última instancia, a una declaración del reconocimiento del derecho fundamental alegado por el justiciable. Tal fue lo que aconteció en la STC 192/2003, de 27 de octubre, en la que el TC consideró que la interpretación llevada a cabo por el tribunal de instancia sobre las vacaciones, concibiéndolas como un tiempo que el trabajador ha de dedicar exclusivamente al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales para que se encuentre en buenas condiciones para la reanudación de la actividad laboral, atenta contra la dignidad de la persona. Similar solución fue adoptada por la STC 74/2007, de 16-4, en un supuesto de acoso moral en el que el derecho denunciado como violado fue la integridad moral. E igualmente fue este el criterio sostenido en la sentencia 250/2007, de 17-12, referida ahora a un caso de presunto acoso sexual.

Lo anterior señalado y centrando ya la cuestión en las afectaciones directas, algunas concretas manifestaciones de violencia laboral pueden lesionar otros derechos fundamentales, distintos de los ya analizados.

Por lo pronto, el acoso sexual constituye vulneración del derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18.1 CE. Así lo entendió el TC en la ya citada sentencia 224/1999, en la que se argumentó que «la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador, protege frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos», de modo que lo que diferencia al acoso del comportamiento amistoso es que «aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo» (FJ 4).

En segundo lugar, los acosos por razón de sexo calificados como discriminatorios atentan de manera frontal a la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE. En tales hipótesis y como ya se ha razonado, es la pertenencia de la víctima a un grupo social vulnerable la que determina la conducta hostil y vejatoria y, por consiguiente, de discriminación en atención a alguno de los criterios prohibidos de diferenciación.

En tercer lugar, el acoso moral también puede afectar al derecho al honor (art. 18.1 CE), ya que el núcleo de protección de este derecho fundamental reside en salvaguardar a las personas frente a descalificaciones; o, por decirlo con las palabras de la STC 219/1992, «a no ser escarnecido o humillado, tomando como referente las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (FJ 2). En todo caso, los tribunales laborales son reacios a considerar violado el derecho al honor profesional.

Un sector de la doctrina científica (Jurado Segovia)⁷ también considera que la libertad de expresión *ex art. 20.1 CE* puede resultar lesionado con ocasión de conductas de acoso moral, lo que acontecería, por ejemplo, cuando el acosador rompe las redes de comunicación e información de la víctima con sus compañeros, superiores o clientes, aislándola profesional y socialmente. Más que de libertad de expresión, tal vez el supuesto de hecho encajaría con mayor corrección en la libertad de comunicación. En todo caso y en lo que he podido constatar, no existen pronunciamientos de la doctrina judicial sobre el particular.

Por último, los derechos reconocidos en el art. 16 CE (libertad ideológica, religiosa o de culto) pueden también ser objeto de vulneración mediante conductas constitutivas de acoso moral. En tal sentido y como ha destacado el autor últimamente citado, las empresas ideológicas constituyen un terreno abonado para que las reacciones de los trabajadores en defensa de sus derechos o, lo que es igual, en contra de las eventuales extralimitaciones de la empresa a fin de salvaguardar su ideario deriven hacia situaciones de acoso moral, en el caso de carácter discriminatorio. Las sentencias de las Salas de lo Social del TSJ de Murcia de 31-5-2004 y de Cataluña, de 12-6-2006, notician sobre actos de discriminación por razón de creencias políticas.

7. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO J., *El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CANOSA USERA R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006
- CORREA CARRASCO M., *El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo*, en M. CORREA CARRASCO (dir.), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005
- HABERMAS J., *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, n. 44
- JURADO SEGOVIA A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La ley, 2008

⁷ Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La ley, 2008.

- MOLINA NAVARRETE C., *La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública: como vencer las persistentes resistencias*, en M. CORREA CARRASCO (dir.), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., *El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género. Acoso moral, discriminatorio y sexual en el empleo*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, 2010
- PÉREZ LUÑO A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecno, 1988
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO FERRER M., *Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1993, n. 1
- ROJAS RIVERO G.P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Bomarzo, 2005
- SÁEZ LARA C., *Acoso moral en el trabajo y derechos fundamentales*, en M. CORREA CARRASCO, B. VALDÉS DE LA VEGA (coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, 2007
- SERRANO OLIVARES R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, 2005
- VALDÉS DAL-RÉ F., *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, en A. BAYLOS GRAU, J. APARICIO TOVAR (coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992
- VALLEJO DACOSTA R., *El acoso sexual y acoso por razón de sexo. Riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2007, n. 1

La violencia de género en la relación de trabajo en España

de Carmen Ortiz Lallana

1. La violencia de género: violencia doméstica y en el trabajo. La reacción del ordenamiento jurídico-laboral

Pese a los avances conseguidos con la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral y al trabajo, la violencia ejercida contra ella sigue siendo, con demasiada frecuencia, en el siglo XXI, una de las reminiscencias más profundas de nuestra sociedad patriarcal más tradicional, basada en la *supremacía del varón*. Una sociedad en que, de una parte, el *estereotipo del género*, vinculado a connotaciones de carácter cultural y biológico, que asigna valores, expectativas y funciones sociales distintas dependiendo del sexo biológico y, de otra parte, el reparto de *roles sociales*, que dificulta sobremedida el posible intercambio de las distintas funciones vitales y sociales entre hombres y mujeres¹, confinan a la mujer a un lugar inferior al asignado a los hombres y la sitúan en una posición discriminatoria desde la perspectiva social y económica.

La tradicional reducción femenina al ámbito del hogar y de las relaciones familiares, que propician situaciones de aislamiento, dependencia social y a menudo económica y mayor vulnerabilidad de la mujer, facilitan el ejercicio de la supremacía masculina con mayor facilidad en el ámbito privado y son el caldo de cultivo del que, todavía hoy, se nutre el ejercicio de la *violencia de género en el ámbito doméstico*. En ella se interrelacionan violencia psíquica y

¹ Vid, ambos conceptos, “estereotipo del género”, “roles sociales” y sus implicaciones en Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009, 8.

física hasta destruir la integridad física y moral de la mujer propiciando situaciones de aislamiento, anulación de la personalidad, enajenación y exclusión social. Tal es así, que la violencia ejercida en el seno familiar se erige en la expresión más característica, pero también la más cruel, terrible y destructiva, de la violencia de género².

Pero esta última y la relación de dominio que la sustenta³ emerge en todos los ámbitos, no sólo en el privado sino también en el público y, señaladamente, en el ámbito laboral y profesional, bajo las denominadas formas de *violencia de género en el trabajo*⁴, integrada por el “acoso sexual” y el “acoso sexista” o “acoso por razón del sexo”⁵. El enfoque global de los problemas que plantea, únicamente se explica en las relaciones de dominio y subordinación que se producen en las estructuras de mando reales – no formales – de las organizaciones productivas y, básicamente en el contexto conformado, bien, desde la perspectiva de la víctima, por situaciones en los que la mujer es sometida a condiciones de aislamiento o escasa socialización en su trabajo, o bien, por la existencia de un fuerte componente sexual en las relaciones laborales del que son víctimas mujeres pertenecientes a colectivos fácilmente identificados y consolidados, y en el que la situación de acoso se alimenta de estándares socialmente admitidos⁶.

² Vid, CES: *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, Colección Informes, 1/2011, Madrid, 2012, particularmente, Cuadro 9, *Principales datos sobre la violencia de género en España*, 45.

³ Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La ley, Madrid, 2012, 93. Para este autor, la violencia de género constituye «una técnica de afirmación del dominio masculino sobre el sexo femenino», planteamiento que se repite en la pág. 109, a partir del Informe Rubenstein, 1986, según el cual, el acoso sexual refleje en gran parte, una relación de poder y se encuentra inextrínsecamente unido a la condición desfavorecida de la mujer en el trabajo y su posición subordinada en la sociedad. Un estudio del Informe en Altés Tarrega, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 42 y ss.

⁴ Denominación acuñada por Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, pág. 107. Vid también Gil y Gil, J. L.: “Violencia de género y acoso por razón del sexo”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, cit, 150.

⁵ Son los términos utilizados en las Directivas Comunitarias, como más adelante se verá; pero también los asumidos por la doctrina. Vid Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, cit., 12, Fernández Prol, F., “Violencia de género y acoso sexual”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, cit., 107. La interrelación entre ambos términos, Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 134 con profusión de doctrina al respecto en nota 6.

⁶ Vid. más ampliamente, Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 93 y 94.

Ambas formas de violencia de género constituyen una forma de *discriminación por razón del sexo*⁷, para la mayor parte de la doctrina una “discriminación directa”⁸, y ambas constituyen formas de *discriminación sistémica* de la mujer, en la medida en que el sujeto agente, ya actúe de forma individual y en un contexto muy privado o lo haga en el marco de la relación de trabajo, lo hace, aunque cada vez menos, al amparo de un marco social que propicia sus comportamientos⁹. Ambas vulneran el principio de igualdad y no discriminación – ex art. 14CE – y son ilícitos *pluriofensivos* porque son incompatibles, en todo caso, con la dignidad humana y los derechos fundamentales que la desarrollan: el derecho fundamental a la dignidad – ex art. 10.1CE – y a la integridad física o moral – ex art. 15 CE – y, en paridad, vulneran el derecho a la libertad¹⁰. También, en ambos casos, la violencia de género se produce o se proyecta en la relación laboral.

La primera de ellas – la violencia doméstica – constituye la expresión más *genérica* de la violencia de género en cuanto puede afectar a cualquier ciudadana en el ámbito de su vida privada, con independencia de su condición de trabajadora, pero cuando acaece se proyecta de manera decisiva en el ámbito de la relación laboral, condicionándola. El maltrato condiciona la vinculación de la mujer al mercado de trabajo: las lesiones físicas o psicológicas, el miedo, la coacción o la presión social pueden dificultar, cuando no impedir, el acceso al empleo y generar el incremento del absentismo en el

⁷ Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 109. Para Pérez del Río, T., «es una discriminación por razón del sexo contraria a las disposiciones del art. 5, parágrafo 1 de la Directiva relativa a la igualdad de trato y a la legislación adoptada por los Estados miembros para la aplicación de la citada Directiva». “La abusiva protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: Las Directivas 2000/43/CEE, 2000/78/CEE y 2002/ 73/CEE modificación de la Directiva 76/207/CEE”, *Revista de Derecho Social*, 19, 2002, 91 y ss. Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 131. Vid también, Quesada Segura, R., “La violencia de género como discriminación por razón de género”, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), Comares, Granada, 2009, 3 y ss.

⁸ Por todos, Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 143, Serrano Argüello, N., “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón del sexo”, *Aranzadi Social*, 54, 2011, 4.

⁹ Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 90, 92 y 93.

¹⁰ Además de lesionar el derecho a la intimidad en su vertiente de intimidad sexual – ex art. 18 CE – e, incluso, en los supuestos de acoso, los derechos al trabajo y a la protección de la seguridad y salud – ex arts. 35, 15 y 40.2 CE, Art. 14 CE, 7.3 LOIEMH y 17.1 ET. La STC 224/1999, de 13 de diciembre, RTC 1999/224 relativa al acoso sexual afirma que éste puede vulnerar el derecho a la no discriminación porque «por su frecuencia e intensidad» afecta más a las mujeres que a los hombres. Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, pág. 92, Gil y Gil, J. L., *op. cit.*, 162, Fernández Prol, F., *op. cit.*, 118.

trabajo como manifestación más generalizada, la disminución de rendimiento y/o de productividad, inasistencias o impuntualidades al trabajo, contribuyendo así a la “desprofesionalización” de la víctima¹¹ y su desconexión del mercado laboral. Y no es sólo que en estas circunstancias el trabajo se constituya en el principal y casi exclusivo contacto social de la víctima¹². Es también que la pérdida de éste genera su mayor desocialización, pérdida de confianza y autoestima y una mayor dependencia y servidumbre del agresor.

La segunda, la violencia en el trabajo o por su consecuencia, representa la expresión *específica* de la violencia de género en la medida en que se produce en el marco de una relación laboral. La agresión se lleva a cabo por el empresario, sus representantes, los compañeros de la víctima o terceros y se produce con ocasión y en el lugar de trabajo, durante la jornada laboral y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, con frecuencia en el ejercicio anormal, irregular o irrazonable de las prerrogativas y poderes empresariales¹³.

Frente a ello, el legislador reacciona adoptando medidas para erradicar la violencia de género y configura las relaciones laborales desde una doble perspectiva, como un espacio potencialmente violento en el que eliminar los comportamientos violentos y como un ámbito de socialización de las mujeres víctimas de la violencia de género, impregnando con ello a la relación de trabajo de una “condición emancipatoria”¹⁴. Se aspira a convertir la empresa en un espacio no violento en el que suprimir cualquier resquicio de violencia sexual y sexista, mediante la regulación del acoso en el trabajo y de evitar la desprofesionalización de las víctimas de la violencia doméstica, a través de un conjunto de medidas contempladas en la normativa estatal, los convenios colectivos, o los acuerdos de empresa que propicien el mantenimiento la relación laboral y profesional de la mujer.

2. De la invisibilidad de las conductas agresoras a la regulación expresa de sus consecuencias

Prescindiendo ahora, en aras de la brevedad, del análisis de la situación tradicional, en que las agresiones masculinas infligidas a la pareja o las mujeres que convivían en el seno familiar eran consideradas cuestiones absolutamente

¹¹ Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 97 y 98.

¹² *Ibidem*, 91.

¹³ Gil y Gil. J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 157 y 158.

¹⁴ Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 95, 97 y 98.

privadas e impenetrables por el ordenamiento jurídico y, por tanto, delitos “invisibles”, y obviando que, entre otras limitaciones, se supeditaba la capacidad de obrar de la mujer al consentimiento marital o de sus tutores y guardas legales y existía un complejo entramado normativo que, con la finalidad supuestamente proteccionista, le vedaba el acceso a determinadas profesiones y puestos de trabajo; es lo cierto que la regulación de la violencia de género llega a nuestro país desde la perspectiva de la igualdad entre los sexos¹⁵.

Sin menospreciar algún otro precedente¹⁶, lo cierto es que el Derecho Comunitario ha desempeñado un papel crucial en esta regulación. En desarrollo del art. 13 TCEE (actual art. 19 TFUE), la Unión Europea dictó en los años 2000 y 2002 sendas Directivas relativas al principio de igualdad de trato, en relación con las personas con independencia de su origen racial o étnico, en el empleo y la ocupación, o en lo relativo al empleo, la formación, y la promoción profesional, en las que se incluyen nociones similares al acoso como supuestos discriminatorios¹⁷.

Pero, el avance más significativo lo supuso la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que en el plano conceptual incluye, entre otras definiciones las de discriminación “directa” e “indirecta”, “acoso” y “acoso sexual” – art. 1,

¹⁵ Fernández Prol, F., *op. cit.*, 109.

¹⁶ Vid Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 91, notas 3 a 5 ambas inclusive. Sobre algunas decisiones del Tribunal Federal de estados Unidos y doctrina y jurisprudencia constitucional en nuestro país y Fernández Prol, F., *op. cit.*, 109 y 110 sobre el Informe Rubenstein. Acerca de este último, Altés Tárrega, J. A., *op. cit.*, 42 y ss. En la normativa internacional Romero Pardo, P.: “La protección de las víctimas de violencia de género en el ordenamiento internacional”, en AAVV *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, 109 a 151.

¹⁷ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, refunde las Directivas precedentes sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Sobre la Directivas Comunitarias y el Derecho de La UE, Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 135 a 141.

aptdos. a) a d) – y procede a incluirlos en el ámbito de la discriminación – art. 2.a) –, al tiempo que conmina a los Estados miembros a la adopción de medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón del sexo y en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción – art. 26.

La transposición de esta última a nuestro ordenamiento interno dio lugar en el ámbito laboral a diferentes normas¹⁸, pero sobre todo inspiró la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), que precede, no por casualidad¹⁹, a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEHM). Sus principales méritos consisten, entre otros, en ocuparse por primera vez del tema sin ambages e independientemente de cualquier compromiso de nuestro país por su pertenencia a organismos internacionales y, sobretodo, en mostrar la preocupación del Derecho del Trabajo, más allá de la relación de intercambio de salario y trabajo, por las eventualidades y circunstancias de las personas que se originan fuera del contrato de trabajo pero que, de manera decisiva, se proyectan sobre él.

La LOVG, que supone un paso decisivo de nuestro ordenamiento, «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 éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1). Define la *violencia de género* como «todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» – art. 1.3 –, y aporta una definición técnica del *síndrome*

¹⁸ En nuestro país, el legislador ha transpuesto las Directivas europeas 89/391/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, por medio de la LPRL, y mediante una regulación del acoso por motivos discriminatorios en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la LOIEMH. Asimismo, conviene tener en cuenta las previsiones de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 141-145.

¹⁹ Para algunos autores ambas leyes son complementarias. Vid Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., “La protección sociojurídica de la víctima de violencia de género”, en AAVV *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, *op. cit.*, 90 a 102. Vid también Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 96.

de mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes que actúan sobre el género masculino y femenino, situándole en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral». Es cierto que no aporta una definición de “acoso” ni “acoso sexual”; pero esta carencia se suple acudiendo a las Directivas reseñadas y particularmente al art. 2, apartados 1 y 2 de la D, 2006/54.

Además incorpora un conjunto de medidas abordando el problema desde una perspectiva “integral”, “multidisciplinar” y “transversal”, y se muestra especialmente atenta a la sensibilización social sobre el mismo y a la tutela institucional, penal, judicial y sociolaboral de las mujeres que padecen estas situaciones.

3. Las medidas sociolaborales como instrumento de lucha frente a la desprofesionalización de las víctimas de la violencia doméstica

La tutela socio-laboral de las víctimas de la violencia de género comprende un amplio elenco de medidas, que pretenden «garantizar derechos en el ámbito laboral que concilien los requerimientos de la relación laboral [...] con las circunstancias de aquellas trabajadoras [...] que sufran violencia de género» (art. 2.d) LOVG). Por razones de extensión, no se pretende aquí profundizar sobre ellas, pero sí dejar constancia de su existencia, su regulación y su finalidad.

Se incluyen medidas de protección en el ámbito social para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato. De otra parte, se regulan medidas de apoyo económico para que las víctimas generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo y finalmente, en los casos en que éstas carezcan de recursos económicos se prevén ayudas sociales.

Todas ellas están contempladas, básicamente, en el Capítulo II de la LOVG, relativo a *Derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social* – arts. 21 a 23 y en la disposiciones adicionales séptima y octava sobre “modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” y “modificación de la Ley General de Seguridad Social” respectivamente y concordantes –, sin perjuicio de las normas dictadas en ejercicio de la habilitación normativa atribuida al gobierno

por la propia ley para su ejecución – Disposición final cuarta –, o de las relativas a los derechos de las funcionarias públicas y de las trabajadoras por cuenta propia²⁰.

Para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos es necesaria la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras, ya sea mediante la «orden de protección extendida a favor de la víctima» o, “excepcionalmente”, tal vez por la urgencia de la adopción de las medidas de protección laboral y de Seguridad Social, «mediante el informe del Ministerio fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género mientras se dicte la orden de protección» (art. 23 LOVG); lo que no impide una cierta flexibilidad en la interpretación de ambas formas de acreditación cuando se trata del reconocimiento y obtención de otros derechos y prestaciones²¹.

3.1. Medidas para adecuar el tiempo de trabajo y su distribución a las necesidades de la víctima

Con la finalidad de «hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género» (art. 37.7 ET) se adopta un conjunto de medidas en que se distinguen, en primer lugar, las reconocidas legal o convencionalmente y relativas al *tiempo de trabajo y su distribución*. Hacen referencia, de una parte, a la posible reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de la prestación laboral, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se

²⁰ Capítulo III, *Derecho de las funcionarias públicas* (arts. 24 a 26) y disposición adicional novena LOVG de “Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública” LOVG y posteriormente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); y art. 21.5 LOVG y Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Vid: Martín Rivero, L., “La protección socio-profesional de la funcionaria y de la trabajadora autónoma”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 277 a 300.

²¹ Especialmente significativa, a efectos de la acreditación de la existencia de violencia de género en orden a la obtención de una pensión de viudedad resulta la Sentencia del TS (Sala de lo social) de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011/5108). Sobre la prueba en el proceso por violencia de género y la casuística jurisprudencial Vid. Castillejo Manzanares, R., “La acreditación de la situación de violencia de género”, AAVV: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 253 y ss.

utilicen en la empresa (art. 37.7 ET)²², para permitir a la trabajadora una mayor disponibilidad de su tiempo o una menor dificultad en la prestación de sus servicios laborales.

Estos derechos pueden ejercitarse en «los términos establecidos en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada»; pero, de no existir convenio colectivo ni acuerdo colectivo o individual al respecto, su concreción corresponde a la trabajadora, «siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias». Tal remisión se refiere a «la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la trabajadora dentro de su jornada ordinaria» (art. 37.6 ET)²³ y, en lo relativo a la resolución de discrepancias conduce a la modalidad procesal sobre los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente», contemplada en el art. 139 de la LRJS.

De otra parte, se incluyen las previsiones destinadas a aliviar las consecuencias del *absentismo laboral* en estos casos, estableciendo que las faltas de asistencia motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género y acreditadas por los correspondientes servicios de atención social o de Salud, no computarán a los efectos de una posible extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del art. 52. d) ET. Se preserva así la relación laboral de la trabajadora²⁴ y se la facilita la obtención de recursos que la independicen económicamente de su agresor.

²² Vid, por todos, López-Quñones García, A., “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 177 a 226. Martínez Yáñez, N., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I). Reducción y reordenación del tiempo de trabajo”, AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 299 a 345.

²³ Martínez Yáñez, N., op. cit., 331 a 342.

²⁴ El artículo 21, apartado 4, de la LOVG establece, con carácter general, que «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la mayor brevedad». Sin embargo, esta norma no encuentra un desarrollo correlativo en la Disposición Adicional Séptima de la LOVG, que, al reformar el ET, se limita a excluir «las faltas de asistencia [...] motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda» del cómputo de las faltas de asistencia a los efectos de un despido objetivo por “faltas de asistencia al trabajo” – según artículo 52, letra d), del ET. Tal defecto de desarrollo correlativo en la legislación estatutaria ordinaria plantea algunas

3.2. Movilidad geográfica y distancia del agresor

No menos importantes que las anteriores son, en segundo lugar, las previsiones de *movilidad geográfica*, que atribuyen a la víctima, en los casos en que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, un derecho preferente a la ocupación, siquiera sea temporalmente – y en las condiciones legalmente establecidas, de otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo – art. 40.3.bis ET²⁵. Con ello, se garantiza en mayor medida la pretendida protección de la trabajadora al conseguirse, además, el alejamiento entre ella y el sujeto agente de la violencia.

Más allá de los problemas interpretativos que plantea valorar cuando se entenderá obligada la trabajadora, el derecho regulado se concreta en una preferencia que a juicio de la doctrina, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, debería prevalecer frente a otros derechos de preferencia²⁶ y

carencias protectoras. Por ejemplo, la no regulación específica como permiso retribuido en el artículo 37.3 del ET aparenta permitir el descuento de los salarios correspondientes a las ausencias y/o a las faltas de puntualidad, salvo, naturalmente, si esas ausencias encontrasen amparo en algún permiso retribuido – como el traslado del domicilio habitual ex artículo 37.3.c) del ET o la asistencia a diligencias judiciales ex artículo 37.3.d) del ET. Asimismo, se debió establecer algún matiz – y aún reconociendo el importante juego aplicativo de la prohibición de despido disciplinario según el nuevo artículo 55.5.b) del ET – a los efectos de la aplicación del artículo 54.2.a) del ET, donde, recordémoslo, se consideran causa justificada de despido disciplinario “las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”. Vid. Lousada Anchorena, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, versión digital, 6. Vid también, Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 415 a 435.

²⁵ Vid. López-Quñones García, A., *op. cit.*, 237 a 250. Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (II). Movilidad geográfica”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 345 a 380. Por lo demás, según lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la LOVG, «se tendrá en cuenta la necesaria coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género, cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma».

²⁶ Como el de movilidad voluntaria de los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4.e ET), el derecho de consorte (art. 40.3 ET) o, incluso el derecho preferente a ocupar una plaza vacante del excedente voluntario (art. 45.6 ET). Lousada Anchorena, J. F., *op. cit.*, 4.

que, en aras de posibilitar su ejercicio, obliga a la empresa a «comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momentos o las que se pudieran producir en el futuro», al tiempo que comprende dos fases diferenciadas. Una inicial, cuya duración es de 6 meses durante los cuales la empresa está obligada a reservar el puesto de trabajo que con anterioridad ocupaba la trabajadora y una segunda fase, terminado este periodo, en que la víctima podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, decayendo en este último caso la obligación de reserva.

3.3. La suspensión como forma de mantenimiento del contrato y trabajo y la extinción como solución extrema

En tercer lugar, resulta obligada la referencia a las posibles vicisitudes por las que deba atravesar la relación laboral en estas circunstancias y, más particularmente, a los supuestos de *suspensión*²⁷ o *extinción del contrato de trabajo*²⁸, cuando la trabajadora se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo, ya sea por el periodo temporal establecido – art. 45.1.n) en relación con el art.48.6 ET – ya sea definitivamente – art. 49.1.m) ET.

En el primero de los supuestos, revista la suspensión forma o no de excedencia, esta no podrá prolongarse por más de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión; en cuyo caso el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses con un máximo de dieciocho. No obstante, debe tenerse en cuenta que cuanto mayor sea la duración de la ausencia de la víctima mayor es el riesgo de desprofesionalización que asume, pero al menos se le permite el mantenimiento del vínculo laboral. En el último

²⁷ Por todos, Castro Mejuto, L. F., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (III). Suspensión contractual”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 385 a 415. Vila Tierno, F., “Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de la violencia de género”, AAVV: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 251 a 277.

²⁸ Vid. Medina Castillo, J. E., “El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género. Aspectos procesales”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 151 a 177. Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (V). Extinción contractual”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 435 a 457. Rodríguez-Martin Retortillo, R. M., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (VI)”. “Sobre la naturaleza jurídica del supuesto extintivo regulado en el art. 49.1.m) ET”, AAVV: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 457 a 467.

caso, extinguido el contrato éste trata de diferenciar la dimisión de la trabajadora víctima de la violencia de género, de otras dimisiones voluntarias por parte del trabajador. En uno y otro caso, estas medidas se complementan con medidas de Seguridad Social y acción social que más adelante se expondrán.

La regulación de estos derechos, en su conjunto, no parece impedir que la trabajadora que inicialmente ejercitó sus derechos de reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo o movilidad funcional, de menor incidencia en su vida profesional, pueda en un momento profesional posterior ejercitar su derecho a la suspensión o extinción del contrato.

3.4. La nulidad del despido y la bonificación del contrato de interinidad para sustituir a la víctima, como garantías de la efectividad de sus derechos

En el plano de la calificación judicial del despido, será nula la decisión extintiva empresarial por causas objetivas y el despido disciplinario de la trabajadora, cuando tenga su causa en el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en la Ley – arts. 53.4.b) y 55.5 b) ET; tratando de garantizarse así, a modo de pasador de seguridad, la efectividad de estas medidas, puesto que nulidad del despido conlleva el efecto de la readmisión inmediata de la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir – art. 55.6. ET.

Tratando de mitigar los efectos negativos que sobre la dinámica empresarial pueden generar el ejercicio de los derechos de las trabajadoras y para que las medidas que inciden sobre la relación laboral no se convierta en un elemento disuasorio de la contratación de este colectivo, se prevé que las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se

realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo (art. 21.3 LOVG)²⁹.

4. Medidas de reacción ante la situación de necesidad de las víctimas de la violencia doméstica: Seguridad Social y acción social

La respuesta integral que el legislador presta a la violencia de género y a la protección social de sus víctimas, viene de la mano del art. 41 CE tratando de reaccionar ante la situación de necesidad de éstas e incluye la cobertura de carencias en la regulación de las prestaciones sociales públicas en su favor. En esta respuesta ocupan un lugar destacado las medidas de Seguridad Social destinadas a paliar la situación económica de aquellas trabajadoras que se acojan a la suspensión o extinción del contrato de trabajo en los términos anteriormente expuestos, facilitando el acceso a la prestación por desempleo o atemperando las condiciones de mantenimiento y acceso a la misma y tratando, además, de superar situaciones anteriores, cuando menos enojosas, en que la víctima devengaba prestaciones sociales a favor del agresor.

4.1. Disposiciones de Seguridad Social

El art. 21.2 de la Ley señala que «la suspensión y extinción del contrato de trabajo, previstas en el apartado anterior darán lugar a la situación legal de desempleo» y que «el tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de seguridad social y desempleo» y con esta finalidad, la disposición adicional octava lleva a cabo la modificación de los correspondientes preceptos de la LGSS.

Se introduce como situación legal de desempleo la resolución contractual voluntaria por parte del trabajador en el supuesto previsto en el art.49.m) ET y la suspensión de la relación laboral en el supuesto contemplado en la letra n) del art.45 ET (art. 208.1.1.e) y 1.2 LGSS). La protección se completa estableciendo que el tiempo de suspensión «se considerará como periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo» (art. 124.5 LGSS).

²⁹ Más ampliamente y en profundidad, Salas Porras, M., “Las políticas públicas de creación de Empleo para las mujeres víctimas de violencia de género”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 302 a 327.

En relación con este último, «a efectos de determinación del periodo de ocupación cotizada [...] se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial», pero «no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45. 1.n) del ET». Por otro lado, «no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa»; «excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1. n) ET, tal como establece el artículo 124.5» de la LGSS (art, 210.2 LGSS).

En lo relativo al acceso y mantenimiento de la prestación, en primer lugar, la situación legal de desempleo, cuando tiene su causa en los supuestos previstos en los arts. 49.1.m) y 45.1.n) ET, debe acreditarse aportando la comunicación escrita del empresario sobre la extinción o la suspensión temporal de la relación de trabajo, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género (disposición adicional cuadragésima segunda LGSS). En segundo lugar, dada la dificultad que puede suponer para la víctima cumplir con el “compromiso de actividad” que conlleva una serie de obligaciones relativas a la búsqueda activa de empleo, en los términos a que hace referencia el art. 231. LGSS, se prevé que «El servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género a los efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito» (apartado 2, párrafo tercero). Repárese en que el incumplimiento del compromiso de actividad de los desempleados, puede determinar la pérdida de la prestación.

Como supuesto específico, a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género, que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspende la obligación de cotizar durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación es considerada como asimilada al alta y a estos efectos, se toma una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar (art. 21.5 LOVG).

Por último, resulta paradójico que, en nuestro ordenamiento jurídico laboral se permitiese que el agresor pudiera percibir alguna prestación de Seguridad

causada por la víctima de su propia violencia y, señaladamente, la prestación de muerte y supervivencia, con la única salvedad de que ésta se extinguía «por declaración en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante».

Habida cuenta de la insuficiencia de esta salvedad, dado que, de una parte, las prestaciones de viudedad no son las únicas de muerte y supervivencia y que, de otra parte, quedaba sin solución una variada casuística en que el agresor continuaba siendo beneficiario de la prestación, se establece que «quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos», teniendo en cuenta que el Sistema Público de seguridad Social el régimen general y los regímenes especiales de seguridad Social ex art. 174 LGSS). También que «a quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos» (disposición adicional primera, párrafos 1 y 2 LOVG).

4.2. Ayudas sociales

Hasta fechas relativamente recientes, las mujeres víctimas de la violencia de género no aparecían como uno de los colectivos tradicionales a los que se dirigían las ayudas de los Programas de Fomento del empleo, pero en poco más de una década han pasado a ser calificadas jurídicamente como colectivo con especiales dificultades de empleo, con un tratamiento diferenciado en el marco de las políticas de empleo³⁰. Como consecuencia de ello, si carecen de recursos económicos se les garantizan *ayudas sociales* cuando se estime que «debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales», no van a mejorar de forma sustancial su empleabilidad (EM, III, LOVG) y para hacerlas efectivas se contempla su incorporación al *programa de acción específico* creado al efecto para su inserción profesional.

³⁰ Vid. Olarte, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivización de las Políticas Activas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, 168.

Estas *ayudas*³¹, que se modulan en relación a la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor y son compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual³², si bien no tienen la consideración de beneficiarios de las ayudas previstas en esta última norma, a título de víctima indirecta, quienes sean condenados por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o ex cónyuge o la persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso basta la mera convivencia (disposición adicional primera, párrafo 3 LOVG).

El art. 27 LOVG establece la renta máxima que puede percibir la trabajadora para ser perceptora de las ayudas, la cuantía de éstas, que se elevan si la trabajadora presenta un grado de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, si tiene responsabilidades familiares, o familiares que convivan con ella que tengan reconocida oficialmente una minusvalía, así como las condiciones por las cuales puede presumirse que la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por esa circunstancia no participará en los programas establecidos para su inserción laboral. Son financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y se conceden por las Administraciones competentes en materia de Servicios sociales, fundamentalmente las distintas Comunidades Autónomas. Su régimen jurídico es objeto de un detallado desarrollo reglamentario³³.

En cuanto al *Programa de inserción sociolaboral*³⁴, incorpora disposiciones dirigidas a las víctimas de violencia de género desempleadas, inscritas en los servicios públicos de empleo, que buscan su inserción sociolaboral para que, de este modo, puedan acceder a la independencia económica y personal necesaria

³¹ Sobre las ayudas sociales a las mujeres víctimas de la violencia de género, vid. Ron Latas, R., "La protección social de las víctimas de la violencia de género", AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 659 a 662.

³² Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual. BOE núm. 0296, de 12 de diciembre de 1995.

³³ Real Decreto 1453/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 2005.

³⁴ Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género. BOE núm. 297, de 10 de diciembre.

para romper el vínculo con su agresor y lograr su efectiva recuperación integral. En ellas se diseñan, como medidas de actuación, un *Itinerario de inserción sociolaboral*, individualizado y realizado por personal especializado y un “programa formativo específico” para favorecer la inserción social y laboral que consta de dos fases. Una primera de preformación, cuyo objetivo es facilitar a las beneficiarias el desarrollo de habilidades sociales y, en su caso, una cualificación básica, así como motivar a las víctimas en su incorporación o reincorporación al mercado de trabajo teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres extranjeras, como puede ser el idioma, y de las mujeres discapacitadas, en su caso. Una segunda fase de formación para el empleo, cuyo objetivo es proporcionar a las participantes formación profesional para el empleo en distintas especialidades que se adapten a su perfil inicial y pertenezcan a sectores de actividad con capacidad para generar empleo, garantizando así su inserción en el mercado laboral. Durante el tiempo de participación en una acción formativa la mujer tendrá derecho a percibir una beca por asistencia, de cuantía determinada, por día lectivo hasta la finalización del curso.

Entre las diferentes medidas se contemplan, además, incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia, para las empresas que contraten a mujeres víctimas de violencia de género, y para facilitar la movilidad geográfica de las mujeres que, como consecuencia de su contratación, tengan que trasladar su residencia habitual. Estas últimas podrán recibir subvenciones correspondientes a gastos de desplazamiento, de transporte de mobiliario y enseres, de alojamiento, de guardería y de atención a personas dependientes e Incentivos para compensar diferencias salariales.

La gestión y tramitación de las subvenciones establecidas en este Programa corresponde a los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas, al haber asumido las competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, a excepción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que se gestionan por el Servicio Público de Empleo Estatal³⁵.

³⁵ Vid, más extensamente Mella Méndez, L., “El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 273 y ss. Sobre los antecedentes del Plan y la inserción de las mujeres víctimas de la violencia de género en el colectivo con especiales dificultades de empleo y la asignación de ayudas estatales y autonómicas en el contexto de las políticas de empleo, Vid. Perán Quesada, S., “Las medidas de inserción dirigidas a las mujeres víctimas de la violencia de género”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de la violencia de género*, op. cit., 329 a 365.

5. La violencia de género en el trabajo o por su consecuencia: la lucha contra el acoso laboral sexual o sexista

Retomado los precedentes normativos en materia de igualdad de género, es preciso remontarse a la Exposición de Motivos de Directiva 2006/54 según la cual «el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo». Ambas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción y deben estar sujetas a «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

En este contexto, la Directiva conmina «a los empresarios y a los responsables de la formación profesional» a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

5.1. Tipología: Acoso sexual y por razón del sexo. Chantaje sexual y acoso ambiental

La Directiva 2006/54, además, acuña las definiciones de “acoso” y “acoso sexual” (art. 1.c). y ambas sirven para integrar el contenido del art. 4.2.e) ET, que después de la transposición de la norma Comunitaria a nuestro ordenamiento interno, con cierta parquedad al respecto, reconoce el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, «al respeto de su intimidad, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente» al “acoso sexual” y al “acoso por razón del sexo”. En sintonía con ello, la LOIEHM, fruto de la transposición de las Directivas 220/73/CEE, 76/2007/CEE y 2004/113/CEE e inspirada en la propia D.2006/54, esta última con efectos generales para el conjunto del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en su art. 4, incorpora al derecho interno la duplicidad de conceptos de acoso, que ha llevado a la doctrina a tipificar distintas conductas acosadoras, y a utilizar distinta terminología en relación con cada uno de ellos.

Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, es acoso sexual, 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 (art. 7.1 LOIEHM). De otra parte, constituye “acoso por razón de sexo” 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 (art. 7.2 LOIEHM) y, el «condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

La conjunción de las normas comunitarias e internas permite deducir que bajo la definición de acoso sexual se incluyen comportamientos verbales o físicos, de carácter sexual, que sean ofensivos, con independencia de que exista o no intencionalidad en ellos. No obstante, una interpretación correctora y conforme a las Directivas permite incluir comportamientos no verbales o no físicos – psicológicos –, si bien la inclusión de cualesquiera conductas no implica su equiparación en el nivel de protección. Con carácter general, una agresión física debe ser objeto de una mayor protección que una solicitud sexual o la sumisión del trabajador a un acoso ambiental sin requerimiento ni solicitud; de manera que no puede darse un tratamiento uniforme o lineal al acoso sexual en el trabajo al abarcar éste multiplicidad de supuestos.

El carácter sexual de las conductas conduce a comportamientos directa o indirectamente encaminados a la consecución de una «satisfacción carnal o libidinosa» que responde a estereotipos sociales, que hacen muy difícil la distinción entre lo sexual y lo sexista más allá de planteamientos puramente teóricos. El carácter ofensivo resulta inherente al acoso y es independiente de la manifestación de rechazo al acoso, más o menos explícita de la víctima. La exigencia del carácter no deseado de la conducta acosadora, impuesta por la Directivas 2006/54, carece de sentido en la medida en que ningún comportamiento ofensivo es deseado por el sujeto pasivo que lo recibe y su erradicación en nuestro ordenamiento interno supera importantes problemas prácticos y procesales de carácter probatorio. En cualquier caso, deben concurrir elementos objetivos de humillación o trato vejatorio.

Los elementos definitorios del “acoso por razón del sexo” son semejantes a los del “acoso sexual”, salvo la naturaleza sexual de este último, que se sustituye por la expresión realizado “por razón del sexo de una persona”, sirviendo aquí, a propósito de esta distinción lo anteriormente expuesto. Lo fundamental es que, como se ha dicho en páginas precedentes, en ambos casos se vulnera la integridad física o moral de la víctima, su intimidad sexual y, al producirse el acoso en el marco de la relación laboral, también su derecho al trabajo.

Por lo demás, la Ley de igualdad tipifica como conducta acosadora el chantaje sexual, también denominado acoso de intercambio o “quid pro quo”, que se produce cuando se condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el

cese del trabajador a la realización de un acto de contenido sexual. En este caso, el intercambio no necesariamente se centra en un acto carnal, sino que puede extenderse a otras ofensas verbales y el chantaje puede producirse de forma explícita, directa o expresa, o bien de forma implícita indirecta o tácita. A diferencia de estas conductas, el denominado “acoso ambiental” tiene lugar cuando el acosador sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la víctima sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, la condición laboral o el cese del trabajador. Mientras el chantaje constituye una forma de acoso vertical porque el sujeto activo del mismo únicamente puede ser quien tiene capacidad de decisión sobre el acceso al empleo, la condición laboral o el cese de la víctima – el empresario, su representante legal o una persona con competencia delegada –, en el acoso ambiental se multiplican los sujetos activos ampliándose la posible esfera de actuación, en sentido horizontal o lateral a compañeros de trabajo, clientes o terceros relacionados con la empresa.

En definitiva, los trabajadores tienen derecho a una relación de trabajo sin violencia sexual cualquiera que sea su tipología. El empresario tiene el deber de no acosar, pero también en el ejercicio de sus potestades empresariales, la obligación de proteger a los trabajadores frente al acoso en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción y, en general, en el ámbito de la relación laboral. Protección que se extiende a las conductas acosadoras que se produzcan en el lugar de trabajo o en relación con el mismo y durante la ejecución del trabajo fuera de la empresa o del centro de trabajo; porque lo determinante para calificar como laboral el acoso es que éste se haya producido en el ámbito en que se proyecta el poder de dirección del empresario.

5.2. Protección jurídico-laboral frente al acoso sexual o por razón del sexo en el trabajo

Inspirado en lo dispuesto en el art. 1.c) de la Directiva 2006/54, nuestro ordenamiento jurídico interno contempla la protección contra el acoso en el trabajo. El art. 48 LOIEHM, bajo la rúbrica *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo* conmina a los empresarios a «promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y a *arbitrar procedimientos* específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo». Alude, por tanto, a una doble dimensión protectora, tanto en sus aspectos preventivos como represivos.

Incluye mecanismos de tutela preventiva y mecanismos sancionatorios y reparadores y a la par que impone al empresario un deber de salvaguardia, de carácter preventivo, le impone una responsabilidad por las conductas acosadoras.

Al hacerlo faculta a las empresas, al establecimiento de medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación para lo que llama a la colaboración con los representantes de los trabajadores mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos. Como instrumento idóneo, la Ley (art. 49) faculta a unos y otros para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, e impone al Gobierno el establecimiento de medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario.

5.2.1. Mecanismos de tutela preventiva

El acoso sexual en sus diferentes manifestaciones, puede repercutir en la salud física y psíquica del trabajador, conformando un riesgo psicosocial frente al cual el derecho puede ser más útil desde la prevención que desde la sanción³⁶.

Si bien la LOIEHM desaprovecha la ocasión de regular expresamente el acoso desde una perspectiva preventiva, permite incluirlo en el ámbito de la salud laboral³⁷ hasta configurar un deber preventivo, que se fundamenta con carácter general en la buena fe del empresario y se concreta en el deber legal de protección de la seguridad y salud laboral³⁸. La protección frente a este riesgo determina la aplicación del complejo entramado contenido en la LPRL, que tampoco hace referencia alguna al riesgo “acoso”, pero permite acudir al auxilio de sus normas generales. Así el art. 14 apartados 1 y 2, garantiza el derecho de los trabajadores a una «protección eficaz en materia de Seguridad y Salud en el trabajo», en correspondencia con el deber empresarial de

³⁶ Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 163 y 166. Cabeza Pereiro, J., “La salud psicológica y social de los trabajadores: Prevención de riesgos laborales”, en AAVV *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, (Coord. y Dir. Monereo Pérez, J.), Comares, Granada, 2009, 422 y ss. Vid también, sobre los mecanismos de prevención, Fernández Prol, F., *op. cit.*, 121 a 123 y Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 175 a 180.

³⁷ Fernández Prol, F., *op. cit.*, 122. Con cita de doctrina en idéntico sentido. Vid nota 48.

³⁸ Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 167.

integración de la actividad preventiva en la empresa y de «adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores».

En definitiva, en la prevención del acoso sexual o por razón del sexo pueden participar distintos agentes y el acoso horizontal puede adoptar prácticas subrepticias de difícil conocimiento para el empresario o sus representante; pero la prevención de los riesgos psicosociales corresponde sobre todo al empresario que ha de evaluar y planificar la actividad preventiva; de manera que si éste conociera la existencia de un riesgo psicosocial en su ámbito de dirección y no adoptara las medidas necesarias para evaluarla y evitarla incurriría en responsabilidad por incumplimiento de lo previsto en el art. 16 LPRL y arts. 3 y siguientes del RSPRL. Evaluado el riesgo, si no adoptara las medidas necesarias para erradicar la situación incumpliría lo establecido en los arts. 16.2 LPRL y 8 y 9 RSPRL³⁹.

5.2.2. Mecanismos de tutela sancionatoria y resarcitoria

Partiendo de la calificación del acoso sexual y por razón del sexo como actos discriminatorios en los términos expuestos en páginas anteriores, resulta de aplicación a estos supuestos el conjunto normativo de choque frente a la discriminación, tanto en lo relativo a las normas sustantivas que declaran la nulidad de los actos discriminatorios como a las procesales y más particularmente las atinentes a la distribución de la carga de la prueba.

5.2.2.1. Tutela dispensada por las normas sustantivas

Las conductas de acoso sexual y por razón del sexo son nulas por discriminatorias (art. 10 LOIEHM). El empresario en ejercicio de su poder disciplinario debe despedir al trabajador agente de la conducta acosadora (art. 54.2g) ET⁴⁰ y el despido que tenga por móvil una conducta acosadora será nulo (art. 55.5 ET)⁴¹, debiendo la empresa readmitir a la víctima con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET) con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados⁴².

³⁹ Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 177, apoyado en la doctrina y la jurisprudencia. Vid notas 106 y 107. Vid también, 179 y 180.

⁴⁰ Apartado 13 de la disposición adicional décimo primera LOIEHM.

⁴¹ Apartado 14 de la disposición adicional décimo primera LOIEHM.

⁴² Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 181 y nota 115.

Cuando el sujeto activo del acoso sea el empresario, se activa el mecanismo de la “sanción social de nulidad”⁴³ contemplada en el art. 17 ET que determina la nulidad radical del acto discriminatorio, siendo nulas u sin efecto las ordenes y las decisiones empresariales adoptadas como reacción ante una reclamación en la empresa o una acción administrativa o judicial destinada a restablecer el principio de igualdad. En tal caso, declarada nula la decisión extintiva empresarial por atentatoria al derecho a la intimidad y a la integridad física y moral procederá la readmisión del despedido con la correspondiente indemnización⁴⁴. Además, el acoso puede justificar la resolución contractual por voluntad del trabajador, ex artículo 50 ET, constituyendo un incumplimiento grave del empresario que determine la declaración judicial extintiva de la relación obligatoria con derecho a la indemnización correspondiente⁴⁵. Los tribunales y su jurisprudencia han sido decisivos a la hora de determinar que el comportamiento del empresario pueda dar lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados al trabajador afectado⁴⁶.

5.2.2.2. *La tutela judicial*

En el ámbito jurisdiccional, frente al acoso sexual o por razón de sexo pueden instrumentarse todos los mecanismos y técnicas establecidas tanto por el texto constitucional como por la legalidad vigente frente a la vulneración de los derechos fundamentales. Las reclamaciones judiciales podrán ejercitarse ante la jurisdicción social a través de las distintas modalidades procesales destinadas a enjuiciar los diferentes daños causados por el acoso, pero también, señaladamente cuando el trabajador acosado quiere continuar en la prestación de servicios y el art. 184 LRJS permite acudir a este cauce procesal, mediante la modalidad procesal de *tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas* (arts. 177 y sgts LRJS).

⁴³ Pérez del Río, T., *op. cit.*, 66.

⁴⁴ Fernández Prol, F., *op. cit.*, 124 y Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*

⁴⁵ Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 183 y nota 119, del mismo autor, “La responsabilidad contractual del empresario derivada del acoso moral en el trabajo”, *Capital Humano*, n. 156, junio de 2002, 86 y 87; “Indemnizaciones por despido y daños y perjuicios”, *Capital Humano*, n. 181, octubre de 2004, 122 y 123, Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del trabajo”, *Tribuna Social*, n. 145, 2003, 25 y ss.

⁴⁶ Ante la ausencia de un criterio legal para la fijación de la indemnización adicional, la jurisprudencia cuantifica acudiendo al baremo de accidentes de circulación y en alguna ocasión nuestros tribunales han reconocido una indemnización adicional por daños y perjuicios cuando el trabajador la solicita, en vez de la extinción del contrato de trabajo. Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 185 y notas 125 y 126.

A través de ella, una vez declarada la existencia de vulneración de los citados derechos y libertades, el afectado obtendrá el cese inmediato del comportamiento acosador. Si procede, obtendrá además, la nulidad del acto mediante el cual se perpetró el acoso y la reposición del acosado a la situación anterior a producirse la vulneración de los derechos fundamentales y una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la conducta acosadora⁴⁷; tutela resarcitoria que se ampara en los arts. 182 y 183 LRJS, inspirados en el art. 18 de la D. 2006/54 y conforme a los cuales la indemnización decretada alcanza una doble virtualidad: de una parte, es compatible con otra legalmente tasada, como la obtenida por la modificación o extinción del contrato de trabajo, en su caso, y de otra parte se configura como un derecho condicionado a la prueba del daño efectivamente producido⁴⁸. Además, esta modalidad procesal presenta peculiaridades específicas como el carácter preferente y sumario de este procedimiento frente a otras modalidades procesales (art. 179.1 LRJS), la traslación de la carga de la prueba (arts. 96.1 y 181. LRJS), o la posibilidad de acordar medidas cautelares en determinados supuestos⁴⁹.

En cualquier caso, los mayores obstáculos para lograr la efectividad de la protección frente al acoso, derivan de la dificultad de probar el comportamiento acosador y a este respecto debe tenerse en cuenta que, con independencia de la modalidad procesal instrumentada, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón del sexo, orientación o identidad sexual y en

⁴⁷ *Ibidem*, 185.

⁴⁸ Pérez del Río, T., *op. cit.*, 73 y 74.

⁴⁹ En efecto, *tales ventajas consisten en la carga de la prueba* (arts. 96.1 y 181.2 LRJS); *la prioridad y urgencia absoluta* frente a cualquier otro procedimiento laboral y frente a otros recursos (art. 179.1 LRJS); *la posibilidad expresa, a través de un incidente específico urgente con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, de acordar medidas cautelares, incluida la suspensión de los efectos del acto impugnado*, «cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada de otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos» (arts. 180 y 303 LRJS); el que «el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de *las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas*» (art. 177.3 LRJS); la posibilidad de decretarse la ejecución provisional, siendo las sentencias de instancia «ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse, y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación» (art. 303.1 LRJS), y la recurribilidad en suplicación, en todo caso, de la sentencia de instancia [art. 191.3.f) LRJS]. Gil y Gil, J. L., «Violencia de género...», *op. cit.*, 180.

cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental y libertad pública», se produce una traslación de la carga probatoria y «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 96 LRJS)»⁵⁰.

5.2.3. Medidas sancionatorias y penales

El acoso sexual, cuando se produce en el ámbito de las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, se tipifica como una infracción muy grave (art. 8. 13 y 13 bis LISOS) que lleva aparejada la correspondiente sanción administrativa de carácter pecuniario (art. 40.1 LISOS), así como la aplicación de sanciones complementarias consistentes en la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y cuantos beneficios deriven de la aplicación de los programas de empleo y la exclusión automática del acceso a estos beneficios temporalmente (art. 46 bis LOIEHM)⁵¹.

En el ámbito penal, las conductas acosadoras se contemplaban en el Código penal, sancionándose el acoso sexual pero no el acoso psicológico, aunque éste último pudiera incardinarse en diversos tipos delictivos⁵². En la actualidad existe un tipo penal específico que sanciona el acoso laboral. Ya en su Preámbulo, XI, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre señala que dentro de los delitos contra la integridad moral, «se incrimina la conducta laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad». Por tanto, «quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas». En particular el art. 173.2 CP castiga a quienes, «en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima»

⁵⁰ *Ibidem*, 182.

⁵¹ Fernández Prol, F., *op. cit.*, 125.

⁵² Según los casos, podía constituir un delito de lesiones (arts. 147 y ss. CP), amenazas (arts. 169 y ss. CP), coacciones (art. 172 CP), contra la integridad moral (art. 173 CP) o contra la intimidad (art. 197 CP), o un delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 311.1 o 316 CP). Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 195.

con pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, el acoso por razón del sexo puede encontrar encaje en otros tipos penales⁵³.

6. Conclusiones

1. La violencia de género es una realidad execrable en la vida social e intolerablemente frecuente en el ámbito de las relaciones laborales de nuestro país, pese a que en las últimas décadas ha ganado visibilidad y es objeto de regulación jurídica de manera integral.

El legislador ha reaccionado frente a esta realidad a través de un conjunto normativo en el que destacan la LOVG y la LOIEHM. En él se configuran las relaciones laborales desde una doble perspectiva. Como un espacio en el que erradicar los comportamientos violentos como el “acoso sexual” o el “acoso por razón del sexo” y como un ámbito de resocialización de las mujeres víctimas de la violencia doméstica. Desde esta dualidad se acomete la parca regulación del acoso cuya tipificación se integra con el contenido de las Directivas Comunitarias en la materia, a cuya erradicación contribuyen mecanismos de tutela preventiva, sancionatoria y resarcitoria. Se ordena, asimismo, un conjunto de medidas, que pretenden garantizar derechos que concilien los requerimientos de la relación laboral con las circunstancias de las trabajadoras que sufran violencia de género, evitando así su desprofesionalización a través de la reducción o la reordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y la extinción del contrato laboral, posibilitando el acceso a la prestación de desempleo en estos supuestos y garantizando ayudas sociales que se incorporan a programas de acción específicos.

Este conjunto regulador ha tenido una trascendencia innegable en el avance de la efectividad y el derecho a la asistencia social integral de las mujeres víctimas de la violencia de género y, en general, en la prevención y sanción del acoso sexual en todas sus variables. Merece una valoración altamente positiva. Su contenido constituye un marco general suficiente, aunque imperfecto e incompleto, en el que es preciso seguir avanzando.

2. En el marco legal descrito, se detectan algunas cuestiones interpretativas y lagunas normativas que vienen a colmarse por la jurisprudencia y ausencias en

⁵³ *Ibidem*, 195 y 196.

la tipificación de los supuestos de “acoso psicológico” y “acoso por omisión”, que se integran, además, mediante el contenido de las Directivas Comunitarias. Pero junto a estas cuestiones y algunas otras, de menor relevancia, dada su subsanación en los términos aludidos en uno y otro caso, es lo cierto que persisten reductos de la vida laboral en que las medidas adoptadas carecen de operatividad, como sucede en el caso del acceso al empleo de las víctimas y en los que su ámbito de aplicación resulta insuficiente. Por el intrínseco carácter laboral, estatutario o funcional de estas normas, la protección que otorgan no se extiende a aquellas otras prestaciones de servicios a las que no resultan de aplicación el ET, EBEP o LETA, quedando las mujeres que las prestan al margen de esta regulación y, por tanto, sumidas en la situación previa a la aprobación de la LOVG y la LOIHM. Junto a todo ello, más allá del acomodo de la prestación de desempleo a las situaciones de suspensión y extinción del contrato de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, existen algunas otras prestaciones de Seguridad Social que no han sido tenidas en cuenta y que deberían adaptarse a las necesidades de este colectivo especialmente sensible y vulnerable.

Finalmente, ambos textos legales permanecen incompletos. Diseñan el esquema básico para atajar la violencia de género, pero es necesario un mayor esfuerzo de los demás agentes responsables que, con frecuencia se limitan a reiterar en las normas colectivas, a veces literalmente, los preceptos legales sin desarrollar ni contribuir a mejorar el contenido legal que por la pasividad de los agentes sociales puede verse relegado al mínimo de los contenidos posibles.

3. Las distintas formas de violencia de género son ilícitos pluriofensivos de los derechos fundamentales y constituyen discriminaciones sistémicas en la medida en que el sujeto agresor, ya actúe de forma individual y en un contexto muy privado, ya en el marco de la relación de trabajo, individualmente o en grupo, lo hace al amparo de un contexto social que tolera su comportamiento, si bien éste tiende a ser progresivamente reprobado. Aun hoy, el acoso sexual cuenta con un insostenible margen de tolerancia del que participan algunos empresarios y compañeros de trabajo y en determinados ámbitos sociales la violencia contra la mujer – aunque cada vez menos – se nutre de estándares sociales admitidos, cuando no trata de justificarse de manera vergonzosa y vergonzante con falsos estereotipos todavía reminiscentes.

La resistencia al cambio de los roles y estándares sociales y a la pérdida de un implícita relación de dominio sobre la víctima obstaculizan la efectividad de las leyes y constituyen el sustento de estas conductas violentas. La eficacia de las normas, junto a medidas preventivas, sancionatorias y punitivas, requiere de la más absoluta repulsa social y un cambio en los valores educativos y

formativos. Es necesaria una educación en la igualdad y la no discriminación por razón del sexo y una ciudadanía que, con la más absoluta firmeza, rechace los comportamientos discriminatorios y violentos por razón del sexo.

7. Bibliografía

- ALTÉS TARREGA J.A., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002
- CABEZA PEREIRO J., *El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CABEZA PEREIRO J., La salud psicológica y social de los trabajadores: Prevención de riesgos laborales, en J. MONEREO PÉREZ (coord. y dir.), *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, Comares, 2009
- CASTILLEJO MANZANARES R., *La acreditación de la situación de violencia de género*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CASTRO MEJUTO L.F., *La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (III). Suspensión contractual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- FERNÁNDEZ DOCAMPO B., *La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (V). Extinción contractual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- FERNÁNDEZ PROL F., *Violencia de género y acoso sexual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- GIL Y GIL J.L., *La responsabilidad contractual del empresario derivada del acoso moral en el trabajo*, en *Capital Humano*, 2002, n. 156
- GIL Y GIL J.L., *Indemnizaciones por despido y daños y perjuicios*, en *Capital Humano*, 2004, n. 181
- GIL Y GIL J.L., *Violencia de género y acoso por razón del sexo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA A., *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009

- LOUSADA ANCHORENA J.F., *Aspectos laborales y de seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, versión digital, 6
- MARTIN RIVERO L., *La protección socio-profesional de la funcionaria y de la trabajadora autónoma*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- MARTÍNEZ YÁÑEZ N., *La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I). Reducción y reordenación del tiempo de trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- MEDINA CASTILLO J.E., *El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de de violencia de género. Aspectos procesales*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- MELLA MÉNDEZ L., *El acoso psicológico en el Derecho del trabajo*, en *Tribuna Social*, 2003, n. 145
- MELLA MÉNDEZ L., *El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., *La protección sociojurídica de la víctima de violencia de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- OLARTE S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivización de las Políticas Activas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, 2008
- PERÁN QUESADA S., *Las medidas de inserción dirigidas a las mujeres víctimas de la violencia de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- PÉREZ DEL RÍO T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, 2009
- QUESADA SEGURA R., *La violencia de género como discriminación por razón de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- RODRÍGUEZ-MARTÍN RETORTILLO R. M., *La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (VI). Sobre la naturaleza jurídica del supuesto extintivo regulado en el art. 49.1.m ET*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- RON LATAS R., *La protección social de las víctimas de la violencia de género*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- ROMERO PARDO P., *La protección de las víctimas de violencia de género en el ordenamiento internacional*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- SALAS PORRAS M., *Las políticas públicas de creación de Empleo para las mujeres víctimas de violencia de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- SERRANO ARGÜELLO N., *Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón del sexo*, *Aranzadi Social*, 2011, n. 54
- TERRADILLOS ORMAETXEA E., *La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (II). Movilidad geográfica*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- VILA TIERNO F., *Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009

Violencia de género y autonomía colectiva: una aproximación desde el ordenamiento español

de Juan Carlos García Quiñones

1. Introducción

La violencia de género constituye una temática de atención preferente en la época actual, con irradiación directa o indirecta sobre un número muy amplio de materias, sociales y jurídicas. Específicamente, dentro del contexto laboral, su aparición aparece ligada de forma repetida con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en tanto que expresiones comunes de la violencia de género en el trabajo¹. Manifestaciones todas que justifican, seguramente, esa caracterización de la violencia de género como la expresión más virulenta de desigualdad y discriminación que sufren las mujeres en la sociedad actual². Sin embargo, paradójicamente, como tendrá ocasión de analizarse en las líneas que siguen, hasta pocos años atrás no ha existido un reconocimiento legal explícito acerca de su vinculación directa con las relaciones laborales, por más que sean numerosas las concomitancias existentes. El trabajo remunerado constituye la actividad que más tiempo ocupa en la vida activa de cualquier persona, de igual modo que se reivindica asimismo en el momento actual como

¹ En este sentido, véase Bustamante Ruano, M^a A., “Acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio, ¿tres denominaciones para una misma cosa?”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social Centro de Estudios Financieros*, 353-354, 2012, pp. 118 y ss.

² Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, en AA. VV.: *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, *Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva*, Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2011, pp. 148.

la mayor posibilidad de liberación de la mujer en la sociedad³. Bajo esa doble proyección, la parcela laboral se postula como instrumento referencial para la prevención de la violencia de género y, consecuentemente también, como un elemento fundamental para la integración social de la víctima de violencia de género⁴, a partir de una combinación razonable y solidaria de la dinámica propia del contrato de trabajo con las distintas situaciones de excepcionalidad que puedan derivarse como consecuencia de aquella.

En efecto, independientemente de las cuestiones específicas vinculadas con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la desvinculación “artificial” entre violencia de género y relaciones laborales que ha caracterizado el discurrir de las épocas pretéritas se explica, básicamente, por la instauración de una concepción “privatista” sobre esa realidad, concebida *prima facie* como problema personal, eventualmente como una cuestión familiar, pero alejada en todo caso de cualquier dimensión social. El ámbito familiar se concebía, consecuentemente, como un orden natural ajeno a la intervención jurídica, donde el poder del hombre no venía cuestionado, con una proyección tanto sobre su pareja como sobre sus hijos. Perspectiva reduccionista y miope, felizmente superada en los tiempos actuales, de manera que nadie rechaza hoy la caracterización de la violencia de género como una lacra de dimensión social, necesitada de una intervención legislativa beligerante y comprometida, bajo ese objetivo finalista de conseguir su erradicación.

La combinación de las lógicas enumeradas como son, de un lado, esa sensibilidad creciente acerca de la problemática inherente a la violencia de género, en paralelo con la concienciación sobre la importancia que reviste el desempeño del trabajo remunerado en la vida de cualquier persona, de otro lado, coloca al Derecho del Trabajo en una posición de protagonista involuntario. Se comprende entonces el papel fundamental que asume el empresario respecto a la protección de la trabajadora víctima de violencia de género, investido del poder de dirección que se proyecta sobre la prestación laboral. Como se ha dicho con acierto, bien que respecto de su caracterización para asegurar el respeto de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito de las relaciones laborales – de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y*

³ Mercader Uguina, J. R. y Herráiz Martín, M., “Las dimensiones constitucionales, española y europea, del trabajo femenino”, AA. VV., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Dir. C. Sánchez Trigueros, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 49 y ss.

⁴ Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Valencia, Colección Laboral, 190, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 122.

hombres –, el empresario no es el único responsable privado en esa tarea, pero su relevancia en la consecución o en la perpetuación de situaciones de igualdad y desigualdad no es equiparable a ningún otro sujeto⁵.

El interrogante es cómo se canaliza legislativamente ese papel referencial del empleador en materia de violencia de género. Solución que entronca, de manera directa, con la configuración respectiva que se arbitre sobre los roles correspondientes a la ley, el convenio colectivo y los planes de igualdad. Concebido, en efecto, el deber empresarial de soportar la alteración “justificada” de la dinámica laboral, como una contribución al bien común. Resultado que el legislador asegura, en primer término, aplicando el carácter imperativo de la Ley, corroborando que el compromiso o la concienciación del empleador sobre la protección de la trabajadora víctima de violencia de género, respecto de todas aquellas cuestiones vinculadas directa o tangencialmente con el ámbito laboral, no pueden ni deben dejarse a su mera liberalidad, dependiendo de su grado de sensibilidad para cada coyuntura concreta.

Sin embargo, ello no significa necesariamente que deban recaer sobre el mismo la práctica totalidad de las cargas económicas derivadas de las distintas medidas laborales a implementar bajo ese mandato imperativo. Bien al contrario, el legislador debería afanarse en arbitrar los remedios necesarios para combatir esa interiorización dentro de la conciencia colectiva de que corresponde al empleador, si no la totalidad, sí una parte fundamental del coste económico inherente a las actuaciones que deban acometerse en la dinámica de la prestación laboral, como respuesta frente a eventuales supuestos de violencia de género. Y tratar así de contrarrestar cualquier factor desincentivador de cara a la contratación futura de las mujeres que se postulan para el desempeño de un puesto de trabajo.

En definitiva, la proyección de la responsabilidad sobre la parte empresarial debe ir acompañada de una socialización de los costes que se derivan de las medidas a adoptar. En efecto, con carácter general, el nivel de eficacia de cualquier opción de política legislativa aumenta cuando el mandato imperativo de la norma se acompaña de otras actuaciones para buscar la complicidad de sus destinatarios potenciales, en sintonía con las intenciones del legislador. Afirmación particularmente válida en el contexto de las relaciones laborales.

Como se verá en los apartados que siguen, la sensibilidad general instalada entorno a la violencia de género ha tenido una materialización tangible en la implementación sucesiva de normas legales cuya culminación última reflejan, de un lado, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de*

⁵ En este sentido, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Editorial Reus, 2010, p. 11.

protección integral contra la violencia de género; y de otro lado, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Textos ambos caracterizados, respectivamente, como “fundamental” y “complementario” en el tratamiento legal de la violencia de género⁶.

Por otra parte, la extensión y la complejidad de una materia como la que nos ocupa puede haber contribuido a calificar las normas enumeradas como leyes “programáticas”, en tanto posponen la efectividad de algunas de las cuestiones reguladas a su desarrollo posterior por otras leyes posteriores, la negociación colectiva y/o, en su caso, los planes de igualdad. Ello no desdice, en cualquier caso, como ha subrayado la doctrina respecto de la Ley Orgánica 3/2007, el fuerte simbolismo político y social, junto con una elevada dimensión ideológica, como evidencia la propia rúbrica de la norma⁷.

Desde otra perspectiva, pudiera resultar ingenuo – tal vez pretencioso – descargar semejante responsabilidad en una ley, bien que correcta desde el punto de vista técnico, para regular una materia como la violencia de género, con esa dimensión multidisciplinar al tiempo que una clara vocación transversal. Se comprende entonces el papel fundamental que asume la negociación colectiva, concretando y desarrollando los designios legales en correspondencia con la situación específica de la empresa o del sector de que se trate. Bien que complementado con la ayuda inestimable que puedan representar, sobre este particular, los planes de igualdad⁸.

Por ejemplo, a efectos de incorporar la perspectiva prevencionista sobre la violencia de género, ausente en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, con la consiguiente extensión de la tutela, no solo de la mujer que ha padecido violencia de género, cuanto también respecto de aquella que está en peligro de sufrir agresiones de esta naturaleza⁹.

⁶ Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., p. 89.

⁷ En este sentido, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., pp. 21 y ss.

⁸ Para un análisis empírico de la regulación de la violencia de género en los planes de igualdad, véase García Quiñones, J. C., “Violencia de género y planes de igualdad”, en Mella Méndez L. (Dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo: estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 548 y ss.; Bustamante Ruano, M^a A., “Los planes de igualdad de las empresas como herramienta para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social Centro de Estudios Financieros*, núm. 338, 2011, pp. 31 y ss.

⁹ En este sentido, véase Roldán Martínez, A. F. y Torrents Margalef, J., “Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral”, en AA. VV., *La negociación*

En otro orden de cosas, la combinación entre la regulación de la violencia de género y su materialización específica en la negociación colectiva, junto con los planes de igualdad, constituye una suma de especialidades. En primer lugar, la que deriva de una materia peculiar como la violencia de género. Y, en segundo lugar, por su articulación a través de la negociación colectiva y los planes de igualdad.

A partir de todos los elementos enumerados, estructuramos nuestro trabajo con un análisis de las principales referencias legales, significadamente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Examinamos acto seguido la interacción entre ley, convenio colectivo y planes de igualdad, en ese contexto de la regulación de la violencia de género. Continuamos con un estudio de su tratamiento en la negociación colectiva, a partir de instituciones como la ordenación del tiempo de trabajo, el traslado de la víctima, la excedencia o la extinción de la relación laboral. Para finalizar con una alusión a distintas problemáticas asociadas al tratamiento de la violencia de género en los convenios colectivos, desde su proyección en los niveles estructural y coyuntural, respectivamente. Referentes todos que dan paso a una reflexión general, a modo de valoración conclusiva, dando cuenta del resultado insatisfactorio – lo avanzamos ya – que se deriva de ese binomio entre violencia de género y autonomía colectiva.

2. Tratamiento legal de la violencia de género: interacción entre ley, convenio colectivo y planes de igualdad

En los últimos años, la actuación legislativa ha sido sensible con aquellas materias vinculadas, directa o indirectamente, con la violencia de género, como corroboran dos referencias fundamentales. En primer término, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género* y, en segundo lugar, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Dedicamos sendos epígrafes al análisis sistemático de ambos Textos legales, considerando su vinculación con la temática concreta que constituye nuestro objeto de estudio.

Una sensibilidad que entronca, por lo demás, con las referencias normativas a nivel internacional, cuya existencia nos limitamos a enumerar, por alusión a la

colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar, Madrid, Observatorio de la Negociación Colectiva, Ediciones Cinca, Colección Biblioteca Ciencias Sociales, 7, 2008, pp. 284 y ss.

Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, de 1979¹⁰; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, de 1993¹¹; y la Cumbre Internacional sobre la Mujer de Pekín, de 1995. Expresiones todas partícipes de una idea común, cual es la consideración de la violencia de género como manifestación de discriminación contra la mujer, constitutiva de una vulneración de los derechos humanos¹².

Dimensión internacional que se completa con las iniciativas europeas en el marco del Derecho social comunitario, a través de una serie de Directivas como la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, de 28 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2006/74/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Además de determinadas Resoluciones del Parlamento Europeo, junto con diversas Comunicaciones de la Comisión, como la relativa al Plan de Trabajo para la Igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010); y la que se refiere al Programa Marco de Derechos Fundamentales y Justicia (2007-2013)¹³.

¹⁰ En relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 18 de diciembre de 1979, véase Garrido Jiménez, L., “Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis”, en Paz Torres, O. y Espuny i Tomás, M^a J. (Coords.), *Crisis y ocupación*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 375 y ss.

¹¹ Respecto a la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, véase Pérez del Río, T., “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, *Temas Laborales*, 91, 2007, p. 177.

¹² Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, *cit.*, p. 90.

¹³ Sobre la regulación de la violencia de género en el trabajo dentro del ámbito comunitario, véase Pérez del Río, T., “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, *cit.*, p. 178 y ss. También, en relación con la igualdad entre mujeres y hombres desde la perspectiva de la Comisión Europea, véase LLorente Pérez, A., “La Comisión Europea informa sobre la cuestión de igualdad entre mujeres y hombres”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 36, 3, 2010, pp. 29 y ss.

2.1. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

Como avanzábamos en el apartado introductorio, el legislador ha evidenciado una sensibilidad creciente en los últimos años respecto al tratamiento legal de la violencia de género, como corrobora la aparición de distintas leyes orgánicas en el año 2003, la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*; y la Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia de género*. Normas complementadas, a su vez, por distintas leyes aprobadas en diversas Comunidades Autónomas (Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, Navarra, Cantabria y otras), dentro de su ámbito competencial (sanitario, educativo, social, empleo o asistencial).

No obstante, semejante cadencia legislativa encuentra su colofón, como se sabe, en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*¹⁴. Verdadero eje de referencia dentro del entramado que regula la materia, incorporando novedosamente, en lo que nos atañe, una extensión de la protección social de las víctimas mediante la inclusión de una dimensión laboral que antes no existía¹⁵. Texto legal caracterizado, además, por un contenido bastante complejo, como corresponde

¹⁴ Para una caracterización general de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, véase Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, *cit.*, pp. 148 y ss.; Cavas Martínez, F., “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, en Sánchez Trigueros C. (Dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 325 y ss.; Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, *cit.*, pp. 94 y ss.

¹⁵ Para un estudio omnicomprensivo de la dimensión laboral que incorpora la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, véase Cavas Martínez, F., “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, *cit.*, pp. 331 y ss., analizando materias claves como el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo de acuerdo con las necesidades de la trabajadora; derecho a la movilidad geográfica; suspensión del contrato de trabajo; protección frente al despido; medidas específicas para promover e incentivar el empleo de mujeres víctimas de la violencia de género, como vía para conseguir su independencia económica; así como medidas en el campo de la protección social, en relación con la adaptación de la normativa de Seguridad Social, en el plano de la asistencia social, o respecto a la extinción o exclusión del derecho a pensiones y ayudas de Seguridad Social para el agresor.

a su aspiración legítima de reivindicarse como norma integral, según expresa la propia Exposición de Motivos.

Afirmación que encuentra, después, manifestaciones diversas, como la pretensión de atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres; cuando anticipa su vocación de abarcar tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, así como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde tienen lugar principalmente las agresiones, junto con una alusión al principio de subsidiariedad de las Administraciones Públicas, además de prestar atención singular a la respuesta punitiva que merecen todas las manifestaciones de violencia que recoge la norma; o cuando se dispone abiertamente su vocación omnicomprensiva, enfocando la violencia de género mediante una respuesta integral y multidisciplinar, donde no faltan el proceso de socialización y educación. En definitiva, los dos rasgos configuradores de la Ley citada, independientemente de su extenso articulado son, precisamente, ese carácter integral y transversal¹⁶.

Específicamente, en la materia que nos ocupa, resulta loable la propuesta que materializa la Ley Orgánica 1/2004, facultando la compatibilidad entre la continuidad del contrato de trabajo, de un lado, y aquellas eventualidades en su cumplimiento que puedan derivarse del hecho sobrevenido de la violencia doméstica, de otro lado. Consciente el legislador de la potencialidad que puede tener, de cara a la superación completa de la situación de acoso, la protección de los derechos de contenido laboral de la mujer trabajadora que sufre violencia doméstica, poniendo en valor el desempeño de una actividad profesional como cauce de normalización¹⁷.

Bajo esta lógica, otorga una serie de facilidades a las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género, mediante el reconocimiento del derecho «a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo» (artículo 21.1); a «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género», que tendrán consideración de justificadas, bastando en este sentido el informe de los «servicios sociales de atención o servicios de salud» (artículo 21.4), sin computar a efectos del despido por absentismo laboral (nueva

¹⁶ En este sentido, véase Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit. pp. 98-99.

¹⁷ Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, cit., p. 150.

redacción del artículo 52.d del ET); nulidad del despido de las «trabajadoras víctimas de violencia de género» que haya sido motivado por el ejercicio de los derechos laborales reconocidos a las mismas (nuevo artículo 55.5.b del ET); e inscripción de las víctimas de violencia doméstica como demandantes de empleo dentro de un “programa de acción específico” en el marco del *Plan de Empleo para el Reino de España* (artículo 22)¹⁸.

Materias sistematizadas por la doctrina entre medidas de protección en el ámbito de la prestación laboral – por referencia a los mecanismos para el mantenimiento del empleo; y respecto de la conciliación del trabajo, la asistencia a la trabajadora y su protección (actuación sobre el tiempo de trabajo y sobre la movilidad geográfica) –; y medidas laborales de protección extrema, para aquellos supuestos donde devienen incompatibles la continuidad en el trabajo y las circunstancias personales derivadas de la situación de violencia de género – por alusión a la suspensión y extinción del contrato¹⁹.

Listado que revela la ausencia de una mención a la movilidad funcional de la trabajadora víctima de violencia de género, como posible mecanismo de tutela en algunas empresas, dependiendo de cuál sea su estructura, por más que nada impida la posibilidad de que el convenio colectivo incorpore una medida de semejante tenor, si bien los convenios colectivos negociados a partir de la Ley Orgánica 1/2004 evidencian una ausencia prácticamente total de iniciativas a ese respecto²⁰. Circunstancia ésta que constituye una pauta bastante común, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del presente estudio.

Al margen de esta precisión, siempre con la referencia del citado Texto legal, se ha subrayado asimismo la fragilidad de las obligaciones que imponen sus reglas y de los derechos correlativos de las trabajadoras afectadas por la violencia doméstica, en aras a mantener el *statu quo* en la empresa, de manera que la aplicación de las materias enumeradas se somete al criterio del empresario, salvo aquellas cuestiones referidas a la suspensión o la extinción de los contratos de trabajo, que generan de forma automática derechos a favor

¹⁸ En relación con las medidas de tutela, extensamente, véase Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, *cit.*, pp. 121 y ss.; Roldán Martínez, A. y Torrents Margalef, J., “Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral”, *cit.*, pp. 288 y ss.; Garrigues Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1-2004”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, 11, 2009, pp. 59 y ss.

¹⁹ Garrigues Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1-2004”, *cit.*, pp. 59 y ss.

²⁰ Roldán Martínez, A. y Torrents Margalef, J., “Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral”, *cit.*, p. 288.

de las mujeres afectadas²¹. Fuera de estas expresiones concretas, resulta frecuente la incorporación de reglas que remiten a las partes del contrato y a la negociación colectiva, como ámbitos idóneos para materializar las exigencias derivadas del maltrato en la dinámica propia de la relación de trabajo. En definitiva, la anunciada flexibilidad de las normas legales, refuerza el papel atribuido a los convenios colectivos, y a su través también, implícitamente, a los planes de igualdad²².

En efecto, la ductilidad de la Ley Orgánica 1/2004 resulta inversamente proporcional con la importancia que traslada el legislador hacia la negociación colectiva y los planes de igualdad, siguiendo la dinámica instaurada entorno al reparto de roles entre los distintos instrumentos de regulación (ley, convenio colectivo, plan de igualdad, etc.). El problema, como se verá, es que esa autolimitación legislativa, pudiendo resultar loable *a priori*, en verdad no garantiza un nivel adecuado de protección para la totalidad de los trabajadores. Y en consecuencia tampoco, en lo que nos ocupa, respecto de todas aquellas trabajadoras víctimas potenciales de la violencia de género.

Sin ir más lejos, cuando desempeñan su prestación laboral en empresas no incluidas entre los criterios legales que disponen la elaboración obligatoria de un plan de igualdad, según las pautas que se dirán más adelante. Sobre todo, si la negociación colectiva no termina de concretar, con el rigor y la implicación que serían deseables, el contenido específico de los derechos reconocidos a las víctimas de la violencia de género. Significadamente, en relación con el derecho de reducción de jornada de trabajo o respecto a la reordenación del tiempo de trabajo.

Con mayor rotundidad, incluso, se ha subrayado cómo la función de la negociación colectiva, desde ese objetivo de procurar de manera efectiva la protección integral de las trabajadoras víctimas de violencia de género, no debería limitarse tanto a la concreción de las condiciones y términos para el ejercicio del derecho de reorganización de jornada, cuanto verificar una mejora de los derechos previstos legalmente, bien concibiendo la norma legal como un

²¹ En este sentido, véase Garrigues Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1-2004”, *cit.*, pp. 69 y ss.; Roldán Martínez, A. y Torrents Margalef, J., “Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral”, *cit.*, p. 296 y ss. Específicamente, sobre la extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora, véase Blasco Pellicer, Á., “La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora”, *Actualidad Laboral*, 18, 2010, pp. 2136 y ss.

²² Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, *cit.*, pp. 150-151.

mínimo mejorable, bien proponiendo soluciones alternativas ajenas sin el referente directo o inmediato de la previsión legal²³.

Sea como fuere, el contraste entre los argumentos a favor – en referencia a la ambición de los objetivos que propone, su carga intencional positiva, o su carácter totalizador en la extensión –, y de criterios en contra – en alusión al camino que queda aún por recorrer, también en el campo de la técnica jurídica, mediante una correcta acomodación de algunas de las leyes afectadas por la misma, precisamente sobre la base de su carácter transversal –, arrojan no obstante un saldo netamente positivo de cara al cumplimiento de los designios del legislador²⁴.

2.2. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* ha instaurado un nuevo marco en el ámbito de las relaciones laborales entre trabajadores y trabajadoras y aquellas empresas donde desarrollan su prestación, bajo el propósito decidido de combatir todas las manifestaciones subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, así como la promoción de la igualdad real entre mujeres y hombres, removiendo los obstáculos sociales que impiden alcanzarla²⁵. Dos elementos principales sobresalen entre el conjunto de objetivos perseguidos por el Texto legal de referencia. En primer lugar, la significación que alcanza el principio de transversalidad. Y en paralelo, la centralidad que asume dentro de su contenido

²³ A este respecto, véase Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, *cit.*, p. 151; Puebla Pinilla, A., “Violencia de género”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.) *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas Tecnologías y Globalización*, Madrid, Ediciones Cinca, 2010, p. 276.

²⁴ En este sentido, véase Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, *cit.*, p. 99.

²⁵ Para un análisis formal de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, extensamente, en relación con el contenido y la estructura del Texto, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, pp. 15-36. En relación con los antecedentes de la Ley Orgánica 3/2007, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 7-9. Sobre el derecho al trabajo sin discriminación, a partir de una doble base constitucional, española y europea, véase Mercader Uguina, J. R. y Herráiz Martín, M., “Las dimensiones constitucionales, española y europea, del trabajo femenino”, *cit.*, pp. 52 y ss.

la materia laboral²⁶. Principio de transversalidad con una doble derivación, en su acepción subjetiva, con afectación respecto de todos los poderes públicos; y en su vertiente objetiva, con manifestación en todas las ramas del ordenamiento jurídico²⁷.

No nos corresponde en este apartado abordar el debate suscitado entorno al sesgo programático del citado Texto legal, visible significativamente con la regulación de determinadas materias clave como la jornada. Baste decir que, programática o no, constituye un salto adelante en la sensibilidad legislativa sobre la materia que regula, por más que efectivamente difiera la concreción definitiva de algunos de sus propósitos principales al albur del resultado que pueda reflejar la negociación colectiva, o en su caso, los planes de igualdad²⁸. En la misma línea, por encima de la polémica generada entorno a algunas de las previsiones que contiene, sobre todo en aquellos momentos inmediatamente posteriores a su entrada en vigor, se ha reconocido que, además de constitucionalmente incuestionable, es también una norma social y jurídicamente necesaria²⁹.

Ley Orgánica 3/2007 que concita nuevos enfoques de la igualdad, así como un tratamiento novedoso de la misma, cuyo origen no se corresponde solo con la transposición de determinadas Directivas de la Unión Europea, en tanto quedan superadas³⁰. Y norma que no constituye únicamente una herramienta legislativa complementaria a la Ley Orgánica 1/2004, deviniendo trascendental asimismo

²⁶ A este respecto, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., pp. 7-10.

²⁷ Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., p. 21.

²⁸ En relación con el deber de negociar en la nueva configuración de la Ley Orgánica 3/2007, véase Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, en AA. VV., *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2011, pp. 68-70; Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2007, pp. 1027 y ss.

²⁹ En este sentido, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 5; Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., p. 100.

³⁰ A este respecto, véase Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., pp. 101-102.

en el marco de la protección para la víctima de la violencia de género, desde su incidencia en la igualdad y no discriminación³¹.

Específicamente, en relación con los planes de igualdad, el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, bajo rúbrica de *Elaboración y aplicación de los planes de igualdad*, dedica el número 1 a afirmar la obligación de las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, a cuyos efectos «deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral». Legislación laboral que debe entenderse referida al artículo 85.1 del ET, en su redacción vigente, tras lo previsto en el apartado diecisiete de la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007³².

El legislador incluye un principio genérico de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral como obligación de las empresas, acompañado de una disposición activa del empresario para la consecución de semejante finalidad, mediante la adopción de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, con remisión a la legislación laboral para materializar su negociación – y en su caso acuerdo – con los representantes legales de los trabajadores³³. Negociación entre el empresario y los trabajadores que se reivindica como el eje central para la elaboración del plan de igualdad³⁴.

Competencias de los representantes de los trabajadores en materia de planes de igualdad que no son objeto de un desarrollo amplio por parte de la Ley

³¹ Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, cit., p. 108.

³² Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, cit., p. 1013. Más ampliamente, sobre la delimitación del concreto instrumento convencional en el que se contemplará el plan de igualdad, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pp. 29-33.

³³ Sobre las competencias de los representantes de los trabajadores en materia de planes de igualdad, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pp. 78-84, por referencia al derecho de información pasiva, el deber de vigilar la igualdad en la empresa, y el deber de colaboración respecto de las medidas de conciliación.

³⁴ Para el desarrollo de este argumento, véase Rodríguez-Sañudo, F., “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, *Actualidad Laboral*, 9, 2008, pp. 1078 y ss. También, en relación con los derechos de negociación y consulta, véase Roldán Martínez, A., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas”, *Relaciones Laborales*, Vol. II, 2010, pp. 1207 y ss.

Orgánica 3/2007³⁵. En este sentido, por ejemplo, respecto de los derechos de participación que recogen los artículos 45 a 48 de la citada Ley, el legislador no precisa si dicha representación es solo la unitaria o también la sindical, omisión que pudiera estar en el origen de problemas futuros en relación con la distribución de funciones³⁶. No obstante, la lectura conjunta de los preceptos enumerados permite deducir la participación de los trabajadores en tres momentos distintos, por referencia a la elaboración y aplicación de los planes de igualdad; la definición del concepto y contenido de los mismos; así como la transparencia en su implantación, en alusión a los derechos de información y seguimiento³⁷.

El contenido del derecho de información y la periodicidad con que se suministra, han sido analizados por la doctrina para determinar si su configuración resulta apropiada o no para garantizar el derecho de igualdad de trato y de oportunidades, concluyendo, respecto del contenido del derecho de información, sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, que no resulta suficiente para evidenciar situaciones de desigualdad, ni tampoco para corregirlas³⁸. Con todo, lo determinante para calibrar el alcance del referido deber empresarial no es tanto el reconocimiento programático que dispone la Ley citada, cuanto el recogido en las obligaciones específicas impuestas en las reformas de la legislación laboral³⁹.

A continuación, el precepto dedica los cuatro apartados siguientes a los planes de igualdad, concebidos en la lógica de la norma como instrumento ideal de activación para materializar la obligación empresarial de la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral. Para el supuesto de empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, es decir, las empresas que pueden ser calificadas como “grandes empresas”⁴⁰, el artículo 45.2 de la Ley Orgánica

³⁵ Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 78. También, sobre el alcance de la expresión “representación legal de los trabajadores y trabajadoras”, véase Roldán Martínez, A., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas”, cit., pp. 1203 y ss.

³⁶ En este sentido, véase Roldán Martínez, A., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas”, cit., pp. 1203 y ss.

³⁷ Roldán Martínez, A., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas”, cit., pp. 1211 y ss.

³⁸ Roldán Martínez, A., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas”, cit., p. 1215.

³⁹ Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, cit., p. 1014.

⁴⁰ Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 19.

3/2007 refiere la obligación de encauzar las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior, mediante la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido que establece el Capítulo III de la citada Ley, que deberá asimismo ser objeto de negociación en la forma que se determine por la legislación laboral⁴¹.

En este sentido, se ha subrayado la dificultad que supone elaborar un plan de igualdad que responda rigurosamente a las exigencias de procedimiento y de contenido que dispone la Ley Orgánica 3/2007, problemática que se acrecienta en aquellas empresas de plantilla más numerosa, dotadas de una organización más compleja⁴². Apartado que plantea, cuando menos, dos cuestiones trascendentes. En primer lugar, sobre el concepto de empresa relevante a efectos de adoptar un plan de igualdad, considerando que la elección del criterio cuantitativo para determinar la necesidad de adoptar un plan de igualdad se condiciona a las dimensiones de la empresa, y no de centro de trabajo, además de precisar que los planes de igualdad incluirán la totalidad de la empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo (artículo 46.3 de la Ley Orgánica 3/2007)⁴³. Y en segundo lugar, en relación con los criterios determinantes para

⁴¹ En relación con el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, siguiendo lo preceptuado en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, extensamente, véase Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *cit.*, pp. 1016 y ss.; Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, pp. 108-155; Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, *cit.*, pp. 71-79, con una sistemática que analiza, separadamente, el supuesto de hecho; modos de articulación y formalización del deber de negociar planes de igualdad; niveles de negociación de los planes de igualdad; instrumentos de negociación de los planes de igualdad, por referencia al convenio de empresa y el convenio de sector articulado con el convenio o con el acuerdo de empresa, junto con el acuerdo colectivo autónomo de empresa; fases de elaboración de un plan de igualdad; y reglas transitorias sobre la entrada en vigor del deber de negociar planes de igualdad. También, sobre el momento concreto de la adopción del plan de igualdad, las fases a seguir en su elaboración, y la fijación de objetivos, prácticas y seguimiento, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, *cit.*, pp. 35 y ss.

⁴² Rodríguez-Sañudo, F., “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, *cit.*, p. 1086.

⁴³ Sobre los ámbitos funcionales y temporales de los planes de igualdad, véase Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *cit.*, pp. 1034 y ss.

el cómputo de plantilla según la Ley Orgánica 3/2007, advertido que la misma no diferencia a estos efectos entre trabajadores temporales o indefinidos⁴⁴.

A este respecto, se ha interpretado – con acertado criterio – la necesidad de incluir, dentro del cómputo del número de trabajadores, los que tengan un contrato de duración indeterminada, así como aquellos que lo tengan de carácter temporal o por tiempo determinado, con inclusión asimismo de los que hayan concertado un contrato a tiempo parcial, quedando excluidos no obstante quienes sean trabajadores de otra empresa, aun cuando presten sus servicios – incluso de manera continuada – en los centros de una determinada empresa que sea titular de un centro⁴⁵. Se corrobora entonces que el plan de igualdad debe abarcar la totalidad de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa, al margen por tanto de la modalidad de su contrato de trabajo, su duración o cualquier otra circunstancia que lo modalice⁴⁶.

Respuestas que, sin embargo, no agotan todos los interrogantes que pueden surgir en relación con la medición de la dimensión de la plantilla según lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, toda vez que la norma no dicta regla alguna, a pesar de ser un tema de importancia capital, sobre todo respecto de aquellas empresas cuya plantilla fluctúa en esa frontera de los doscientos cincuenta trabajadores. En este sentido, la doctrina interpreta que las alteraciones de la plantilla a la baja, acaecidas durante determinados períodos, no deben acarrear la inexistencia de la obligación de tener un plan de igualdad, descartando en cualquier caso la remisión a la normativa electoral, consecuente con el silencio del legislador en este extremo⁴⁷.

Por su parte, el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 3/2007, sin perjuicio de la pauta establecida en el apartado anterior atendiendo al número de trabajadores de la empresa, extiende la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo de aplicación, de conformidad con los términos contenidos en el mismo. Previsión que genera algunos interrogantes, por ejemplo, en orden a identificar los niveles negociales apropiados donde puede contratarse y suscribirse un convenio colectivo que refiere la incorporación a su clausulado de una estipulación por la que, bien

⁴⁴ Para un desarrollo amplio de ambos argumentos, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 20-24.

⁴⁵ En este sentido, véase Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, cit., p. 1017.

⁴⁶ Rodríguez-Sañudo, F., “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, cit., p. 1077.

⁴⁷ A este respecto, véase Sanfulgencio Gutiérrez, J. A., “Puntos críticos en los planes de igualdad”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2008, pp. 286-287.

ciertas empresas, bien todas las empresas sujetas a sus ámbitos, vengan obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad. Cuestión resuelta en términos de exclusividad a favor de los convenios colectivos de sector (tanto en sentido estricto, como los de grupo de empresa asimilados a sector), en tanto que únicos niveles negociales apropiados, si bien la aplicación del plan de igualdad por parte de las empresas afectadas por el convenio colectivo de que se trate requerirá, a su vez, el concurso de un acto posterior, negocial o consultivo⁴⁸.

A continuación, el artículo 45.4 de la Ley Orgánica 3/2007 previene asimismo la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, previa negociación o consulta en su caso con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, respecto de aquellas empresas objeto de un procedimiento sancionador, cuando la autoridad laboral acuerde sustituir las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos fijados en el indicado acuerdo. Previsión que se complementa con lo dispuesto en el artículo 46 bis.2 de la LISOS, conforme afirma la propia Disposición Adicional Decimocuarta. 4 de la Ley Orgánica 3/2007. Posibilidad que ha merecido la atención de la doctrina, por ejemplo, en orden a la determinación de los modos de elaborar y aplicar el plan de igualdad que deriva de una decisión administrativa⁴⁹, advertidas también las diferencias sustanciales que separan las dos alternativas sugeridas, en alusión a la negociación o consulta⁵⁰. En esta línea, se afirma asimismo que semejante plan de igualdad deberá ser elaborado desde la unidad e integridad de medidas, contemplando todo lo imprescindible para alcanzar la verdadera igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, según las características de la realidad en la que se va a aplicar⁵¹. O en la lógica de concebir semejante previsión legal como obligación de las empresas a adoptar un plan de igualdad desde un punto de

⁴⁸ Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, *cit.*, p. 80. Más extensamente, sobre el alcance del artículo 45.3 de la Ley Orgánica 3/2007, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, p. 157-164; Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, *cit.*, pp. 24-26.

⁴⁹ En este sentido, véase Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, *cit.*, pp. 80-82; Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, pp. 164-169.

⁵⁰ Mendoza Navas, N., “Los derechos de participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Observatorio de la Negociación Colectiva, Ediciones Cinca, 2008, p. 214.

⁵¹ Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, *cit.*, p. 19.

vista cualitativo, por contraposición con las hipótesis que regula el artículo 45.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, como supuestos derivados de una obligación legal de las empresas para adoptar un plan de igualdad desde un punto de vista cuantitativo⁵².

En cualquier caso, se constata el empeño del legislador en asegurar la elaboración del plan de igualdad como medida sustitutoria de las sanciones accesorias, rebajando las dificultades que se derivarían de la exigencia de un expreso deber de negociar⁵³. En definitiva, tres versiones distintas en clave imperativa de elaboración y aplicación de los planes de igualdad, que evidencian una apuesta legislativa decidida hacia semejante instrumento de regulación, para el tratamiento de todas aquellas cuestiones relacionadas con la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral (artículo 45.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007).

Resultado compatible con una valoración positiva de la ecuación entre beneficios y costes, sobre esa referencia de los planes de igualdad, también desde la perspectiva empresarial, en relación con los efectos inherentes a la reducción o, en su caso, eliminación de los costes generados por la discriminación de género, junto con los beneficios que se derivan del incremento y gestión de la diversidad⁵⁴. Lo mismo que cuando se concibe el plan de igualdad como una oportunidad para implantar o mejorar la calidad y la excelencia en las empresas⁵⁵. No obstante, debe subrayarse que no son éstas las motivaciones originales – ni las principales – que están en el sustrato de la norma, cuya prelación de objetivos no puede nunca caer en el olvido.

La vocación legal a favor de los planes de igualdad se completa con una última previsión acerca de la elaboración e implantación de planes de igualdad en clave de voluntariedad, respecto del resto de empresas no afectadas por cualquiera de las previsiones imperativas anteriores, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras (artículo 45.5 de la Ley

⁵² A este respecto, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pp. 17 y ss.

⁵³ Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, cit., p. 1026.

⁵⁴ En este sentido, véase Santa Cruz Ayo, I., “Beneficios y costes de los planes de igualdad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2007, pp. 282 y ss.

⁵⁵ En desarrollo de semejante lectura, véase López, F., “El Plan de Igualdad: una oportunidad para implantar o mejorar la calidad y la excelencia en las compañías”, *Capital Humano*, 220, 2008, pp. 70-72.

Orgánica 3/2007), siendo varias las hipótesis que pueden diferenciarse a partir de la existencia o no de representantes en la empresa⁵⁶.

Un resultado que el legislador intenta favorecer mediante el apoyo a la implantación voluntaria de planes de igualdad, como refiere expresamente el artículo 49 del mismo Texto legal, con objeto de impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, disponiendo imperativamente la obligación del Gobierno para establecer medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, con inclusión del apoyo técnico necesario. Mención al Gobierno que debe ser entendida al que es objeto de atención por los artículos 97 y siguientes de la CE, esto es, el Gobierno de España y no el de cualquier Comunidad Autónoma. Siempre, en la lógica de que el plan de igualdad resulte garante de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, según las peculiaridades de la empresa concreta de que se trate⁵⁷.

En términos de técnica jurídica, la doctrina ha valorado positivamente el cierre del precepto de referencia (artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007), con esa apelación a la voluntariedad en la elaboración e implementación de los planes de igualdad, a partir de una sistemática que distingue entre la naturaleza preceptiva o facultativa de dicha actuación, con independencia de cuál pueda ser su nivel de aplicación⁵⁸. Por más que también pueden surgir dudas interpretativas en relación con la adscripción autónoma de esa voluntariedad, separadamente, vinculada a la elaboración del plan de igualdad, de un lado, y a la implantación del mismo, de otro lado.

De esta forma la elaboración (voluntaria) del plan de igualdad no comporta necesariamente su implantación (también voluntaria), que precisa así de otro acto de afirmación independiente, aunque sea la secuencia lógica dentro de esa dinámica del respeto al mandato general de igualdad de trato y de oportunidades. Se comprende entonces que la primera clasificación legal – y tal vez la principal – de los planes de igualdad, atienda precisamente a su naturaleza, pudiendo ser preceptiva o facultativa.

Por su parte, en relación con el plan de igualdad de carácter preceptivo, la Ley Orgánica 3/2007 introduce, como se ha visto, un segundo criterio según la

⁵⁶ En este sentido, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pp. 26-27.

⁵⁷ Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 27.

⁵⁸ En este sentido, véase Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, cit., p. 82; Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., p. 170.

fuente que le da origen, enumerando tres hipótesis distintas: a) *Ex lege*, para las empresas que tengan un censo laboral superior a doscientos cincuenta trabajadores (artículo 45.2); b) *Ex contractu*, si así lo dispone el convenio colectivo aplicable (artículo 45.3); y c) También por disposición legal, si lo previene la decisión administrativa adoptada en el marco de un procedimiento sancionador, cuando la autoridad laboral acuerde «la suspensión de las sanciones accesorias» por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad (artículo 45.4)⁵⁹.

No obstante, alineados con un posicionamiento crítico, cuando se supera la impresión inicial favorable, y se analiza el resultado con mayor detenimiento, se constatan determinadas limitaciones en el tratamiento observado por la Ley Orgánica 3/2007, respecto de los planes de igualdad, que sin duda han mermado su desarrollo potencial en las empresas⁶⁰:

- a) sustitución de la obligación de implementar los planes de igualdad en las empresas por la nueva obligación a su negociación;
- b) ausencia de fijación de plazos para la implantación de los planes de igualdad;
- c) falta de regulación y posterior desarrollo reglamentario de las cuestiones prescritas por la Ley Orgánica 3/2007 en algunos aspectos relevantes, con la merma consiguiente de la capacidad negociadora por parte de los trabajadores de las empresas, orientada en muchos casos a la negociación colectiva;
- d) limitación de la obligación de entrega de datos a la representación de los trabajadores, correspondiendo a la empresa la obligación de realizar el diagnóstico, que no forma parte de los aspectos que pueden negociarse. Regulación que condiciona una ampliación de su poder fáctico en la etapa de diagnóstico, con consecuencias en las medidas y acciones a negociar. En este sentido, la objetividad que debe caracterizar el diagnóstico impide que sea una labor únicamente empresarial, porque en ese caso la misma no podrá garantizarse, lo cual no obsta a las partes sociales la posibilidad de alcanzar acuerdos donde atribuir semejante facultad directamente al empresario⁶¹. Un ejemplo de buena práctica es el Convenio Colectivo de Química, que ha incorporado una mayor exhaustividad en orden a la obligación de entrega de

⁵⁹ Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, *cit.*, pp. 68-70; Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, pp. 105-107.

⁶⁰ Limitaciones que sistematiza Garrido Jiménez, L., “Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis”, *cit.*, pp. 405-406.

⁶¹ A este respecto, véase Serrano García, J. M.^a, “La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2008, p. 1103.

datos segregados por sexo en todos aquellos ámbitos que la Ley Orgánica 3/2007 dispone que han de formar parte de un plan de igualdad;

e) la posibilidad de generar nuevas diferencias o perpetuar modelos de opresión por parte de las mejoras negociadas en los convenios colectivos, de no contar los trabajadores con una capacidad negociadora relevante para producir cambios sustantivos en el modelo de igualdad dentro del ámbito laboral;

f) la tardanza en el desarrollo normativo del distintivo del Ministerio de Trabajo e Inmigración (denominado hoy Ministerio de Empleo y Seguridad Social y antes Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), como reconocimiento a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad, que ha terminado viendo la luz dos años más tarde de su entrada en vigor, a través del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, *por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa"*;

g) la perpetuación de la condición de la mujer como responsable y beneficiaria de los derechos inherentes a la materia de conciliación, con ocasión del contenido de los planes de igualdad respecto de las materias relacionadas con el tiempo de trabajo y la corresponsabilidad;

h) ausencia de establecimiento de plazos ni formas para la evaluación periódica de los planes de igualdad, revelándose insuficiente el solo mandato de control de los convenios colectivos dentro de su contenido en materia de igualdad sustantiva;

i) la regulación por separado de la violencia de género y la igualdad efectiva. Sistemática que ha profundizado en la disociación del principio de igualdad con la violencia de género;

j) la vinculación de la negociación con las organizaciones sindicales, entidades que presentan también carencias en la incorporación de una perspectiva de género y desarrollo de políticas de igualdad dentro de su seno;

k) la ausencia real de sanciones efectivas, proporcionadas o disuasorias, así como la falta de un registro y control formal de los planes de igualdad, rebajando su actuación como verdaderos instrumentos de desarrollo y tutela del derecho a la igualdad sustantiva.

Aun con todas las limitaciones apuntadas, con carácter general se puede afirmar que constituye un avance importante el deber que impone la Ley Orgánica 3/2007 de negociar medidas y planes de igualdad, para abordar las discriminaciones allí donde tienen un mayor peso específico, en las empresas. Plan de igualdad que, en puridad, precisa de una planificación, no bastando un mero listado de medidas a cumplir, integrado así por un conjunto organizado de cláusulas para favorecer la igualdad, que atiende a unas circunstancias concretas, ordenado en el tiempo y en el espacio, factible y con estrategias y

procedimientos que hagan posible su ejecución para evitar quedarse en una mera declaración de intenciones, de modo que las acciones contenidas en los planes de igualdad, lejos de ser independientes, deben aparecer interrelacionadas entre sí, en aras también de aumentar su eficacia⁶².

La doctrina ha subrayado – con razón evidente – el criterio de aplicación selectivo y muy restrictivo seguido por el legislador respecto del ámbito de imputación del deber legal de negociar y aplicar planes de igualdad, cuya referencia del censo de doscientos cincuenta trabajadores limita su aplicación a un grupo muy reducido y poco representativo del tejido empresarial en España⁶³. Elemento que constituye, en efecto, un motivo de crítica. En relación con esta cuestión, se ha afirmado cómo, si bien el criterio adoptado puede ser discutible desde el punto de vista puramente jurídico, responde en verdad a cierta lógica de política legislativa, además de no ser el primer supuesto dentro de la legislación laboral donde se establece un tratamiento diferenciado entre las empresas, según el mayor o menor número de trabajadores en plantilla⁶⁴.

En realidad, no es este razonamiento el que se discute. Sencillamente, si se considera tan ventajosa la elaboración e implantación de los planes de igualdad, no se comprende por qué se deja tanto margen para la voluntariedad, respecto de todos aquellos supuestos ajenos a las previsiones del artículo 45.2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007. Significativamente, en relación con aquellas empresas con menos de doscientos cincuenta trabajadores, esto es, empresas pequeñas o medianas, que constituyen la fórmula más común en el mercado laboral español. En definitiva, se echa en falta alguna garantía legal para esta igualdad y no discriminación en empresas pequeñas⁶⁵.

Semejante diseño legal, con el umbral de la obligatoriedad para la elaboración del plan de igualdad situado en un censo de doscientos cincuenta trabajadores, incorpora un alto grado de voluntarismo, dejando la decisión de su creación en un buen número de ocasiones al criterio del empresario, bien que sometida su libertad a un requisito de obligado cumplimiento, cual es la previa consulta a la

⁶² En este sentido, véase Serrano García, J. M^a, “Contenido de los planes de igualdad”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Observatorio de la Negociación Colectiva, Ediciones Cinca, 2008, p. 218.

⁶³ Al respecto, véase Escudero Rodríguez, R., “Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *cit.*, p. 1017.

⁶⁴ En este sentido, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, *cit.*, pp. 19-20.

⁶⁵ Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, *cit.*, p. 107.

representación legal de los trabajadores, aunque nada impide que el empleador decida encauzar la formalización del plan a través de la negociación colectiva, con la consiguiente observancia de dicho requisito.

Una configuración que permitirá constatar el grado de compromiso e implicación empresarial en la lucha contra las discriminaciones, así como para la implantación real y efectiva del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la esfera laboral⁶⁶. Voluntarismo que, en cierto modo, se aplica también respecto de las materias laborales que puede incluir un plan de igualdad. Cuestión de la que se ocupa el artículo 46 de la Ley Orgánica 3/2007, sin intención de limitar el contenido de los planes, y sí únicamente ofrecer una lista ejemplificativa de aspectos que pudieran ser objeto del plan⁶⁷.

En cualquier caso, se ha precisado con razón cómo, en algunos supuestos, resultaría incluso contraproducente la inclusión en un plan de igualdad de todas las medidas previstas a modo de ejemplo en el precepto legal citado⁶⁸. De igual forma que se subraya también, acertadamente, la concepción del plan de igualdad como un documento proyectado hacia su aplicación práctica, para la obtención de unos resultados determinados en el mismo ámbito en el que nace la organización empresarial⁶⁹. Reflexión coherente con la exigencia que contiene la Ley Orgánica 3/2007, orientada a la elaboración del plan de igualdad con un contenido preciso de medidas prácticas⁷⁰.

Y ello, dejando al margen los incumplimientos que puedan tener lugar en materia de planes de igualdad, como infracciones sujetas a sanciones administrativas y medidas judiciales, sistematizados entre las hipótesis de no adopción de un plan de igualdad, a pesar de resultar imperativa su elaboración; cuando se constate la elaboración de un plan de igualdad irregular; o de verificar un incumplimiento de lo contenido en el plan de igualdad, por la no

⁶⁶ A este respecto, véase Otero Norza, L. y Valdés Dal-Ré, F., “Sobre los planes de igualdad”, *cit.*, p. 82-83; Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, *cit.*, p. 169-171.

⁶⁷ Serrano García, J. M^a, “Contenido de los planes de igualdad”, *cit.*, p. 226; “La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad”, *cit.*, p. 1105. Extensamente, sobre las materias a tratar dentro del contenido del plan de igualdad, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, *cit.*, pp. 53 y ss.

⁶⁸ Serrano García, J. M^a, “Contenido de los planes de igualdad”, *cit.*, p. 227.

⁶⁹ Rodríguez-Sañudo, F., “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, *cit.*, p. 1081.

⁷⁰ A este respecto, véase Rodríguez-Sañudo, F., “Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa”, *cit.*, pp. 1081 y ss.

aplicación del mismo o la aplicación de sus medidas en términos distintos de los pactados⁷¹.

Con independencia de los reparos analizados, el interrogante que podría introducirse en este punto es, precisamente, si esta misma reflexión resulta válida en su totalidad para la materia relacionada con la violencia de género. Esto es, dando por sentado la cobertura social de todo orden que merece cualquier persona (normalmente mujer) que es objeto de violencia de género, ¿se cumple en verdad la premisa de que en esta materia precisa son las empresas el lugar donde la violencia de género tiene un mayor peso específico? Una respuesta negativa – o cuando menos dubitativa – respecto de la cuestión que se plantea, pudiera explicar el resultado decepcionante que evidencian los planes de igualdad en relación con la materia concreta de la violencia de género, dando cuenta de un cierto desenfoque del legislador. Por el contrario, una respuesta positiva a la pregunta formulada – es decir, convenir que las empresas son el lugar o uno de los lugares donde la violencia de género adquiere un mayor peso específico –, asentado por ejemplo en el tratamiento de la violencia de género dentro de la negociación colectiva, revelaría mayormente el fracaso de los planes de igualdad como instrumento efectivo de regulación en la materia que nos concierne.

En los epígrafes siguientes, procuraremos incorporar algunas claves que puedan ayudar a profundizar en esta discusión. No obstante, en lo que nos interesa particularmente, la concatenación de las sinergias legales descritas, la que tiene por objeto responder a la violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y la que se proyecta sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007), derivación ambas de una sensibilidad creciente del legislador, ha terminado por sentar las bases para la composición de una fórmula novedosa de lucha contra la violencia de género a través de los planes de igualdad. Circunstancia que constituye en sí misma un elemento claramente positivo, con independencia del grado de efectividad que alcance después en su materialización posterior⁷², y al margen también de la caracterización que pueda hacerse del plan de igualdad como instrumento o remedio compensador de otras carencias anteriores presentes en los órdenes legal o convencional, respectivamente.

⁷¹ En este sentido, véase Fabregat Monfort, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pp. 85 y ss.

⁷² Sobre el resultado empírico de la regulación de la violencia de género en los planes de igualdad, extensamente, véase García Quiñones, J. C., “Violencia de género y planes de igualdad”, cit., pp. 548 y ss.

3. La regulación de la violencia de género en la negociación colectiva

Analizada la interacción existente entre la ley, la negociación colectiva y los planes de igualdad, en relación con la respuesta que merece una materia de tanta trascendencia social como la violencia de género, corresponde avanzar un paso más examinando cuál ha sido hasta el momento actual el tratamiento observado en la negociación colectiva. En efecto, con mayor intensidad si cabe, respecto de lo que sucede en otras materias dentro del ámbito de las relaciones laborales, se precisa inexcusablemente la constatación del estado de situación, pasado y presente, compatible con cualesquiera otras consideraciones en el plano teórico o de la reflexión jurídica⁷³.

Compromiso al que no ha sido ajena la doctrina, bajo distintas perspectivas de análisis. Entre otras, desde una consideración de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial⁷⁴; en atención al papel de la negociación colectiva en la lucha contra la discriminación por razón de género, así como respecto de las medidas laborales que recoge la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*⁷⁵; a partir de la identificación, prevención y sanción del acoso sexual en la negociación colectiva⁷⁶; desde la suma combinada entre el acoso sexual y el

⁷³ A estos efectos, véase Sobrino González, G., “Capítulo VI. La violencia de género”, *cit.*, pp. 148 y ss., con ocasión de la creación de un Observatorio de Igualdad patrocinado por la Unión General de Trabajadores, donde se analiza una muestra significativa de convenios colectivos y de planes de igualdad, respectivamente, referidos a empresas de diferente tamaño e implantación, tanto a nivel local como estatal, de sectores feminizados y masculinizados, así como del sector público y privado.

⁷⁴ En este sentido, véase Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 98, 2012, pp. 207 y ss. También, para un estudio comparado de la protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo, véase Correa Carrasco, M., “La protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo: estudio comparado”, *Temas Laborales*, 113, 2012, pp. 49 y ss. Finalmente, para el análisis de los riesgos psicosociales en la apreciación de los tribunales, a partir de la aplicación de la Directiva 1989/391/CEE, véase Arastey Sahún, M^a L., “Los riesgos psicosociales en la apreciación de los tribunales: algunas cuestiones sobre la aplicación práctica de la Directiva marco 1989/391/CEE”, *Relaciones Laborales*, 11, 2012, pp. 85 y ss.

⁷⁵ A este respecto, véase Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 32, 2005, pp. 105 y ss.

⁷⁶ En este sentido, véase Pérez del Río, T., Fernández López, F. y Del Rey Guanter, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, 1993, pp. 290 y ss.; De la Fuente Vázquez, D., “Acoso

acoso moral⁷⁷; con la referencia principal del *mobbing* o acoso moral⁷⁸; por el impacto de las políticas de protección de la violencia de género sobre el empleo⁷⁹; bajo la consideración de la negociación colectiva como medida de tutela antidiscriminatoria⁸⁰; con la referencia principal del ordenamiento

sexual”, en Pérez del Río, T. (Coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 223 y ss.; “Acoso sexual”, en De la Fuente Vázquez, D. (Coord.), *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género (revisión)*, Madrid, Consejería de Empleo y Mujer, Comunidad de Madrid, 2006, pp. 277 y ss.; Bonino Covas, C. y Aragón Medina, J., “La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, *Colección Informes Estudios, Serie Relaciones Laborales*, 55, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 136 y ss.; Fernández Martínez, C., “Experiencia de negociación colectiva del protocolo para el procedimiento y tratamiento de los casos de acoso sexual”, en Sánchez Pérez, J. (Coord.), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005, p. 301 y ss.; Agra Viforcós, B., *La mujer en la relación colectiva del trabajo*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 2005, pp. 331 y ss.; Alfonso Mellado, C. L. y Salcedo Beltrán, C., “Negociación colectiva y acoso en el trabajo”, en Fabregat Monfort, G. (Dir.), *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*, Albacete, Bomarzo, 2012, pp. 39 y ss.; Serrano García, J. M^a, “Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 22, 2003, p. 209 y ss.; Merino Segovia, A., “Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 20, 2002, pp. 226 y ss.; Serrano Argüello, N., “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, 7, Noviembre-2011, pp. 87 y ss.

⁷⁷ A este respecto, véase Bravo Santamaría, S., “Algunas consideraciones sobre la situación actual de los derechos fundamentales y determinadas limitaciones. Especial referencia al acoso moral”, en Salinas Molina, F. y Moliner Tamborero, G. (Dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI-2003, pp. 228 y ss.; Fabregat Monfort, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2011, pp. 33 y ss.; Alfonso Mellado, C. L., “Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral”, en Fabregat Monfort, G. (Coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 147 y ss.

⁷⁸ De la Fuente Vázquez, D., “Acoso moral o *mobbing*”, en De la Fuente Vázquez, D. (Coord.), *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género (revisión)*, Madrid, Consejería de Empleo y Mujer, Comunidad de Madrid, 2006, p. 309 y ss.

⁷⁹ López Aranz, M^a A. y López Coira, J., “El impacto de las políticas de protección de la violencia de género sobre el empleo”, en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F. (Coords.), *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 299 y ss.

⁸⁰ En este sentido, véase Fabregat Monfort, G., “La negociación colectiva como medida de tutela antidiscriminatoria: planes de igualdad y otras medidas para alcanzar la igualdad real”,

comunitario⁸¹; desde el estudio de los planes de igualdad como herramienta para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁸²; por la consideración subjetiva de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género⁸³; con el referente de la igualdad de oportunidades mediante una perspectiva comparada de las experiencias europeas de negociación colectiva⁸⁴; para el análisis de las repercusiones prácticas de la violencia machista en las prestaciones por supervivencia⁸⁵; o sobre las repercusiones de la violencia de género en las normas laborales⁸⁶.

Sistematizamos nuestro estudio a partir de cuestiones como la acreditación de la condición de víctima, junto con el juego que ofrecen las distintas instituciones laborales de protección de la víctima dentro de los convenios colectivos, significadamente, por alusión a la ordenación del tiempo de trabajo, el traslado de la víctima, la excedencia y la extinción de la relación laboral. Para finalizar con una reflexión conclusiva sobre el grado de desarrollo alcanzado a nivel convencional respecto de las medidas de tutela para la mujer víctima de violencia de género.

Un examen condicionado, en cualquier caso, por dos circunstancias previas, relacionadas entre sí, que conviene señalar. En primer lugar, el tratamiento dado a la violencia de género en la negociación colectiva ofrece un escenario “previsible”, de asociar semejante calificativo de previsibilidad con un sesgo insatisfactorio, con independencia del nivel convencional de que se trate – convenios de sector o convenios de empresa –, y al margen también de otros

en Fabregat Monfort, G. (Coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 137 y ss.

⁸¹ A este respecto, sobre la referencia principal del Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo, véase Molina Navarrete, C., *El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 69 y ss.

⁸² En este sentido, véase Bustamante Ruano, M^a A., “Los planes de igualdad de las empresas como herramienta para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, *cit.*, pp. 31 y ss.

⁸³ Benlloch Sanz, P., “Mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género: una recapitulación crítica de las políticas y normativa de extranjería”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 100 Bis, 2012 (Ejemplar dedicado a: Migraciones internacionales), pp. 141 y ss.

⁸⁴ Weiler, A., “Equal opportunities and collective bargaining: european experiences”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 3, 2000, pp. 591 y ss.

⁸⁵ En ese sentido, véase Selma Penalva, A., “Violencia machista y prestaciones por supervivencia. Repercusiones prácticas”, *Revista de Derecho Social*, 60, 2012, pp. 83 y ss.

⁸⁶ Selma Penalva, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, 9, Mayo 2011, pp. 1040 y ss.; “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, 18, Octubre 2011, pp. 2188 y ss.

elementos como una preponderancia de empleo masculino o femenino en el ámbito funcional.

En segundo lugar, ese estado de insatisfacción puede venir condicionado, asimismo, por la existencia de un tercer referente de regulación, además de la ley y el convenio colectivo, como es el plan de igualdad. Instrumento, este último, que puede contribuir a rebajar el grado de compromiso de las partes a la hora de negociar un convenio colectivo, cuyo efecto positivo o distorsionador, según qué casos, dependerá del nivel de implicación asumido después por el empresario, para el supuesto de materializarse efectivamente el plan de igualdad, bien por voluntad propia bien por imposición legal.

3.1. Una premisa previa: insatisfacción por el nivel de compromiso alcanzado

Como avanzábamos en líneas anteriores, con carácter general, la negociación colectiva no ha asumido en materia de violencia de género todo el protagonismo que cabría esperar, a partir de la invitación que ofrece la Ley, y en sintonía también con la función complementaria que están llamados a desempeñar los planes de igualdad⁸⁷. Afirmación poco halagüeña que no se corresponde, sin embargo, con una aproximación más o menos intuitiva.

Bien al contrario, el examen de los convenios colectivos, pretéritos y vigentes, revela cómo un porcentaje significativo de los mismos han carecido – y carecen – de cualquier referencia a la violencia de género. Conclusión extensiva tanto para los convenios sectoriales como respecto de los convenios de empresa, en una proporción que podría rondar aproximadamente la mitad de los convenios para ambos niveles⁸⁸. Un resultado que justificaría por sí sola la rúbrica que da título al presente epígrafe, en relación con la insatisfacción ante el nivel de compromiso alcanzado por la negociación colectiva respecto de una

⁸⁷ Sobre las funciones de la negociación colectiva en la erradicación de la violencia de género, véase Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista Poder Judicial*, 88, 2009, pp. 283 y ss.

⁸⁸ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo: estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 475 y ss., cuando corrobora que, sobre una muestra de 89 convenios sectoriales, 47 de esos convenios colectivos no aluden en modo alguno a la violencia machista; conclusión que se reitera igualmente respecto de los convenios de empresa, de forma que, de los más de 100 convenios de empresa analizados, son más de 60 los que guardan un absoluto silencio.

materia de tanta sensibilidad social como la que constituye nuestro objeto de estudio. Omisión que bien merecería calificarse de “silencio estruendoso”.

En relación con los convenios colectivos de sector que integran ese listado negativo, resultan llamativas, por ejemplo, la falta de menciones al principio de igualdad de trato por razón de sexo, o a la composición paritaria de las comisiones negociadoras de los propios convenios; silencios que, otras veces, toman forma mediante la desvinculación entre el principio de igualdad y la violencia de género, o cuando se proyecta el tratamiento del acoso sexual como manifestación de la violencia sexista dentro del ámbito profesional, en lugar de la esfera íntima de la persona⁸⁹. Expresiones singulares de desafección que manifiestan, cada una a su modo, esa carencia de interiorización acerca del significado y de la trascendencia de la violencia de género.

Por su parte, si se fija la atención sobre los convenios sectoriales que sí contienen alguna mención en esta materia, la doctrina advierte una progresión positiva, señaladamente, respecto de aquellos publicados a partir de 2009. Esto es, pasados cinco años de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, donde se constata un tratamiento bastante elaborado en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, así como la inclusión puntual de protocolos sobre el acoso, por más que persista una cierta resistencia a consignar la expresión “violencia”⁹⁰.

Sin abandonar todavía los convenios colectivos de sector, se plantea el grado de influencia, determinante o no, que tiene el ámbito funcional del convenio de que se trate en aras de condicionar el contenido del convenio respectivo, en relación con una materia como la violencia de género. Podría imaginarse, en efecto, que aquellos ámbitos con mayor presencia femenina pudieran ser más proclives, tendencialmente, a regular las cuestiones relacionadas con la citada temática. Así sucede, por ejemplo, con la industria textil, la confección, el cuero y el calzado, la industria química, los productos farmacéuticos y los plásticos. Sin embargo, semejante vinculación se desmiente acto seguido cuando se constata la existencia de otros muchos sectores con presencia mayoritaria de ocupación femenina cuyos convenios colectivos carecen de referencias significativas a este respecto, en alusión a sectores como el deporte –también el deporte específicamente femenino –, la enseñanza o la alimentación⁹¹.

⁸⁹ Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 475-476.

⁹⁰ Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 477.

⁹¹ A este respecto, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 477-478.

Falta de correspondencia que se reafirma, igualmente, cuando se constatan convenios de sectores masculinizados donde no existe un tratamiento específico de la violencia de género, como sucede, por ejemplo, con el del transporte, el taurino, la metalurgia, madera, corcho, papel y artes gráficas. Si bien otros ámbitos funcionales, con predominio igualmente masculino, como las pastas, el papel y el cartón madera – perteneciente al sector del corcho, papel y artes gráficas –, o la construcción, sí incluyen entre su contenido referencias alusivas a la violencia de género⁹².

El resultado descrito pudiera tener una difícil lectura si no fuera porque la explicación está, precisamente, en la ausencia de explicación, o si se quiere, en esa falta de sistemática. Esto es, el ámbito funcional más o menos feminizado o masculinizado no resulta determinante para advertir un tratamiento cualificado por parte de los convenios sectoriales en relación con aquellas cuestiones vinculadas, directa o indirectamente, con la violencia de género⁹³.

Por lo que respecta a los convenios de empresa, como se indicaba, cuando menos desde una perspectiva cuantitativa, la situación no es muy distinta de los convenios sectoriales sobre el grado de desafección hacia la violencia de género, como demuestra el dato de que alrededor de la mitad de los convenios a nivel empresarial no contienen ninguna alusión en la materia⁹⁴.

Similitudes en el apartado cuantitativo que se irradian también en el aspecto cualitativo, de manera que, como sucedía en los convenios de sector, tampoco aquí resulta posible establecer una relación clara de causa efecto entre el grado de sensibilización convencional en materia de violencia de género y el ámbito funcional a partir de una preponderancia de empleo masculino o femenino. En definitiva, lo mismo que acontecía en el supuesto de los convenios de sector, también a nivel de empresa se constata la existencia de convenios que confirmarían la tendencia descrita, si bien existen otros que la desmienten de forma más o menos contundente⁹⁵. Se corrobora entonces la ausencia de una

⁹² En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 479.

⁹³ Cfr. Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 479-480, en relación con las posibles justificaciones que pudieran estar detrás del resultado descrito, aparentemente asistemático, por referencia al tejido empresarial mayoritario en el sector funcional o a la composición de la comisión negociadora.

⁹⁴ En este sentido, sobre una muestra que supera los 100 convenios colectivos de empresa, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 480 y ss.

⁹⁵ Para un estudio detallado de los pormenores que subyacen a esa asistematicidad que se describe, considerando el resultado que arroja el análisis empírico de más de 100 convenios colectivos de empresa, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 480 y ss.

disparidad de resultados apreciable entre el análisis de los convenios sectoriales y los convenios de empresa en la regulación de la materia que analizamos.

Desde esa perspectiva, la falta de tratamiento diferenciado por niveles convencionales en relación con la violencia de género, según que se trate de convenios sectoriales y convenios de empresa, de un lado, sumado a la ausencia de diferencias significativas asimismo entre los convenios colectivos – sectoriales y de empresa – con un ámbito funcional preponderantemente masculino o femenino, de otro lado, puede interpretarse como una constatación empírica en orden a que los convenios colectivos no han terminado de asumir el papel que les correspondería “idealmente” en materia de violencia de género. O expresado en otros términos, la negociación colectiva, al día de hoy, no ha interiorizado con la intensidad que sería deseable su papel determinante para la regulación de una materia con tanta sensibilidad social.

Una falta de sistemática que se proyecta también, en el apartado formal, como demuestra la configuración heterogénea empleada por los distintos convenios colectivos – de sector y de empresa – cuando regulan materias conectadas, directa o tangencialmente, con la violencia de género⁹⁶. Así por ejemplo, dentro de los convenios de sector, convenios que dedican un único artículo de cara a la regulación de la materia; convenios que utilizan preceptos diversos para regular de manera individual cada una de las instituciones afectadas; convenios que utilizan la técnica de la remisión legal bajo distintas fórmulas, explícita e implícita; convenios que desplazan a una disposición adicional la regulación de la protección de la víctima; desplazamiento que, en otras ocasiones, se materializa asimismo hacia un anexo del propio convenio. Tratamiento dispar que obedecería, como ha interpretado la doctrina, más a una cuestión de estilo y de connivencia con la opinión mayoritaria de la sociedad, que a una verdadera convicción sobre la repercusión de la violencia sexista en la relación laboral⁹⁷.

Semejante observación resulta acertada, si bien es arriesgado defender conclusiones específicas para la materia de violencia de género, de asentarse precisamente en esa ausencia de coherencia formal, advertido que dicha falta de homogeneidad constituye una pauta habitual en la regulación de la mayoría de materias con presencia más o menos extendida en la negociación colectiva. Afirmación doctrinal que pudiera interpretarse, asimismo – y también así sería

⁹⁶ Para un análisis exhaustivo acerca del tratamiento formal que refieren los distintos convenios colectivos – sectoriales y de empresa – con ocasión de la regulación de aquellas materias relacionadas con la violencia de género, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 486 y ss.

⁹⁷ Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 487.

defendible –, en el sentido de que la trascendencia inherente a la materia que analizamos merecería una mayor cohesión en el apartado formal. Progresión que revelaría, en efecto, la sensibilidad así como la aprehensión previa de su importancia por las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Falta de univocidad que se traslada también al plano terminológico, con utilización de expresiones diferentes como «protección contra la violencia de género», «protección de las víctimas de la violencia de género», «protección de la mujer trabajadora víctima de violencia de género», «derechos laborales de las trabajadoras víctimas de la violencia de género» o «violencia de género», por más que la mayoría de las veces esas normas convencionales reproduzcan total o parcialmente el contenido de la norma legal⁹⁸. No obstante, conviene advertir que semejante heterogeneidad en relación con la terminología empleada por los distintos convenios colectivos puede no resultar neutral, como corresponde al contexto del lenguaje jurídico.

Peligro que tiene una proyección particular en la materia que analizamos, constatado el cuidado especial que debe poner la negociación colectiva a efectos de no crear nuevos derechos en favor de las víctimas, cuyas repercusiones puedan exceder el ámbito del convenio colectivo de que se trate, sobre todo, en aquellas hipótesis donde no exista la correspondiente previsión dentro del texto legal aplicable. En lo que nos afecta particularmente, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, como tendrá ocasión de desarrollarse con algún ejemplo concreto en los epígrafes posteriores.

Por su parte, el tratamiento heterogéneo que evidencian los convenios sectoriales en relación con la regulación formal de la violencia de género, con las particularidades que se han enumerado, se reproduce asimismo con parecido grado de diversidad – si se quiere, con similar falta de sistemática – a nivel de los convenios de empresa, como ha tenido ocasión de constatar la doctrina a partir de las evidencias empíricas⁹⁹.

En cualquier caso, el estudio de la configuración formal que siguen los convenios colectivos, aunque sea para constatar la ausencia de una sistemática más o menos definida dentro de la regulación convencional, tiene utilidad cuando de la misma pueden extraerse conclusiones válidas en forma de

⁹⁸ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 488-489.

⁹⁹ A este respecto, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 492 y ss.

consejos, mejoras o buenas prácticas para su articulación futura¹⁰⁰. Máxime, cuando ese beneficio puede extrapolarse hacia la práctica totalidad de las materias con una presencia real o potencial en la negociación colectiva.

3.2. Acreditación de la condición de víctima de violencia de género en el contexto de la negociación colectiva

La acreditación de la condición de víctima de violencia de género es objeto de regulación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, bajo una lectura restrictiva. Normalmente, mediante la orden de protección y, con carácter excepcional, a través del informe del Ministerio Fiscal. Así se deduce del artículo 23 cuando, bajo la rúbrica de *Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras*, alude expresamente a la orden de protección a favor de la víctima para acreditar las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social regulados en el Capítulo II del citado Texto legal. Si bien, en clave excepcional, se contempla asimismo como título de acreditación de esa situación, en efecto, el informe del Ministerio Fiscal, con indicación de la existencia de indicios acerca de que la demandante es víctima de violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección¹⁰¹.

En determinadas ocasiones, como ha subrayado la doctrina, las Comunidades Autónomas, a través de su normativa correspondiente, siempre con el límite infranqueable de las competencias que tienen atribuidas, disponen la ampliación del elenco de actos jurídicos con validez para acreditar semejante condición de víctima de violencia de género¹⁰².

¹⁰⁰ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 495. Más genéricamente, sobre las buenas prácticas y la negociación colectiva, véase López López, J., “Buenas prácticas y la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 102, Civitas, 2000, pp. 325 y ss.

¹⁰¹ En relación con la acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, véase Faraldo Cabana, C., “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 153, 2012, pp. 155 y ss.; Carrascosa Bermejo, D., “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”, *Revista de Derecho Social*, 55, 2011, pp. 61 y ss.

¹⁰² Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 471.

Con independencia de semejante eventualidad, desde la referencia principal que contiene el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, en el ámbito de la negociación colectiva son escasos los convenios de sector que abordan la cuestión – y mucho menos los de empresa –, con una remisión al tenor que contiene el precepto legal citado¹⁰³. No obstante, para el caso, ciertamente excepcional, de que algún convenio colectivo –los menos– contenga un tratamiento menos restrictivo o más flexible en relación con la acreditación de la condición de víctima, el problema puede venir de cara a la concesión de la prestación por desempleo por parte del Servicio Público de Empleo Estatal cuando la víctima ha optado por la suspensión (artículo 45.1.n) del ET) o la extinción del contrato (artículo 49.1.m) del ET), para el supuesto de entender que la víctima no se encuentra en la situación legal de desempleo que regula el artículo 208.2 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁰⁴.

3.3. Instituciones laborales para la protección de la víctima de violencia de género

Corresponde ahora analizar el tratamiento, ciertamente desigual, que han merecido, en el ámbito de la negociación colectiva, las principales instituciones laborales para la protección de la víctima de violencia de género, según lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en alusión a la ordenación del tiempo de trabajo, el traslado de la víctima, la excedencia y la extinción de la relación laboral, a partir de la regulación que contienen, respectivamente, los artículos 37.7 del ET (ordenación del tiempo de trabajo), 40.3 bis del ET (traslado de la víctima), 45.1.n) y 48.6 del ET (excedencia)¹⁰⁵ y 49.1.m) del ET (extinción de la relación laboral).

¹⁰³ A este respecto, véase Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, p. 210-211. También, sobre las insuficiencias que manifiesta la negociación colectiva en el apartado conceptual, dentro del contexto de la violencia de género, véase Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: El acoso sexual y el acoso sexista*, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 99 y ss.

¹⁰⁴ En este sentido, para un mayor desarrollo de las cuestiones apuntadas, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 471 y ss.

¹⁰⁵ En relación con las distintas manifestaciones de la violencia de género en el marco del contrato de trabajo, véase Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *cit.*, pp. 270 y ss.

Todo ello, en paralelo con la instauración de determinadas medidas de acción positiva, donde se aprecian resultados loables en materias como los permisos para la asistencia durante la jornada laboral a los servicios correspondientes, previa acreditación de la condición de víctima de violencia de género, si bien en ocasiones se silencia el carácter remunerado o no de este tipo de permiso; la preferencia de la víctima de violencia de género para la elección del período de disfrute de vacaciones; medidas de contenido económico, como ayudas para cubrir gastos de traslado de la víctima, concesión de préstamos a bajo interés, ayudas para la compra o adquisición de vivienda o en materia de protección social complementaria; medidas en especie, como el ofrecimiento de protección integral mediante asistencia psicológica, médica o jurídica; oferta de acciones formativas específicas; o el asesoramiento para una futura recolocación. Medidas de acción positiva que, sin embargo, tienen solo una presencia puntual y no generalizada en el panorama de los convenios colectivos¹⁰⁶.

3.3.1. Ordenación del tiempo de trabajo

La versión vigente del artículo 37.7 del ET, según la redacción dada por el número dos de la Disposición Final Decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, refiere el derecho de los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Para un desarrollo de las medidas de acción positiva novedosas, a partir del contenido que expresan una muestra amplia de convenios colectivos analizados, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 507 y ss. También en relación con propuestas y articulación de medidas de acción positiva, véase Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, pp. 219 y ss.; Agra Viforcós, B., *La mujer en la relación colectiva del trabajo*, *cit.*, pp. 310 y ss.

¹⁰⁷ Sobre el derecho a la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo, véase Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *cit.*, pp. 272 y ss.; Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, p. 211 y ss.; Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de

Derechos todos que podrán ejercitarse, como expresa el párrafo segundo del precepto legal citado, según los términos que se establezcan para estos supuestos concretos, bien en los convenios colectivos bien en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. Por más que, en su defecto, para el caso de que no exista ninguna previsión bajo cualesquiera de las posibilidades enumeradas, la concreción de esos derechos corresponderá al propio trabajador, con aplicación no obstante de las reglas establecidas en el apartado anterior, esto es, el artículo 37.6 del citado Texto legal, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

La lectura del precepto de referencia sugiere alguna reflexión. Por ejemplo, no parece adecuada la equiparación “por acumulación” que incluye el artículo 37.7 del ET, cuando extiende los derechos enumerados para la ordenación del tiempo de trabajo, indistintamente, entre los trabajadores que ostenten, respectivamente, esa consideración como víctimas de violencia de género, de un lado, y como víctimas del terrorismo, de otro lado. Derechos que se vinculan tanto con la efectividad de la protección así como con el derecho a la asistencia social integral. Una objeción que se sustenta, no porque cualquiera de los dos colectivos citados carezca de razones para ser acreedor a los beneficios que previene la norma, según los términos que se han visto, sino, justamente al contrario, porque la situación inherente a cada uno de esos colectivos los cualifica para ser objeto de una regulación individualizada. Y así, su valoración respectiva por el legislador debería traducirse en previsiones *ad hoc* para los trabajadores incluidos dentro de un colectivo u otro, ya sea bajo esa consideración como víctimas de violencia de género ya sea como víctimas del terrorismo.

Por otro lado, resulta llamativa asimismo la precisión que contiene el propio artículo 37.7 del ET, dentro del inciso final de su párrafo segundo, con esa mención “genérica” a la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 37.6 del citado Texto legal respecto a la concreción de los derechos que enumera el precepto en su párrafo primero. Previsión que, sin embargo, se acompaña,

Género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 110 y ss.; Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 90 y ss.; Perán, S., “Gender-basex violence and work. Evidence from Spain”, AA. VV.: *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Cizur Menor (Navarra), Editors R. Quesada, R. Bortone y S. Perán, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 329 y ss.; García Romero, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, 11, Marzo-2012, p. 123 y ss.; Carrascosa Bermejo, D., “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”, *cit.*, p. 67 y ss.

adicionalmente, de una apelación “explícita” reiterando idéntico criterio – esto es, aplicación de las reglas que contiene el artículo 37.6 del ET – en materia de resolución de discrepancias. Todo ello, claro está, siempre en defecto de que el ejercicio de los derechos que enumera el párrafo primero del artículo 37.7 del ET, no haya sido objeto de un desarrollo específico en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. Una puntualización que denota, en efecto, la voluntad de no dejar abierto ningún margen de interpretación en una cuestión “sensible” como son las reglas aplicables para la resolución de discrepancias de cara al ejercicio de los derechos enumerados.

En cualquier caso, el celo del legislador estaría justificado cuando se constata que la llamada efectuada a la negociación colectiva para determinar cuestiones de derecho sustantivo en relación con aquellas variantes posibles para reducir la jornada y con qué efectos, o sobre las distintas fórmulas para adaptar el horario, así como respecto a la eventual materialización de esa flexibilización, termina concretándose en buena parte de los convenios colectivos con una mera reproducción literal del precepto estatutario, sin aportar por tanto ninguna novedad reseñable¹⁰⁸. Todo ello, a salvo alguna excepción puntual pero meritoria, como la atribución al acuerdo individual entre la trabajadora, asistida si así lo quiere por los representantes de los trabajadores, y la empresa respecto a la fijación del derecho de que se trate, o por alusión a la intervención obligatoria de esos representantes¹⁰⁹; además de cuestiones vinculadas con la reducción de la jornada, duración o mantenimiento de la reducción de jornada, reducción proporcional del salario inherente a la reducción de jornada, o el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a la adaptación del horario¹¹⁰.

3.3.2. *Traslado de la víctima*

Por su parte, en relación con el traslado de la víctima, el artículo 40.3 bis del ET, en su redacción vigente según el número tres de la Disposición Final Decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la*

¹⁰⁸ A este respecto, con el refrendo que ofrece el análisis empírico, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 498 y ss.; Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, p. 103.

¹⁰⁹ Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 499.

¹¹⁰ En este sentido, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, p. 103 y ss.

reforma del mercado laboral, refiere el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo, respecto de aquellos trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo, que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, a efectos de garantizar su protección o su derecho a la asistencia social integral¹¹¹.

Cabría reproducir nuevamente en este apartado el argumento esgrimido en el epígrafe anterior con ocasión de la ordenación del tiempo de trabajo, sobre las reservas que nos merece esa regulación común o indiferenciada para los trabajadores que tienen, respectivamente, consideración de víctimas de violencia de género y de víctimas del terrorismo. Bajo esa idea de que la especialidad inherente a cada uno de los colectivos citados requeriría una regulación legal igualmente específica.

Al margen de esta precisión, prosigue el precepto – párrafo segundo – refiriendo la obligación empresarial de comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro. Para, a continuación – ya en el párrafo tercero –, señalar cómo el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa viene obligada a reservar el puesto de trabajo que ocupaban anteriormente los trabajadores. De forma que, terminado ese período, los trabajadores pueden optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. Supuesto, este último, que determina el decaimiento de la citada obligación de reserva – párrafo cuarto.

En este sentido, llama la atención la fijación por la norma de un plazo tasado de duración inicial para el traslado o el cambio de centro de trabajo, cuantificado en esos seis meses como se ha tenido ocasión de señalar. Período que, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada hipótesis, pudiera resultar inadecuado, por defecto o por exceso. De este modo, tal vez pudiera haberse sustituido semejante previsión por alguna otra referencia, objetiva pero más flexible, que garantizara mejor ese equilibrio entre el margen de

¹¹¹ En relación con la regulación legal del traslado o el cambio de centro de trabajo solicitado por la trabajadora víctima de violencia de género, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, cit., pp. 107 y ss.; García Romero, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, cit., p. 125; Faraldo Cabana, C., “El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, cit., p. 147 y ss.; Carrascosa Bermejo, D., “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”, cit., pp. 68 y ss.

previsibilidad que precisa el empresario para una gestión ordenada de los recursos humanos, de un lado, y la efectividad en la protección o en el derecho a la asistencia social integral que se reconoce para los trabajadores que tengan la consideración como víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo, respectivamente, cuando se vean obligados al abandono del puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios.

Advertido que, como indica el precepto en su cuarto y último párrafo, terminado ese período de seis meses, los trabajadores vienen facultados –en verdad obligados– para optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, de manera que la apuesta por esta última opción determina la finalización de la obligación de reserva por parte del empresario.

Margen de flexibilidad que, de otra parte, podría aportar la negociación colectiva, si no fuera porque tampoco en esta materia concreta los resultados empíricos ofrecen demasiados argumentos para el optimismo¹¹², constatada esa tendencia a reproducir el tenor del texto legal¹¹³. De igual forma que quedaría también en el deber de los convenios colectivos contribuir a minimizar los efectos negativos de algunas lagunas que contiene el precepto de referencia, artículo 40.3 bis del ET, por ejemplo, en orden a determinar la solución aplicable en aquellos supuestos de ausencia de vacantes¹¹⁴; la determinación del procedimiento previo a la toma de la decisión; o cuestiones aparentemente más contingentes, pero no por ello irrelevantes, como la imputación de los gastos de traslado¹¹⁵.

¹¹² Sobre el resultado que arroja la negociación colectiva en materia de traslado de la víctima, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 500 y ss.; Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, pp. 213 y ss.; Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 112 y ss.; Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, pp. 121 y ss.

¹¹³ Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, p. 213; Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, p. 121.

¹¹⁴ En relación con las distintas cuestiones problemáticas que giran entorno a las vacantes, véase Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 113 y ss.

¹¹⁵ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, p. 500-502; Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *cit.*, pp. 274-275.

3.3.3. Excedencia

El artículo 45.1.n) del ET refiere la posibilidad de suspender el contrato de trabajo «Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Apartado éste incorporado en su día, entre el listado de causas que facultan la suspensión del contrato de trabajo, con ocasión del número tres de la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*.

Una previsión que debe ponerse en relación, a su vez, con lo dicho en el artículo 48.6 del ET, cuando limita la duración inicial del período de suspensión a seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión, en cuyo caso el Juez queda facultado para prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Apartado que incorpora, en esta ocasión, el número cuatro de la citada Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004¹¹⁶.

Nuevamente llama la atención la relativa rigidez que incorpora el legislador en materia de plazos vinculados con la suspensión, mediante esa referencia al plazo inicial de seis meses, junto con las sucesivas prórrogas por períodos de tres meses hasta ese máximo de dieciocho meses. Sin ir más lejos, respecto al tratamiento dado para el régimen de prórrogas, advertido que constituye una facultad que corresponde al Juez, donde la víctima no puede decidir aunque deberá ser oída como parte interesada en el proceso¹¹⁷, tal vez el legislador pudiera haber dejado a la discrecionalidad del mismo la fijación del período de prórroga en función de las circunstancias concretas que pudieran concurrir en

¹¹⁶ En relación con la regulación legal de la suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género, con la doble referencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género* y el ET, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, pp. 122 y ss.; Perán, S., “Gender-basex violence and work. Evidence from Spain”, *cit.*, pp. 332-333; García Romero, B., “La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, *cit.*, p. 125 y ss.; Carrascosa Bermejo, D., “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”, *cit.*, pp. 70-71.

¹¹⁷ Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *cit.*, p. 276. Más ampliamente, sobre las cuestiones procesales que se suscitan con los procesos por violencia de género, véase Martínez García, E., “Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión”, en Fabregat Monfort, G. (Coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 99 y ss.

cada supuesto controvertido. Resultado relativizado en parte, como se verá, por el desarrollo posterior a través de la negociación colectiva.

Con estos referentes legales, se ha subrayado la confusión terminológica que manifiestan numerosos convenios colectivos a partir de la dualidad de expresiones que emplea el ET, por alusión al “abandono” y la “suspensión”. Máxime, cuando son mayoría los convenios de sector y de empresa que reproducen el texto legal¹¹⁸.

En cualquier caso, la negociación colectiva evidencia logros positivos en distintas cuestiones vinculadas, directa o tangencialmente, con la materia que analizamos, con esa superación de los mínimos legales. Así se constata, por ejemplo, respecto a la ampliación de la duración total de la excedencia o la supresión de las prórrogas de tres meses a partir de los seis meses, como se señalaba anteriormente¹¹⁹; mediante el cómputo de todo o parte del período de excedencia como tiempo de trabajo efectivo a efectos de reconocimiento de la antigüedad o para el régimen de ascensos; el pago de todo o parte de las retribuciones que la trabajadora venía percibiendo cuando trabajaba de forma efectiva durante el período de excedencia; así como la participación de la víctima en situación de excedencia en las actividades formativas de la empresa¹²⁰.

En definitiva, se puede concluir cómo el tratamiento observado por los convenios colectivos en relación con la excedencia de la trabajadora víctima de violencia de género, bien que siempre mejorable, constituye seguramente un ejemplo loable por lo que supone de sensibilización con la situación de la trabajadora víctima de violencia de género, como corrobora el conjunto de manifestaciones listadas¹²¹.

¹¹⁸ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 503 y ss.; Pérez Campos, A. I., “Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial”, *cit.*, p. 214.

¹¹⁹ Sobre esta materia concreta, véase Ferradans Caramés, C., “Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 115-116.

¹²⁰ A este respecto, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *cit.*, pp. 506-507.

¹²¹ En línea con esa visión positiva, bien que matizada, sobre la aportación de la negociación colectiva en materia de violencia de género, véase Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *cit.*, pp. 285 y ss.; Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: El acoso sexual y el acoso sexista*, *cit.*, pp. 99 y ss.; Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, *cit.*, pp. 129 y ss.

3.3.4. Extinción de la relación laboral

El artículo 49.1.m) del ET dispone la extinción del contrato por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Apartado éste introducido por el número cinco de la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Decisión extintiva que, en buena lógica, debe tener la consideración de última ratio en un supuesto de violencia de género, previa puesta en práctica de las distintas actuaciones analizadas en los epígrafes anteriores, señaladamente, las que entroncan con la ordenación del tiempo de trabajo, el traslado de la víctima y la excedencia¹²².

Mayor discusión doctrinal ha existido, sin embargo, en relación con la configuración de la medida que analizamos bien en un apartado autónomo – artículo 49.1.m) del ET – bien como una modalidad o submodalidad de la dimisión del trabajador que regula el mismo precepto estatutario, en su apartado d), cuando refiere la extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar¹²³.

Apelación al preaviso en el artículo 49.1.d) del ET que pudiera constituir, precisamente, un argumento para defender la regulación separada de la extinción de la relación laboral, una vez que el artículo 49.1.m) del citado Texto legal no contiene ninguna referencia en este sentido. Diferencia de régimen que puede resultar expresiva del trato privilegiado que el legislador ha querido dispensar para aquellos supuestos donde la trabajadora se ve constreñida a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de su condición de víctima de violencia de género, frente a cualesquiera otras hipótesis que están en el origen de la dimisión común.

¹²² A este respecto, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, cit., p. 134; Carrascosa Bermejo, D., “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”, cit., pp. 71 y ss.

¹²³ Sobre los argumentos que sustentan una interpretación u otra, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, cit., pp. 135 y ss. Para el análisis del régimen jurídico de los supuestos que regulan los apartados d) y m) del artículo 49.1 del ET, véase Lleó Casanova, B., “La extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador y por decisión de la mujer víctima de violencia de género”, en Alfonso Mellado, C. L., Rodríguez Pastor, G. E. y Salcedo Beltrán, M^a C. (Coords.), *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 85 y ss.

Sea como fuere, es lo cierto que la negociación colectiva evidencia un manifiesto desinterés por la extinción de la relación laboral de las trabajadoras víctimas de violencia de género, sobre todo, si se compara con el tratamiento que han merecido las cuestiones vinculadas con la suspensión de la relación laboral, como se ha tenido ocasión de examinar¹²⁴.

4. Problemáticas asociadas a la presencia de la violencia de género en la negociación colectiva

El tratamiento legal de la violencia de género, con las referencias básicas de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género* y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, junto con el análisis de la regulación de la violencia de género en la negociación colectiva, debe completarse con la mención a una doble problemática, desde una dimensión estructural y coyuntural, respectivamente. En primer lugar, atendiendo al reparto de roles en los niveles respectivos legal, convencional y de planes de igualdad, según se ha tenido ocasión de estudiar en epígrafes anteriores. Y, a continuación, por las variables que incorpora la coyuntura actual de crisis económica, con un impacto directo en la práctica totalidad de las materias que conforman las relaciones laborales.

4.1. Problemática a nivel estructural: el plan de igualdad como factor complementario o distorsionador según qué casos en el tratamiento convencional de la violencia de género

En relación con la problemática a nivel estructural, trae su origen del diseño dispuesto por el legislador para la regulación de la violencia de género, con esa apelación respectiva a la ley, los convenios colectivos y los planes de igualdad. Específicamente, si bien la negociación colectiva constituye un instrumento ideal para la implantación de los planes de igualdad, la falta de asunción de un compromiso mayor en el nivel legal traslada sobre la negociación colectiva

¹²⁴ Respecto al tratamiento observado por la negociación colectiva sobre la extinción de la relación laboral de las trabajadoras víctimas de violencia de género, véase Sobrino González, G. M^a, *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, cit., pp. 150 y ss.

importantes problemas para la adopción y aplicación de los planes de igualdad, por ejemplo, en relación con el deber de negociar planes de igualdad¹²⁵.

Una situación que se contrapone a la realidad de otros modelos de Derecho comparado, como el ordenamiento italiano, donde se constata una *quasi* nula aportación de la negociación colectiva en relación con la protección de la mujer trabajadora, sobre la base de los escasos frentes abiertos dejados por el legislador, cuando regula con profusión, por ejemplo, las materias relacionadas con la situación de la trabajadora embarazada y de los trabajadores padres¹²⁶.

Mayor relevancia asume, no obstante, la negociación colectiva en relación con el principio de igualdad y no discriminación de género, con el consiguiente interés por superar las posibles desigualdades en el mundo laboral y en el impulso de la presencia de la mano de obra femenina, sobre todo, a través de las acciones positivas¹²⁷. En este sentido, la gran mayoría de convenios colectivos establecen la creación de comisiones paritarias, observatorios de estudio, grupos de trabajo o comités que tienen, por regla general, los mismos cometidos. El problema está, normalmente, en que solo se trata de propuestas, sin que lleguen a ser vinculantes para la empresa, advertido el carácter voluntario que asumen las acciones positivas. Por su parte, los convenios colectivos recientes dejan entrever la impronta de la normativa europea en materia de discriminación, con la transcripción literal de las definiciones propuestas por el legislador europeo, junto con la inclusión de iniciativas de carácter informativo, formativo y preventivo.

Respecto a los planes de igualdad, en general asumen compromisos más concretos que los convenios colectivos. Conclusión extensible también en materia de violencia de género, lo que no excluye, en ocasiones, la presencia recurrente de determinadas declaraciones de principios carentes de eficacia

¹²⁵ Sobre el deber de negociar planes de igualdad, véase Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, cit., pp. 105 y ss.

¹²⁶ En este sentido, dentro del análisis sobre el papel de la negociación colectiva italiana en materia de género, véase Fernández Sánchez, S., “Medidas sociales en materia de igualdad y no discriminación por razón de género en Italia”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Observatorio de la Negociación Colectiva, Ediciones Cinca, 2008, pp. 352 y ss. También, para un estudio del ordenamiento italiano en relación con la violencia de género, véase Cimaglia, M^a C., “Gender violence and work. Evidence from Italy”, en Quesada, R., Bortone R. y Perán S. (Editors), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 355 y ss.

¹²⁷ En este sentido, véase Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, cit., pp. 507 y ss.

práctica¹²⁸. Realidad que contrasta con algunos sistemas de Derecho comparado dentro del contexto europeo, como Suecia, donde se dispone para todas las empresas del sector público o privado con diez o más trabajadores la obligación de elaborar anualmente un plan de igualdad con un contenido comprensivo, como mínimo, de tres elementos:

- a) una lista de medidas activas para la promoción de la igualdad, identificando aquellas que deben mantenerse al año siguiente;
- b) un estudio de las diferencias existentes en materia de remuneración entre ambos sexos, indicando las medidas a adoptar a partir de los resultados obtenidos;
- c) una evaluación de los progresos realizados tras la puesta en marcha de las medidas anunciadas, en este campo, en el plan del año anterior¹²⁹.

La pregunta que podría hacerse a este respecto es si los convenios colectivos deberían afanarse en asumir un mayor nivel de concreción. Incluso, se podría plantear si la asunción por la negociación colectiva de un mayor grado de concreción dejaría sin fundamento los planes de igualdad. En línea con este estado de insatisfacción, la función de la negociación colectiva no debería quedar limitada a la concreción de las condiciones y términos en que puede ejercerse este derecho de reorganización de la jornada, en esa tarea de hacer efectiva la protección integral de las trabajadoras víctimas de violencia de género. Bien al contrario, su papel debería alcanzar “idealmente” asimismo a mejorar los derechos previstos legalmente, concibiendo la norma como un mínimo mejorable, de igual modo que podría contemplar y regular nuevos derechos o posibilidades carentes de la consiguiente previsión legal. Propósitos todavía con mucho recorrido por delante en la materia que nos ocupa, como se ha tenido ocasión de analizar a lo largo de los epígrafes anteriores.

4.2. Problemática a nivel coyuntural: advenimiento y permanencia de la crisis económica

En relación con la problemática a nivel coyuntural, si bien no parece poder asegurarse la duración de dicho carácter pasajero, tiene que ver con la incursión en el escenario descrito de la crisis económica. En este sentido, se

¹²⁸ En relación con la regulación de la violencia de género en los planes de igualdad, a partir de una aproximación empírica, véase García Quiñones, J. C., “Violencia de género y planes de igualdad”, *cit.*, pp. 548 y ss.

¹²⁹ A este respecto, véase Serrano García, J. M.^a, “Contenido de los planes de igualdad”, *cit.*, p. 227.

insiste en que las políticas de igualdad no deberían verse afectadas por la crisis, interiorizando por el contrario el objetivo de igualdad efectiva como derecho fundamental, no sujeto a las condiciones económicas de los Estados¹³⁰. O incluso, con mayor nivel de exigencia todavía, se refiere cómo la crisis económica hace, si cabe más necesario, incidir en la proscripción de todo tipo de discriminaciones asociadas al género; o que la crisis plantea una nueva oportunidad para la configuración de un nuevo derecho y de un nuevo paradigma económico, que contemplen los derechos de las mujeres en una plena ciudadanía, así como la visualización de los trabajos de cuidado, realizados aún mayoritariamente por mujeres.

Sin embargo, juicios de valor al margen, resulta indudable que la coyuntura de crisis, con una derivación directa en el modelo español de relaciones laborales, constituye un elemento adverso para la implementación de planes de igualdad, extensible igualmente respecto de la negociación colectiva. Expresiones todas que, irremisiblemente, quedan muy condicionadas en sentido negativo, como resultado del reforzamiento del poder empresarial y el debilitamiento consiguiente de la posición del trabajador, advertido el valor *cuasi* absoluto que comienza a tener el hecho mismo de poseer un empleo – y mantenerlo –, con el consiguiente arrinconamiento de otras cuestiones “menores” relativas a qué tipo de empleo o bajo qué condiciones.

Pudiera pensarse, en efecto, que la pérdida de protagonismo del convenio colectivo en algunas materias básicas (salarial, etc..) podría desplazar una atención mayor a cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la violencia de género. El problema es que semejante aperturismo no resulta neutro desde el punto de vista económico. Bien al contrario, acarrea normalmente costes ciertos que el empresario no está dispuesto a asumir. De este modo, el aumento notable de la sensibilización legal y social frente a problemas que, como en el caso de la violencia de género, hasta hace no mucho tiempo permanecían ajenos a la conciencia colectiva, ahora también con una traslación explícita en el mundo de las relaciones laborales, se enfrenta sin embargo con el reto de verificar su materialización práctica dentro de un contexto económico adverso. Por resumir la idea con una pregunta conscientemente provocadora, en relación con el debate doctrinal instalado sobre la nueva regulación de la ultraactividad de los convenios colectivos del artículo 86.3 del ET, ¿acaso se han alzado muchas voces invocando la necesidad de preservar la virtualidad del convenio anterior, o de evitar la situación de vacío convencional, apelando al tratamiento que contenga – o pueda contener – en materia de violencia de género? La

¹³⁰ Garrido Jiménez, L., “Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis”, *cit.*, pp. 403-404.

respuesta es, rotundamente, no. Para empezar porque, como se ha señalado, aproximadamente el 50 por 100 de los convenios sectoriales y el 60 por 100 de los convenios de empresa, no contienen referencia alguna sobre la propia temática de violencia de género.

En este sentido, convendría volver también la mirada al Derecho Comparado, dentro del ámbito europeo, donde el coste de las medidas de igualdad ha justificado la implementación por algunos Estados de partidas con recursos públicos para este fin. Es el caso de Francia, de manera que las empresas con menos de trescientos trabajadores que elaboren planes de igualdad pueden firmar con el Estado un “contrato de igualdad profesional”, donde la empresa o el sector, dependiendo con quién se firme el acuerdo, adquiere frente a la Administración Pública compromisos en materia de empleo e igualdad. El Estado financia parte de los gastos que el plan de igualdad va a ocasionar al empresario, y éste se obliga a mejorar la posición de las mujeres en la empresa en términos de cualificación y de empleo. Contrato de igualdad profesional que contiene asimismo las modalidades de control de cumplimiento; la cuantía de la ayuda y la modalidad de pago; además de las condiciones de evaluación y de difusión de la información¹³¹.

5. Valoración conclusiva

La combinación de todos los elementos analizados en relación con la violencia de género dentro del ordenamiento español, a partir de su tratamiento legal, con esa interacción entre la ley, la negociación colectiva y los planes de igualdad, junto con el examen de la regulación de la violencia de género en la negociación colectiva, para concluir con una sistematización de las problemáticas estructural y coyuntural asociadas a la violencia de género, evidencia el largo camino por recorrer. En efecto, la apenas estrenada – en términos históricos – sensibilización legislativa en materia de violencia de género debe cohonestarse a futuro con una aprehensión mucho más decidida de la problemática inherente a la misma, tanto en la negociación colectiva como en los planes de igualdad.

Lo cual no obsta para poner en valor los logros obtenidos hasta el momento presente, sobre todo, si hacemos una mínima retrospectiva en el tiempo, de manera que, si bien los resultados tangibles son todavía modestos, no puede obviarse tampoco el avance notable producido en términos de sensibilización

¹³¹ A este respecto, véase Serrano García, J. M^a, “Contenido de los planes de igualdad”, *cit.*, pp. 220-221.

general de la sociedad sobre los problemas y las necesidades vinculadas con la violencia de género. Tendencia que, irremisiblemente, debería tener una materialización progresiva en el contexto de las relaciones laborales.

Como se ha dicho ya, la lucha contra la violencia de género constituye un objetivo tan loable en sí mismo que, cualquier error de articulación, debe venir inmediatamente disculpado. Lo cual no obsta para que, con la experiencia acumulada, parezca evidente la necesidad de recomponer de un modo más eficiente el equilibrio – difícil – que guardan, respectivamente, la ley, la negociación colectiva y los planes de igualdad. Una lógica reivindicativa de la que participa nuestro estudio, en este caso, con la referencia principal de la negociación colectiva, a partir de esa ausencia generalizada de sistemática en la regulación de la violencia de género, tanto a nivel formal como material, con una proyección paralela a nivel sectorial y de empresa, según se ha tenido ocasión de desarrollar a lo largo de los epígrafes anteriores.

6. Bibliografía

- AGRA VIFORCOS B., *La mujer en la relación colectiva del trabajo*, Universidad de León, 2005
- ALFONSO MELLADO C.L., *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral*, en G. FABREGAT MONFORT (coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Tirant lo Blanch, 2012
- ALFONSO MELLADO C.L., SALCEDO BELTRÁN C., *Negociación colectiva y acoso en el trabajo*, en G. FABREGAT MONFORT (coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Tirant lo Blanch, 2012
- ARASTEY SAHÚN M.L., *Los riesgos psicosociales en la apreciación de los tribunales: algunas cuestiones sobre la aplicación práctica de la Directiva marco 1989/391/CEE*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 11
- BENLLOCH SANZ P., *Mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género: una recapitulación crítica de las políticas y normativa de extranjería*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 100-bis
- BLASCO PELLICER Á., *La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*, en *Actualidad Laboral*, 2010, n. 18
- BONINO COVAS C., ARAGÓN MEDINA J., *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre mujeres y hombres*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

- BRAVO SANTAMARÍA S., *Algunas consideraciones sobre la situación actual de los derechos fundamentales y determinadas limitaciones. Especial referencia al acoso moral*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2003, n. 21
- BUSTAMANTE RUANO M.A., *Los planes de igualdad de las empresas como herramienta para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo*, en *Estudios Financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2011, n. 338
- BUSTAMANTE RUANO M.A., *Acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio, ¿tres denominaciones para una misma cosa?*, en *Estudios Financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2012, n. 353-354
- CARRASCOSA BERMEJO D., *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55
- CAVAS MARTÍNEZ F., *La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, 2006
- CIMAGLIA M.C., *Gender violence and work. Evidence from Italy*, en R. QUESADA, R. BORTONE, S. PERÁN (eds.), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Thomson-Aranzadi, 2012
- CORREA CARRASCO M., *La protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo: estudio comparado*, *Temas Laborales*, 113, 2012
- DE LA FUENTE VÁZQUEZ D., *Acoso sexual*, en T. PÉREZ DEL RÍO (coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997
- DE LA FUENTE VÁZQUEZ D., *Acoso sexual*, en D. DE LA FUENTE VÁZQUEZ (coord.), *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género (revisión)*, Consejería de Empleo y Mujer, Madrid, 2006
- DE LA FUENTE VÁZQUEZ D., *Acoso moral o mobbing*, en D. DE LA FUENTE VÁZQUEZ (coord.), *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género (revisión)*, Consejería de Empleo y Mujer, Madrid, 2006
- ESCUADERO RODRÍGUEZ R., *Planes de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2007, n. 1
- FARALDO CABANA C., *El derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2012, n. 153
- FABREGAT MONFORT G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Bomarzo, 2011

- FABREGAT MONFORT G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial: análisis de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Bomarzo, 2007
- FABREGAT MONFORT G., *La negociación colectiva como medida de tutela antidiscriminatoria: planes de igualdad y otras medidas para alcanzar la igualdad real*, en G. FABREGAT MONFORT (coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Tirant lo Blanch, 2012
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ C., *Experiencia de negociación colectiva del protocolo para el procedimiento y tratamiento de los casos de acoso sexual*, en J. SÁNCHEZ PÉREZ (coord.), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Universidad de Cádiz, 2005
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ S., *Medidas sociales en materia de igualdad y no discriminación por razón de género en Italia*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008
- FERRADANS CARAMÉS C., *Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2005, n. 32
- FERREIRO REGUEIRO C., *Violencia de género y negociación colectiva*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- GARCÍA QUIÑONES J.C., *Violencia de género y planes de igualdad*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- GARCÍA ROMERO B., *La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, en *Aranzadi Social*, 2012, n. 11
- GARRIDO JIMÉNEZ L., *Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis*, en O. PAZ TORRES, M.J. ESPUNY I TOMÁS (coords.), *Crisis y ocupación*, Bosch, 2010
- GARRIGUES GIMÉNEZ A., *Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 11
- LÓPEZ F., *El Plan de Igualdad: una oportunidad para implantar o mejorar la calidad y la excelencia en las compañías*, en *Capital Humano*, 2008, n. 220
- LÓPEZ ARRANZ M.A., LÓPEZ COIRA J., *El impacto de las políticas de protección de la violencia de género sobre el empleo*, en J. CABEZA PEREIRO, F. FERNÁNDEZ PROL (coords.), *Políticas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, 2013
- LÓPEZ LÓPEZ J., *Buenas prácticas y la negociación colectiva*, en *Civitas – Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, n. 102

- LOUSADA AROCHENA J.F., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Revista del Poder Judicial*, 2009, n. 88
- LLEÓ CASANOVA B., *La extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador y por decisión de la mujer víctima de violencia de género*, en C.L. ALFONSO MELLADO, G.E. RODRÍGUEZ PASTOR, M.C. SALCEDO BELTRÁN (coords.), *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2013
- LLORENTE PÉREZ A., *La Comisión Europea informa sobre la cuestión de igualdad entre mujeres y hombres*, en *Unión Europea*, 2010, n. 3
- MARTÍNEZ GARCÍA E., *Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión*, en G. FABREGAT MONFORT (coord.), *Mujer y Derecho (Jornada de Igualdad de la Facultad de Derecho Universitat de València)*, Tirant lo Blanch, 2012
- MENDOZA NAVAS N., *Los derechos de participación de los trabajadores en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008
- MERCADER UGUINA J.R., HERRÁIZ MARTÍN M., *Las dimensiones constitucionales, española y europea, del trabajo femenino*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, 2006
- MERINO SEGOVIA A., *Igualdad de género y tutela de la mujer trabajadora en la negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2002, n. 20
- MOLINA NAVARRETE C., *El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo*, Bomarzo, 2008
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, 2009
- OTERO NORZA L., VALDÉS DAL-RÉ F., *Sobre los planes de igualdad*, en AA.VV., *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2011
- PERÁN S., *Gender-basex violence and work. Evidence from Spain*, en R. QUESADA, R. BORTONE, S. PERÁN (eds.), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Thomson-Aranzadi, 2012
- PÉREZ CAMPOS A.I., *Tratamiento convencional de la violencia de género y la discriminación como factores de riesgo psicosocial*, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, n. 98
- PÉREZ DEL RÍO T., *La violencia de género en el ámbito laboral: El acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, 2009
- PÉREZ DEL RÍO T., *La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género*, en *Temas Laborales*, 2007, n. 91

- PÉREZ DEL RÍO T., FERNÁNDEZ LÓPEZ F., DEL REY GUANTER S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993
- PUEBLA PINILLA A., *Violencia de género*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, Igualdad, Nuevas Tecnologías y Globalización*, Cinca, 2010
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO F., *Elaboración y aplicación del Plan de Igualdad en la empresa*, en *Actualidad Laboral*, 2008, n. 9
- ROLDÁN MARTÍNEZ A., *La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de las políticas de igualdad de las empresas*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2010, n. 2
- ROLDÁN MARTÍNEZ A.F., TORRENTS MARGALEF J., *Violencia de género, acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, AA.VV., *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008
- SANFULGENCIO GUTIÉRREZ J.A., *Puntos críticos en los planes de igualdad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 1
- SANTA CRUZ AYO I., *Beneficios y costes de los planes de igualdad*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n. extra., *Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*
- SELMA PENALVA A., *Violencia machista y prestaciones por supervivencia. Repercusiones prácticas*, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 60
- SELMA PENALVA A., *Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales*, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 9
- SELMA PENALVA, A., *La Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales*, *Actualidad Laboral*, 2011, n. 18
- SERRANO ARGÜELLO N., *Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo*, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 7
- SERRANO GARCÍA J.M., *Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2003, n. 22
- SERRANO GARCÍA J.M., *La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2008, n. 1
- SERRANO GARCÍA J.M., *Contenido de los planes de igualdad*, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coord.), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Cinca, 2008
- SOBRINO GONZÁLEZ G.M., *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013

SOBRINO GONZÁLEZ G.M., *La violencia de género*, en AA.VV., *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2011

VALDÉS DAL-RÉ F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Reus, 2010

WEILER A., *Equal opportunities and collective bargaining: european experiences*, en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2000, n. 3

¿Violencia de género en la empresa? Una nueva delimitación conceptual en el marco de las relaciones laborales

de María Cristina Polo Sánchez

1. Introducción

La Ley Orgánica 1/2004 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOVG) puede ser calificada como uno de los avances normativos más destacables dentro del panorama legislativo español. Dotada de una innegable carga ideológica, su carácter poliédrico la convierte en una de las apuestas más arriesgadas y valientes abordadas en la última década. Sin embargo, y con la perspectiva que ofrecen sus casi nueve años de aplicación, restan aún por redefinir algunos de sus contornos, puesto que la proliferación de normativas autonómicas concretando los perfiles de este fenómeno plantean ciertos interrogantes que nos proponemos desvelar.

Es frecuente hoy en día escuchar la expresión “violencia de género” para referirlo al entorno empresarial, como si en el devenir cotidiano de la empresa algunas de las prácticas y conductas que en su seno se desarrollan participaran de los caracteres identificativos de tal realidad, en lo que sería una interpretación de la LOVG ajustada al ámbito de las relaciones que se establecen entre los distintos sujetos que coinciden en la empresa. Es, precisamente, este aspecto el que nos lleva a ciertas reflexiones que pretendemos volcar en estas líneas. ¿Es jurídicamente correcto hablar de violencia de género en la empresa, en contraposición con lo que parece ser el objeto de la LOVG? Teniendo en cuenta que la violencia hacia la mujer tiende a identificarse con una voluntad deliberada de situarla en un plano de desigualdad múltiple frente al hombre, ¿qué connotaciones podrían derivarse

de este tipo de actitudes en el entorno empresarial y a qué serían debidas? ¿La empresa debe configurarse como origen de conflictos o, por el contrario, como fuente de resolución conflictual en materia de género? El distinto trato que hoy todavía se ejerce contra la mujer ¿se asocia realmente a una minusvaloración fundamentada en el género o bien se aprecian otros motivos que, aun llegando a ese resultado diferenciador, escapan absolutamente de cualquier intencionalidad vinculada a convicciones de tipo machista? Trataremos, en la medida de lo posible, de ofrecer respuesta a todo ello.

2. La definición de violencia de género en la LO 1/2004: ¿una noción excesivamente restrictiva?

Los criterios seguidos por la LOVG para delimitar el concepto que sobre la misma se recoge en el art. 1 giran básicamente en torno a la toma de conciencia de que no debe ser una realidad escondida, reducida al ámbito privado, sino que, por el contrario, sus consecuencias se hacen sentir en toda la sociedad en tanto que manifestación de la desigualdad existente entre hombre y mujer. Es ésta una violencia dirigida contra las mujeres por el simple hecho de serlo, sin que con frecuencia medie ninguna otra causa de justificación, generando así una privación de los derechos más elementales que han de predicarse de todo ser humano, como la libertad, la igualdad, la seguridad, la no discriminación o, incluso, la propia vida.

Con base en una nutrida representación de mecanismos de tutela procedentes de diversos organismos internacionales, y con los precedentes penales y procesales de normas que rozaban de forma segmentada cuestiones relacionadas con esta problemática¹, la LOVG introduce, en primer lugar, un cambio semántico sustituyendo el término anterior de violencia doméstica por otro mucho más adecuado a lo que el contenido de la norma pretende: resaltar cómo el elemento del género, criterio eminentemente cultural en contraposición al sexo, que designa preferentemente características biológicas, actúa como catalizador de comportamientos violentos cuya prevención y erradicación es imprescindible alcanzar.

¹ Como la LO 3/1989 21 de junio de actualización del Código Penal, BOE 22 de junio; LO 11/2003 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, BOE 30 de septiembre; LO 15/2003 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/95 23 de noviembre del Código Penal, BOE 26 de noviembre o la Ley 27/2003 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, BOE 1 de agosto.

El objeto de la LOVG aparece claramente definido en el art. 1: esa violencia obtiene su caldo de cultivo en la discriminación y la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres por causa vinculada de manera directa a las relaciones de poder que sobre ellas ejercen los hombres. Ahora bien, esa constatación genérica encuentra además una segunda concreción, mucho más limitada y que puede plantear problemas conceptuales, debido a que el contenido de la Ley se circunscribe sin más a la violencia que soportan las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o con quienes hayan estado ligadas por relaciones de afectividad, no exigiéndose el requisito de la convivencia. En otras palabras, que por violencia de género, según la LOVG, entenderíamos la que surge en una pareja heterosexual, siendo siempre víctima la mujer por su tradicional papel de sumisión y sometimiento respecto al varón, y ello cuando se mantenga o al menos hubiera surgido en el pasado un vínculo sentimental. Quiere ello decir, y así se ha planteado en sede jurisdiccional en años posteriores a la promulgación de la LOVG, que cualquier otra forma de violencia ejercida en el seno de la pareja, cuya destinataria no fuera una mujer (ej. entre dos varones) no tendría la consideración de violencia de género, como tampoco la tendría la soportada por una mujer por parte de su pareja también del mismo sexo². Solo excepcionalmente algunos tribunales inferiores han interpretado de forma flexible este criterio, basándose en la desigualdad de posición de ambos componentes en la pareja, que haría que sus relaciones de afectividad no se desarrollaran en el plano de igual a igual.

Por otro lado, y este es el dato más significativo a la hora de elaborar la argumentación de estas reflexiones que realizamos, la violencia se ajusta en la LOVG de modo estricto al ámbito de la pareja³. No hay otra opción en la que la mujer recibiera un trato vejatorio, humillante o degradante por el solo hecho de serlo, con apoyo en la desigual relación de poder con el varón fuera de ese entorno privado. Por eso, sorprende que algunas leyes autonómicas mantengan un planteamiento diferente, mucho más abierto, hacia otro tipo de comportamientos, reflejo asimismo de una profunda desigualdad, que excede la

² Un caso particular se contempla en el art. 70 Ley 5/2008 24 de abril del Derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista (Cataluña), BOE 30 de mayo, que equipara a las mujeres a las transexuales que sufran este tipo de violencia, siempre que se les haya diagnosticado disforia de sexo acreditada mediante informe médico o psicológico o hayan recibido tratamiento médico al menos dos años para acomodar sus características físicas al sexo reclamado.

³ En contraposición a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de Naciones Unidas (Resolución 48/104 20 de diciembre de 1993), que recoge una perspectiva más genérica.

relación entre dos personas unidas por lazos afectivos, para adquirir incluso una dimensión colectiva, procedente de una pluralidad de sujetos que pueden conformar una comunidad como es la empresa.

Por lo demás, los caracteres de la violencia de género que describe la LOVG no distan mucho de lo que podría suponer respecto a los más recientes textos normativos autonómicos en la actualidad: sería todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y la privación arbitraria de libertad, con la precisión de que si estas actuaciones recaen sobre la mujer sin que el sujeto activo sea su pareja, desde luego la LOVG, en su planteamiento ideológico, no las ampararía, pues tal fue su punto de partida inicial.

3. Ampliaciones posteriores en la configuración tipológica de la violencia de género

Es criterio prácticamente unánime la falta de mención de vínculos de afectividad como requisito único e inexcusable para poder calificar una determinada conducta como de violencia de género en las diferentes leyes autonómicas que regulan esta figura⁴. Hemos de tomar en consideración que incluso antes de la aprobación estatal de la LOVG, ya algunas Comunidades Autónomas habían procedido a elaborar su propia normativa sobre violencia

⁴ Prescinden de esa referencia a los lazos conyugales o afectivos la Ley Foral 22/2002 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (Navarra) BOE 20 de agosto, que admite la existencia de violencia de género bajo tales circunstancias tanto en público como en la vida familiar o privada; Ley 16/2003 8 de abril, de Prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género (Canarias), BOE 8 de julio; Ley 1/2004 1 de abril Integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas (Cantabria), BOE 26 de abril; Ley 4/2007 4 de abril para la Igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la región de Murcia, BOE 22 de julio de 2008, que incluye también como víctimas directas a la descendencia menor de edad y a personas que dependan de la afectada; Ley 11/2007 27 de julio gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, BOE 20 de septiembre; Ley 13/2007 26 de noviembre de Medidas de prevención integral contra la violencia de género (Andalucía), BOE 13 de febrero de 2008; Ley 5/2008 254 de abril (Cataluña), cit.; Ley 13/2010 9 de diciembre de Normas reguladoras contra la violencia de género en Castilla y León, BOE 30 de diciembre; Ley 3/2011 1 de marzo de Prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia de género en La Rioja, BOE 18 de marzo; Ley 7/2012 23 de noviembre Integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana, BOE 11 de diciembre.

sexista⁵, violencia de género⁶ o violencia contra las mujeres⁷, en tanto que otras normas surgidas más recientemente vinculan la violencia de género con la igualdad entre mujeres y hombres, en un único instrumento normativo que lucha desde ambos frentes por conseguir tales objetivos actuando de forma coordinada⁸. Pues bien, sin perder la perspectiva originaria de que la violencia de género se asocia en la mayoría de los casos con una actitud o actuación proveniente de la pareja o expareja, lo cierto es que no es ésta la única modalidad que es posible distinguir a efectos de su prevención y protección, fijándose así el marco laboral como uno de los entornos en los que sería factible igualmente que una mujer pudiera ser calificada como víctima de violencia de género⁹. De este modo, junto a la conceptualización “tradicional” de esta realidad, en la que se vienen incluyendo los malos tratos físicos y psicológicos, o los sexuales, en tanto que imposición de relaciones sexuales no consentidas, independientemente de la existencia o no de relación conyugal o afectiva, se amplía la violencia de género en el marco normativo autonómico al tráfico de mujeres, mutilación genital, violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, abusos a menores, malos tratos económicos y, desde luego y en lo que se refiere al ámbito de las relaciones jurídico laborales, el acoso sexual, en tanto que solicitud de favores sexuales prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, con consecuencias anunciadas para la víctima, en caso de negativa, de causarle un mal relacionado con las expectativas que ésta pudiera esperar en el ámbito de tal relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio dentro de la misma¹⁰, y el acoso laboral por razón de género, consistente en actuaciones discriminatorias o la amenaza de éstas en el ámbito laboral cuando tengan como causa o estén vinculadas a su condición de mujer¹¹.

⁵ Ley Foral 22/2002 2 de julio (Navarra), cit.

⁶ Ley 16/2003 8 de abril (Canarias), cit.

⁷ Ley 1/2004 1 de abril (Cantabria), cit.

⁸ Ley 7/2007 4 de abril para la Igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la región de Murcia, cit.; Ley 2/2011 11 de marzo para la Igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género (Principado de Asturias), BOE 4 de mayo; Ley 8/2011 23 de marzo de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, BOE 13 de abril.

⁹ Un ejemplo lo tendríamos en el art. 2 Ley 16/2003 8 de abril (Canarias), cit. o art. 1 Ley 4/2007 22 de marzo de Prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón, BOE 13 de junio.

¹⁰ Art. 3 Ley 16/2003 8 de abril (Canarias), cit.; art. 3 Ley 1/2004 1 de abril (Cantabria), cit.; art. 40 Ley 7/2007 4 de abril (Murcia), cit.; art. 3 Ley 11/2007 27 de julio (Galicia), cit.

¹¹ Art. 2 Ley 13/2010 9 de diciembre (Castilla y León), cit.

Se ha pasado, por consiguiente, de una perspectiva conceptual excesivamente ceñida a la LOVG a lo que sería la regulación de distintas manifestaciones de lo que supone el ejercicio de la violencia sobre la mujer, puesto que se sigue manteniendo la denominación de violencia doméstica para incluir conductas que recaen sobre la mujer pero además sobre sus ascendientes o descendientes que convivan con ella quienes, qué duda cabe, son igualmente víctimas del maltratador¹² y que constituyen uno de los aspectos de preocupación centrales en la elaboración de la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016) aprobada recientemente, la cual reproduce esa distinción entre el concepto genérico “violencia contra/sobre la mujer” y una de sus exteriorizaciones concretas, como sería la violencia de género.

Pero también, y éste es el punto al que pretendíamos llegar, se habla a nivel autonómico de violencia en el ámbito laboral, enfocada hacia un triple origen físico, sexual o psicológico, susceptible de generarse en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, o bien fuera de tal lugar y horario si mantiene su conexión con el trabajo, y que se asocia directamente con los supuestos de acoso por razón de sexo y de acoso sexual¹³ o, en otros casos, situando como fundamento básico el prevalimiento de una posición de dependencia o debilidad en la que se encuentre la víctima o utilizando una situación de proximidad entre ambos derivada de un previo vínculo laboral¹⁴. Se observa, por tanto, una falta de criterio unánime en cuanto a la consideración de lo que realmente ha de entenderse por violencia contra la mujer dentro de la empresa, pues a las situaciones de acoso laboral y sexual, predicables tanto para trabajadoras como para trabajadores en su condición de afectados, se añade además el elemento ya característico de la desigual posición entre hombre y mujer que adquiere una faceta laboral desde el momento en que porcentualmente suele reproducirse el binomio empresario hombre-trabajadora mujer. Creemos que este tipo de comportamientos se han incluido de forma deliberada en los textos legales autonómicos puesto que en una regulación que persiga una aplicación efectiva y un logro de objetivos no puede quedar excluido el entorno laboral, en el que las relaciones interpersonales, como en cualquier otro ámbito, no son ajenas al surgimiento de conflictos.

¹² Tal es el planteamiento seguido por la Ley 4/2007 22 de marzo (Aragón), cit. y Ley 7/2012 23 de noviembre (Comunidad Valenciana), cit.; o la Ley 5/2008 24 de abril (Cataluña), cit., que disocia la violencia en el ámbito de la pareja de lo que sería propiamente la violencia en el ámbito familiar.

¹³ Art. 5 Ley 5/2008 24 de abril (Cataluña), cit.

¹⁴ Art. 4 Ley 16/2003 8 de abril (Canarias), cit., art. 3 Ley 4/2007 22 de marzo (Aragón), cit.

En consecuencia, y como planteamiento genérico, las leyes autonómicas sobre violencia contra la mujer estiman, en su mayor parte, la existencia de una violencia de género ejercida sobre las trabajadoras que rebasa los estrictos límites que en su día marcó la LOVG reduciendo este fenómeno al seno de la pareja, en un posicionamiento más flexible que permite extraer una visión de la violencia de género en todas sus facetas.

4. La empresa como elemento integrador de conflictos interpersonales: violencia intraempresarial y violencia extraempresarial

La pregunta que podríamos formularnos a partir de la exposición anterior sería si es acertada esta propuesta plasmada en las leyes sobre la materia de las diferentes Comunidades Autónomas. A nuestro entender, sería cuando menos arriesgado. Ciertamente es que la LOVG presentaba unos perfiles de la violencia de género excesivamente apegados al entorno de las relaciones privadas de la pareja o expareja, pero ello permitía desvelar con mayor nitidez la filosofía que sustentaba dicha norma: la constatación de la subordinación mantenida durante siglos por la mujer respecto del varón. Pretender extrapolar este mismo razonamiento al marco de las relaciones laborales no sería afortunado en todo caso: la empresa es ya de por sí un foco de conflictos entre diferentes sujetos con intereses contrapuestos, entre los cuales el más relevante no es el que se vincula con el género. No siempre que una mujer recibe un trato humillante o discriminatorio ello será debido a su pertenencia al sexo femenino. De hecho, ese tipo de conductas pueden ir dirigidas hacia los varones por idénticas causas y no confluye a la hora de buscar una explicación el factor del género. Por ejemplo, en actitudes como el acoso moral, la intencionalidad no se focaliza en el género de la víctima, sino en el objetivo buscado, que suele ser la aniquilación del destinatario, sea hombre o mujer, hasta conseguir que abandone la empresa. En términos cuantitativos, el acoso moral no afecta en mayor medida a las mujeres, no es un tipo de comportamiento “feminizado” en cuanto a la persona que lo sufre.

No podríamos decir lo mismo del acoso sexual: en estos casos, es obvio que la mujer suele actuar como víctima precisamente por el predominio de empresarios en el tejido industrial español. Qué duda cabe que las posiciones de superioridad favorecen la aparición de requerimientos sexuales hacia las mujeres, y que el recinto de la empresa, excesivamente cerrado en ocasiones, puede fomentar este tipo de conductas. ¿Estaríamos en este caso ante una modalidad de violencia de género? Indudablemente sí, porque la persona que

se encuentra en una situación de dominio ejerce una presión sobre la trabajadora, en posición de debilidad por temor a que su vínculo laboral resulte afectado si se niega. En tal escenario, comparecen idénticos elementos a los contenidos en la LOVG, excepto la relación de afectividad, actual o extinguida: el agresor se mueve por un desprecio hacia la víctima, con la que mantiene una relación contractual, y eso le coloca en un plano de superioridad que le permite prevalerse de ello. Solo en estos supuestos estimamos que podría utilizarse con propiedad la expresión “violencia de género en la empresa”, ya que en ella se origina este comportamiento y de ella parten los datos configuradores de este fenómeno, que pueden incluso llegar a la violencia física si la agresión sexual se consuma finalmente, y ésta es la opción por la que se han decantado buena parte de las leyes autonómicas que han abordado dicha regulación: en la empresa surgen diversidad de conflictos, algunos propiciados por connotaciones de carácter cultural que deben ser erradicadas, basadas en el género, de modo que esa violencia “intraempresarial” ha de ser resuelta y, en la medida de lo posible, evitada.

Pero no es este el único modelo de violencia detectable en la empresa. El legislador, utilizando como herramienta la LOVG, hace a la empresa directamente responsable de la adopción de ciertas medidas que faciliten la continuidad de la trabajadora en la vida activa impidiendo así que se vea abocada al abandono de su puesto de trabajo. Es aquí donde podríamos utilizar el término violencia “extraempresarial”, que procede en sentido estricto de la esfera personal de la trabajadora y que hace “partícipe” de esa circunstancia a la empresa en lo que sería una relación a tres bandas. Se persigue de este modo el replanteamiento de los poderes de dirección empresarial, puesto que la puesta en práctica de las medidas que se contemplan en beneficio de la trabajadora son acordadas cuando menos con la empresa o con los representantes de los trabajadores, llegándose incluso a una decisión unilateral de la trabajadora en lo que sería un cambio en sus condiciones de trabajo y en el desenvolvimiento cotidiano de su actividad. Ciertamente, se han fijado algunas directrices que guían la alteración en el inicial pacto por el que se acordó la prestación de trabajo, básicamente en lo que sería un previo conocimiento de la empresa, con una antelación prudencial, para que proceda a la reorganización de la actividad. Pero, a partir de ahí, se juega en el terreno de la trabajadora, que podrá decidir cuál es la mejor fórmula para conciliar su potencial condición de víctima de violencia con el ejercicio de sus tareas en la empresa.

Debemos destacar llegados a este punto tres aspectos que han quedado concretados en mayor o menor medida con posterioridad a la aprobación de la LOVG:

- en primer lugar, determinar el alcance de esa obligación que recae sobre la empresa para implantar las medidas laborales que la LOVG reconoce. El art. 23 de la misma establece como medio de prueba genérico para acreditar la condición de víctima la orden de protección dictada en su favor, pasando de forma excepcional y, sobre todo, provisional a aceptar asimismo el informe del Ministerio fiscal que, sobre la base de indicios hallados en su situación particularizada, permita deducir tal condición, y siempre en espera de que se dicte con posterioridad la orden de protección. Pues bien, ésas serían las dos únicas vías que la LOVG admite como constatación de que una mujer es víctima de violencia¹⁵, no hay remisión alguna ni referencia expresa a una posterior concreción reglamentaria ni a otras intervenciones procedentes de instancias públicas o privadas. Sin embargo, las Comunidades Autónomas han entendido tal circunstancia siempre en beneficio de la trabajadora, aceptando otra clase de informes o dictámenes a los que se otorgaría el mismo valor que a la orden o al informe del Ministerio Fiscal. Por lo pronto, no específicamente dicha orden, sino cualquier resolución judicial podría reconocer, aunque fuera de manera indiciaria o incidental, la concurrencia de tal situación, siendo admisible también una sentencia de cualquier orden jurisdiccional, aunque no hubiera ganado firmeza¹⁶; certificación y/o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración pública autonómica o local; de los servicios de acogida o de la Inspección de Trabajo¹⁷ o de cualquier organismo público competente en materia de violencia¹⁸, pudiendo la trabajadora de modo excepcional ejercitar temporalmente determinados derechos (habría que concretar cuáles) sin disponer de acreditación de tal situación y en espera de

¹⁵ No obstante, hay convenios colectivos que con excesiva rigidez solo admiten la obtención de la orden como medio probatorio. Vid., por todos, art. 49.5 IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales. Res. 29 de septiembre de 2011. BOE 14 de octubre; art. 48.6 V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas. Res. 30 de marzo de 2011. BOE 20 de abril.

¹⁶ Ley 8/2011 23 de marzo (Extremadura), cit.

¹⁷ Ley 11/2007 27 de julio (Galicia), cit.; Ley 13/2010 9 de diciembre (Castilla y León), cit., destacando de entre todas la Ley 5/2008 24 de abril (Cataluña) al distinguir una diversidad de medios de identificación de la violencia de género sustentados bien sobre hechos verificados o sobre la existencia de indicios.

¹⁸ Ley 3/2011 1 de marzo (La Rioja), cit.; Ley 7/2012 23 de noviembre (Comunidad Valenciana) cit.

que se dicte la resolución judicial en la que se incluya la orden de protección¹⁹ o, por último, simplemente con la denuncia ante el juzgado²⁰;

• como segunda precisión, se ha entendido la conveniencia de ampliar de algún modo las medidas laborales reconocidas a la trabajadora a lo largo del articulado de la LOVG y que requerían de algún tipo de ajuste para su correcta puesta en práctica. Dicha tarea ha sido encomendada básicamente a la negociación colectiva, si bien hay leyes autonómicas que descienden a ciertas cuestiones de detalle para que el acogimiento a alguna de tales opciones no repercuta negativamente sobre la trabajadora generando una “doble victimización”²¹. Ha sido, básicamente, la vía negocial la que ha sabido mejorar y aclarar el alcance de medidas laborales reconocidas a nivel legal²². Hemos de destacar cómo con excesiva frecuencia algunos convenios apenas aportan nada al contenido jurídico laboral en la protección de la trabajadora: se remiten a la LOVG o se limitan a reproducir la regulación legal casi de forma automática, en lo que sería un ejercicio inicial de implicación empresarial que no va más allá de unos mínimos que la LOVG permitiría ampliar. En realidad, la inclusión de una cláusula convencional meramente reproductora de una previa regulación a nivel legal no añade nada nuevo y, por el contrario, lo que hace es mostrar una falta de compromiso por parte de la empresa, que haría lo imprescindible, aquello a lo que le obliga la ley, para dar cumplimiento a las peticiones de la trabajadora²³. En concreto, y por citar ejemplos en los que la negociación colectiva sí cumple su función de mejorar el umbral mínimo legal, se ha incidido en la determinación de la duración de la jornada, que se sitúa

¹⁹ Ley 13/2007 26 de noviembre (Andalucía), cit.

²⁰ Así se reconoce al personal laboral de la AEAT en su IV Convenio específico. Res. 23 de junio de 2006. BOE 11 de julio.

²¹ Tal es el caso, a título de ejemplo, de la Ley 3/2011 1 de marzo (La Rioja), cit., que en su art. 47.2 justifica las faltas de asistencia total o parcial de la trabajadora si son debidas a algún motivo relacionado con la violencia que padece.

²² Predicando tal condición, creemos que por error, a «aquellos trabajadores pertenecientes a la plantilla de la empresa y que sean declarados oficialmente como víctimas de violencia de género», cuando ninguna especificación previa se ha producido de que hayan de ser también los hombres beneficiarios de tales medidas. Vid. Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio, art. 57. Res. 2 de febrero de 2010. BOE 15 de febrero, o equiparando a la víctima de violencia de género con las víctimas de terrorismo, a los que se reconocen medidas similares en el ámbito laboral. Cfr. V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, art. 32. Res. 5 de marzo de 2013. BOE 20 de marzo.

²³ Aun así tal proceder se justifica, como sucede con el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, art. 110. Res. 24 de septiembre de 2008. BOE 9 de octubre.

entre un octavo y tres cuartos y que la D.A. 7 LOVG había dejado a la posterior fijación interpartes, prevaleciendo siempre el interés de la propia trabajadora²⁴ y manteniendo incluso la cuantía íntegra de sus retribuciones²⁵, algo que el legislador estatal había rechazado de plano para evitar que recayeran sobre la empresa las consecuencias de una decisión que la trabajadora se ve obligada a tomar y que carece de cualquier connotación vinculada al trabajo. Una medida de configuración exclusivamente convencional ha sido la excedencia, que la LOVG olvidó mencionar, puesto que sí la atribuía a las funcionarias de las Administraciones públicas, sin explicación alguna para su elusión a las trabajadoras. Bien es cierto que su duración no suele ser excesiva (máximo seis meses), si bien se equipara en ocasiones su regulación a la de la suspensión contractual *strictu sensu*, pudiendo alcanzar su duración máxima hasta dieciocho meses, con prórrogas parciales de tres meses y posibilidad de disfrutarla de forma fraccionada, reconociéndose el derecho de asistir a cursos de formación profesional siendo compatible tal período a efectos de antigüedad²⁶. Finalmente, con carácter secundario, el marco colectivo reconoce ayudas financiadas durante el período de excedencia²⁷; concesión de préstamos o anticipos²⁸; permisos retribuidos para realizar gestiones (cambio de residencia, asistencia a juicios, acudir a tratamiento psicológico, etc.)²⁹;

- por último, no es fácil encontrar referencia alguna acerca del momento en que la empresa dejará de estar vinculada a la solicitud de tales medidas, es decir, en qué punto la trabajadora deja de ser considerada como sujeto especialmente protegido y, por ello, merecedora de un trato de favor respecto a los restantes integrantes de la plantilla. Como es lógico, la orden de protección o alguno de los documentos alternativos citados constituyen el argumento cierto para defender una legitimidad de la trabajadora que cedería desde el

²⁴ Art. 49 IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios. Res. 29 de septiembre de 2011. BOE 14 de octubre; art. 70 I Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión e intermediación inmobiliaria. Res. 23 de junio de 2011. BOE 10 de diciembre.

²⁵ Art. 34 IV Convenio colectivo del personal laboral de la AEAT, cit., en tanto que clara manifestación del compromiso de la Administración para con sus trabajadoras que acrediten su condición de víctimas de violencia.

²⁶ Cfr. XIV Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas, art. 23.5. Res. 12 de abril de 2012. BOE 2 de mayo; II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería, art. 14.5. Res. 11 de octubre de 2011. BOE 26 de octubre.

²⁷ Convenio colectivo de las Cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014, art. 11.7 Res. 13 de marzo de 2012. BOE 29 de marzo.

²⁸ V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, cit. art. 32.2.

²⁹ Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados, cit. art. 57.2.

instante en que aquella declaración perdiera valor. Una vez desaparecida tal circunstancia, la trabajadora debe comunicar al órgano competente de la empresa su voluntad de reintegrarse a las condiciones de trabajo anteriores, disponiendo de un tiempo prudencial para hacerlo, que no debiera ser superior a tres meses³⁰.

5. Propuestas de actuación empresarial

Frente a la violencia que sufre la trabajadora, la empresa ha de mantener actitudes diferenciadas, en función de que tales comportamientos tengan su origen en el propio centro de trabajo o procedan, por el contrario, de la esfera privada de la víctima. En este último caso, la aplicación del contenido laboral de la LOVG y los eventuales acuerdos a los que se haya llegado en sede convencional marcan el límite de implicación empresarial, en cuyas manos no se encuentra dar solución a la situación de violencia que padece o está expuesta a padecer la trabajadora. No estaría de más que la empresa asumiera compromisos de futuro, en el sentido de poner en marcha programas de sensibilización y formación para evitar que la violencia sobre la mujer afecte negativamente a las trabajadoras en lo que se refiere a sus condiciones laborales, de acceso al trabajo, promoción, formación o retribución³¹. También los poderes públicos tienen su parte de corresponsabilidad en este terreno, desde el momento en que proponen la conveniencia de colaborar con las organizaciones empresariales y sindicales en el territorio de cada Comunidad Autónoma para la elaboración de planes y medidas de prevención de la violencia laboral contra las mujeres que obtenga luego encaje en el clausulado de los convenios colectivos, al tiempo que se menciona el papel de vigilancia y control que habría de realizar en este ámbito la Inspección de Trabajo³².

Por su parte, la violencia intraempresarial suele ser motivo de preocupación para las empresas, que muestran, con mayor o menor fortuna en cuanto a su eficacia, su interés por prevenir y eliminar toda manifestación de acoso en el centro de trabajo. Se configura así el entorno empresarial como un lugar libre de conductas humillantes u ofensivas para los trabajadores, siendo la empresa garante de la seguridad y salud laboral de las personas que en ella trabajan y

³⁰ Vid. IV Convenio colectivo del personal laboral de la AEAT, cit. art. 34.

³¹ Así lo plantea el art. 35 Ley 7/2012 23 de noviembre (Comunidad Valenciana), cit.

³² Mencionemos como ejemplos la Ley 4/2007 22 de marzo (Aragón), cit., en su art. 8; Ley 7/2007 4 de abril (Murcia), cit., art. 44.

manteniendo un clima laboral sano. Principalmente, serían cuatro los frentes a actuar en materia preventiva:

1. sensibilización de la plantilla, tanto en el suministro de información sobre las distintas vertientes que reviste el acoso, como acerca de los procedimientos a seguir en caso de que se produzca;
2. tolerancia cero hacia estas conductas, pudiendo utilizarse las pertinentes medidas disciplinarias en caso de ser necesario;
3. difundir la idea de la corresponsabilidad de todos los trabajadores en cuanto a la detección y control de tales comportamientos;
4. impartir formación, a través de programas que den a conocer el alcance de esta realidad y las distintas alternativas dirigidas a su resolución.

Al ser conductas que afectan directamente a derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad, las empresas han de velar con especial cautela por garantizar la confidencialidad de todo el proceso de actuación³³, investigando de forma imparcial los hechos acaecidos, dando prioridad a estos asuntos sobre cualesquiera otras peticiones o reivindicaciones de los trabajadores y garantizando que la posición de la presunta víctima no se vea afectada frente a ninguna represalia y que su reclamación será atendida, examinada y resuelta en un breve plazo de tiempo (entre diez y quince días suele ser lo habitual).

Sin perjuicio de que la víctima de acoso pueda iniciar acciones judiciales, en el marco de la negociación colectiva se suelen seguir protocolos concretos que pasan por un procedimiento interno, iniciado con la denuncia del trabajador o la trabajadora objeto de acoso, que será recibida por la empresa, abriéndose un expediente informativo dirigido a indagar sobre la veracidad de los hechos alegados y a impedir la continuidad de tales comportamientos. La representación de los trabajadores es parte importante en este tipo de procedimientos, pues son los receptores directos de la denuncia y/o intervienen en su sustanciación en apoyo del/la denunciante³⁴. Con mayor o menor detalle, los convenios colectivos proceden a exponer protocolos específicos a seguir en materia de acoso, como prueba de su interés excepcional por la erradicación de tales conductas. En otros casos, y ése es el riesgo al que puede quedar expuesta una aparente motivación de la empresa que luego en la práctica se desvanezca,

³³ Una forma de conseguirlo sería asignar códigos numéricos a las partes afectadas, para que no figuren sus datos personales y salvaguardar así su intimidad. Vid. lo acordado en II Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, cit. art. 76.

³⁴ Generalmente, se alude a representantes de los trabajadores, en clara referencia a la representación unitaria, si bien la representación sindical, llegado el caso, podría también asumir sus funciones ante sus trabajadores afiliados. Vid. I Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado, art. 53.6. Res. 12 de agosto de 2010. BOE 23 de agosto.

la distinción entre dos procedimientos, informal y formal, hace que se dude cuando menos de la eficacia del primero, puesto que da a entender que el cumplimiento de unas mínimas actuaciones debería ser suficiente para dar satisfacción al reclamante y, al tiempo, exonerar a la empresa de una eventual responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales³⁵. En un primer paso, la empresa cumpliría con sus obligaciones básicas simplemente con la puesta en contacto de la víctima con el acosador, a fin de exponerle la improcedencia de su comportamiento, aunque alternativamente podría asumir tal papel un representante de los trabajadores, fuera unitario o sindical, para evitar esa relación de inmediatez entre ambos, que quizá no ayudaría a solventar el problema. Tal procedimiento es de aplicación preferente cuando el acoso es ambiental, mientras que un acoso directo sería más aconsejable resolverlo en sede formal, puede incluso que tras haber agotado la previa instancia informal, que se iniciaría con la presentación de la queja, apertura de expediente informativo, dando participación, si tal es el deseo de la víctima, a los representantes e imposición, si procede, de la correspondiente sanción, que si no se deriva responsabilidad alguna por parte del señalado como acosador no daría lugar a ningún tipo de represalia, ni para éste ni para quien se presentó como víctima. En aras a prolongar la vigilancia de unos hechos ya de por sí comprometidos a priori pero sin resultado de certeza, continuaría la supervisión de tal situación y, desde luego, trataría de impedirse que ambas personas trabajaran en contacto uno con el otro. En caso de mediar mala fe en la denuncia, el denunciante debería ser objeto de las medidas disciplinarias pertinentes, por haber contribuido a alterar el entorno laboral³⁶.

6. Conclusión

La violencia que se ejerce sobre las mujeres adquiere también una dimensión laboral que la LOVG, hace casi una década, no supo ver en su integridad. A resultas de su puesta en práctica, y de la competencia que se reconoce a las

³⁵ Vid., por todos, Convenio colectivo de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, D.A. 7. Res. 21 de noviembre de 2008. BOE 10 de diciembre; I Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, art. 76. cit.; Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del ámbito de la mediación en seguros privados, art. 69. Res. 23 de enero de 2012. BOE 3 de febrero.

³⁶ Cfr. los procedimientos de actuación y los códigos de conducta recogidos en algunos de los convenios colectivos sectoriales más recientes. XVII Convenio colectivo general de la industria química, art. 108,4. Res. 26 de marzo de 2013. BOE 9 de abril; V Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, art. 109,4. Res. 26 de marzo de 2013. BOE 9 de abril.

Comunidades Autónomas para regular esta materia, se ha ampliado el concepto de violencia de género, utilizando esta expresión para definir ciertos comportamientos que afectan a la mujer en el ámbito laboral. Sin embargo, no debemos perder de vista la concepción tradicional de la violencia de género, por lo que quizá sería más recomendable reservar esta denominación a la esfera de la pareja, y acudir a otros términos, como violencia sobre la mujer, para referirla al entorno empresarial, pues no necesariamente es el género el elemento relevante en ese tratamiento que recibe la trabajadora. Tal es el planteamiento que se contiene en la recién aprobada Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, cuya vigencia hasta el año 2016 nos lleva a pensar en la aplicación de una denominación más adecuada que designe certeramente lo que esta realidad significa en sus diferentes manifestaciones.

La noción de víctima de violencia de género en la negociación colectiva

de Alicia Villalba Sánchez

1. Concepto y acreditación de la condición de víctima en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

La muerte de 72 mujeres víctimas de la violencia de género durante el año 2004¹ ha puesto de relieve el síntoma más cruel de la cultura machista que todavía subyace en nuestra sociedad. La asignación de distintos roles al hombre y a la mujer en un sistema de base patriarcal² ha desembocado en una gradación en la que el género femenino ha sido relegado a una posición secundaria. A día de hoy, prácticamente superada la desigualdad desde un plano jurídico y formal (como proclama el art. 14 CE), el sustrato sociocultural dista mucho de haber vencido la tradicional jerarquía de géneros, materializándose a través de la violencia, física y psicológica, perpetrada por el varón sobre la mujer, especialmente en el seno de la pareja.

Esta realidad atroz, inasumible en una sociedad que proclama la igualdad como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), ha determinado el contenido y la finalidad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³ – en adelante, LOVG –, orientada a proporcionar una respuesta efectiva contra la «violencia

¹ Datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (vid. <http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/fichaResumen/home.htm>).

² Al que alude el apartado 2.10 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema *Erradicar la violencia doméstica contra las mujeres* (DOUE C 351/21, de 12 noviembre 2012).

³ BOE n. 313, de 29 diciembre 2004.

que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo», en tanto manifestación o «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad». Desde la propia Exposición de Motivos se concibe la violencia ejercida sobre la mujer como una forma más de discriminación – aunque se aluda a desigualdad – por razón de sexo. Acto seguido, su art. 1 concreta que el objeto de la Ley consiste en «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 éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Delimitado así su ámbito de aplicación, queda patente la adopción de una clara perspectiva de género, protegiendo únicamente a la mujer en tanto víctima de una violencia ejercida por el varón, puesto que la patología social perseguida por la norma es la discriminación por razón de sexo, de la cual la violencia sobre la mujer es una mera consecuencia, si bien la más reprobable. Ello deja al margen de su tutela toda situación de violencia en el seno de la pareja cuando el sujeto activo no sea un varón o la víctima una mujer. En consecuencia, la LOVG no contempla medidas que protejan a las víctimas de violencia en el seno de parejas del mismo sexo⁴ ni al varón cuando padezca la violencia ejercida por su esposa o compañera sentimental.

En este sentido, se obvia la existencia de un tipo de dependencia que no es patrimonio exclusivo de las parejas formadas por un varón y una mujer, cual es la dependencia emocional⁵, característica de una relación afectiva que a menudo revela subordinación derivada de una relación de dominación ejercida por uno de los miembros. Este vínculo asimétrico puede presentarse en cualquier tipo de parejas, y cuando reviste un riesgo para la integridad física o psicológica debe ser merecedor de tutela, al igual que la dominación de

⁴ Aunque no se aluda expresamente al varón como sujeto activo de la violencia, sino al “cónyuge”, debe descartarse la interpretación conforme a la cual esta norma puede dar amparo a la violencia sufrida por una mujer a manos de otra mujer, incluso cuando sea su pareja. Ello se debe a la interpretación sistemática que ha de hacerse del término “cónyuge”, cuando la violencia objeto de la norma ha sido conceptualizada como «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» (art. 1 LOVG). Cfr. Martínez Mollar, R., “Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género”, *Base de datos de Noticias Jurídicas*, junio, 2009, 2, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200906-02145638974521.html>.

⁵ Vid. Mirat Hernández, P. y Armendáriz León, C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Madrid, Grupo Difusión, 2006, 18.

raigambre machista. Ello explica que también haya sido demandada por el colectivo homosexual una protección integral que trascienda a la mera tipificación delictiva de las agresiones y abarque una tutela preventiva y asistencial, equivalente a la dispensada por la LOVG a las mujeres.

Su reducido ámbito subjetivo niega amparo también a las situaciones de violencia intrafamiliar o violencia doméstica entendiendo como tales aquellas agresiones padecidas por miembros de núcleo familiar especialmente desvalidos, como niños, ancianos o personas dependientes. No se puede obviar que la dependencia económica ha sido tradicionalmente un condicionante presente en el miembro femenino de la pareja, a causa de un sistema económico patriarcal que encomienda al varón en régimen de monopolio el captar los recursos del mercado a la familia, restringiendo el papel de la mujer a mera administradora de la economía familiar. Esta subordinación convierte a la mujer en principal víctima de una violencia que, no obstante, una vez se genera, acostumbra a extenderse sobre los demás convivientes dependientes o vulnerables.

Aun cuando inicialmente fue cuestionada la constitucionalidad del enfoque de género adoptado por la LOVG, confirmada por la STC n. 59/2008, de 14 de mayo⁶, numerosa doctrina ha avalado el paso dado por el legislador al centrarse en la discriminación sexual como verdadera causa de la violencia doméstica, en lugar de atender, en una visión tildada como claramente desenfocada⁷, al entorno familiar, mero escenario en el cual se materializa dicha violencia.

Por añadidura, la violencia que se pretende reprimir se ciñe al ámbito de la relación de pareja, por lo que se hallan excluidas otras variantes de violencia machista cuando falta el vínculo afectivo. De este modo, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma las agresiones sufridas en el marco de relaciones esporádicas⁸, así como las agresiones sufridas por prostitutas, cuando éstas últimas constituyen el caso más flagrante de violencia machista tolerado en nuestra sociedad.

Los supuestos recién citados, por su especial relevancia, se hallan tipificados en el Código Penal. Sin embargo, la protección que éste depara a la víctima no

⁶ RTC 2008/59, f. j. 8.

⁷ Vid. Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 7, 2005, p. 3; Ramón Ribas, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 46.

⁸ Por cuanto los tribunales vienen exigiendo la concurrencia de relaciones «dotadas de una cierta duración y vocación de permanencia, que traspase lo meramente episódico y la relación de simple amistad, quedando igualmente excluidos encuentros amistosos o meramente esporádicos aún de contenido sexual» (Vid. Martínez Mollar, R., “Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género”, *op. cit.*, p. 3).

resulta comparable a la brindada por la LOVG. Como se infiere de su título, la LOVG ofrece a la víctima de violencia de género una protección integral, que abarca desde medidas educativas y de sensibilización orientadas a la prevención, a unos derechos sociales y económicos que sientan las bases para que la víctima pueda invocar la tutela judicial y penal que la norma pone a su disposición sin detrimento patrimonial alguno.

Entre ellas, cobran especial relevancia los derechos de las trabajadoras, así como de las funcionarias públicas⁹ que hayan sufrido agresiones a manos de sus parejas. Rompiendo el principio de relatividad contractual (1.257 Cc) el legislador español ha considerado la violencia de género como una lacra cuyos efectos han de ser asumidos por la sociedad, y no solamente padecidos por la víctima en ámbito oscuro y a menudo invisible del hogar, para lo cual concede a trabajadoras y funcionarias un elenco de derechos orientados a reorganizar su vida profesional a fin de compatibilizarla con el duro trance de enfrentarse a su agresor.

Con ello se pretende frenar un proceso que la doctrina ha denominado «espiral desprofesionalizadora de la violencia sexista»¹⁰, consistente en la progresiva desvinculación de la vida profesional de una trabajadora abrumada por los graves problemas que ha de afrontar en su esfera privada¹¹. Puesto que el trabajo por cuenta ajena es el medio de emancipación económica por antonomasia se manifiesta como un factor clave para que la víctima de malos tratos pueda desarrollarse al margen de su agresor, quien a menudo sustenta su dominación en esa dependencia económica¹². En tanto el desarrollo de una actividad profesional también es un medio idóneo de inserción social para una víctima a menudo aislada por su agresor, la forma de detener esa involución pasa por la necesaria agravación de la posición de un empresario que, sin haber

⁹ La LOVG extiende su ámbito protector a las trabajadoras del sector público, incluso las que ostentan un vínculo funcional (Capítulo III LOVG).

¹⁰ Vid. Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo”, en Mella Méndez, L., (Dir.) *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, p. 97.

¹¹ Se alude a las faltas de asistencia o puntualidad de la trabajadora, el descenso de su rendimiento o su creciente desinterés por el proyecto empresarial que a menudo desembocan en la ruptura del vínculo laboral, incluso a instancia de la propia trabajadora, víctima de la presión y las coacciones padecidas en el ámbito privado (cfr. Cabeza Pereiro, “El concepto y rasgos de la violencia de género...”, *op. cit.* pp. 97-98).

¹² Sobre la incidencia de la falta de reconocimiento jurídico y económico del trabajo en el hogar, tradicionalmente asumido por la mujer, y su agravación en situaciones de crisis como la actual, vid. Rodríguez Sanz De Galdeano, B., *El derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 27 y ss.

cometido incumplimiento alguno, se ve obligado a tolerar la modificación de las condiciones de trabajo a instancias de la trabajadora.

El disfrute de estos derechos, regulados en el ET por lo que respecta a la relación laboral común, se subordina a la concurrencia de los requisitos que permitan calificar la situación como violencia de género (art. 1 LOVG), situación que ha de ser acreditada en los términos previstos por la propia LOVG. Ésta, en su art. 23, exige aportar para su correcta acreditación la orden de protección a favor de la víctima, admitiéndose de forma excepcional el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, en tanto se dicte la orden de protección¹³.

Esta noción restrictiva podrá ser ampliada por parte de las Comunidades Autónomas a la hora de regular materias objeto de su competencia¹⁴, como asistencia social, servicios sociales, fomento del empleo o formación profesional de las víctimas, jamás sobre legislación laboral, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7 CE). En Galicia, la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género¹⁵, aún cuando mantiene el sesgo machista al concebir a la mujer como víctima por antonomasia, amplía el ámbito protector a «sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas» (art. 2). Asimismo, ha procedido a ampliar los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género en su art. 5, admitiendo un amplio elenco de actos jurídicos acreditativos de la condición de víctima, como son: a) la certificación de la orden de protección o de la medida cautelar, o testimonio o copia autenticada por la secretaria o el secretario judicial de la propia orden de protección o de la medida cautelar; b) la sentencia de cualquier orden jurisdiccional que declare que la mujer sufrió violencia en cualquiera de las modalidades definidas en la presente Ley; c) la certificación y/o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración pública autonómica o local; d) la certificación de los servicios de acogida de la Administración pública autonómica o local; e) el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia; f) el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social así como cualesquiera otras que se establezcan

¹³ Sobre este extremo, vid. Faraldo Cabana, C., “La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Aequalitas*, 29, 2011, pp. 45 y ss.

¹⁴ Vid. Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en Mella Méndez, L., (Dir.) *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pp. 470 y 471.

¹⁵ BOE n. 226, de 20 de septiembre de 2007.

reglamentariamente. Debe aclararse que esta amplitud de medios de acreditación sólo será admisible con respecto a las competencias que tenga conferidas la Comunidad Autónoma, competencias entre las cuales nunca podrá figurar la legislación laboral (art. 149.1.7 CE).

Se trata de una configuración legal comprensiva de algunos supuestos calificados como violencia doméstica, similar a la que se introdujo en materia penal cuando la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal recogió por primera vez el delito de violencia doméstica¹⁶, actualmente delito de violencia habitual. Tipificado en el art. 173.2 CP, extiende su ámbito de aplicación no sólo a los descendientes sujetos a patria potestad o menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho, sino también a otros sujetos cuya vulnerabilidad los hace proclives a padecer la acciones violentas habidas en el entorno familiar, aún cuando no ostenten una vinculación familiar directa con el agresor¹⁷. Así, se pretende luchar contra la violencia en el hogar como espacio opaco al observador público, y por ende de difícil control. A juicio de algún autor, este círculo tuitivo se antoja excesivamente amplio, ya que abarca a todos los miembros de una familia extensa, incluyendo a personas amparadas por cualquier otra relación de convivencia con la familia¹⁸.

Tanto la Ley 11/2007, de 27 de julio, como el CP, acogen un concepto de violencia doméstica en sentido amplio, abarcando cualquier agresión cometida sobre uno de los miembros del entorno familiar, frente a la noción restringida de violencia doméstica, hoy denominada violencia de género, que sólo cubre a la mujer en tanto pareja del agresor¹⁹. Este ha sido el camino seguido por el

¹⁶ Como aquél en el que habitualmente y con cualquier fin se ejerza violencia física sobre el cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho.

¹⁷ El art. 173.2 CP alude, como sujetos pasivos de la violencia habitual a «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», así como a los «descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o convivientes [...] menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, [...] persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como [...] personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

¹⁸ Vid. Mirat Hernández, P. y Armendáriz León, C., *Violencia de género versus violencia doméstica*, *op.cit.*, p. 13.

¹⁹ Sobre delimitación conceptual de violencia de género frente a violencia doméstica, cfr. Montalbán Huertas, I., «Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto

legislador portugués al promulgar la Ley 112/2009, de 16 de septiembre, que establece el régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica, a la protección y a la asistencia a sus víctimas²⁰, que al igual que la LOVG, también enumera entre sus «finalidades» [art. 3.e)] la de «tutelar los derechos de los trabajadores víctimas de violencia doméstica», incorporando al ordenamiento jurídico una serie de medidas de protección que implican la irrupción en la relación laboral de circunstancias ajenas a la vida profesional del trabajador que se han considerado socialmente relevantes debido a los bienes jurídicos a proteger.

Sin embargo, la citada Ley 112/2009 deja a un lado la perspectiva de género²¹ adoptada por la práctica totalidad de los instrumentos de Derecho Internacional²², para comprender a las víctimas de todo tipo de agresiones perpetradas el seno de la pareja, con independencia del sexo de la víctima y del agresor, así como sobre otros miembros de la unidad familiar [art. 2.a)]. Ambas – disposición española y lusa – parten de una situación de violencia en el seno de la pareja, pero difieren en la causa que la hace especialmente funesta. Para

de vista jurídico”, *II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 94 y 95.

20 En su idioma original: Lei n. 112/2009 de 16 de Setembro, estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei n. 107/1999, de 3 de agosto, e o Decreto — Lei n. 323/2000, de 19 de Dezembro (Diário da República, n. 180, de 16 de septiembre de 2009).

²¹ A diferencia de su predecesora, la *Lei n. 61/91, de 13 de Agosto, garante protecção adequada às mulheres vítimas de violência*, que se orienta a la prevención, sensibilización y asistencia a las mujeres víctimas de crímenes cuya motivación sea discriminatoria (art. 1.2). Las consecuencias jurídicas contempladas en la misma son mucho más reducidas, y no incluyen medida alguna de índole laboral (*Diário da República*, n. 185, de 13 de agosto de 1991).

22 Vid. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993, que contiene la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, y la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45, de 23 de abril de 2003, sobre eliminación de la violencia sobre la mujer. En el ámbito comunitario: Resolución del Parlamento Europeo sobre la violación de los derechos de la mujer (DOCE n. 115 de 14 de abril de 2004), y la de 16 de septiembre de 1997, sobre la necesidad de una campaña europea para combatir la violencia contra las mujeres (DOCE n. 304, de 6 de octubre de 1997), la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por medio de la cual se aprueba un Programa de Acción Comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y a los grupos de riesgo (programa Daphne II), así como la Decisión núm. 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007 por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general *Derechos fundamentales y justicia*.

la LOVG, la relación de dominación ejercida a través de la agresión deriva de la desigualdad de género²³, mientras que la norma lusa atiende al vínculo familiar o sentimental que liga a víctima y agresor.

El hecho de que el detonante en la mayor parte de los casos de violencia doméstica sea el tratamiento vejatorio provocado por la cultura de dominación machista, no empece la existencia de otras víctimas además de la mujer maltratada. Por ello, se considera positiva la extensión del ámbito protector a todos los miembros del entorno familiar que pueden llegar a ser víctimas directas de las agresiones, siempre y cuando dicha extensión no obre en detrimento de la protección debida a la mujer maltratada.

Por tanto, a las carencias derivadas del concepto de violencia de género establecido en la LOVG, cabe añadir el factor restrictivo ya tratado, que es la exigencia de acreditación de la condición de víctima, todo lo cual desemboca en una noción cerrada de violencia de género establecida por la LOVG, que asimismo establece la forma de acreditar la condición de víctima, noción que al igual que los medios para su acreditación sólo podrán ser ampliados por la normativa autonómica con respecto a las materias que tenga atribuidas, entre las cuales no figura la legislación laboral, competencia exclusiva del estado.

¿Quiere ello decir que sólo las víctimas de violencia de género definidas por la LOVG serán titulares de derechos en materia laboral? La respuesta ha de ser negativa, pues la negociación colectiva ostenta un papel fundamental, tanto en el desarrollo de los derechos de los trabajadores víctimas de violencia de género, como en la protección de otras formas de violencia conexas a la anterior, pero a las que la LOVG no extiende se protección integral.

2. La noción de víctima en la negociación colectiva

El art. 85 ET establece el deber de los interlocutores sociales de negociar «medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre

23 Vid. STC n. 59/2008 de 14 mayo, f. j. 8, donde resalta la peculiar gravedad de la violencia de género, «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad». En el mismo sentido, sostiene Quesada Segura que se trata de una violencia estructural contra la mujer como forma de sometimiento, de opresión y de mantenimiento del poder patriarcal sobre las personas que considera inferiores, carentes de valores, de respeto y de reconocimiento a los ojos del agresor (Quesada Segura, R., “Violencia de género como discriminación por razón de género”, en Quesada Segura, R., (Dir.), La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género, Granada, Comares, 2009, p. 20).

mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad²⁴ con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III del Título IV de la LOVG»²⁵. Configurado como una mera obligación de medios, ya que imponer a las partes el deber de llegar a un acuerdo en la materia se ha considerado un condicionante que pondría en peligro la libertad de negociación de las partes, la plasmación de este deber de negociar ha sido más bien escasa.

El interés que demuestran por esta materia a día de hoy los agentes sociales es, cuando menos, desalentador. De los sesenta convenios colectivos de sector de ámbito estatal analizados para elaborar este trabajo, más de cuarenta no contienen alusión alguna a la violencia de género, y los que así lo hacen, se limitan en su mayoría a reproducir medias ya contenidas en el texto estatutario. Más desoladora es la realidad en cuanto a los convenios colectivos de ámbito empresarial. De las empresas que forman parte del IBEX 35, solamente un convenio colectivo²⁶ menciona esta lacra social, limitándose otros a hacer alusión a la violencia en el lugar de trabajo en tanto riesgo psicosocial²⁷.

2.1. En los convenios colectivos de sector

El deseo de mostrar los resultados del cumplimiento formal del deber de negociación impuesto por el art. 85.2 ET ha provocado que la práctica totalidad

²⁴ De ineludible elaboración para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, así como para aquellas a las que así se lo imponga el convenio colectivo aplicable (arts. 45.2 y 3 LOI).

²⁵ La doctrina entiende que la lucha contra la violencia machista constituye una parte de la igualdad de género, entendida en un sentido amplio, aún cuando el art. 46.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no la mencione cuando enumera el contenido de los planes de igualdad. No obstante, así se infiere del objeto de la LOVG enunciado en su art. 1, cuando declara que la violencia machista no es sino una «manifestación de la discriminación [...] y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». (Cfr. Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 496).

²⁶ Vid. arts 3 y 4 IV del Acuerdo marco del Grupo de Empresas Arcelor Mittal en España (BOE n. 249, de 14 octubre 2010) así como art. 3.4 del Convenio Colectivo de empresa Arcelor Mittal España, S.A., Centros de Trabajo de Asturias (B. O. Principado de Asturias n. 34, de 11 febrero 2011), ambos sin introducir novedades con respecto a la regulación estatutaria.

²⁷ Aluden a la violencia en el lugar de trabajo (no violencia de género) como subtipo de acoso, en tanto riesgo psicosocial: el art. 65 del Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa 2012-2015 (BOE n. 124, de 24 de mayo de 2013). En el mismo sentido se pronuncia el Plan de Igualdad de Bankinter, S. A. (BOE n. 54, de 4 de marzo de 2013 y el Plan de igualdad para los tripulantes de cabinas de pasajeros de la empresa Iberia LAE. (BOE n. 191, de 10 de agosto de 2011).

de los convenios colectivos sectoriales que contienen alguna referencia a la violencia de género se limiten a reproducir, con mayor o menor fortuna, las medidas enunciadas en las normas de rango legal. Entre los analizados, son numerosos los convenios que se realizan una prescindible remisión a los derechos ya regulados en el ET²⁸, como el Convenio colectivo nacional de prensa no diaria²⁹, donde se indica lacónicamente que «en todo lo relacionado con este asunto, las Empresas se ajustarán a lo que dispone el ordenamiento jurídico y la legislación vigente» (Disp. Ad. 3).

Frente a esta fórmula, a menudo contenida en una disposición adicional incluida *ad hoc*, que nada añade ni resta al contenido de derechos legalmente conferidos a la trabajadora, otros convenios optan por reproducir la fórmula empleada por la LOVG, aludiendo a «la trabajadora víctima de violencia de género»³⁰, exigiendo a menudo su acreditación mediante la correspondiente orden judicial de protección³¹.

Puesto que en este trabajo se pretende indagar acerca de las innovaciones convencionales relativas a la noción de víctima de una violencia perpetrada fuera del círculo profesional, debemos centrar nuestra atención en aquellas disposiciones que contemplan fórmulas que se alejan, bien en cuanto a la definición, bien en cuanto a la acreditación, de lo establecido en la LOVG.

²⁸ En el mismo sentido, vid. Disp. Ad. 5 del Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (BOE n. 29, de 3 febrero 2012).

²⁹ BOE n. 47, de 24 febrero 2009.

³⁰ Vid. art. 16 del Convenio colectivo del sector de granjas avícolas y otros animales (BOE n. 307, de 22 diciembre 2012), arts. 22 y 60 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* (antes telemarketing) (BOE n. 179, de 27 julio 2012), art. 30 del Convenio colectivo de la industria del calzado (BOE n. 61, de 12 marzo 2013), art. 137 Convenio colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE n. 194, de 14 agosto 2012), art. 36 VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE n. 119, de 18 mayo 2012), art. 49 IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE n. 248, de 14 octubre 2011), art. 54 I Convenio colectivo estatal de notarios y personal empleado (BOE n. 204, de 23 agosto 2010), Disp. Ad. 2 del XIV Convenio colectivo de la ONCE y su personal (BOE n. 248, de 14 octubre 2009), art. 70 del I Convenio colectivo nacional de los servicios de prevención ajenos (BOE n. 220, de 11 septiembre 2008), art. 49 del Convenio colectivo interprovincial de las empresas minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (BOE n. 45, de 21 febrero 2008), art. 41 V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE n. 34 del 8 febrero 2008), y art. 36 del convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DO. Galicia n. 31, de 16 febrero 2010).

³¹ Art. 48 del V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE n. 94, de 20 abril 2011).

Destacan, en primer término, los convenios colectivos sectoriales que hacen una referencia expresa al “trabajador”, en género masculino, como destinatario de la protección. Así, el art. del 25.2 del XVII Convenio colectivo general de la industria química³², confusamente intitulado *Movilidad funcional por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género*, enuncia el derecho preferente de «la trabajadora o trabajador víctima de violencia de género que tenga reconocida esta condición» a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquiera de sus centros de trabajo. De idéntica forma, el art. 81 de este texto indica que las acciones de formación organizadas por la empresa podrán incluir acciones positivas respecto al acceso a la formación de trabajadores pertenecientes a determinados colectivos, entre los que destacan «las trabajadoras y trabajadores con contrato temporal, víctimas de violencia de género».

Esta disposición adolece de una doble incorrección. En primer lugar, queda patente que el supuesto de hecho regulado no es necesariamente de movilidad funcional, sino geográfica, pudiendo venir acompañada o no de un cambio de funciones, puesto que permite que la víctima se traslade a un centro diverso de aquél en el cual venía desarrollando su prestación laboral.

En segundo lugar, la extensión expresa de este derecho a toda «trabajadora y trabajador víctima de violencia de género» queda en entredicho cuando, a renglón seguido, se exige que la condición de víctima de violencia de género deberá estar acreditada, bien por los servicios sociales de atención o servicios de salud, bien judicialmente, y ser conocida de forma fehaciente por la dirección de la empresa. La calificación del supuesto de hecho como “violencia de género” excluye *per se* la posibilidad de que la víctima no pertenezca al sexo femenino, por lo que la alusión al trabajador como titular de derechos ha de considerarse un error terminológico. De este modo, quedan fuera algunos supuestos que en un primer momento podrían parecer abarcados por esta disposición, tales como los de violencia perpetrada en el seno de parejas del mismo sexo, o los de violencia padecida por el varón a manos de su esposa o compañera sentimental.

El propio texto del convenio desmiente su anterior posición cuando en sede de movilidad geográfica (art. 28.2) se retoma la noción clásica de violencia de género reproduciendo de forma prácticamente exacta³³ el art. 40.3bis ET, al

³² BOE n. 85, de 9 abril 2013.

³³ La disposición convencional omite la referencia a la “categoría equivalente”, noción que persiste en el art.40.3bis aún cuando el art. 8 del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral – posteriormente convalidado como Ley 3/2012,

afirmar que a «la trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando sus servicios», se le concede el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Lo mismo sucede con la regulación de la reducción de jornada (art. 49.5), licencias sin sueldo (art. 52bis) o de suspensión del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 51).

Idéntica muestra de contradicción interna por utilizar un lenguaje neutro se muestra en el Convenio colectivo estatal para el sector de agencias de viajes³⁴. En su art. 15 se alude a «la trabajadora o el trabajador víctima de violencia de género» como titular del derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Sin embargo, a la hora de regular la reducción de jornada para «personas víctimas de violencia de género» se enuncia concretamente al derecho de “la trabajadora” a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo.

Aludiendo expresamente al trabajador sin mostrar incoherencias externas es posible encontrar alusión expresa e inequívoca a «los/as trabajadores/as víctimas de la violencia de género». Así sucede, p. ej., en el Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio³⁵. No obstante, se exige que estos trabajadores y trabajadoras «sean declarados oficialmente» como víctimas de «la denominada violencia de género», para que se les apliquen «todos los beneficios al efecto previsto en la LOVG».

Ante tal disposición, se plantean dos interrogantes relativos a los sujetos y a la acreditación de dicha violencia. El primero exige dilucidar si puede considerarse a un hombre como víctima de violencia “de género”. A nuestro entender, la consideración del trabajador varón como titular de los derechos anteriormente citados debe descartarse, por cuanto resulta jurídicamente imposible concebir a un individuo del sexo masculino como víctima de la violencia de género, considerada por la LOVG una manifestación de la cultura

de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral – ha suprimido las categorías profesionales como elementos articuladores del sistema de clasificación profesional.

³⁴ BOE n. 240, de 5 octubre 2009.

³⁵ BOE n. 39, de 15 febrero 2010.

machista de la cual se reitera que el varón es el único sujeto activo posible y la mujer el sujeto pasivo concebible.

Por el contrario, no constituiría una traba insalvable la exigencia de la acreditación de la condición de víctima conforme a las pautas establecidas por la LOVG en tanto el art. 544 *ter* LECrim permite al Juez de Instrucción dictar la orden de protección en favor de cualquiera de las víctimas de violencia doméstica citadas en el art. 173.2 CP³⁶, precepto que abarca tanto al varón como a familiares en ulterior grado y convivientes que formen parte del círculo familiar del agresor.

Adviértase que, a menudo, dichas incoherencias traen causa de la norma legal, pues el propio ET ha cometido el error de acoger un lenguaje pretendidamente neutro para describir un supuesto de hecho que, por su propia naturaleza, no lo es. Así sucede con el art. 37.7 ET, cuando afirma el derecho a la reducción de jornada o a la reordenación del tiempo de trabajo de «*los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo*». Dicho tenor literal, reproducido en numerosos convenios colectivos³⁷, induce a la confusión y trae causa del segundo tipo de víctima al que hace alusión esta disposición – víctima del terrorismo –, que tanto puede ser hombre como mujer.

La misma interpretación cabe extender a aquellos convenios colectivos que recurren a una fórmula con la cual los interlocutores sociales evitan recurrir a un lenguaje que revele de forma patente connotaciones de género acudiendo a términos neutros, como “persona” o “víctima” en lugar de “mujer”. Así lo hace el art. 34 del Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas³⁸ al regular la reducción de jornada a la que podrá acogerse «*la persona víctima de violencia de género legalmente reconocida*»³⁹. Obviamente, en tales casos resulta del todo inútil la neutralidad perseguida al sustituir el término “mujer” por “persona víctima”, ya que a la hora de determinar qué

³⁶ Pues el castigo por violencia habitual se fija sin diferenciación sexual y al margen del enfoque de género (vid. Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Violencia de género y doméstica”, en Álvarez García, F. J., *Derecho Penal español. Parte Especial, Vol. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 491).

³⁷ Vid. art. 32.2.1) del V Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE n. 68, de 20 marzo 2013), cuando a renglón seguido matiza que «*la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad*» (LOVG).

³⁸ BOE n. 162, de 5 julio 2010.

³⁹ Idéntica fórmula puede encontrarse en el art. 29 del Convenio colectivo estatal del sector del metal (BOE n. 112, de 10 mayo 2013).

persona puede ser considerada víctima de violencia de género, debe acudir inevitablemente a la definición proporcionada por el art. 1 de la LOVG. No obstante, la literalidad de esta norma parece indicar lo contrario cuando añade a renglón seguido que dicha reducción será de forma ininterrumpida o continuada, siendo facultad “del trabajador” la elección de la reducción, con la disminución proporcional del salario. Para aumentar la confusión, cabe indicar que este mismo Convenio, en sede de suspensión (art. 39 II, curiosamente intitulado *Maternidad/Paternidad*), remite expresamente al «supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45 del ET sobre víctimas de violencia de género».

En la misma línea, el art. 11 del Convenio colectivo de las Cajas y Entidades Financieras de Ahorro⁴⁰, que lleva por título *Protección contra la violencia de género*, alude reiteradamente a la “víctima” de violencia de género, evitando citar el término mujer. Una vez más, este intento de neutralidad ha de considerarse infructuoso, toda vez que por propia definición ha de considerarse que la víctima de la violencia de género no puede ser sino de sexo femenino y vinculada al agresor por una relación en los términos enunciados por el art. 1 LOVG. En consecuencia, sólo a ella le serán de aplicación las medidas previstas en esta disposición convencional, tales como el traslado o cambio de centro de trabajo de la víctima, su derecho a la suspensión de las principales obligaciones derivadas del contrato de trabajo, su derecho a la reducción de jornada, a la excedencia o «a recibir formación de reciclaje» para su reincorporación.

Otros convenios colectivos también incurren en imprecisiones como el recurrir al término “víctima”, evitando en todo caso cualquier mención a la mujer como sujeto pasivo de violencia. Tal sucede en el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural⁴¹ (arts. 15 y 17)⁴². Supuesto similar acontece cuando el convenio colectivo emplea el término neutro “persona”, y acto seguido completa la definición del sujeto titular de los

⁴⁰ BOE n. 76, de 29 marzo 2012.

⁴¹ BOE n. 57, de 8 marzo 2011.

⁴² Para después hacer una remisión genérica en su art. 84 que «las víctimas de la violencia de género tendrán derecho, en los términos previstos en el ET», a los derechos en él previstos, enumerando los artículos modificados por la LOVG. En concreto, alude a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo (art. 37.7 ET), a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo [art. 40.3.bis y 49.1.m) ET] recogidos en los artículos 15 y 17 del presente convenio, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo [art. 45.1.n) 48.6 ET] y a la extinción de su contrato de trabajo [art. 52.d), y 55.5.b) ET].

derechos que regula remitiéndose a la LOVG⁴³, requiriéndose su acreditación conforme a los requisitos previstos en la misma⁴⁴, aunque la exigencia de acreditación no excluye por sí misma la existencia de otras víctimas⁴⁵.

El uso indiscriminado de estos tres términos – víctima, trabajador, y víctima de violencia de género – permite constatar otra imprecisión terminológica de las partes negociadoras debido a un singular recelo con respecto al denominado “lenguaje de género”, y no una deliberada extensión del ámbito de protección.

En cuanto a los requisitos relativos a la acreditación de la condición de víctima, procede hacer referencia a la cuestionable validez de las disposiciones convencionales que exigen, además de la documentación legal acreditativa, algún requisito adicional para conceder los derechos laborales en ellos previstos.

Como ejemplo, cabe citar el art. 28 del Acuerdo Estatal del sector del metal⁴⁶, cuando regula el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo de «las personas [...] víctimas de violencia de género» que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad en la que venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral⁴⁷. El último inciso de esta disposición convencional, indica que «a efectos de la aplicación del presente artículo [...] esta situación deberá estar acreditada y ser conocida de forma fehaciente por la dirección de la empresa». Ninguna norma de rango legal establece este requisito de conocimiento fehaciente por parte de la dirección de la empresa.

La consideración del art. 23 LOVG como una norma de derecho necesario relativo, pone en entredicho la posibilidad de la negociación colectiva de

⁴³ Así lo hace el art. 14.5 del II Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería (BOE n. 258, de 26 octubre 2011), cuando regula la excedencia por violencia de género.

⁴⁴ Como exige el art. 28 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE n. 242, de 8 octubre 2012) para que “la persona” víctima de violencia de género pueda valerse del derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

⁴⁵ Vid. arts. 48 y 56 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (BOE n. 242, de 8 octubre 2012) y art. 70 del IV Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE n. 297, de 10 diciembre 2011).

⁴⁶ BOE n. 112, de 10 mayo 2013.

⁴⁷ Cabe indicar que los términos equívocos empleados por dicha disposición convencional pueden tener como razón de ser, la reproducción del tenor literal del art. 40.3bis ET, que en un alarde de imprecisión terminológica alude a «los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género», terminología a menudo corregida por la negociación colectiva, como es el caso del art. 29 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE n. 243, de 9 octubre 2012).

endurecer los requisitos para la acreditación de la condición de víctima de violencia de género. En consecuencia, podría admitirse el endurecimiento de los requisitos relativos a la acreditación cuando se trate de la aplicación de medidas que eleven el estándar de protección mínimo establecido en el ET, pues en tales casos el convenio que mejora el régimen legal podrá establecer libremente los presupuestos para su aplicación. Por el contrario, cuando se trate de reproducir las medidas enunciadas en una disposición de rango legal como es el ET, debe rechazarse la validez de toda disposición convencional que añada trabas al disfrute de un derecho conferido por el legislador estatal o autonómico.

Este problema no se plantea cuando la disposición convencional exija unos requisitos más laxos que la LOVG. Sucede con el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad⁴⁸, cuando establece que «a efectos de la aplicación del presente artículo la condición de víctima de violencia de género deberá estar acreditada, bien por los servicios sociales de atención o servicios de salud, bien judicialmente o por otros procedimientos reconocidos». No obstante, debe tenerse presente que en tales casos los medios no previstos en la norma de rango legal sólo serán hábiles para acreditar la situación de violencia en orden al disfrute de los derechos contemplados en el convenio colectivo, debiendo someterse los previstos en el ET al sistema acreditativo diseñado en la LOVG⁴⁹.

De este análisis se concluye que las innovaciones referentes al concepto de violencia en la normativa sectorial son meramente aparentes. La única novedad que se ha podido constatar en este ámbito reside en los textos que, en el marco de las medidas tendentes a la evitación de riesgos psicosociales, hacen una tímida alusión a ciertas acciones encaminadas a la prevención de la “violencia externa”, noción comprensiva de toda agresión habida fuera del entorno laboral, lo que abarca tanto la violencia de género en sentido estricto, como de la violencia doméstica en sentido amplio⁵⁰.

⁴⁸ BOE n. 243, de 9 octubre 2012.

⁴⁹ Vid. Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en Mella Méndez, L., (Dir.) *Violencia de género y Derecho del Trabajo. op. cit.*, p. 472.

⁵⁰ Vid. art. 88 Convenio Colectivo de Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, SA (BO. País Vasco, n. 206, de 28 octubre 2008).

2.2. En los convenios colectivos de empresa

Como se había indicado *ab initio*, en comparación con las medidas contenidas en los convenios de ámbito sectorial, el ámbito empresarial ha mostrado un menor interés a la hora de abordar la violencia de género^{51 52}. No obstante, la renovación conceptual de la violencia perpetrada en la esfera privada ha revestido una mayor intensidad en este ámbito.

Como sucede en algunos convenios colectivos sectoriales, existen también aparentes innovaciones que no son sino frutos de la falta de coherencia interna en textos que contienen alusiones explícitas al “trabajador” como posible víctima de violencia de género. Tal es el caso del Convenio Colectivo para el personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional⁵³. Éste, a lo largo de todo su texto alude a la mujer trabajadora como víctima de la violencia de género, excepto en su art. 53.5, regulador de la suspensión del contrato de trabajo, en el que se invoca al “trabajador” en tanto sujeto pasivo de la violencia de género. En este caso, queda patente que el uso de este término masculino pone de relieve un lapsus de los agentes negociadores, ya que una vez más se produce una remisión a lo dispuesto en el art. 45.1.n) ET, donde se prevé la suspensión del contrato «por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Dicha contradicción se vuelve a manifestar en su art. 55, donde se contempla la excedencia del «trabajador víctima de violencia de género», condición que ha de ser acreditada conforme a lo establecido en el art. 23 LOVG.

En una línea similar, aunque esta vez sin mostrar incoherencias internas, el art. 32 del XI Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco⁵⁴ regula una licencia y una reducción de jornada por razón de violencia de género a la que se podrán acoger «los trabajadores y trabajadoras víctimas de violencia de género», sin definir la noción de violencia de género ni describir los requisitos necesarios para su acreditación. Me remito a las reflexiones expuestas en el

⁵¹ Limitándose a hacer una mera revisión a la normativa en materia de violencia de género, vid. art. 22.5 del IX Convenio colectivo del personal laboral del Consejo General del Poder Judicial (BOE n. 215, de 5 septiembre 2009), art. 49 V Convenio colectivo del Instituto Español de Comercio Exterior (BOE n. 261, de 31 octubre 2007) y art. 19 del IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (BOE n. 164, de 11 julio 2006).

⁵² Vid. nota al pie n. 26.

⁵³ BOE n. 180, de 26 julio 2010.

⁵⁴ B. O. País Vasco, n. 62, de 31 marzo 2009.111.

apartado anterior para descartar que un trabajador pueda ser víctima de violencia de género, debido al trasfondo machista inherente a dicho concepto. La diferencia viene marcada por alguna disposición convencional que ha creado un nuevo concepto de violencia perpetrada en el ámbito privado con repercusiones en el ámbito laboral, ampliando la restringida noción de violencia de género diseñada por la LOVG. No se abordarán los textos que tratan la violencia en el trabajo en tanto riesgo psicosocial⁵⁵, incluso en planes de igualdad, porque este concepto se aparta de la característica esencial que define la violencia estudiada en este trabajo, esto es, su carácter privado o extraprofesional. Dichas supuestos deben reconducirse al estudio del acoso laboral o *mobbing*.

Sin embargo, resulta particularmente interesante el art. 90 del IX Convenio colectivo de Repsol Petróleo, S. A.⁵⁶, dedicado a la protección de las «víctimas de la violencia ejercida en el entorno familiar», entendiendo por tal la perpetrada «sobre el empleado de Repsol YPF», así como sobre «los hijos que convivan con él, siempre que el agresor sea una persona con quien el empleado mantenga en el momento en que se solicitara la protección, una relación de parentesco o afectividad (cónyuge, ex-cónyuge, pareja de hecho, ex-pareja de hecho o familiar de cualquier grado)».

La violencia así definida pierde su carácter machista, pues resulta indiferente el sexo del autor, siempre y cuando se trate del cónyuge, la pareja o un pariente del trabajador agredido. Desaparece también la dimensión de pareja, admitiéndose que la agresión padecida por el trabajador provenga de cualquier familiar, o se ejerza sobre los hijos que convivan con él. Se brinda así cobertura a supuestos que la LOVG deja al margen de su espectro tuitivo, pudiendo acogerse a las medidas previstas trabajadores que padezcan agresiones a manos de sus parejas cuando éstas sean de su mismo sexo, o trabajadores cuyos hijos sufran agresiones por parte de su pareja.

De esta guisa, se regula un nuevo supuesto que podría denominarse como violencia doméstica o violencia intrafamiliar, cuyo contenido protector no hace gala de la misma amplitud que su ámbito personal de aplicación. En concreto, las medidas que ante estas circunstancias Repsol YPF pone a disposición de sus empleados consisten en ciertas prestaciones a cargo de la empresa, pero que no afectan directamente a la relación jurídica laboral ni al ámbito de la Seguridad Social, como no podía ser de otro modo. En concreto, se prevén la asistencia jurídica, médica y psicológica al trabajador víctima de esta violencia

⁵⁵ Vid. nota al pie n. 27.

⁵⁶ BOE n. 141, de 13 de junio de 2012.

doméstica, asistencia que cubrirá también a los hijos que convivan con él⁵⁷, medidas que tendrán carácter complementario a las que estén establecidas legalmente, o se establezcan en el futuro (art. 90).

Junto con otras medidas de contenido estrictamente económico⁵⁸, el Convenio colectivo enuncia que se proporcionará a la víctima «una mayor flexibilidad en materia de horarios y jornada, disfrute de vacaciones, licencias y permisos retribuidos, suspensión o extinción de la relación laboral, excedencia o preferencia para ocupar vacantes que supongan movilidad geográfica, en las mismas condiciones que para el traslado por decisión de la Dirección de la empresa, según se solicite y mientras sean precisos para su reincorporación normal al trabajo». Se indica que el alcance de las prestaciones aquí acordadas será revisado, de forma que se garantice que no sean inferiores a las que en cada momento las leyes al respecto pudieran establecer.

Todo ello resulta deliberadamente impreciso, quedando su aplicación al abur de la buena voluntad empresarial. Dicha ambigüedad puede deberse a la cuestionable efectividad de unos derechos que solamente atañen al contrato de trabajo⁵⁹, pues el art. 208 LGSS no contempla la violencia doméstica como situación legal de desempleo. Sucede pues, que aún en el caso de que la empresa decida conceder a un trabajador varón, p. ej., una excedencia al amparo del supuesto de violencia doméstica, no podrá reclamar la protección consistente en la prestación por desempleo con fundamento en el art. 208.2 LGSS, pues el mismo sólo alude al supuesto de violencia de género por remisión al art. 45.1.n) ET. Tampoco podrá disfrutar de ella la trabajadora que padezca violencia a manos de su pareja cuando esta pertenezca al sexo femenino, o el trabajador o trabajadora que contemple cómo sus hijos sufren violencia a manos de su pareja u otro familiar.

⁵⁷ En concreto, el art. 90 alude a la «asistencia, información y atención a la víctima, así como orientación familiar» en lo que se refiere al apoyo psicológico. En cuanto al apoyo médico, se cubren las “asistencias recomendadas”, entre las que se encuentra la psiquiátrica. Por último, el apoyo jurídico consiste en la «asistencia jurídica especializada para tramitar actuaciones encaminadas a la protección de las víctimas, tales como la orden de alejamiento, la atribución de la vivienda familiar, la custodia de hijos, la pensión de alimentos, la obtención de prestaciones o medidas de asistencia social, etc».

⁵⁸ Entre las que se encuentran una ayuda económica para los gastos ocasionados por la necesidad de alquiler o compra de vivienda habitual. Puede optarse por una ayuda al alquiler, en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, durante todo el período que la víctima se vea obligada a dejar temporalmente el domicilio habitual, hasta entonces compartido con el agresor, o una ayuda a fondo perdido y crédito puente para la compra de vivienda, en los valores previstos para los casos de movilidad geográfica, cuando la víctima opte por esta solución como mejor forma para resolver su problema.

⁵⁹ Vid. Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, *op.cit.*, p. 474.

En consecuencia, se puede colegir que la negociación colectiva a nivel de empresa, aunque presta escasa atención a la violencia de género a fin de apoyar a la trabajadora desde la esfera laboral, cuando lo hace, tiende a acoger conceptos más amplios, al margen de la perspectiva de género, cuyo contenido jurídico se revela ineficaz debido a su vaguedad así como a la falta de cobertura por parte del Sistema de Seguridad Social.

3. Conclusión

Nueve años después de la entrada en vigor de la LOVG, los convenios colectivos reflejan el escaso interés que todavía suscita la protección de las víctimas de la violencia padecida en el entorno extraprofesional. A la falta de medidas innovadoras incorporadas en los convenios colectivos de nivel sectorial ha de unirse una imprecisión terminológica que a menudo complica la definición del ámbito de aplicación de las medidas destinadas a la protección de la víctima. Por lo que respecta al nivel empresarial, se constata una notable desidia que a menudo ha desembocado en la sustitución de la noción de violencia de género definida en la LOVG por la de violencia doméstica. Sin embargo, dicha mutación no puede contemplarse de forma positiva, pues implica la pérdida de consciencia del machismo como causa predominante de la violencia intrafamiliar al tiempo que conlleva un nivel de protección menor a la víctima, por cuanto contempla medidas cuya virtualidad se ciñe al contrato de trabajo.

4. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO J., *El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- FARALDO CABANA C., *La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, en *Aequalitas*, 2011, n. 29
- FERREIRO REGUEIRO C., *Violencia de género y negociación colectiva*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012

- LAURENZO COPELLO P., *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n. 7
- MIRAT HERNÁNDEZ P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Grupo Difusión, 2006
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA A., *Violencia de género y doméstica*”, en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal español. Parte Especial*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2011
- MARTÍNEZ MOLLAR R., *Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género*, en *Base de Datos de Noticias Jurídicas*, junio 2009
- MONTALBÁN HUERTAS I., *Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico*, II Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 2006
- QUESADA SEGURA R., *Violencia de género como discriminación por razón de género*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- RAMÓN RIBAS E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, 2008
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B., *El derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, 2013

La protección social de la víctima de la violencia de género en el ordenamiento jurídico español

de Edurne Terradillos Ormaetxea

1. Introducción

La particular condición de las víctimas de la violencia de género (VVG) ha motivado que esa circunstancia haya sido tomada en cuenta por el legislador a la hora de contemplar varios beneficios en materia de prestaciones y pensiones del Sistema de Protección Social: algunas veces la víctima debe soportar la carga de acreditar su condición, pero en otras, algunos de los requisitos para tener derecho al acceso de ciertas prestaciones, exigidos al resto de los trabajadores, son atemperados en relación con la víctima. Los derechos, bienes y valores jurídicos cuya protección persigue el legislador en cada una de las instituciones de la Protección Social que se va a analizar a continuación, varían sensiblemente cuando la VVG se encuentra detrás de la solicitud de protección. Tal como se comprobará a continuación, la presencia de la VVG consigue relajar algunos requisitos relativos al acceso a determinadas prestaciones, o ampliar la protección social de la VVG, de contrastarse con la brindada al resto de los trabajadores.

El paso del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres (de 2007), por la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, reformas de 2009 y 2011) en relación con temas tan importantes como la pensión compensatoria, la filiación extramatrimonial o las parejas de hecho, la aplicación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, la nueva

regulación del trabajo autónomo en 2007, la conquista del llamado “desempleo de los autónomos” en 2010, la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, la Ley 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 Bis y 59 Bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, o el RDL 3/2012 de la reforma laboral; pero también la jurisprudencia construida a partir de la aplicación de todos esos textos normativos, justifican el acercamiento a esta cuestión en este momento. En la doctrina pueden encontrarse otros estudios relativos a esta cuestión, pero la velocidad de los cambios normativos así como la respetable cantidad de sentencias relativas a la misma, obligan a reparar de nuevo en esta materia que, por cuestiones de espacio, dejará fuera la asistencia social (Capítulo IV LOVG), así como el plan PREPARA.

Desde un punto de vista sociológico, el permanente goteo ascendente de odiosas agresiones sufridas por las mujeres con motivo de la violencia de género¹, así como el elevado porcentaje de desempleo en España, que se ceba particularmente sobre las mujeres y los jóvenes, son otras dos razones que alientan a abordar este estudio.

El criterio para analizar esta temática, pudiendo ser otro, toma el ámbito objetivo de protección como criterio-guía. De esta forma, se prestará atención a las prestaciones en sí consideradas, si acaso a las pensiones, atendiendo en cada apartado a la condición de trabajadora por cuenta ajena, funcionaria, trabajadora por cuenta propia o socia trabajadora de cooperativas de trabajo asociado y, en su caso, a la trabajadora extranjera en situación administrativa irregular. Respecto del ámbito subjetivo de protección, ya entre los principios rectores (art. 2 d LOVG) se proclama el de «garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellos trabajadores o funcionarias que sufran violencia de género». En esa misma línea que mira a la inclusión de todo tipo de víctimas, ahora de modo más expansivo, el art. 2 e) prevé como principio rector «garantizar derechos económicos para las *mujeres* víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social»².

En este trabajo, entonces, el ámbito subjetivo de protección pasa a un segundo plano. Con todo, las alusiones más abundantes se harán respecto de la trabajadora por cuenta ajena, que actuará a modo de referencia de las otras dos

¹ Véase Castillejo, M. R., “La acreditación de la situación de la violencia de género”, en Mella Méndez, L., *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 253 y ss.

² La cursiva es nuestra.

porque se trata de una regulación más protectora y porque la protección deparada a las otras clases de trabajadoras VVG se hace por imitación de las primeras. Asimismo se considerará brevemente la condición del menor hijo o hija de la víctima, específicamente en cuanto a la pensión de orfandad.

2. El desempleo

Pasando al análisis de la innovadora, que no nueva, LOVG³, después de una bienintencionada Exposición de Motivos presidida de «la conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización», la misma anuncia qué estructura va a seguir, situando en el Título II, bajo el rótulo *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*, la parte dedicada a las prestaciones de la Seguridad Social, los derechos de las funcionarias públicas y los derechos económicos. No puede entenderse la dignidad humana en toda su extensión sin que se contemple el derecho al desempleo o la atención no contributiva y/o asistencial de personas especialmente desfavorecidas en circunstancias precarias, como sin duda lo son las VVG. La conexión entre derechos sociales (el derecho a la seguridad social) y derechos fundamentales de primer orden – el derecho a la vida, a la integridad física o moral – así como valores de máximo nivel, como la dignidad humana, aflora inmediatamente cuando se abordan esas cuestiones. Las condiciones normalmente degradantes que padece la VVG conducen al legislador a prever ciertas compensaciones a esta situación en pos de lograr la igualdad material que predica la Constitución (art. 9.2) y que, por lo que ahora concierne, se recogen respecto del desempleo y la inserción profesional de la víctima. Hay, por tanto, razones objetivas que justifican el tratamiento desigual de las VVG. Ya el art. 19 LOVG aboga por «el derecho a la asistencia social integral, reconociendo a las mujeres VVG [...] derecho a los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral [...] por parte de las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales». La atención multidisciplinar, uno de los principios que alumbró este derecho implicará especialmente, entre otros servicios, el apoyo a la formación e

³ Para la doctrina (Ron Latas, R., “La protección social de las víctimas de violencia de género”, en Mella Méndez, L., *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 657), la LOVG, con sus insuficiencias, supuso un punto de inflexión en el tratamiento de la protección social de la VVG.

inserción laboral. Además, estos servicios podrán solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias (art. 19.4 *in fine*).

Pero no sólo la VVG, sino también los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida tendrán derecho a la asistencia social integral (19.5). Es importante señalar ahora que la Administración General del Estado será la que dote de recursos financieros a estos servicios (19.6).

Como es bien sabido, el análisis del empleo se suele realizar desde dos vertientes claramente diferenciadas, aunque también complementarias entre sí: las políticas activas y las políticas pasivas de empleo. Respecto de la VVG, tanto la una como la otra poseen una relevancia y se postulan como beneficios que, o bien intentarán reinsertar laboralmente a las VVG – que por su propia condición, se derivan al colectivo empleable con circunstancias especialmente difíciles –, o bien paliar temporalmente la pérdida de trabajo o su suspensión. Sin duda alguna, la libertad de la VVG – en cuanto al logro de cuotas de autonomía, independencia, alejamiento de su agresor y, por supuesto, en cuanto a alcanzar la resocialización de la mujer que puede encontrar en su ámbito laboral, la ocasión para iniciar una nueva vida –, será más efectiva con el empleo. Veamos a continuación qué medios dedica el legislador a la atención de este bien jurídico, aunque por cuestiones de sistemática nos refiramos, en primer lugar, a las políticas pasivas de empleo.

2.1. Políticas pasivas de empleo: la prestación por desempleo y los beneficios relativos a la cotización

Partiendo del supuesto de que la mujer VVG se encontrara trabajando, respecto del desempleo, en concreto, el art. 21 LOVG, intitulado *Derechos laborales y de Seguridad Social*, reconocía el derecho de la «trabajadora VVG [...] a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo», lo que dará lugar, en caso de suspensión y extinción del contrato, a la «situación legal de desempleo». Y así, la LOVG (art. 21) modificó las situaciones legales de acceso al desempleo contributivo creando dos nuevas para la trabajadora VVG (actuales 208.1. e) y 208.1.2 LGSS) que, cumpliendo los restantes requisitos legales para acceder a la misma, voluntariamente resuelva su contrato de trabajo (ex ET, art. 49.1) o lo suspenda (ex ET, art. 45.1 n). En cualquiera de estas dos situaciones, el legislador entiende que la VVG,

queriendo y pudiendo trabajar, sin embargo, no podría hacerlo; aunque para tener acceso al desempleo, deberá cumplir el resto de condiciones generales exigibles por esta prestación (arts. 203 y ss. LGSS).

La duración de la suspensión será de seis meses, prorrogables por períodos de tres meses y hasta un máximo de dieciocho meses, si el Juez aprecia que las especiales circunstancias de la víctima así lo recomiendan (art. 48.6 ET).

Aparte de la importancia que tiene el hecho de que la VVG perciba una prestación económica durante la situación de desempleo en aras de que se satisfagan los derechos de libertad y dignidad de la víctima, descontando el no menor tema de la defensa y protección de la vida de la VVG, el apdo. 5 introducido en el art. 124 LGSS merced de la LOVG (DA 8.1), considera periodo de cotización efectiva todo el tiempo de suspensión con reserva de puesto, con la siguiente extensión: «El período de suspensión con reserva de puesto de trabajo, contemplado en el art.48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo».

Se aprecia claramente que se exceptúa la incapacidad temporal y, aunque sea más discutible, el riesgo por embarazo, y el de lactancia. En realidad, entiendo que estas dos últimas prestaciones estarían también incluidas. Hay que tener en cuenta que las mismas se introdujeron como capítulo IV quater y capítulo IV quinquies por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, posterior a la LOVG, de modo que es posible que la no referencia a la VVG se trata más de un descuido del legislador que a otros motivos.

Por fin, en el supuesto de que fuera del tiempo máximo de suspensión del texto del art.48 ET, la empresa y la trabajadora acordasen una nueva suspensión del contrato, no podría considerarse incluido el citado periodo como cotizado.

La doctrina ha entendido que a la VVG que suspendió el contrato se le garantiza su protección futura, en el sentido de que las cotizaciones que se tomaron en cuenta para el reconocimiento de la prestación por desempleo por suspensión, pueden ser computadas de nuevo para el reconocimiento futuro de una nueva prestación de desempleo.

Además, conforme al art. 210.2 LGSS, esas cotizaciones efectivas llevadas a cabo durante los períodos de suspensión del contrato de trabajo de la víctima se añaden a los de ocupación cotizada para determinar la duración de esa nueva prestación de desempleo (210.2 LGSS). Por tanto, se recuperan o computan de nuevo a efectos de esta nueva prestación. Y las cotizaciones efectuadas por la entidad gestora o, en su caso, la empresa, también computarán, a diferencia de lo que les ocurre al resto de los trabajadores (210.2 LGSS). El fin último que

alumbra esta regulación no es otro que la protección de la víctima en un estado de necesidad, el desempleo, que lamentablemente también sufre una gran bolsa de personas en España, pero con el agravante de que las víctimas también acumulan la variante de su condición de VVG; lo que traducido en el lenguaje jurídico supone una protección más intensa, por hallarse el bien jurídico de la igualdad material de todas las personas en cuestión.

Actualmente, el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social recoge en su Disposición adicional única que «Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, a los efectos del reconocimiento del derecho a determinadas prestaciones de la Seguridad Social, se computarán para el cumplimiento del período de cotización exigido para acceder a la prestación de que se trate, así como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, del porcentaje aplicable para el cálculo de aquélla, y se considerará a las beneficiarias en situación asimilada a la de alta para acceder a las indicadas prestaciones».

En un primer momento, y pese a que la LOVG contemplaba la posibilidad de reducir la jornada, el legislador no la incluyó en la LGSS hasta 2007. Por mor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se introdujo un nuevo apartado – el 5 – al artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social, conforme al actual se permite a la VVG reducir jornada por su circunstancia. Además, las bases de cotización de ese período no sufrirían minoración a efectos de calcular la base reguladora de la prestación, ya que «se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial». El precepto citado acaba previendo que «Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones citadas de reducción de jornada, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada». Con ser importante el cambio introducido en 2007, sin embargo la reducción de jornada no se ve acompañada de la posibilidad de cobrar desempleo por la parte proporcional de salario que se deja de percibir. Se ha perdido la ocasión de permitir acceder al desempleo en caso de reducción de jornada a este colectivo desfavorecido, como ha ocurrido con los trabajadores que vean reducida su jornada por decisión empresarial por otras circunstancias de tipo empresarial, oportunidad brindada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, y que ha motivado la modificación del apdo. 3

del art. 208 LGSS. Si el régimen de la movilidad geográfica con causa en una decisión del empresario y cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción sirvió para introducir un apdo. 3-*bis* al art. 40 ET, que permitió a la VVG acogerse a ese derecho, con causa en su propia condición, ahora también podía haberse hecho lo mismo con la reducción de jornada.

En todo caso, respecto de las cotizaciones, se ha demostrado que la fórmula por la que optó el legislador resulta más favorable que la fórmula del paréntesis, lo que redundaba en beneficio de la VVG.

2.2. Particularidades

Las particularidades más llamativas de la prestación de desempleo de la VVG se encontraban también en ese art. 21.

En primer lugar, la acreditación de la trabajadora de la situación legal de desempleo. De conformidad con la DA 42 LGSS, aparte de la orden de protección (o en su defecto informe del Ministerio Fiscal)⁴, se requerirá una comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral. Aunque la doctrina haya denunciado la dicción del precepto en cuanto pugna directamente con el art. 23 LOVG ya que éste solo exige la orden de protección a favor de la VVG, en mi opinión habría que distinguir el plano de la acreditación de la mujer como VVG y la acreditación de encontrarse en la situación legal de desempleo. Y así, el art. 23 LOVG sólo se refiere al primer plano, por lo que es lógico que se exija este segundo complemento. Situación que, por otra parte, podría conocerla fácilmente el SPEE dado que la trabajadora VVG debe estar dada de baja en cualquiera de esas dos situaciones legales.

Por otro lado, el SPEE deberá tener en cuenta la situación de la VVG «a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito». Así lo indicó el dictamen del CES, ya que «el cumplimiento de todas esas obligaciones (que general el

⁴ Evidentemente, también por sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 174.2 I LGSS, modificado por Ley 26/2009, de 23 de diciembre). Así, STSJ Madrid 18 de junio. AS 2012\2707. Respecto de ese último medio, véase STSJ País Vasco, 21 enero. AS 2011\2635, condición que se acredita a través de un único episodio que motiva el proceso de separación/divorcio contencioso.

compromiso de actividad) puede devenir imposible»⁵. A tal fin se modificó el apdo. 2 del art. 231 LGSS al que se añade el un párrafo relativo a la necesidad de atemperar⁶ el cumplimiento de las obligaciones que deriven del compromiso respecto de las VVG. Aunque, por ejemplo, la carencia de permiso de trabajo y el hecho de no estar inscrita como demandante de empleo es motivo para la denegación de la renta activa de inserción a una mujer VVG por no poder suscribir el compromiso de actividad⁷.

Además, deberá tenerse en cuenta que con la reforma de 2012 (R.D.-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), se han incrementado los controles respecto de la realización de actuaciones dirigidas a la reinserción laboral del desempleado o a la mejora de su ocupabilidad. Para ello, el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos determinarán un marco de la colaboración mutua que marcará la forma en que los beneficiarios de prestaciones por desempleo deben acreditar la realización de esas acciones. Por añadidura, la no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad (art. 231.2 II LGSS).

Siendo éste el patrón que rige para las trabajadoras por cuenta ajena VVG, la LOVG, aunque con menor intensidad, se preocupó también de la trabajadora por cuenta propia. El art.21.5 LOVG realiza una previsión similar respecto de la trabajadora por cuenta propia, pero no en caso de suspensión de la actividad, lo que no sería lógico, dado que no existe una suspensión en la actividad autónoma, en todo caso un alta y una baja, cuando se deja de desempeñar la actividad que motiva la afiliación y alta en el correspondiente Régimen por cuenta propia o autónomo. En este caso para equiparar en beneficios sociales a ambos tipos de trabajadores se ha previsto que «las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se

⁵ Ruano Rodríguez, L., “La protección...”, *Óp. cit.* (nota 7), p. 457.

⁶ Destaca Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales...”, *Óp. cit.* (nota 6), p. 758, que esta línea de acomodación de esas obligaciones a «las circunstancias [...] personales del desempleado, así como la conciliación de su vida laboral y familiar» se vincula al art. 10 Convenio n. 44 OIT, de 23 de junio de 1934, que admite el rechazo de una oferta de empleo «habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del solicitante».

⁷ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 4) Sentencia n. 624/2006 de 1 diciembre. JUR\2007\83870.

tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar»⁸.

A favor del colectivo de autónomas, se han arbitrado medidas semejantes a las de las trabajadoras por cuenta ajena en el Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007 – LETA), aunque el desequilibrio entre trabajadoras por cuenta ajena y autónomas es manifiesto⁹. Y así la Ley (art. 14.5) reconoce el derecho de la trabajadora autónoma económica independiente a adaptar el horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral; o a extinguir su relación contractual (art. 15.1 g).

Desde hace poco tiempo, la cobertura social de las autónomas se localiza en la Ley 32/2010, que tiene en cuenta la violencia de género al objeto de determinar la situación de cese de actividad involuntario que genera derecho a nuevas prestaciones de Seguridad Social (ver art. 5.1 d¹⁰, en relación con el art. 3.1 *in fine* ley 32/2010). En realidad, con carácter general, la acción protectora descrita en el Capítulo I de la Ley 32/2010 va más allá de la prestación económica e incluye la cotización de Seguridad Social por el trabajador autónomo de las contingencias comunes al régimen correspondiente, incluida la contingencia común por incapacidad temporal, salvo el supuesto del correspondiente régimen de Seguridad Social en que de forma específica no se cotice por dicha contingencia común; así como la formación y orientación profesional de los beneficiarios con vistas a su recolocación. Sin embargo, respecto de la VVG, el abono de las cotizaciones de Seguridad Social abarca a cualquier contingencia, diferencia plausible y que merece ser destacada.

En cuanto al compromiso de actividad de estas trabajadoras, la Ley 32/2010, art. 17.2 también llama a “atemperar” su cumplimiento. Sin embargo, si se compara con los beneficios de las trabajadoras por cuenta ajena, las diferencias son notables.

Esta norma también beneficia a las socias trabajadores de cooperativa de trabajo asociado (ver ley 23/2010, DA 6) o a las trabajadores autónomas que

⁸ *In extenso*, cfr., Barrios Baudor, G., Violencia de género y trabajadoras autónomas: período de cotización ficticia y situación asimilada al alta por violencia de género, *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Editorial La Ley. Madrid, 2012, 569 y ss.

⁹ Polo Sánchez, M. C., “La trabajadora autónoma víctima de la violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia”, *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 213.

¹⁰ Se encontrarán en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes: d) La violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la actividad de la trabajadora autónoma.

ejercen su actividad profesional, conjuntamente con otros, en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en Derecho (DA 7, ley n. 32/2010).

En relación con cómo acreditar la situación de desempleo respecto de estas trabajadoras VVG, como en el caso de la trabajadora por cuenta ajena, también aquí se exige un requisito específico al general que acredita la condición de VVG. Y así se necesitará «la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género». Algún matiz se introduce respecto de la trabajadora autónoma económicamente dependiente, debido a que «aquella declaración podrá ser sustituida por la comunicación escrita del cliente del que dependa económicamente en la que se hará constar el cese o la interrupción de la actividad. Tanto la declaración como la comunicación han de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción» (art. 6 d ley 32/2010)¹¹. En efecto, tanto en un caso como en el otro (y lo mismo ocurrirá con las socias de cooperativas de trabajo asociado), el legislador exige un esfuerzo adicional a la trabajadora VVG y que, en lo que hace a estas dos clases de trabajadoras, requiere que lo aporten ellas mismas.

Respecto de la solicitud de la prestación de desempleo, la carga de acreditar la condición de VVG se hace de nuevo patente. Y así, el plazo comenzará a computar a partir de la fecha que se hubiere hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten esa condición; por el contrario, cae el requisito general de solicitarlo «hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de actividad» (art. 7.2 Ley 32/2010).

¹¹ Desde el RD-Ley 10/2011, 26 agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y hasta el 31 de diciembre de 2011, estuvo en vigor un último párrafo del art. 7.1 que expresaba que «Dicho reconocimiento supondrá el nacimiento del derecho al disfrute de la correspondiente prestación económica, a partir del primer día del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese de actividad. Cuando el trabajador autónomo económicamente dependiente haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación, no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación». Último párrafo del número 1 del artículo 7 redactado por la disposición adicional segunda del RD-Ley 10/2011, 26 agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (B.O.E. 30 agosto). Vigencia: 31 agosto 2011.

Asimismo, las socias trabajadoras de sociedades cooperativas de trabajo asociado se encontrarán en situación legal de desempleo cuando hubieran cesado, con carácter definitivo o temporal, en la prestación de trabajo y, por tanto, en la actividad desarrollada en la cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación por reunir la condición de VVG (Disposición adicional sexta I, *Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado*, de la Ley 32/2010).

La declaración de la situación legal de cese de actividad de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado se efectuará con arreglo a las siguientes normas: e) En el caso de violencia de género, por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su prestación de trabajo en la sociedad cooperativa, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género. La declaración ha de contener la fecha a partir de la cual se ha producido el cese o la interrupción (Disposición adicional sexta II, *Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado*, de la Ley 32/2010).

También se atempera el cumplimiento de las obligaciones asociadas al compromiso de actividad suscrito (por ejemplo, ley 32/2010, 17.2). No obstante, no se contemplan para esta nueva prestación de cese algunas de las ventajas que, para la generación de subsiguientes prestaciones por desempleo, se reconocieron a las víctimas-trabajadoras por cuenta ajena (art. 8.2 ley 32/2010)¹². En cualquier caso, concedida la prestación, la autónoma no debe cotizar durante toda su percepción [art. 3.1 b) in fine ley 32/2010, que se remite a lo previsto en la LOVG art. 21.5].

Por último, respecto de las extranjeras “extracomunitarias”, la protección de este último colectivo ha mejorado sustancialmente gracias a la LO 2/2009 que ha introducido un nuevo art. 31 Bis en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)¹³, atribuyendo derechos que se sumarían a los socio-laborales reconocidos, con carácter general, a las que trabajan irregularmente, a pesar de carecer de autorización de residencia y trabajo (art. 36.5 LOEX). La nueva disposición garantiza específicamente a las extranjeras-víctimas, cualquiera que sea sus situación administrativa, los derechos reconocidos en la LO

¹² Así lo recogió Carrascosa Bermejo, M.D., “Análisis crítico...”, *Óp. cit.* (nota 5), p. 64.

¹³ Art. 31 Bis redactado por el artículo 1 de la L.O. 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 Bis y 59 Bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. 28 julio). Vigencia: 29 julio 2011.

1/2004, así como otras medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

En lo que se refiere a este colectivo, «cualquiera que sea su situación administrativa», el art. 31.1 LOEX extiende los derechos reconocidos en la LOVG, así como las medidas de protección y seguridad legales a todas ellas. Desde el aforismo que donde no diferencia la ley, no debe hacerlo el intérprete del Derecho, el precepto se aplicaría a cualquier tipo de trabajadora extranjera, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. La LOEX recoge otra serie de derechos y garantías como la posibilidad de «solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género» (31.3). Además, mientras se resuelve la autorización, la autoridad administrativa dictará una «autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia» (31.1 in fine), cuestiones en las que no nos adentraremos.

Sin embargo, tal como ha apreciado la doctrina, existe una evidente contradicción entre lo expuesto y el tenor del art. 36.5 LOEX, que en general impide el acceso a las prestaciones por desempleo al trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo. La doctrina que ha analizado esta cuestión ha determinado que debe prevalecer el primero de los criterios, básicamente, por dos motivos principales: la diferente entidad de los derechos que protegen y la especialidad del art. 31 Bis LOEX frente a la generalidad del art. 36.5 LOEX¹⁴.

En virtud del art. 38.6 de la LOEX, también se tiene en cuenta la situación de violencia de género respecto de la renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. En concreto la ley prevé que «Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género» la autorización de residencia y trabajo se renovarían a su expiración.

¹⁴ Giráldez Méndez, R., “Violencia de género y extranjeras en situación administrativa irregular”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Editorial La Ley. Madrid 2012), pp. 639-640. La autora expone más argumentos para apoyar el criterio de la especialidad en esas páginas.

2.3. Políticas activas: Programa específico de empleo

El art. 22 de la LOVG pedía la inclusión de un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo en el marco del Plan de Empleo del Reino de España, que contuviera medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

Dicho Plan se materializó en el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción socio-laboral para mujeres víctimas de violencia de género. En él se prevé el establecimiento de un itinerario de inserción socio-laboral individualizado (art. 6) para víctimas «inscritas como demandantes de empleo» (art. 1) que ha de ser realizado por personal especializado, teniendo en cuenta las necesidades específicas de las víctimas extranjeras, y pudiendo incluir la realización de un programa formativo específico (art. 7).

Las medidas de acción positiva a favor de estas víctimas que reúne este reglamento no terminan ahí sino que incluyen además incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia¹⁵. En efecto, en la orden que desarrolla este precepto se establece que, «en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, las subvenciones y ayudas para el establecimiento como trabajadoras autónomas o por cuenta propia, al ser considerado uno de los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, se incrementarán hasta un 10% respecto a las establecidas para las demás trabajadoras».

Respecto de la acreditación de la condición de VVG, el art. 3 del RD 1917/2008 reproduce el contenido del art. 23 LOVG y, esta vez, como no podía ser de otra forma, reclama otro requisito adicional. Además, podrán ser beneficiarias las mujeres víctimas de la violencia de género incorporadas al Programa de Renta Activa de Inserción por esta causa, en las condiciones reguladas en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con

¹⁵ Barrios Baudor, G., “Violencia de género...”, *Óp. cit.* (nota 17), p. 570, destaca la discriminación interna que se produce entre las VVG por cuenta ajena y por cuenta propia, de modo que esta es una de las dos ocasiones en que se cite la trabajadora víctima por cuenta propia.

especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (art. 3.4)¹⁶.

En esta misma línea, las VVG están entre los colectivos prioritarios de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (art. 4 Bis Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo)¹⁷. En ella se prevé el refuerzo de programas de fomento del empleo que promuevan la adaptación de las mujeres a las necesidades del mercado de trabajo, sobre todo de aquéllas pertenecientes a grupos más vulnerables, entre estos, las VVG. Asimismo, se contemplan Protocolos de colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y los Servicios Sociales para el establecimiento de medidas que faciliten el acceso al empleo y a la formación para el empleo de las mujeres, sobre todo a personas con necesidades especiales, como mujeres en riesgo de exclusión, víctimas de violencia de género, mujeres con discapacidad, y mujeres al frente de familias monoparentales.

Igualmente el Plan Nacional de Reformas del Reino de España 2013¹⁸, en su Recomendación 7 declara que «Las Comunidades Autónomas han promovido medidas que, sumadas a las promovidas por el Estado, buscan mejorar la empleabilidad de los grupos vulnerables, y ofrecer servicios eficaces de apoyo a los niños y a las familias, con el fin de mejorar la situación de las personas en riesgo de pobreza o exclusión social, o ambas, y de incrementar por consiguiente el bienestar de los niños. Son comunes las subvenciones o ayudas económicas a la contratación de personas con problemas de drogodependencia o problemas de ludopatía, mujeres víctimas de la violencia de género, familias con menores a su cargo, personas con discapacidad etc.».

3. Las pensiones de viudedad

La radiografía de las pensiones de viudedad, pobres en cuanto a la cuantía, y sustento vital de muchas mujeres víctimas de la violencia de género lleva a prestar una atención especial a los cambios sufridos por éstas en relación con las VVG. En casos de deterioro físico y/o psíquico, contar con un medio de supervivencia como la pensión, es indispensable. En un contexto de crisis socio-económica que dura demasiado y afecta a los más débiles, resulta

¹⁶ No entraremos en las importantes bonificaciones empresariales que se contemplan en las cuotas de Seguridad Social para la contratación indefinida o temporal de las víctimas de las víctimas.

¹⁷ <http://www.sepe.es/contenido/conocenos/publicaciones/pdf/EstrategiaEspanolaEmpleo.pdf>

¹⁸ <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/260413PNReformas.htm>.

obligatorio acercarnos al régimen jurídico de estas pensiones porque, una vez más, bienes jurídicos como la dignidad humana están en cuestión. Pero la pensión de viudedad no sólo debe contemplarse desde el supuesto de hecho de la mujer víctima que vaya a percibir la pensión (ii). También debe atenderse al caso de que el agresor perciba la pensión causada por su víctima (i). En este apartado se plantean básicamente dos cuestiones:

(i) en cuanto al primer apartado, la LOVG atendía tanto el supuesto del cobro de la pensión de viudedad como el de la orfandad en la Disp. Adic. 1.1 LOVG: «Quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión¹⁹, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos²⁰. Sin embargo, esa pensión no es absorbida por el Sistema Público de Pensiones sino que el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta²¹. Todavía se contempla un beneficio más en relación con este supuesto de hecho: se asimila a huérfano absoluto, el huérfano de un solo progenitor conocido. Siguiendo con lo hijos, la Disp. Adic. 1.2 LOVG establecía algo parecido: «A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera o cónyuge o ex cónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado

¹⁹ Denunciado por Lousada Arochena, J.F., “Aspectos laborales...”, *Óp. cit.* (nota 6), 757, en el sentido de que se pueden dar situaciones absurdas en que se atribuyan al agresor prestaciones generadas por la VVG. Para este autor, quizás hubiera sido mejor dejar un margen a la apreciación judicial según las circunstancias.

²⁰ Díaz Aznarte, M. T., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *AL I*, 2005, 1381-1382 critica que el legislador condicionase la efectividad de la causa extintiva a la concurrencia o no de reconciliación entre las partes. Asimismo, Lousada Arochena, J.F., “Aspectos laborales...”, *Óp. cit.* (nota 6), p. 293, exige que para causar pensión de viudedad debería suponerse la reanudación de la vida en común.

²¹ Art. 38 introducido por el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia Artículo segundo *Modificación del Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.*

reconciliación entre aquellos»²². Al hablar de “sus hijos”, deben entenderse los compartidos por el agresor y la víctima. Al contrario la prohibición no tendría sentido²³;

(ii) el segundo supuesto que se plantea en cuanto a las pensiones de viudedad, también genera más de una polémica. Hasta la Ley 40/2007, la pensión se dividía entre todas las beneficiarias en proporción al tiempo de convivencia. Después, su percibo se vinculó con el derecho a cobrar una pensión compensatoria; insostenible situación que se corrigió con la Ley 26/2009²⁴. Y así, se corrigió el texto 174 LGSS, que reconoce pensión a quienes «aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que VVG en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo»²⁵. Además se introdujo en la LGSS una nueva Disp. Transitoria que eliminaba el requisito ser beneficiaria de pensión compensatoria. Esta modificación fue tributaria del camino jurisprudencial abierto en ese sentido por la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria – TSJC – 80/2009, de 4/02/2009, Recurso 1193/2008. En esta sentencia además de criticar abiertamente la redacción del artículo 174.2, se entendió que las víctimas de violencia doméstica si no eran perceptoras de la pensión compensatoria era por razones de defensa y autoprotección, siendo acreedoras de la pensión²⁶. Es más, a partir de ese cambio normativo, la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre, tanto en los supuestos en los que nunca se le hubiera reconocido como si, reconocida inicialmente, se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante²⁷. La jurisprudencia ha reconocido la pensión de viudedad incluso en el caso de que el ex marido sufría una afección psiquiátrica, y aun no percibiendo pensión compensatoria²⁸.

²² Díaz Aznarte, “Aspectos laborales...”, *Óp. cit.* (nota 29), p. 1382, vuelve a criticar esta decisión del legislador.

²³ Lousada Arochena, “Aspectos laborales...”, *Óp. cit.* (nota 6), p. 79.

²⁴ Ron Latas, R., “La protección social...”, *Óp. cit.* (nota 4), pp. 664 y ss.

²⁵ Carrascosa Bermejo, M. D., “Análisis crítico...”, *Óp. cit.* (nota 5), p. 81, crítica la defectuosa técnica jurídica empleada para la supresión de la exigencia de ser beneficiarias de la pensión compensatoria.

²⁶ En este sentido, véase jurisprudencia posterior del Supremo, SSTTS que aplican tal excepción, S. de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 59) o de 26 de enero de 2011 (RJ 2011, 2116); y en suplicación, por todas SSTTSJ Castilla y León, Valladolid, sentencia núm. 2016/2009, de 25 de enero, JUR 2010\82854; Andalucía, Granada, 8 de noviembre. JUR 2013\106303.

²⁷ TS 5 de febrero 2013, TJ 2013\2860.

²⁸ STSJ Madrid, 26 de junio. AS 2012\1940.

Cabrá por tanto causar derecho a la pensión de viudedad cuando no exista pensión compensatoria siempre y cuando la mujer pueda acreditar ser víctima de violencia género.

En referencia a los funcionarios públicos, el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (art. 38.2) se ha hecho eco de lo previsto para la VVG que causa derecho a la pensión de viudedad en el régimen general.

Otro de los temas que ha causado polémica en la doctrina judicial y científica es el relativo a la “reconciliación” de los ex cónyuges como posible vía de superación de la prohibición de ser beneficiario de la pensión de viudedad. De acuerdo con el Código Civil (art. 84), ésta, cuando se dé, debe comunicarse al órgano judicial. Si no se comunica «se está ante una reanudación de hecho de la convivencia que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges [...] no produce tales efectos ante terceros»²⁹.

Es importante destacar que la VVG que demuestra formar o haber formado pareja de hecho con el agresor (art. 174.3 IV LGSS) podrá también ser beneficiaria de la pensión de viudedad³⁰ cuando se cumplan los requisitos de convivencia y renta que la LGSS exige³¹, en la actualidad motivo de distintas cuestiones de inconstitucionalidad que serán analizadas próximamente por el TC³². Esas limitaciones han traído consigo que los tribunales no hayan podido reconocer dicha pensión a una VVG pareja de hecho³³.

²⁹ TSJ Cataluña 29 octubre 2012 JUR 2013\21831. Tal cuestión ha sido analizada en unificación de doctrina (STS de 16 de julio de 2012 (RJ 2012, 8747), que se remite a otras como las de 2 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2596) (Rec. 761/04) 23 de febrero de 2005 (RJ 2005, 2364) (Rec. 6086/03), 28 de febrero de 2006 (RJ 2006, 4819) (Rec. 5276/04), 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7473) (Rec. 3169/05), 2 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8803) (Rec. 1925/05), 26 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9053) (Rec. 3163/05), 28 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 1469) (Rec. 672/06), 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 5126) (Rec. 1279/07) y de 21 de julio de 2008 (RJ 2008, 7055) (Rec. 2705/07). Como se razona en la sentencia de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 2169) (Rec. 359/04): «la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce *ex lege* unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (del Código Civil)».

³⁰ Carrascosa Bermejo, M.D., “Análisis crítico...”, *Óp. cit.* (nota 5), pp. 80-81, reclama la inclusión de las parejas de hecho en la ley.

³¹ Véase Mella Méndez, L., “El concepto “pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 4, 9 (ene), 2012, pp. 195-218.

³² Téngase en cuenta que el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 4 de junio de 2013, ha acordado admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 2253/2013, 2255/2013 y 2256/2013, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (B.O.E. 12 junio). Asimismo, el Pleno del TC ha acordado

En cuanto al abono, a partir del 1 de enero de 2010, y respecto del “trabajador estándar”, la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la pensión compensatoria. Si fuera superior, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de ésta última. *Cuando se trate de separados o divorciados no acreedores de pensión compensatoria*, la pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante fallecido, sin perjuicio de los límites (40%) que puedan resultar en favor del cónyuge o superviviente de la pareja de hecho en el supuesto de concurrencia de beneficiarios. Pero todavía se prevé otro beneficio a favor de este colectivo, en concreto, que la cuantía de la pensión no actúa de límite para el reconocimiento de la pensión de viudedad: si la pensión compensatoria no es un indicador para el reconocimiento de la pensión de viudedad tampoco debería serlo como límite de la cuantía de esta última³⁴.

Respecto de las Clases Pasivas, el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de ley de clases pasivas del Estado, es ahora explícito respecto de las VVG y el límite anterior previsto para todas las pensiones no juega en relación con las VVG, cuya pensión no sufrirá ninguna minoración. Lo mismo se dispone respecto de las personas divorciadas o separadas judicialmente que accedan a partir de 1 de enero de 2010 a pensión de viudedad. Mientras que en general todas ellas verán reducida la cuantía de esta – o de la prestación temporal a que hubiere lugar – si fuera superior a la pensión compensatoria, hasta alcanzar la cuantía de esta última, no procederá tal minoración en los supuestos acreditados de víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio.

En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate³⁵.

La nueva regulación que permite acceder a la pensión de viudedad desde la situación de convivencia *more uxorio*, impide tachar de discriminatoria el no reconocimiento de pensión a este tipo de huérfanos, situación que se deberá al no cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad³⁶.

admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 5800-2011, 6487-2011, 6589-2011, 932-2012 y 4922-2012, en relación con el artículo 174.3 (B.O.E. 31 mayo).

³³ STSJ Madrid, 14 de junio 2011. AS 2011\1873.

³⁴ STSJ C. Valenciana 20 de junio. JUR 2012\308567.

³⁵ Téngase también en consideración el art. 174.3 *in fine*, LGSS en referencia a las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

³⁶ Entiende la Sala del TSJ de Cataluña de 16 octubre 2012 AS 2013\25, que la tesis de la discriminación del huérfano extramatrimonial, por consecuencia del no reconocimiento de

A modo de cierre, sería posible un esfuerzo añadido para, por ejemplo, equiparar estos casos con los producidos por contingencia profesional, por lo menos a los efectos del acceso y del cálculo de la base reguladora. O tal vez relajar algo los requisitos para poder accederse a los complementos por mínimos. O cualificar la prorrata de la exmujer víctima de violencia, aunque no a costa de los demás cónyuges³⁷.

Tampoco se prevén apenas beneficios en relación con la pensión de jubilación. Con la última modificación de este régimen, efectuada por el artículo 6 del R.D.-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, se permite el acceso de las VVG a la modalidad de jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.

En similares términos, ahora en relación con las clases pasivas del Estado, art. 28.2 b) del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, introducido por la disposición adicional 9 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (B.O.E. 23 diciembre), establece que: «con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, en la jubilación o el retiro de carácter voluntario, regulado en el artículo 28.2,b), el derecho a la correspondiente pensión estará condicionado a que los últimos cinco años de servicios computables estén cubiertos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cuando para completar los treinta años de servicios exigidos hubieran de computarse períodos de cotización a otros regímenes, por aplicación de las normas sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social. Esta disposición no será de aplicación a la [...] excedencia por razón de violencia de género que, como consecuencia de la superación de los procesos de acceso y promoción regulados en la normativa general de función pública, cambie de régimen de protección social. A efectos de acceder a la jubilación

pensión de viudedad en los supuestos de unión de hecho, sostenida por el TS (S. 5-6-2008, entre otras) tras la STC 154/2006, no resulta ya de aplicación tras el trascendental cambio normativo producido con la Ley 40/2007, que permite acceder a la pensión de viudedad desde la situación de convivencia *more uxorio*. Es decir, hoy en día, tras la entrada en vigor de dicha Ley 40/2007, que ya previó su aplicación retroactiva (DA 3), desde el punto de vista del hijo, es irrelevante el tipo de vínculo del progenitor superviviente con el causante, pues tanto desde el matrimonio como desde la pareja de hecho se puede acceder, cumpliendo los requisitos legales, a la prestación de viudedad.

³⁷ Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley (Madrid 2012), 102.

voluntaria regulada en el citado artículo 28.2,b) a este personal le será de aplicación la normativa vigente a 31 de diciembre de 2010».

El posible deterioro físico y/o psíquico de la mujer VVG ha debido motivar esta plausible medida legislativa, que también podía haberse acompañado de la supresión de los coeficientes correctores que se aplican en estos casos.

4. Consideraciones finales

Aunque la LOVG supuso un indudable hito en la búsqueda de la igualdad material que proclama la Constitución, en relación con las VVG, lo cierto es que el legislador español ha hecho un mínimo esfuerzo por alcanzarla. Las normas se encuentran dispersas, no existe un estatuto autónomo de la violencia de género y se brinda una incompleta protección a estas víctimas. El legislador tenía una oportunidad sin igual para restaurar contrapesos anejos respecto de la VVG y no la ha querido aprovechar. No se ha considerado la cualificada situación de la VVG en prestaciones como el subsidio por incapacidad temporal, o por maternidad, o también la incapacidad permanente en cualquier de sus modalidades³⁸. En relación con las incapacidades, la incomprensión es absoluta, toda vez que en demasiadas ocasiones la VVG es agredida, física o psíquicamente por su ex pareja, lo cual motiva la solicitud de la baja. El legislador bien pudo completar la base reguladora de esta prestación hasta el 100% en esos casos, sin que la posible suspensión del empleo sea suficiente. La finalidad de esta última medida es proteger a la última, y la de la IT puede ser ésa, pero también la recuperación de la salud de la VVG.

Quedan muchas cosas por hacer. Los tribunales han facilitado alguna interpretación favorable a las VVG pero el estrecho margen legal no permite muchas más licencias. Sin embargo, debe citarse la modificación del régimen de acceso a las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial³⁹, obligada por el fallo de la STJUE del caso Albal Moreno (C-385/11)⁴⁰ y por la STC 61/2913,

³⁸ Cabeza Pereiro, J., “El concepto...”, *Ibidem*, p. 101, realiza críticas por lo que falta por hacer en relación con la protección social.

³⁹ De hecho, contamos ya con el RD-Ley 11/2013, 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE n. 85, 3 de agosto de 2013).

⁴⁰ Además, téngase en cuenta la STC 33 diciembre 2004, inconstitucionalidad y nulidad del párrafo segundo del art.12.4 ET (cómputo de período de carencia para tener derecho a la prestaciones de SS en el contrato a tiempo parcial): se trata de un párrafo que vulnera el

de 14 de marzo, seguida por las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo. La preeminencia de la contratación femenina en precario (23,6% del total de trabajadoras frente al 6,7% de los hombres)⁴¹ es indiscutible y la nueva legislación repercutirá favorablemente en todo el colectivo de mujeres con contrato a tiempo parcial, también en el de las VVG.

La otra luz que puede arrojarse sobre esta problemática es que la se enciende con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴², motivada por la ratificación del décimo país necesario para ello. España ratificó aquél en 2010, y es también una buena noticia que el instrumento de ratificación se haya publicado en un BOE de principios del 2013⁴³. El art. 9 del Pacto, relativo a la seguridad social, fue interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En esa observación general de 2007⁴⁴, el Comité indica que «Si bien el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12 [que se refieren a la salud física y mental]» (apdo. 40). No sólo se insta a los Estados Partes a que tutelen la igualdad y no discriminación, bien jurídico a proteger en el caso de situaciones en que participan las VVG, sino que hace también hincapié en el cuidado de la salud física y mental, aspecto dramáticamente ligado a la condición de víctima.

En ese recorrido hacia una mayor protección de las víctimas, tampoco podemos pasar por alto la intocabilidad de lo reconocido hasta el momento, toda vez que esa misma interpretación del Comité relativa al art. 9 del Pacto, añade que «Existe una fuera presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se

principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, ya que el contrato a tiempo parcial es una «institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino».

⁴¹ Tercer trimestre de 2012, <http://www.ine.es/>.

⁴² http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf.

⁴³ <http://www.boe.es/boe/dias/2013/02/25/pdfs/BOE-A-2013-2081.pdf>.

⁴⁴ <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>.

adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte [...]» (apdo. 42).

Otro de los caballos de batalla de esta regulación dispersa es la deficiente protección de las trabajadoras por cuenta propia. Con unos índices de paro alarmantes y con una política gubernamental que incentiva el autoempleo, la protección de este tipo de trabajadoras es vital para conseguir una efectiva igualdad material de las VVG.

5. Bibliografía

- BARRIOS BAUDOR G., *Violencia de género y trabajadoras autónomas: período de cotización ficticia y situación asimilada al alta por violencia de género*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CABEZA PEREIRO J., *El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo*”, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CASTILLEJO MANZANARES R., *La acreditación de la situación de violencia de género*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CARRASCOSA BERMEJO M.D., *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55
- DÍAZ AZNARTE M.T., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 1
- GIRÁLDEZ MÉNDEZ R., *Violencia de género y extranjeras en situación administrativa irregular*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 1
- MELLA MÉNDEZ L., *El concepto “pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad*, *Aranzadi Social*, 2012, n. 9

- POLO SÁNCHEZ M.C., *La trabajadora autónoma víctima de la violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia*, en P. MORGADO PANADERO (coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: Reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2010
- RON LATAS R., *La protección social de las víctimas de violencia de género*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- RUANO RODRÍGUEZ L., *La protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito del trabajo y de la seguridad social: aspectos sustantivos y procesales*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, n. 17

Valoración de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género casi una década después de la publicación de la Ley de protección integral contra la violencia de género

de M^a Belén Fernández Collados

1. La protección en el ámbito laboral de las víctimas de la violencia de género como parte de una necesaria protección integral

Tal y como recuerdan los textos de Naciones Unidas y dispone el propio tenor literal de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPVG en adelante), la violencia de género es una manifestación de las relaciones de poder y de subordinación de la mujer respecto al hombre, de profundas raíces históricas, basadas en condicionamientos socioculturales muy asentadas en nuestras sociedades. La LOPVG considera violencia de género «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» ejercida sobre las mujeres «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»¹ por «quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado

¹ «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». Esta opción de política legislativa fue un tema ampliamente debatido durante el proceso de elaboración y discusión de la Ley, cuestionado en el Informe del Consejo del Poder Judicial del Anteproyecto de Ley.

ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Así pues, toda la violencia que se ejerce en el ámbito doméstico no es violencia de género, ésta tiene rasgos propios al estar vinculada a una consideración de la mujer como objeto que, como tal, no tiene dignidad ni es titular de derechos ni de capacidad de decisión².

La lucha contra la violencia de género, calificada por la Exposición de Motivos de la LOPVG como «el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad», hasta la publicación de la LOPVG se había ceñido fundamentalmente al ámbito de la represión penal con la promulgación de normas tan relevantes como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. La LOPVG, sin embargo, persigue una protección integral y multidisciplinar, abarcando tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas.

La pretendida protección integral difícilmente podría materializarse sin una batería de medidas que tengan por objeto la inserción laboral de las víctimas de violencia de género, así como paliar las repercusiones de la violencia de género en el ámbito laboral, o que propugnen la necesaria protección social de las mismas. La mujer víctima de violencia de género, bien como trabajadora por cuenta ajena o por cuenta propia, bien como funcionaria, puede encontrar grandes obstáculos a la hora de desempeñar su trabajo, en tanto en cuanto esa actividad laboral pese a suponer una vía de escape para superar sus problemas dotándola además de independencia económica, puede terminar convirtiéndose en un lastre a la hora de eludir nuevas agresiones del maltratador, o de acceder a los mecanismos para mitigar las consecuencias del maltrato padecido, asistencia sanitaria, psicológica o social. En consecuencia, la LOPVG prevé

² Martín Puebla, E., “Medidas laborales de protección contra la violencia de género”, *Tribuna Social*, 179, 2005, p. 22.

una serie de medidas susceptibles de agruparse en dos grandes apartados³: las acciones dirigidas a la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género, como medio para conseguir la independencia económica y profesional respecto de su agresor; y las previstas para la asistencia y protección de las trabajadoras que sufren violencia de género. A su vez, las medidas dirigidas a la asistencia y protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género están orientadas a la consecución de tres fines⁴: 1) La conservación del empleo y de la capacidad económica de la mujer; 2) El acceso a los mecanismos de asistencia médica, psicológica, etc.; 3) Dificultar el acceso – físico – del maltratador a la trabajadora.

La LOPVG empleó una singular técnica jurídica consistente en reservar el articulado de la ley a la enumeración de los principios generales y al reconocimiento genérico de los derechos, dejando a las disposiciones finales la concreción de las pertinentes reformas normativas⁵. Técnica legislativa que ha sido muy criticada⁶ porque genera duplicidades innecesarias, obliga a una lectura en paralelo de los artículos y de las correspondientes disposiciones adicionales, presenta discordancias y puede dar a entender que el articulado de la Ley posee mero valor programático⁷.

El presente trabajo queda circunscrito al análisis de la protección en el ámbito laboral de las víctimas de la violencia de género, específicamente a los derechos laborales de las víctimas de la violencia de género, dejando al margen las acciones dirigidas a la inserción laboral y a la asistencia y protección social de las víctimas propias del sistema de Seguridad Social y entendiendo

³ Garriges Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social*, 11, 2009, p. 53.

⁴ Garriges Giménez, A., *op. cit.*, p. 53.

⁵ *Cfr.* Sempere Navarro, A. V., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas”, *Aranzadi Social*, 4, 2005, p. 353.

⁶ Criticada por el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la LOPVG (Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, Colección Dictámenes, volumen 12, Madrid, 2004, pág. 43), por el Consejo del Estado, e incluso por la doctrina científica (De la Puebla Pinilla, A., “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, 1, 2005, p. 1001).

⁷ López-Quiñones García, A., “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo”, en Quesada Segura, R. (Dir), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, p. 180.

comprendidas en el concepto de trabajadoras únicamente las incluidas en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante). Se trata de profundizar, reflexionar y aportar impresiones sobre las medidas laborales de protección de la trabajadora por cuenta ajena casi diez años después de la entrada en vigor de la LOPVG, en un contexto socio-laboral marcado por una profunda crisis económica. En este sentido, es preciso reseñar que si bien la titularidad del derecho a la protección contra la violencia de género se atribuye a la mujer, por lo que la titular de los derechos laborales y de protección social es la trabajadora víctima de violencia de género, dado que la relación laboral es una relación sinalagmática, en la que los derechos del trabajador se corresponden con las obligaciones del empresario y viceversa, y aunque la LOPVG ha procurado que el disfrute de los derechos que se reconocen a la trabajadora víctima de la violencia de género no supongan costes económicos directos para el empresario, no puede obviarse que los mecanismos de protección a favor de la trabajadora obligan al empresario a realizar ciertos ajustes en la organización del trabajo, que difícilmente no serán percibidos por éste como verdaderas cargas que dificulten el normal desarrollo del trabajo y de la producción⁸, lo que sin duda ha influido considerablemente en la aplicación de la LOPVG en tiempos de crisis económica.

2. Derecho a la reducción o a la reordenación del tiempo de trabajo

2.1. Configuración de los derechos referidos al tiempo de trabajo

El desempeño de un trabajo por cuenta ajena conlleva la obligación de respetar un horario de trabajo que puede obstaculizar la adecuada protección de la mujer víctima de violencia de género, ya sea por la coincidencia horaria entre la jornada laboral prevista en la empresa y los horarios de atención asistencial, o porque la rutina horaria del trabajo pueda poner en peligro la seguridad de la mujer, facilitando el maltrato y la agresión. Para evitar que ello pueda acontecer, el artículo 21 LOPVG dispone que «la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo»,

⁸ Martín Puebla, E., “Medidas laborales de protección contra la violencia de género”, *Tribuna Social*, 179, 2005, p. 22.

medidas que concreta la disposición adicional séptima LOPVG con la modificación del ET, introduciendo un nuevo apartado 7 en el art. 37 ET⁹.

El presupuesto básico para acceder a cualesquiera de los dos derechos referidos al tiempo de trabajo: reducción de la jornada de trabajo o reordenación del tiempo de trabajo, es ostentar la condición de víctima de violencia de género. A este respecto, el artículo 23 LOPVG, acerca de la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras, dispone que las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima¹⁰, y que excepcionalmente, en tanto se dicte la orden de protección, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la mujer es víctima de violencia de género. Tanto la orden de protección como el informe del Ministerio Fiscal implican la previa denuncia de la víctima ante el órgano correspondiente, lo que desgraciadamente en la actualidad, todavía, sigue siendo una práctica minoritaria, privando a un alto porcentaje de mujeres víctimas de violencia de género del ejercicio de estos derechos¹¹, bien por no haber denunciado, bien porque aun habiendo denunciado no hayan solicitado o no hayan obtenido la orden de protección, o incluso porque hayan retirado la denuncia. Con todo, resulta cuanto menos legítimo que el empresario exija tal acreditación para justificar su aplicación.

Más cuestionable es el hecho de si el ejercicio efectivo del derecho a la reducción de la jornada de trabajo o a la reordenación del tiempo de trabajo queda condicionado *strictu sensu* a la necesidad de hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral de la trabajadora en los términos del

⁹ Este precepto ha sido modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral con el objeto de hacer extensible este derecho a las víctimas del terrorismo «Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias».

¹⁰ *Vid.* el art. 544 ter Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹¹ Gala Durán, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, 29, 2005, p. 484.

artículo 19 LOPVG. Es decir, ¿sólo cabe modificar las condiciones de trabajo cuando ello sea preciso para recibir asistencia de los servicios sociales o cuando así se justifique por necesidad de la propia protección?, ¿debe la trabajadora acreditar la aplicación estricta de dichas medidas a las finalidades legalmente designadas?, o por el contrario, ¿basta con ser víctima de violencia de género?¹². Lo más congruente es entender que existiendo título acreditativo de la situación de violencia doméstica, debe presumirse que las finalidades asignadas a los derechos de la trabajadora siempre se cumplen¹³ ya que la propia norma dispone de mecanismos de indemnidad para la empresa.

La LOPVG regula dos modalidades de derechos referidos al tiempo de trabajo: la reducción de la jornada de trabajo y la reordenación del tiempo de trabajo. La concreción del ejercicio del derecho es atribuida a tenor de la LOPVG a la negociación colectiva y en su defecto a la autonomía individual de las partes. De la lectura del apartado 7 del art. 37 ET se desprende que dicha concreción habrá de efectuarse preferentemente a través de los convenios colectivos, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y a falta de tales instrumentos colectivos, por acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En el caso de no llegar a un acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada la norma determina que la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, «siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias», lo que significa que si surgen discrepancias entre empresa y trabajadora, éstas serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido, es decir, por el Orden Social.

Aunque la atribución de la LOPVG a la negociación colectiva (convenio colectivo y acuerdo de empresa) como fuente de regulación de este ámbito parece lo más razonable, no puede obviarse el carácter escasamente innovador de la negociación colectiva española y la deficiente repercusión que suelen tener en este campo toda medida distinta a la estrictamente salarial, lo que determina que en la gran mayoría de los casos el ejercicio del derecho a la reducción o reordenación de la jornada de trabajo tendrá que acordarse entre empresa y trabajadora¹⁴. La LOPVG se limita a atribuir las competencias para la determinación del ejercicio del derecho con un cierto orden de prevalencia, pero no prevé ciertos parámetros mínimos, como en el marco de la

¹² Sempere Navarro, A. V., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales”, *Aranzadi Social*, 5, 2005, p. 976.

¹³ Sempere Navarro, A. V., *op. cit.*, p. 976.

¹⁴ *Vid.* Kahale Carrillo, D. T., “El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos”, *Aranzadi Social*, 5, 2007.

conciliación, ni prescribe un plazo máximo para alcanzar un acuerdo entre empresa y trabajadora¹⁵, dada la necesaria rapidez con la que debe de abordarse esta cuestión para que realmente cumpla con su objetivo de proporcionar una efectiva protección integral.

Pese a las innegables bondades que ofrece la regulación de estos derechos, no parece que sea lo más adecuado que en caso de determinación unilateral de las condiciones de aplicación de las medidas por parte de la trabajadora, sea ésta la que tenga que acudir a los tribunales e iniciar un proceso, pese al carácter urgente y preferente del mismo, obviando que todo ello acontece en el marco de una situación de violencia de género. Es muy difícil que una trabajadora inmersa en una situación de violencia de género vaya a seguir todos los trámites y, en su caso, concluya demandando al empresario para hacer efectivos los derechos recogidos en el art. 37.3 ET¹⁶.

2.2. Derecho a la reducción de jornada

La reducción de la jornada de trabajo conlleva la posibilidad de que la trabajadora víctima de violencia de género pueda compatibilizar el desarrollo de su actividad laboral con su derecho a la asistencia social integral y a una efectiva protección. Esta medida, en principio, no acarrea ninguna carga para el empresario, más allá de los desajustes que puedan suponer la reorganización horaria, mientras que para la trabajadora, la transformación de su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, o, en su caso, la minoración del número de horas del contrato de trabajo a tiempo parcial, comporta una reducción proporcional del salario.

La disminución del tiempo de trabajo habrá de solicitarse tomando como referencia la situación precedente del propio trabajador. No se especifica un límite para la reducción de la jornada, a diferencia de lo dispuesto en el ET para el cuidado de familiares.

De la regulación de la reducción de jornada no se desprende el carácter coyuntural que parece lógico que tendría que tener esta medida. Ante el silencio de la norma, y dado que la reducción de la jornada se configura como un derecho de la mujer trabajadora víctima de violencia de género, la vuelta a la anterior jornada sería también un derecho de la mujer que ésta podría hacer

¹⁵ Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 487.

¹⁶ Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 488.

efectivo en cuanto cesara la situación que originó la necesidad de recurrir a la reducción de jornada¹⁷.

Pese a lo plausible de la previsión de este derecho, la reducción consiguiente reducción de sus honorarios, no deja de ser una carga más para la propia víctima, «una quimera más de las del art. 37 ET que está plagado de derechos incompletos, de reconocimientos de necesidades sin soluciones o con soluciones imperfectas»¹⁸. Para paliar este inconveniente, el legislador podría haber configurado este supuesto como situación legal de desempleo, al menos de forma temporal y con un cierto control judicial, solución que ya fue demandada por el Consejo Económico y Social en su Dictamen al Anteproyecto de Ley¹⁹.

2.3. Derecho a la reordenación del tiempo de trabajo

La trabajadora víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tiene derecho a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa. La adaptación del horario, implica un cambio en la distribución del tiempo de trabajo dentro de los parámetros marcados por un sistema de horario rígido, mientras que la aplicación del horario flexible conlleva que el trabajador pueda concretar – dentro de ciertos límites – el comienzo y el fin de su actividad, respetando la duración de la jornada. Finalmente, el precepto establece una cláusula abierta al aludir de forma genérica a la aplicación de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo utilizadas en la empresa.

La configuración del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo es algo deficiente. Por un lado, parece partir de la base de que esas fórmulas de reordenación del tiempo de trabajo tienen cabida en cualquier sistema productivo, sin tener en cuenta, por ejemplo, la dimensión que tenga la empresa, cuando en España las empresas son mayoritariamente PYMES, o sin

¹⁷ Cfr. Martín Puebla, E., *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ García Ninet, J. I., “Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)”, *Tribuna Social*, 170, 2005, p. 6.

¹⁹ Para Martín Puebla, E., *op. cit.*, p. 23, el Gobierno no tomó en consideración esta opción, quizás por la diferencia de trato que ello podría suponer con respecto al ámbito de la función pública, en el que no existe protección por desempleo.

considerar que el horario flexible, por sus propias consecuencias en la organización productiva, no puede desarrollarse en cualquier empresa, ni en toda actividad, siendo imposible en aquellos ámbitos o sectores en los que el sistema productivo exige la presencia simultánea de todos los trabajadores. Por otro lado, de la lectura del último inciso podría interpretarse que la reordenación del tiempo de trabajo queda limitada a las formas de ordenación ya preexistentes en la empresa, limitación que parece circunscribirse a las «otras formas de ordenación del tiempo de trabajo» distintas a la adaptación del horario y al horario flexible. Sea como fuere, lo más correcto es atender al sentido común y en caso de que la negociación colectiva no especifique la forma de ejercer este derecho, llegar a un acuerdo considerando tanto el derecho de la víctima como los intereses empresariales, sin perder de vista las específicas características del sistema organizativo de la empresa.

3. Derecho a la movilidad geográfica

Difícilmente podría hablarse de una efectiva protección integral de la víctima de violencia de género sin el reconocimiento del derecho de la trabajadora a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo. Reconocimiento que se materializa en el punto dos de la disposición adicional séptima LOPVG, de acuerdo con la cual se introduce un nuevo apartado 3 bis) en el artículo 40 ET²⁰.

Al igual que con los derechos referidos al tiempo de trabajo, el presupuesto de partida es la condición de víctima de violencia de género (artículo 23 LOPVG), así como la necesidad de hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral de la trabajadora en los términos del artículo 19 LOPVG, aspectos que ya han sido abordados.

²⁰ «La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro. El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva».

Aunque el art. 21.1 LOPVG diferencia entre la movilidad geográfica y el cambio de centro de trabajo, a los que se refiere como dos derechos distintos y autónomos, pues de hecho son dos situaciones diferenciadas: el traslado es un supuesto de movilidad geográfica en sentido estricto, que conlleva un cambio de residencia, una modificación sustancial de una condición específica de trabajo, para el que se prevé un procedimiento, sin embargo, el cambio de centro de trabajo no determina un cambio de residencia y puede efectuarse sin más al amparo del poder de dirección empresarial. No obstante, en las reformas que se introducen en el ET en relación con este tema sólo se modifica el art. 40 ET en el que se regula la movilidad geográfica²¹.

El derecho al traslado o cambio de trabajo sólo es posible en aquellas empresas con varios centros de trabajo en la misma o en distinta localidad. No es un derecho inmediato, exigible en cualquier momento, sino un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en otro centro de trabajo. Siendo, pues, preciso la existencia de un puesto vacante en otro centro de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El presupuesto explícito para el disfrute del derecho es que la empresa comunique a la trabajadora las vacantes que existan en ese momento o las que pueden producirse en el futuro. Es un deber de la empresa, que estará obligada a informar con celeridad sobre las vacantes y aunque pueda parecer una decisión voluntaria, se trata de una situación forzada por los acontecimientos²². Para el traslado o el cambio de centro de trabajo se establece una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora y una vez concluido ese período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, en cuyo caso decaerá la mencionada obligación de reserva. Resulta cuestionable el plazo previsto de seis meses, que no parece tener una razón de ser acreditada²³, pero lo verdaderamente incongruente es que la norma aluda a una duración inicial sin disponer la prórroga de la misma.

²¹ Martín Puebla, E., *op. cit.*, p. 24.

²² García Ninet, J. I., *op. cit.*, p. 7.

²³ Según Sempere Navarro, A. V., "Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre", en Mueza Esparza, J. (Coord.) AA.VV., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, Pamplona, Aranzadi, 2005, p. 134, pese a que la previsión de los seis meses como periodo único puede merecer ser objeto de críticas por su falta de flexibilidad, dada la obligación empresarial de reserva del puesto, quizá se trate de una contrapartida razonable.

El derecho a la reserva del puesto de trabajo se mantiene durante ese periodo de seis meses, si una vez finalizado la trabajadora opta por quedarse, ello podría colegir una alteración de los mecanismos de provisión de vacantes previstos en las normas aplicables en la empresa. La LOPVG parece presuponer que todas las vacantes existentes tienen las mismas características que el puesto ocupado anteriormente por la trabajadora, cuando ello no tiene porqué ser así. ¿Qué ocurre si el puesto que está ocupando la trabajadora tiene carácter temporal, por ejemplo por tratarse de una vacante originada por la baja laboral de otro trabajador?²⁴.

4. Derecho a la suspensión del contrato de trabajo

Una opción más drástica para hacer efectiva la protección integral de la trabajadora víctima de la violencia de género es ejerciendo el derecho a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo reconocido en el artículo 21 LOPVG²⁵.

A diferencia de los derechos referidos al tiempo de trabajo y de la movilidad geográfica, la suspensión de la relación laboral es una medida mucho más radical, que posiblemente se adoptará cuando no tengan cabida las otras. Además, comporta un mayor perjuicio para la trabajadora, que deja de prestar sus servicios en la empresa temporalmente, rompiendo la sinalagmaticidad y en consecuencia la obligación salarial por parte del empresario.

²⁴ Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 490.

²⁵ Como consecuencia de tal reconocimiento, la LOPVG en el punto tres de su disposición adicional séptima incorpora una nueva letra n) en el artículo 45, apartado 1 ET: «n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Y en el punto cuatro un nuevo apartado 6 al artículo 48 ET: «6. En el supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses». Además, el punto uno de la disposición adicional octava LOPVG añade un apartado 5 en el artículo 124 LGSS del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS en adelante): «5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo».

No parece restringirse el disfrute del derecho a ninguna modalidad contractual, por lo que éste podrá ejercerse por la trabajadora con independencia de que esté contratada para obra o servicio determinado, por circunstancias eventuales de la producción, o con un contrato por tiempo indefinido. La decisión de acogerse a este derecho corresponde a la trabajadora que voluntariamente – aunque forzada – así lo estime. La trabajadora habrá de acreditar su situación (art. 23 LOPVG), pero no la necesidad de hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral, ni la obligación de abandonar el puesto de trabajo, tal y como ya se advirtió con respecto a los derechos anteriormente examinados.

Dada la buena fe en la que debe sustentarse la relación laboral, la trabajadora ha de preavisar su decisión de suspender la relación laboral, salvo situaciones excepcionales que puedan poner en peligro la protección integral de la trabajadora, con el fin de que el empresario pueda adoptar las medidas que considere oportunas para cubrir el puesto de trabajo que temporalmente deja vacante. La normativa no señala ningún plazo de preaviso, por lo que habría de acudir a un criterio de razonabilidad²⁶.

La suspensión tendrá una duración máxima inicial de seis meses, que podrá ser prorrogada por periodos de tres meses hasta un máximo de dieciocho meses, prolongación cuya adopción ya no corresponde a la voluntad de la trabajadora, sino que será el juez quien, bien a instancia de la trabajadora, bien de oficio²⁷, resuelva la necesidad de la misma. El art. 48.6 ET alude genéricamente al juez, pero es obvio que se trata de una competencia del Juez titular de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer creados por la propia LOPVG²⁸.

El menoscabo que para la trabajadora supone verse obligada a suspender la relación laboral se intenta compensar por el legislador con el derecho a la reserva del puesto de trabajo, que tendrá, además, la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo, así como con la previsión del acceso a la prestación por desempleo, a pesar de tratarse de una pérdida temporal del empleo originada por una decisión de la trabajadora, desempleo voluntario, aunque obligado por las circunstancias.

²⁶ Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 491.

²⁷ Para Fernández López, M., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 42, lo más razonable sería que el juez acuerde la prórroga sólo en la medida en que la afectada así lo solicite.

²⁸ Lousada Arochena, J., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad Laboral*, 7, 2005, p. 752.

Una vez concluido el periodo de suspensión, la reincorporación al puesto de trabajo se debe realizar en las mismas condiciones vigentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

5. Derecho a la resolución del contrato de trabajo

El derecho a la resolución del contrato de trabajo constituye la medida más contundente de las configuradas en orden a la protección integral de las trabajadoras víctimas de violencia de género. Por ello, aunque la LOPVG no establece una prelación, lo más congruente es acudir a ésta ante la ineficiencia de cualquiera de las opciones enumeradas o debido a la máxima gravedad de la concreta situación.

A diferencia de la suspensión del contrato de trabajo – de carácter temporal –, la resolución del contrato de trabajo es una solución definitiva. Este derecho reconocido en el art. 21.1 LOPVG es desarrollado en el apartado cinco de la disposición adicional séptima²⁹.

Se trata de una extinción decidida por el trabajador, pero no voluntaria, ya que éste se ve obligado a abandonar definitivamente su puesto de trabajo por sus circunstancias como víctima de violencia de género³⁰. Es una figura distinta a la dimisión y al abandono, pues no se exige un periodo de preaviso concreto. No se dispone un periodo de preaviso, debido a que las especiales circunstancias pueden incluso poner en peligro la integridad física de la trabajadora, si bien, la buena fe contractual exige que se comunique o notifique al empresario tan pronto como sea factible.

La voluntad forzada de la trabajadora a extinguir el contrato determina que la extinción no sea indemnizable por el empresario, ya que como es sabido, tan sólo generan derecho a indemnización empresarial los supuestos de extinción contractual en los que se causa un perjuicio injustificado al trabajador, despido improcedente o extinción por incumplimiento empresarial conforme al art. 50 ET.

²⁹ El apartado cinco de la disposición adicional séptima introduce una nueva letra m) en el apartado 1 del artículo 49 ET en el que se recogen las causas de extinción del contrato de trabajo «m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

³⁰ García Ninet, J. I., “Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (consideraciones previas)”, *Tribuna Social*, 169, 2005, p. 7.

La LOPVG modifica la LGSS con el fin de que la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo se considere en situación legal de desempleo y pueda, en consecuencia, percibir la prestación por desempleo.

6. Medidas de protección o blindaje frente al despido

Sería muy cuestionable la efectividad de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género si la LOPVG no protegiera a las trabajadoras que disfrutaran de éstos frente a la posible represalia empresarial, y concretamente, frente a la más severa de todas las sanciones laborales fruto del poder disciplinario empresarial: el despido. La LOPVG protege a la trabajadora víctima de violencia de género frente al despido objetivo motivado por las faltas de asistencia al trabajo³¹ y al despido disciplinario³².

³¹ El apartado seis de la disposición adicional séptima de la LOPVG modifica el párrafo segundo de la letra d) del artículo 52 ET referido a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas con el siguiente contenido «No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda», que ha sido a su vez modificado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, añadiendo la referencia entre las ausencias justificadas al permiso por paternidad y por la Ley 3/2012, de 6 de julio, para aludir al riesgo durante la lactancia y a las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. A ello ha de sumarse la incorporación al apartado 4 del artículo 53 ET por la Ley 35/2010 de la alusión a «las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley» como motivo de nulidad del despido objetivo.

³² El apartado siete de la disposición adicional séptima de la LOPVG modifica la letra b) del apartado 5 del artículo 55 ET sobre la forma y efectos del despido disciplinario con el siguiente contenido: «b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad

Para la acreditación y justificación de las faltas de asistencia al trabajo que no serán reputadas como causa de despido objetivo no se fija un plazo para la acreditación, por lo que en aras de la buena fe contractual se entiende que la trabajadora habrá de comunicar a la empresa a la mayor brevedad las posibles ausencias³³.

No se protege frente al despido a la trabajadora víctima de violencia de género por el mero hecho de serlo, sino frente al despido como consecuencia del ejercicio de los derechos laborales regulados en la LOPVG. La protección alcanza tanto al tiempo efectivo de ejercicio, como al momento en que se comunica al empresario la intención de llevarlos a efecto (por ejemplo, cuando se solicita el cambio de centro de trabajo o la reducción de jornada)³⁴, e incluso, al igual que ocurre con los derechos de conciliación, debería aplicarse cuando el despido acontece tras ejercerlos, siempre que el despido tenga como causa el hecho de haberlo ejercido.

A diferencia de algunos de los derechos de conciliación, no se establece un límite temporal para delimitar el supuesto protegido, se protege a la trabajadora contra el despido producido por el ejercicio de los derechos reconocidos en la LOPVG, es decir, se establece un criterio causal de protección. Ello parece obligar a la trabajadora a probar que el despido trae su causa precisamente en el ejercicio de los derechos previstos en la LOPVG, mientras que el criterio temporal desplaza totalmente la carga de la prueba al empresario³⁵. Con todo, si bien es cierto que el criterio causal obliga, de entrada, a que la trabajadora tenga que probar que el despido se debe al ejercicio de los derechos reconocidos como víctima de violencia de género, también lo es que no existe óbice alguno para aplicar en estos casos la técnica de la inversión de la carga de la prueba, pues las situaciones de violencia de género implican una conducta

geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley».

³³ Cfr. Díaz Aznarte, M. T., “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Laboral*, 12, 2005, pp. 1378-1379.

³⁴ Gala Durán, C., *op. cit.*, p. 494.

³⁵ Martín Puebla, E., *op. cit.*, p. 28, se muestra muy crítico a este respecto y propone una «interpretación sistemática y parcialmente correctora del precepto», de tal forma que «el mero hecho de que el despido tenga lugar desde el momento que se ha comunicado o solicitado el ejercicio del derecho hasta el final de su disfrute se considere indicio suficiente de que la decisión extintiva del empresario es atribuible a esa circunstancia, obligándole así a aportar la prueba de la causa real y efectiva del despido».

discriminatoria, poniéndose en peligro algunos de los derechos fundamentales³⁶.

7. Conclusiones

Hacer un balance de la aplicación de la LOPVG tras su entrada en vigor, teniendo en cuenta que ha regido casi de forma coetánea a la crisis económica, hace difícil valorar realmente si la escasa repercusión se debe a la propia Ley o al momento histórico.

Con una tasa de desempleo histórica y siendo muy superior el porcentaje de desempleo femenino, es difícil imaginar que la trabajadora víctima de violencia de género esté dispuesta a plantear al empresario medidas que supongan ciertos ajustes en la organización del trabajo, y en definitiva costes económicos indirectos en tiempos de crisis económica.

A fecha de hoy, sigue siendo un hándicap que las víctimas de violencia de género denuncien su situación, y que por tanto adquieran la condición de víctimas de violencia de género necesaria para poder ejercer los derechos laborales que se les reconocen.

El destacado papel que la LOPVG atribuye a la negociación colectiva como fuente de regulación de los derechos referidos al tiempo de trabajo de las víctimas de violencia de género no se ha visto plasmado en la negociación colectiva, que en los escasos convenios en los que alude a esta cuestión simplemente reitera lo señalado en el propio ET. Es más, en estos últimos años en los que la reforma de la negociación colectiva ha girado en una dirección totalmente opuesta a la del reconocimiento de derechos laborales parece casi impensable que la negociación colectiva pueda desarrollar el papel otorgado por la LOPVG.

La reducción de la jornada de la víctima de violencia de género con la consiguiente reducción de sus honorarios, no deja de ser una carga más para la propia víctima, que en estos años de crisis económica se ha convertido casi en una quimera.

La configuración del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo, así como el referido a la movilidad geográfica, parecen obviar que en España las empresas son mayoritariamente PYMES, siendo muy complicado considerar la flexibilidad horaria.

³⁶ Martín Puebla, E., *op. cit.*, p. 28.

El derecho al traslado o cambio de trabajo sólo es posible en aquellas empresas con varios centros de trabajo en la misma o en distinta localidad, además, es un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en otro centro de trabajo, lo que ha hecho muy difícil la aplicación de este derecho.

El derecho a la resolución del contrato también puede decirse que ha estado muy condicionado por la situación actual del mercado de trabajo, recurriéndose únicamente in extremis.

En cuanto a las medidas de protección frente al empresario, en estos últimos años en los que han proliferado los despidos objetivos por causas económicas, pese a que la víctima de violencia de género puede solicitar la nulidad del despido basado en su condición como tal, tendría que emprender acciones judiciales en caso de que esa condición la abocara a ser candidata preferente en un ERE, siendo un problema más a sumar a su situación.

Por todo ello, para poder hacer un balance más objetivo sobre la aplicación de la LOPVG habrá que esperar a que la situación económica y laboral supere la vigente crisis.

8. Bibliografía

- CHIRINOS RIVERA S., *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley*, Tirant lo Blanch, 2010
- DE LA PUEBLA PINILLA A., *Aspectos laborales y de protección social en al Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 1
- DÍAZ AZNATE M.T., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 12
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, 2005
- GALA DURÁN C., *Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 29
- GARCÍA NINET J.I., *Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (consideraciones previas)*, en *Tribuna Social*, 2005, n. 169
- GARCÍA NINET J.I., *Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)*, en *Tribuna Social*, 2005, n. 170

- GARRIGES GIMÉNEZ A., *Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004*, en *Aranzadi Social*, 2009, n. 11
- KAHALE CARRILLO D.T., *El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 5
- LOUSADA AROCHENA J., *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 7
- LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA A., *La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo*, en R. QUESADA SEGURA (dir.), S. PERÁN QUESADA (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- MARTÍN PUEBLA E., *Medidas laborales de protección contra la violencia de género*, en *Tribuna Social*, 2005, n. 179
- MELLA MÉNDEZ L. (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- QUESADA SEGURA R. (dir.), PERÁN QUESADA S. (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- SEMPERE NAVARRO A.V., *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género; una introducción para laboralistas*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 4
- SEMPERE NAVARRO A.V., *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 5
- SEMPERE NAVARRO A.V., *Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, Aranzadi, 2005
- SOBRINO GONZÁLEZ M.G., *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013

Derechos sociolaborales de las víctimas de violencia de género: estudio concreto de la suspensión del contrato de trabajo

de Carmen Grau Pineda

1. Preámbulo

«La violencia de género se ha constituido en un hecho social por el que se violan los derechos humanos»¹. Esta afirmación tan dura, tan brutal, resulta ser, hoy en pleno Siglo XXI, un axioma imposible de negar. La realidad social demuestra, cada día, que a las mujeres, a la mitad de la ciudadanía, nos queda un largo camino por recorrer para alcanzar esa igualdad real y efectiva a todos los niveles posibles. Y es que, es ya un lugar común el reconocer que los ingentes obstáculos que hemos de enfrentar las mujeres para alcanzar dicha igualdad están directamente relacionados con roles establecidos por determinados estereotipos que las sitúan en posición de inferioridad, sumisión o supeditación a los varones². Es la resistencia social al cambio de esos roles la que tiene por consecuencia la agravación de las dificultades para que los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos sean ejercicios en igualdad de condiciones por hombres y mujeres³. Y es en este contexto de respeto a los

¹ Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L., “El Derecho Social del Trabajo y los Derechos Sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral”, *Anales de Derecho*, 30, 2012, p. 84.

² En palabras del Profesor Cabeza Pereiro, J., «la violencia de género ha sido una pulsión de las sociedades tradicionales basada en la supremacía del varón, de acuerdo con los patrones socioculturales y socioeconómicos de comportamiento predominantes» (“El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo”, en Mella Méndez, L. *et alia*, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, p. 89).

³ Y es que «la violencia de género, sustentada en unos principios y valores que tratan de perpetuar la posición de inferioridad de las mujeres, es la máxima manifestación de

derechos de las mujeres como ciudadanas en el que ha de ubicarse la definición de la violencia de género ya que se presenta como una manifestación extrema de la desigualdad⁴.

A partir de esta idea, es fácil entender cómo la magnitud de este fenómeno violento cuestiona día a día los derechos fundamentales de ciudadanía de muchas mujeres – derecho a la vida, a su integridad física y psíquica, a su dignidad y libertad, etc. –, que constituyen los valores inviolables de la persona sobre los que se fundamenta nuestro orden democrático. Su consideración como problema social ha supuesto no sólo su visibilización sino una nueva forma de abordar su explicación. Y es que dejando de considerarlo como un problema individual o actos aislados, y pasando a pensarlo como una cuestión que hunde sus raíces en las relaciones sociales de poder entre hombres y mujeres basadas en la desigualdad, se obliga tanto al Gobierno como al conjunto de los poderes públicos a adoptar medidas para hacer reales y efectivos los derechos jurídicamente reconocidos, asegurando así el pleno ejercicio de su condición de ciudadanas⁵. Y precisamente con esta finalidad se aprobó, hace ya casi una década, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, Ley 1/2004), en la que se establecieron, de forma pionera, medidas de protección integral con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar este tipo de violencia y prestar asistencia a sus víctimas. En el tiempo transcurrido desde su aprobación, se han adoptado muchas decisiones y medidas absolutamente

desigualdad entre hombres y mujeres [que] evidencia [...] un déficit democrático y es uno de los síntomas de la incompleta ciudadanía de las mujeres», como se encarga de dejar manifiestamente claro el [Plan nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género. Marco conceptual y ejes de intervención](#), en www.msssi.gob.es.

⁴ Así, en el art. 1 de la [Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer](#) de la ONU se la define como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada», en www.un.org. Véase cómo esta definición no sólo conceptualiza la violencia de género sino, lo que es todavía más importante si cabe, que la identifique como un atentado contra la integridad, la dignidad y la libertad de las mujeres, independientemente del ámbito en que se produzca.

⁵ Y es que «en un Estado Social, Democrático y de Derecho la ciudadanía social no debe ser simplemente una aspiración, sino una realidad sobre la que construir una sociedad de iguales y entre iguales [...]. Esta situación adquiere mayor relevancia si cabe para determinados grupos para los que los derechos sociales poseen una relevancia destacadísima, como es el caso de las mujeres que sufren esta violencia», Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L., “El Derecho Social del Trabajo y los Derechos Sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral”, *óp. cit.*, pp.47-48.

necesarias para su completo desarrollo, pese a lo cual, los casos de mujeres muertas a manos de su pareja o ex parejas siguen siendo intolerables: nada menos que 24 víctimas mortales por violencia de género en lo que va de año (junio de 2013), 52 en 2012, 61 en 2011 y 73 en 2010⁶.

La citada Ley, que parte de la existencia de un modelo de relación entre hombres y mujeres forjado sobre un sistema patriarcal que ha de dar paso a otro paradigma de identidad y relación entre ambos sexos más adecuado a nuestro sistema democrático, pretende dar una respuesta global a la violencia de género que se ejerce sobre las mujeres. Es por ello por lo que se presenta como «una norma omnicomprendensiva de todos los ámbitos en los que puede incidir dicha violencia. Por ello abarca aspectos muy dispares, como son los preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a la víctimas»⁷.

En lo que al interés de este trabajo va referido, las mujeres víctimas de violencia de género presentan unas dificultades específicas en el ámbito laboral que han de sumarse a las genéricas existentes por el hecho de ser mujer y de las que las normas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social deben ser conscientes. Y es que partiendo de la premisa de que el trabajo es un pilar fundamental en la vida de las personas para su desarrollo personal y social, las mujeres trabajadoras víctimas de este tipo de violencia machista ven peligrar, precisamente por ser víctimas, sus puestos de trabajo por las necesidades especiales que su delicada situación conlleva. Así, la empresa, «no puede considerarse un espacio completamente cerrado a las consecuencias de vicisitudes que influyen tan profundamente en la vida de sus trabajadores como la violencia de género»⁸. A nadie escapa que los problemas derivados de padecer este tipo de violencia afectan, normalmente, al rendimiento de las trabajadoras de tal modo que requieren de una protección distinta de la que ofrecen las leyes laborales a las trabajadoras que no son víctimas de la violencia de género, sin que, por otro lado, ello suponga una carga excesiva para los empresarios. Pero es que, además, si a ello se une que el trabajo es un instrumento fundamental para la emancipación económica de la mujer y medio principal para aumentar su autonomía personal y social, resulta que la respuesta

⁶ Según datos de la Delegación del Gobierno para la violencia de género disponibles en <http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/home.htm>.

⁷ Segoviano Astaburuaga, M^a L., “Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral”, *Información Laboral*, Legislación y Convenios Colectivos, 14, 2005, p. LN-4.

⁸ Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, 2005, p. 9.

que se dé por parte de los poderes públicos en este sentido va a resultar crucial para romper el “círculo de sujeción”⁹ de la mujer al hombre que se halla en el fondo de este problema social. Se trata, en definitiva, de neutralizar esa “fuerza centrípeta” que atrae fatalmente a la mujer que la sufre al ámbito de dominación masculina, revirtiendo la “espiral desprofesionalizadora” de la violencia a través de todas las medidas posibles¹⁰.

En este sentido, la intervención legislativa era del todo necesaria. La Ley 1/2004, que realizó un muy notable esfuerzo de regulación en este sentido, establece entre sus principios rectores (art. 2) la garantía de los derechos en el ámbito laboral para, así, conciliar los requerimientos de la relación laboral con las circunstancias de aquellas trabajadoras que sufran violencia de género, así como sus derechos económicos con el fin de facilitar su integración social. Como orientación general, la citada ley vino a apuntar dos líneas de actuación relacionadas con lo que desde entonces se rubrica con la denominación de “derechos sociolaborales” de las víctimas de este tipo de violencia¹¹. La primera está dirigida a facilitar el acceso a una actividad profesional a las víctimas de violencia de género con lo que pretende hacerles posible el acceso a unos recursos económicos propios y, por tanto, a una autonomía personal en los diversos ámbitos de la vida, así como aprovechar el papel socializador del desempeño de dicha actividad. En segundo lugar, las medidas sociolaborales que responden al objetivo de facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de este tipo de violencia así como paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran derivarse por tal circunstancia.

Dentro de este segundo grupo de medidas sociolaborales que atienden a las repercusiones que pueden derivarse sobre la relación laboral de las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de violencia, así como la adaptación de ciertas condiciones de trabajo como medida para garantizar la seguridad de las víctimas, es preciso tener en cuenta que la LO 1/2004 modificó hasta siete preceptos del Estatuto de los Trabajadores (disp. adic. 7). El legislador aborda de forma novedosa el problema de la violencia contra la mujer y su repercusión en el ámbito de las relaciones laborales, de manera que la intervención legislativa se concreta en la introducción en los preceptos oportunos una nueva letra, número o párrafo, que vienen a ampliar el

⁹ *Idem*, p. 10.

¹⁰ Ambas expresiones en Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género...”, *óp. cit.* p. 97.

¹¹ Quintanilla Navarro, B., “Violencia de género y derechos sociolaborales: La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género”, *Temas Laborales*, 80, 2005, p. 31.

ámbito subjetivo de aplicación de la norma teniendo en consideración a la mujer víctima de violencia de género¹². Por razones obvias, pretenden centrarse las líneas que siguen al análisis de la incorporación referida a la nueva posibilidad de la trabajadora víctima de violencia de género a suspender su contrato de trabajo (arts. 45.1.n) y 48.6 ET) en los casos en que la situación de irregularidad en la prestación de trabajo se prolonga en el tiempo y ya no puede resolverse con las reglas sobre justificación de las ausencias al trabajo.

2. La suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género

2.1. Delimitación general

Como es por todos sabido, el contrato de trabajo como relación de tracto sucesivo supone que a lo largo de su desarrollo puede sufrir múltiples vicisitudes que vienen a interrumpir o alterar a normalidad de las prestaciones básicas del contrato sin, por ello, producir necesariamente su extinción. Pues bien, conforme al nuevo art. 45.1.n) ET se incorpora una nueva causa suspensiva que contempla la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda suspenderse «por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Como acertadamente se ha apuntado, «que el contrato de trabajo quede en esta especie de hibernación, en cierta forma, constituye un estadio de mayor alteración que los afectantes al tiempo o al lugar de trabajo porque ahora, sencillamente, deja de prestarse la actividad comprometida y de ello derivan las lógicas consecuencias en un negocio jurídico conmutativo»¹³.

Del mismo modo que ocurre en cualquier otra situación suspensiva de las previstas en el art. 45 ET, ésta exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, con la lógica intención de que en cuanto cese aquélla se reanuden de manera inmediata tales efectos. Así se consigue una desvinculación entre la trabajadora y su empresa que no es absoluta sino

¹² Como obras generales, y de referencia al respecto, en la disciplina del Derecho del Trabajo, *vid.* Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, *óp. cit.*; Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, 2006; Barrios Baudor, G. L. y Rivas Vallejo, P. (Codir.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, 2007.

¹³ Sempere Navarro, A. V., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales”, *Aranzadi Social*, 5, 2005 (versión electrónica).

parcial y temporal, en tanto en cuanto dure la causa suspensiva alegada. Pero procediendo a la tipificación individualizada de este supuesto se consigue no sólo posibilitar a la trabajadora víctima de violencia de género el conjugar la reserva del empleo (art. 48.6 ET), con el nacimiento de la prestación (o subsidio) por desempleo; sino, además, reforzar la autonomía de esta concreta causa respecto de otras situaciones suspensivas como la excedencia (forzosa o voluntaria¹⁴).

Como podrá extraerse de las consideraciones que siguen, esta posibilidad suspensiva del contrato de trabajo a instancias de la propia trabajadora víctima de violencia de género se presenta como una de las formas más eficaces de adaptación del contrato de trabajo a las situaciones personales y familiares creadas por este tipo de violencia machista, al permitir suspender – que no extinguir – las obligaciones laborales de la trabajadora durante algún tiempo, con derecho a reserva de su puesto de trabajo. Si bien esta característica es común a otros supuestos suspensivos, presenta la particularidad de que las previsiones que acompañan a esta medida en materia de prestaciones por desempleo de Seguridad Social le confieren un plus de protección especialmente adecuada en estas circunstancias.

2.2. Requisitos

En concordancia con la causa de suspensión contemplada en el art. 45.1.n), el art. 48.6 ET afronta su detallada regulación, cuya comprensión exige la concordancia con otras varias previsiones, especialmente del propio Estatuto o de la Ley 1/2004. Los hechos desencadenantes de la suspensión contractual a que se viene haciendo mención requieren de la confluencia de los tres elementos o requisitos siguientes directamente interrelacionados entre sí:

1. que la trabajadora sea víctima de violencia de género;

¹⁴ Y es que, como acertadamente se ha señalado, «mientras la duración de la suspensión de la relación laboral solicitada por la trabajadora víctima de violencia de género se ajuste a la duración máxima especificada por el legislador [...], se configura un derecho a la reincorporación que coincide exactamente con la razón de ser que inspira las excedencias forzosa. Ahora bien, cuando la suspensión exceda de ese tiempo, es lógico presuponer que perderá la protección cualificada como que llevan aparejadas las situaciones de excedencia forzosa, y pasará a calificarse como un mero ejemplo de excedencia voluntaria, solicitada por motivos personales y que únicamente dará lugar a un derecho preferente al reingreso a las vacantes que existan o se puedan producir en el futuro en la empresa» (Selma Penalva, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, 9, 2011, p. 1046).

2. que por tal motivo se vea abandonada a cesar en su actividad;
3. que ella misma adopte la decisión de suspender su contrato de trabajo.

En primer lugar, señalar que el principal requisito subjetivo para que se aplique la Ley 1/2004 es la exigencia de que la trabajadora en cuestión sea «víctima de violencia de género». Como se ha dicho, no basta con ser víctima de violencia doméstica; hay que probarlo¹⁵. Y es que el reconocimiento de este derecho queda condicionado a la acreditación de la circunstancia concreta de ser “víctima de violencia de género” que puede hacerse a través de una doble vía: de una orden de protección a su favor¹⁶, expedida por el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia e Instrucción (art. 544 ter LECrim¹⁷) o, si el caso es urgente y requiere una intervención inmediata, excepcionalmente se permite que el Ministerio Fiscal elabore un informe en el que se indique la existencia de indicios suficientes para considerar que la demandante es víctima de violencia de género. En el primer caso, la orden de protección¹⁸ ha venido a unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de violencia de género y pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. En el segundo, téngase en cuenta que, el informe del Ministerio Fiscal reviste carácter de excepcionalidad y provisionalidad, es decir, sólo se recurrirá a él en supuestos cuya urgencia y gravedad lo aconseje y servirá para acreditar esta situación en tanto se dicta la orden judicial de protección. *Sensu contrario*, cabe entender que no puede acreditarse tal circunstancia mediante informes de los servicios de salud, ni de los servicios sociales, ni mediante las medidas cautelares impuestas al agresor (como las de alejamiento y prohibición de residencia en determinado lugar), ni por las sentencias penales condenatorias

¹⁵ Cavas Martínez, F., “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, *óp. cit.*, p. 347.

¹⁶ Para más detalles prácticos sobre la orden de protección y el modelo de la misma en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia_domestica_y_de_genero/La_orden_de_proteccion.

¹⁷ Este precepto fue añadido por la LO 27/2003 de 31 de julio y que ha sido modificado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre (en vigor desde el día siguiente a su publicación, es decir, desde el 27 de noviembre de 2003).

¹⁸ Según el art. 544 ter LECrim la orden de protección debe acordarse en los casos en que, existiendo indicios fundados (no meras sospechas) de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, resulte una situación objetiva de riesgos para la víctima (juicio o pronóstico de posible reiteración) que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección.

(sean de conformidad o sin ella) derivadas de procedimientos orales y juicios rápidos¹⁹.

En segundo lugar, que la mujer trabajadora se vea compelida a abandonar su puesto de trabajo por el hecho de ser víctima de violencia de género supone que el legislador no se limita a contemplar la novación contractual como una de las posibles derivaciones de la violencia padecida, sino que va más allá cuando dispone que la primera surja cuando la trabajadora se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de la segunda.

Por último, que concurra la decisión de la trabajadora supone que la causa suspensiva sólo se activa por decisión de la trabajadora. Es ella y sólo ella – ni su empresario²⁰, ni las instancias judiciales o administrativas concurrentes – quien tiene la posibilidad de instar el cese temporal de su actividad productiva. Por tanto, resultan irrelevantes, jurídicamente hablando, las concretas razones o motivaciones que aconsejan a una mujer con orden de protección seguir trabajando (en su caso, con las adaptaciones del art. 37.7 ET), suspender su relación (precepto comentado) o extinguir el contrato [art. 49.1.m ET]. El hecho de haber residenciado en la propia trabajadora víctima de violencia de género la decisión suspensiva significa tanto como que se le atribuye un verdadero derecho, idéntico al de la excedencia u otras causas suspensivas. A ello hay que añadir el que, a diferencia de lo que sucede en la excedencia voluntaria, aquí no es exigible a la trabajadora un determinado y previo período de prestación de servicios sino que se tiene el derecho con independencia de cuán prolongada sea la vinculación que mantiene con el empleador. Además, quiere destacarse cómo se la configura como una suerte de “penúltimo recurso”²¹ al que acudir cuando otras medidas no resultan posibles o cuando la propia trabajadora así lo considera.

¹⁹ Fernández Urrutia, A., “Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda de la actividad laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extra 2007, p. 145.

²⁰ Al que se ha denominado “mero convidado de piedra”, por autores como De Castro Mejuto, L. F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (II): suspensión contractual”, en Mella Méndez, L. *et alia*, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, p. 401. Si bien, es preciso señalar que el legislador prevé que recaiga sobre el empresario la obligación de comunicar por escrito la suspensión, debiendo acompañar a tal comunicación la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, el correspondiente informe del Ministerio Fiscal, de cara a acreditar la situación legal de desempleo y acceder a la protección que se analizará infra 5.

²¹ De Castro Mejuto, L. F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET...”, *óp. cit.*, p. 394.

Quisiera hacerse dos últimas puntualizaciones: la primera referida al hecho de que no se imponga ninguna otra condición adicional para poder ejercitar este derecho como pudiera ser «un tiempo de antigüedad mínimo en la empresa, el carácter indefinido del contrato o la prestación laboral a tiempo completo»²², lo que garantiza su ejercicio por cualquier trabajadora en tales circunstancias sin más requisitos que los arriba expuestos. La segunda hace referencia al plazo dentro del cual la trabajadora debería ejercitar tal posibilidad y respecto del cual la doctrina se mueve entre los que aplican el plazo general de un año desde la fecha en que se dicte la orden de protección²³ (art. 59 ET) y los que consideran que el cómputo del plazo de prescripción de la acción no puede comenzar mientras se mantenga la situación de maltrato²⁴.

2.3. Duración inicial y prórrogas

Tal y como se encarga de señalar el art. 48.6 ET, se trata de un período de suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo. Las razones que explican la opción legislativa de acompañar la general ausencia de prestación laboral y retributiva (art. 45.2 ET) con ventajas específicas como su consideración como período de cotización efectiva (art. 124.5 LGSS), la eventual generación de prestaciones por desempleo (art. 208.1.2 LGSS), la posibilidad de invocar en una posterior prestación las mismas cotizaciones que en esta suspensión ya se tomaron en cuenta para el desempleo (art. 210.2 LGSS) o la singular protección frente al despido (art. 55.5.b ET), son ni más ni menos razones de política legislativa fácilmente comprensibles en estos casos²⁵.

En lo referido a la duración de esta suspensión señalar que es preciso diferenciar dos tramos distintos (una duración inicial mínima y una posible prórroga máxima²⁶) pero confusamente regulados, al mostrar como salvedad lo

²² Rodríguez Escanciano, S., *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 124.

²³ De Castro Mejuto, L.F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET...”, *óp. cit.*, p. 414.

²⁴ Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Revista del Poder Judicial*, 88, 2009, pp. 279 y ss.

²⁵ Sempere Navarro, A. V., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género...”, *óp. cit.*

²⁶ Ambas duraciones, la inicial y las prórrogas, no pueden ser mejoradas vía contrato o convenio colectivo dado el componente de orden público que esta regulación tiene, en opinión de Molina Navarrete, C., *Las dimensiones socio-laborales de la “lucha” contra la “violencia*

que realmente es una posibilidad de prórroga. A ello hay que añadir el hecho de que este vector temporal no pende en exclusiva de la voluntad de la víctima de violencia, sino que puede comportar la intervención judicial.

En cuanto a la duración inicial de la suspensión por esta causa apuntar que es libremente decidida por la trabajadora, es decir que «se desencadenará por la sola voluntad de la víctima»²⁷. Esta primera fase suspensiva no podrá exceder de seis meses, sin que se haya previsto ni una prolongación mínima o la posibilidad de alternar períodos de actividad y suspensión; ni tampoco se haya previsto la opción de decidir una duración inicial breve para luego, en su caso, ampliarla dentro del tope reseñado. Queda pues es manos de la trabajadora tanto la decisión suspensiva como la concreción de su duración, dentro de los límites legales apuntados, sin que esta medida «pueda adoptarse de oficio por el juez en el marco del procedimiento correspondiente, o a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las personas legitimadas para la solicitud de la orden de protección»²⁸. Una vez acordados por la trabajadora los términos en que desea ejercer su derecho, los mismos pueden modificarse por acuerdo entre empresa y trabajadora. En suma, de lo que se trata es que la trabajadora pueda adaptar este derecho a lo que considera más adecuado a sus circunstancias personales.

Respecto de la posible prórroga de este tipo de situaciones suspensivas, según el tenor literal del art. 48.6 ET, el juez podrá prorrogar la suspensión previamente solicitada por la trabajadora víctima de violencia de género y próxima a finalizar su duración inicial. Repárese en el hecho de que este segundo período está diseñado para adicionarse, sin solución de continuidad, al primero cuando de las actuaciones de tutela judicial resulte que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión²⁹. Según la propia literalidad del citado precepto, da la impresión

de género”. A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 264, 2005, p. 37.

²⁷ Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, *óp. cit.*, p. 39.

²⁸ Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 271, 2005, p. 37. En idéntico sentido, *vid.* Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, *óp. cit.*, pp. 39-40.

²⁹ Con esta posibilidad «el legislador acogió la recomendación del CES, recogida en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, de modular la duración de la suspensión en función de la duración de los oportunos procedimientos judiciales que acaben con la situación de violencia sobre la mujer de modo que el plazo inicial de seis meses pueda ampliarse si persiste la situación», en opinión de De La Puebla Pinilla, A., “Aspectos laborales y de protección social

que es el órgano judicial quien decide en exclusiva. Y es que a partir del primer periodo de suspensión «el papel dominante de la voluntad de la trabajadora afectada queda en un plano secundario, pues la prolongación de la suspensión, parece, ha de decidirla el Juez competente – que no es el de lo social – a la vista del desarrollo de las actuaciones judiciales y a solicitud de la víctima o de las personas e instituciones que tengan legitimación al respecto en el curso de los procedimientos»³⁰. Haciendo una interpretación sistemática del mismo y en íntima conexión con el art. 45.1.n) ET, todo parece indicar que sin la voluntad concurrente de la trabajadora no procedería prorrogar tales situaciones suspensivas por lo que hubiera sido más acertado optar por «la técnica de la autorización y no por la de la representación [dado que] lo lógico es que la trabajadora interese al juez la concesión de la prórroga y que el mismo resuelva»³¹.

La intervención del juez encuentra su explicación en la necesidad de introducir alguna medida que garantice que efectivamente la prórroga resulta necesaria para proteger a la víctima³², decisión que tiene consecuencias para la Administración Pública dado que, como se verá, estas situaciones suspensivas constituyen situación legal de desempleo que permiten el acceso a las prestaciones³³. Pero lo que no parece posible extraer de esta intervención judicial es que la decisión extintiva esté condicionada en la orden de protección o en la resolución judicial. Téngase en cuenta que «ni este tipo de decisiones forman parte del contenido típico de la orden de protección o de las resoluciones judiciales propias de estos procedimientos, ni esta conclusión es coherente con la causas de suspensión contemplada en el art. 45.1.n) ET que se configura como “decisión de la trabajadora”»³⁴.

Cuestión distinta es cuál sea el concreto órgano jurisdiccional al que se refiere una Ley donde lo mismo aparecen remisiones expresas al procedimiento laboral (art. 37.6 ET) que a la jurisdicción competente para aludir a la social (art. 90.5 ET), pero dándose asimismo entrada tácita a las decisiones de otros

en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Relaciones Laborales*, 6, 2005, p. 98.

³⁰ Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, *óp. cit.*, p. 40.

³¹ Sempere Navarro, A. V., “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género...”, *óp. cit.*

³² Pérez Yáñez, R., “La protección social de las víctimas de violencia de género”, *Documentos de Trabajos Social*, 35, 2005, p. 62.

³³ De La Puebla Pinilla, A., “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004...”, *óp. cit.*, p. 99.

³⁴ *Ídem*, p. 99.

órdenes jurisdiccionales³⁵. La genericidad del término usado acaba teniendo un significado muy preciso pues las actuaciones de tutela judicial en cuyo contexto ha de valorarse si concurren las circunstancias que aconsejan la prórroga de la suspensión contractual se siguen ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o los de primera Instancia e Instrucción; tampoco sería el único caso en que tales órganos inciden en temas laborales ya que, por ejemplo, al adoptar cautelas referidas al alejamiento del inculpado (en la orden de protección) debe atenderse a su situación laboral y procurar su continuidad (art. 544.bis LECrim), de donde se sigue que cabe también lo contrario. A pesar de la anterior argumentación, lo cierto es que el art. 87.ter y concordantes LOPJ omiten la mención expresa a la competencia de tales órganos en temas relacionados con la actividad laboral y que algunas opiniones se alzan defendiendo la posibilidad de acudimiento ante el Juzgado de lo Social, a semejanza de lo que indica el art. 37.7 ET para resolver las discrepancias derivadas del ejercicio de los derechos sobre adaptación del tiempo de trabajo. De otro lado, la prórroga posee una duración reglada y única que, no obstante, puede solicitarse repetidas veces hasta agotar el tope máximo establecido siempre y cuando la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En concreto, el acuerdo judicial de que se alargue la suspensión acordada posee validez por períodos de tres meses, con un tope máximo de dieciocho meses³⁶ y que, repárese en este dato, es el tiempo máximo durante el cual puede percibirse la prestación contributiva por desempleo (art. 210.1 LGSS) que, normalmente, sustituirá a los ingresos salariales en estos casos.

Pese a que puedan diferenciarse las dos fases señaladas en este tipo de situaciones suspensivas, los efectos son similares. Y es que, en todo caso se produce la reserva de puesto de trabajo y se accede a una protección incluso superior que en los casos de excedencia forzosa (art. 46.3 ET), al no rebajarse el derecho de la trabajadora al reingreso en puesto del mismo grupo profesional o equivalente. No existe regla especial acerca de plazos de reincorporación por lo que, en principio, la trabajadora deberá hacerlo al día siguiente de aquél en que finalice el plazo otorgado por el Juez de Violencia sobre la Mujer. Y

³⁵ Como el orden civil (art. 7.a ET), contencioso (art. 51.13 ET) y penal (art. 43.2 ET), así como a las del Juez del Concurso (art. 57 bis ET).

³⁶ Sobre la discusión doctrinal de si el plazo de dieciocho meses se refiere al total de suspensión del contrato de trabajo (sumadas la duración inicial y las prórrogas) o sólo a la prórroga, véase el interesante planteamiento que hace De Castro Mejuto, L.F., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET...”, *óp. cit.*, p. 403, y con el que estamos en total acuerdo.

tampoco se precisa de ninguna formalidad más que la interesada se presente en la empresa para reintegrarse, aunque, atendiendo al criterio de la buena fe (art. 5.a) ET), se podría exigir que avisase a su empleador en el momento en el que conozca la finalización de la causa suspensiva. En suma, producida la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo dado que en estos casos se trata de «reavivar el régimen ordinario de la suspensión, que será la pauta a seguir, una vez soslayado su peculiarísimo comienzo»³⁷.

2.4. La especial consideración de la suspensión del contrato en el ámbito de la Seguridad Social: situación legal de desempleo y periodo de cotización efectiva

Es éste uno de los aspectos que ponen de manifiesto del trato privilegiado que esta situación suspensiva recibe en el ámbito concreto de la Seguridad Social: de un lado, durante la suspensión de su prestación laboral la trabajadora se encuentra en situación legal de desempleo y, por tanto, protegida por el sistema de Seguridad Social; y, de otro, el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo. Este planteamiento era del todo preciso para garantizar a las trabajadoras inmersas en este tipo de situaciones una protección económico-social imprescindible para remontar tales circunstancias.

La Ley 1/2004, en su disp. adic. 8, se centra en la reforma del Texto Refundido de la LGSS (RD.Leg. 1/1994), añadiendo a su art. 124 un nuevo apartado 5, conforme al cual, pasa a tener la consideración de período de cotización efectiva, el tiempo que la trabajadora permanezca en situación de suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo, en los términos de los nuevos arts. 45.1 n) y 48.6 ET. El precepto también se encarga de concretar las prestaciones para las que este período de suspensión computa como período de cotización: jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo.

En cuanto a la modificación del régimen jurídico de la prestación por desempleo que supone, destacar que se amplía la redacción del art. 208 LGSS en sus apartados 1.2) y 1.1 e), de forma que pasa a encontrarse en situación legal de desempleo la trabajadora que se vea obligada a suspender temporalmente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de

³⁷ Fernández López, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, óp. cit., p. 43.

violencia de género, de conformidad con lo establecido en el nuevo art. 45.1 n) ET. Pero es que, además, y afianzando la protección por desempleo de la trabajadora que se encuentre en estas circunstancias, se reforma el art. 210.2 LGSS, el cual, en virtud de su nueva redacción, establece que para determinar el período de ocupación cotizada, se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no se hayan computado para el reconocimiento de un derecho anterior y no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 45.1 n) ET.

Adicionalmente, se establece que se computarán también las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación por desempleo durante la suspensión del contrato *ex* art. 45.1 n) ET. Es decir, que dichos periodos de cotización previa no se consumen por el acceso a las prestaciones durante el período de suspensión derivada de la violencia de género, sino que continuarán formando parte de los periodos de cotización que las trabajadoras en cuestión podrán acreditar para acceder a futuras prestaciones.

Repárese en que de este modo se atribuye un doble valor a las cotizaciones efectuadas antes de la suspensión del contrato «en la medida en que las mismas pueden computarse dos veces: una primera para generar la prestación de desempleo durante la suspensión del contrato y otra segunda para una futura prestación que pueda solicitarse en caso de extinción del contrato»³⁸.

Completa el cuadro de protección en materia de desempleo, un último beneficio relativo al “compromiso de actividad”³⁹ que adquiere la trabajadora víctima de violencia de género que solicite la prestación de desempleo, ya sea por suspensión o por extinción de las reguladas en la Ley 1/2004⁴⁰. En esta línea, se flexibiliza el cumplimiento de las obligaciones de la trabajadora víctima de violencia de género en relación al compromiso de actividad que pesa sobre ella como beneficiaria de la prestación por desempleo (art. 231.2 LGSS), en el sentido de que el Servicio Público de Empleo con competencia sobre su caso, ha de tener en cuenta esta circunstancia a efectos de atemperar en caso necesario el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito. Repárese en el hecho de que «se permite acceder a la

³⁸ Cavas Martínez, F., “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género” en Sánchez Trigueros, C. (Dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 343.

³⁹ Tal compromiso, cuyo incumplimiento puede determinar la pérdida de las prestaciones de desempleo, comprende una serie de obligaciones relativas a búsqueda activa de empleo (tales como aceptar ofertas adecuadas de empleo, incluyendo las que exigen desplazamientos para el trabajador).

⁴⁰ Sánchez Trigueros, C. y Conde Colmenero, P., “La protección social de las trabajadoras víctimas de violencia de género”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 24, 2006, p. 103.

prestación por desempleo a pesar de ser discutible el hecho de que *pueda y quiera* trabajar»⁴¹. Y ello porque «muchas veces la recuperación psicológica de la víctima o el cumplimiento oportuno de las diversas medidas ideadas para facilitar el alejamiento respecto a su agresor impiden el cumplimiento estricto de las obligaciones inherentes al citado compromiso de actividad vinculado al percibo de la prestación por desempleo»⁴².

2.5. La contratación de interinos para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género con contratos suspendidos por tal causa

No quisiera terminarse sin hacer siquiera una breve mención a la posibilidad de que la empresa opte por acudir a suscribir contratos de interinidad, en parte para compensar a la empresa de las desventajas que comporta la reserva de un destino laboral durante ese tiempo, en parte para evitar que la trabajadora en cuestión se considerada como un estorbo. En otras palabras, «también aquí la finalidad perseguida es la de reducir el efecto que el ejercicio de los derechos por la trabajadora víctima de la violencia de género puede suponer para la empresa»⁴³.

Y es que dichas contrataciones, que pueden celebrarse indistintamente con hombres y mujeres, llevan aparejado un importante incentivo⁴⁴. Su coste social es sustancialmente inferior al de un contrato ordinario dado que se bonifican las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes respecto de los contratos de interinidad suscritos para sustituir a una trabajadora víctima de violencia de género que haya optado por suspender su contrato por esta causa⁴⁵. Con el objetivo de que no recaiga sobre el empresario

⁴¹ Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *óp. cit.*, p. 46.

⁴² Selma Penalva, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *óp. cit.*, p. 1053.

⁴³ De La Puebla Pinilla, A., “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004...”, *óp. cit.*, p. 99.

⁴⁴ Según datos extraídos del IV Informe Anual del Observatorio de Violencia sobre la Mujer 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, disponible en http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS_COLECCION/libro_14_IV_InformeAnual.pdf, desde 2005 a diciembre 2010 la cifra total de contratos de sustitución de trabajadoras víctimas de violencia de género ha sido de 490 (p. 237).

⁴⁵ Con carácter general sobre bonificaciones, véase Grau Pineda, C., *Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*, Colección Monografías, Tirant lo Blanch, 2009.

la totalidad del coste de la protección social que se deriva de los nuevos derechos laborales reconocidos a la trabajadora víctima de violencia de género, el legislador ha previsto en el art. 21.3 de la LO 1/2004, que las empresas que opten por formalizar contratos de interinidad para sustituir a estas trabajadoras en el caso de que hayan ejercido su derecho a trasladarse a otro centro de trabajo de la misma organización productiva o a suspender la relación laboral en virtud del art. 45.1 n) ET, van a beneficiarse de una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. Repárese en que, no obstante, el empresario deberá cotizar por contingencias profesionales, desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial. El tiempo de disfrute de dicha bonificación variará dependiendo del derecho del que se trate. Así, el contrato de interinidad formalizado para sustituir a una trabajadora víctima de violencia de género que haya suspendido por esta causa su vínculo contractual, se bonificará durante todo el período suspensivo. Agotados los cuales, o antes si ha desaparecido la causa justificativa o el juez ha denegado la solicitud de prórroga, se da por extinguido el contrato de interinidad y la trabajadora sustituida pierde la reserva de su puesto de trabajo debiendo reincorporarse de inmediato.

Cuestión distinta, pero que no queremos eludir aunque nos distraiga de nuestro propósito, son las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas como medida selectiva de fomento del empleo de los trabajadores que tengan acreditada por la administración competente la condición de víctima de violencia de género y que para los contratos indefinidos a tiempo completo⁴⁶ ascienden a 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante cuatro años (Ley 43/2006 y Ley 35/2010). En el caso de contratación temporal, la bonificación asciende a 50 euros/mes (600 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. Repárese en el hecho de que si bien llama la atención que son mayores los incentivos económicos a las empresas para que sustituyan a las trabajadoras víctimas de violencia machista que para fomentar la contratación de las propias víctimas⁴⁷, no es menos cierto que el número de beneficiarias de unas y otras es bien distinto: solo en 2010 se registraron 395 contratos bonificados para mujeres víctimas de violencia de género y en el periodo comprendido entre enero de 2003 y diciembre de 2010 se celebraron un total de 2.764⁴⁸.

⁴⁶ En los casos de contratos a tiempo parcial se aplicarán las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social en los términos que establece la normativa aplicable.

⁴⁷ Quintanilla Navarro, B., “Violencia de género...”, *óp. cit.*, p. 38.

⁴⁸ Según datos extraídos del IV Informe Anual del Observatorio de Violencia sobre la Mujer 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, disponible en

3. Breves reflexiones finales

Sin lugar a dudas, medidas laborales como la analizada en las líneas precedentes que se erigen en medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres víctimas de violencia de género no merecen sino valoraciones positivas. El simple hecho de facilitar a las trabajadoras víctimas de violencia de género la posibilidad de continuar su relación laboral, conciliándola con su derecho a la asistencia social integral y a la efectividad de la orden de protección, a través del reconocimiento del derecho a suspenderla, no merece más que calificativos positivos. Y es que es preciso reiterar que el objetivo perseguido no es otro que el que «las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género en el ámbito laboral puedan dar un giro a su vida, y al mismo tiempo conservar su puesto de trabajo»⁴⁹. Tal y como aparece regulada esta medida suspensiva, se la configura como una opción temporal, probablemente la mejor, ante la violencia machista impeditiva de la prestación laboral ordinaria que, en muchos casos pero no siempre, tienen un carácter previo a una eventual extinción contractual en caso de persistir tal violencia⁵⁰. Dicho esto, no puede obviarse que los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género no son (en su mayoría) derechos incondicionados, sino que su efectividad depende en gran medida de las posibilidades organizativas de las empresas que no son más que “convidadas de piedra” como se ha dicho. Si a ello se adicionan las especiales características del mercado de trabajo español, el trasladar a la práctica laboral cotidiana las medidas de protección laboral previstas en la LO 1/2004, no siempre resulta ni sencillo ni satisfactorio para las víctimas. Y es que la preeminencia de la contratación femenina temporal en precario, distorsiona la efectividad de estos derechos. Conforme al régimen jurídico de medidas como la analizada, una trabajadora víctima de violencia de género, que se encuentre en situación de acreditar tal circunstancia, podrá legalmente reivindicar frente al empresario los derechos mencionados, pero la efectividad de los mismos, la garantía de que se ejerciten sin más condicionantes que los marcados por el

http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS_COLECCION/libro_14_IV_InformeAnual.pdf, p. 227 y ss.

⁴⁹ Serrano Argüeso, M., “Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas”, *Aranzadi Social*, 20, 2004 (versión electrónica).

⁵⁰ Gala Durán, C., “Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas”, *Relaciones Laborales*, 10, 2005, p. 44.

legislador y, lo que es más importante, la seguridad de que el Ordenamiento Jurídico la protege frente a la posibilidad de ver extinguido injustamente su vínculo contractual, va a depender de la situación más o menos estable de la que la mujer disfrute en su trabajo. Toda la configuración jurídica de la protección laboral de la trabajadora víctima de violencia de género, queda inexorablemente empañada si el vínculo que la une a la empresa es un contrato de duración determinada, que expira sin más llegado su término. Y ello porque esta suspensión no merece un tratamiento similar al propio de la incapacidad temporal o la maternidad que se mantienen más allá del contrato, dado que mientras que estas dos últimas situaciones generan derecho a una prestación de Seguridad Social específica, la suspensión a la que aquí se alude da derecho a la percepción de una prestación genérica, la de desempleo, a la que la trabajadora accederá, además, con la finalización del contrato⁵¹. Sólo algunas cifras para avalar los anteriores argumentos⁵²: como ya se ha adelantado, en el año 2010 se registraron 395 contratos bonificados para mujeres víctimas de violencia de los cuales 152 eran indefinidos y 243 temporales. Si ampliamos el periodo analizado, se observa que desde el 1 de enero de 2003 a 31 de diciembre de 2011, de un total de 2.764 contratos bonificados para mujeres víctimas de violencia, sólo alrededor del 29.6% tenían carácter indefinido frente a más del 70% de duración determinada.

En definitiva, y como acertadamente se ha señalado, «resulta indispensable establecer controles al ejercicio de estos derechos y contar con la colaboración de los empleadores, al tiempo que establecer mecanismos para que no resulte excesivamente gravoso para las empresas, puesto que pueden verse afectadas en su organización y ritmo de trabajo, y en su economía»⁵³. Se trata por tanto de garantizar la plena efectividad de los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género sin hacerlos depender tanto de las posibilidades empresariales y para ello resulta indispensable que se adopten decisiones no

⁵¹ Más detalles en Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *óp. cit.*, p. 37.

⁵² Según datos extraídos del IV Informe Anual del Observatorio de Violencia sobre la Mujer 2011, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, disponible en http://www.msc.es/ssi/violenciaGenero/publicaciones/colecciones/PDFS_COLECCION/libro_14_IV_InformeAnual.pdf.

⁵³ Mingo Basail, M^a L., “Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y posibles líneas de actuación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extra 2007, p. 133.

sólo legislativas, sino mas allá aún, tanto en la negociación colectiva como en las resoluciones judiciales oportunas.

4. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO J., *El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- CAVAS MARTÍNEZ F., *La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, 2006
- DE CASTRO MEJUTO L.F., *La protección de la víctima de violencia de género en el ET (II). Suspensión contractual*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- DE LA PUEBLA PINILLA A., *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 6
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, 2005
- FERNÁNDEZ URRUTIA A., *Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda de la actividad laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n. extra., *Igualdad de Oportunidades para Todos*
- GALA DURÁN C., *Violencia de género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, en *Relaciones Laborales*, 2005, n. 10
- GRAU PINEDA C., *Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, 2009
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Revista del Poder Judicial*, 2009, n. 88
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., VELASCO PORTERO T., *La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces*, en *Estudios Financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2005, n. 271
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., VELASCO PORTERO T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, 2006
- MINGO BASAIL M.L., *Situación de los derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género en España. Evolución legislativa, contenido, protección y*

- posibles líneas de actuación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, n. extra., *Igualdad de Oportunidades para Todos*
- MOLINA NAVARRETE C., *Las dimensiones socio-laborales contra la “violencia de género. A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en *Estudios Financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2005, n. 264
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L., *El Derecho Social del Trabajo y los Derechos Sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral*, en *Anales de Derecho*, 2012, n. 30
- PÉREZ YÁNEZ R., *La protección social de las víctimas de violencia de género*, en *Documentos de Trabajos Social*, 2005, n. 35
- QUINTANILLA NAVARRO B., *Violencia de género y derechos sociolaborales: La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género*, en *Temas Laborales*, 2005, n. 80
- RIVAS VALLEJO M.P., BARRIOS BAUDOR G.L. (dirs.), *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*, Aranzadi, 2007
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Tirant lo Blanch, 2008
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., CONDE COLMENERO P., *La protección social de las trabajadoras víctimas de violencia de género*, en *Anales de Derecho*, 2006, n. 24
- SEGOVIANO ASTABURUAGA M.L., *Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral*, en *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, 2005, n. 14
- SELMA PENALVA A., *Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales*, en *Actualidad Laboral*, 2011, n. 9
- SEMPERE NAVARRO A.V., *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 5
- SERRANO ARGÜESO M., *Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas*, en *Aranzadi Social*, 2004, n. 20

Los derechos sociolaborales de la mujer víctima de violencia de género desde una perspectiva ¿real y efectiva? del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo

de Vanessa Zimmermann

1. El principio de igualdad

El principio de igualdad es un valor superior de la Constitución Española proclamado en su art. 1.1. Además se anuncia y se promulga como derecho fundamental en el art. 14¹, cuya lectura debe hacerse no sólo a la luz de este precepto, sino también del art. 9.2², que expresa el compromiso constitucional de los poderes públicos para conseguir igualdad real y efectiva. Es decir, se rebasan los límites de la igualdad formal en orden a asegurar la igualdad material.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se encuentra también incluido en este art. 14. Inicialmente pudiera parecer que es un mandato de igualdad ante la ley, fruto de la revolución liberal-burguesa y que quedaba plasmado ya en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y

¹ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

² Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

del Ciudadano de 1789 cuando señalaba que «Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), pueden optar de igual forma a todas las dignidades y cargos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos». En definitiva, un mandato al legislador en los términos “lo mismo para todos” y concretamente en lo que nos atañe “lo mismo para hombres y mujeres”.

Pronto el Tribunal Constitucional de España matizaría este principio, que se traduciría no sólo en “lo mismo para todos”, sino también ampararía un “lo mismo para los semejantes”, y por tanto permitiría, incluso por imperativo constitucional del art. 9.2, que el legislador estableciera distintas consecuencias jurídicas a situaciones de hecho diferentes. Ya señalaba Gálvez³ que «el principio de igualdad jurídico no puede fundarse en el plan de los hechos puramente empíricos sino en el de la ética, ya que la igualdad se proyecta como condición jurídica requerida por la misma idea del ideal humano» Viene a ser por lo tanto, lo que el padre de la ética, Aristóteles, en el siglo IV a.C. ya decía: «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales».

Claro está que al permitir que el legislador adoptara consecuencias distintas significaría dejar un margen de maniobra, no obstante, estaría limitado por unos criterios introducidos en la jurisprudencia española que ya fijaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, por ejemplo, al señalar que se produce una discriminación cuando el trato diferenciado carece de justificación objetiva y razonable; afirmando además, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite que los motivos de discriminación prohibidos por el art. 14 puedan ser utilizados como criterio de diferenciación jurídica, como ocurre en relación al sexo, siempre y cuando el legislador establezca esas diferencias, las justifique y las aplique proporcionalmente en beneficio de este colectivo social.

2. La igualdad de género y su evolución normativa

Con carácter previo, es necesario hacer una clara y concisa diferenciación conceptual entre sexo y género. Defiende Da Costa Newton que la distinción

³ Gálvez Montes, J., *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 3ª edición, 2001, p. 273.

entre estos dos conceptos es resultado de una diferenciación entre naturaleza y cultura. Así, el sexo se refiere a las características biológicas en la cadena reproductiva, con la diferenciación de genotipos y fenotipos, extraídos de la naturaleza; mientras que el género es más amplio, abarcando a los caracteres socioculturales de las conductas femeninas y masculinas en los seres humanos⁴.

En ese sentido, el enfoque de género posibilita reconocer la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres, expresadas en dominación, prejuicios y discriminación hacia las mujeres en la estructura genérica de las sociedades. Es precisamente a partir del último tercio del siglo XX en Europa que, desde el impulso de los organismos internacionales y europeos, surge un nuevo modelo de políticas igualitarias basado en la idea de que la equiparación real entre hombres y mujeres sólo sería posible mediante la aplicación de la perspectiva de género en todos los órdenes de la vida social. Eso supondría reconocer que una situación histórica de minusvaloración social de la mujer respecto al hombre debería equilibrarse a través de otros mecanismos diferentes que no las declaraciones formales de igualdad entre los sexos. De esa forma, el traspaso de estos principios a la normativa española fue construcción especialmente del derecho europeo y que luego fue impulsado por la doctrina constitucional que los fue configurando poco a poco.

Desde la propia Constitución de la Organización Mundial del Trabajo en 1919 hasta, en el ámbito de la Unión Europea, la reciente Estrategia para la Igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015)⁵ se ha recorrido un largo camino. Este nuevo enfoque comienza a mediados de los años ochenta y en el seno del Comité Director de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, bajo el principio de que la igualdad entre los sexos es una característica estructural de la raza humana. En esta línea, en 1987, nace el Comité europeo para la igualdad entre mujeres y hombres, con la finalidad de promocionar la cooperación en esta materia entre el Consejo de Europa y los Estados miembros.

Luego, será la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁶, que tendrá una importancia histórica hasta hoy por introducir la

⁴ Da Costa Newton, P. C., *Empleo y Sexismo: Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 28-32.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 COM (2010) 491.

⁶ Adoptada en el seno del Consejo Europeo de Estrasburgo en 1989.

igualdad de trato en materia de empleo y de profesión. Posteriormente, en la Declaración de Viena de 1993 se declara que «Los derechos humanos de las mujeres en todo su ciclo vital constituyen parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales». En 1997, en la Declaración de Estrasburgo, al reafirmarse el compromiso del Consejo de Europa con los valores fundamentales de la democracia pluralista y el respeto hacia los derechos humanos, se avanza en el enfoque de género, al introducirse, como nueva estrategia necesaria en el progresivo principio de igualdad entre mujeres y hombres, la necesidad de garantizar la importancia de una representación más equilibrada de hombres y mujeres en todos los sectores de la sociedad, incluida la vida política.

Otro paso decisivo fue en el Tratado de Ámsterdam, de 1997 (que entró en vigor en 1999), cuando se eleva a la categoría de fin de la Comunidad Europea «promover la igualdad entre el hombre y la mujer», superando el sentido inicial expresado en el Tratado de Roma, de 1957. En seguida, se aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en 2000. Sin embargo, esta no gozaría de fuerza vinculante hasta 2007 cuando se la integró en el Tratado de la Unión Europea, que entró en vigor en 2009, recogiendo un precepto específico sobre la igualdad entre hombres y mujeres, enfatizando las materias de empleo, trabajo y remuneración.

No obstante, fue a partir de los Programas de Igualdad entre mujeres y hombres adoptados en el seno de la Unión Europea y del Consejo de Europa que el tema adquirió un singular relieve. En el Programa 2001-2005⁷ se pretendió establecer un marco de acciones en el que todas las actividades comunitarias pudiesen contribuir a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres. Luego, en el Plan 2006-2010⁸ se proponía seis áreas prioritarias de actuación, entre ellas la erradicación de todas las formas de violencia de género. Es fruto de ese Plan la reciente Estrategia 2010-2015⁹, que recoge las prioridades definidas por la Carta de la Mujer¹⁰ y

⁷ Programa para la igualdad de oportunidades, aprobado por Decisión 2001/51/CE de 20 de diciembre de 2000.

⁸ Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres, COM (2006), final, de 1 de marzo de 2006.

⁹ Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres COM (2010) 491 final, de 21 de septiembre de 2010.

¹⁰ Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres – Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la

constituye el programa de trabajo de la Comisión describiendo las acciones previstas para el período señalado.

Por fin, junto al marco constitucional español, la labor del Tribunal Constitucional, como ya mencionamos al inicio, fue primordial. También se han ido produciendo modificaciones legislativas surgidas de la necesidad de trasponer la normativa comunitaria al Derecho interno. Fue el caso de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004) y de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante LO 3/2007).

3. La violencia de género y la legislación española

Siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales, se promulga la LO 1/2004, la cual es la primera norma que incide específicamente sobre el fenómeno de la violencia sufrida por las mujeres. Esta Ley viene enfocada en el carácter del género, puesto que la violencia contra la mujer es la manifestación más evidente de la discriminación por género. La propia Exposición de Motivos de la Ley señala que es discriminación de género: la «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».

En lo que se refiere a su contenido, abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones. La Ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres y además, apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico.

Ahora bien, lo primero que hay que tener en cuenta es la definición de violencia de género, y en ese sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993¹¹, fue la primera que definió la violencia de género, delimitándola como «todo acto de violencia

Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer» (COM (2010) 78).

¹¹ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, publicada por medio de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada». A la luz de la LO 1/2004, la violencia de género comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad», ejercido contra la mujer por supuesto, pues así se especifica en su art.1. Nótese que es prácticamente el mismo texto legal contenido en la Declaración de 1993.

En definitiva, no hay que confundir la violencia de género con la violencia doméstica, ya que la última engloba las agresiones habituales sufridas por los miembros más vulnerables en la esfera familiar (o sea, pueden ser niños, ancianos, discapacitados e incluso las mujeres). Así, la violencia de género es una violencia ocasional generada a partir de un acto discriminatorio hacia la mujer. Bien señala Lorenzo Copello¹² lo inapropiado que es identificar violencia de género con violencia doméstica, pues, si bien en el práctica es verdad que este tipo de violencia se manifiesta mucho más en un contexto doméstico, no hay que olvidar que las agresiones sexuales o el acoso laboral, por ejemplo, son también manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el ámbito familiar. Por fin, la regulación contenida en la LO 1/2004 no deja dudas de que el sujeto activo debe ser un varón y el sujeto pasivo sólo puede ser la mujer que es o haya sido su cónyuge o persona (mujer) a que esté o haya estado ligada por razón sentimental.

Centrándose en nuestro tema, la LO 1/2004 establece medidas de protección en el ámbito social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción contractual. La Ley introdujo en el ordenamiento jurídico, además, un conjunto de derechos subjetivos que gozan de carácter social, los cuales son fundamentales para las trabajadoras sometidas a este tipo de violencia. Pasamos a analizar los derechos laborales y sociales reconocidos a las mujeres víctimas de violencia de género.

¹² Lorenzo Copello, P., “La violencia de género en la Ley integral: Valoración político-criminal”, *RECPC*, 2005, p. 4.

3.1. Los derechos reconocidos a las víctimas de violencia de género en la LO 1/2004

3.1.1. Modificaciones en la jornada y en el tiempo de trabajo

Dispone el art. 21.1 de la LO 1/2004 que la trabajadora tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo. Este derecho permite a las trabajadoras víctimas de violencia de género compaginar sus actividades laborales con la tutela integral de sus derechos fundamentales y con la asistencia social. En ese sentido, se añadió en el Estatuto de los Trabajadores un apartado 7 en su art. 37,¹³ sin embargo cabe señalar que este artículo regula el derecho al descanso semanal, fiestas y permisos, y por lo tanto podría estar equivocada la ubicación del apartado, puesto que el derecho que se reconoce a las víctimas no es el derecho al descanso, sino a la reordenación del tiempo de trabajo. Con lo cual, estaría mejor ubicado en el art. 34 del ET, que trata de la jornada de trabajo. Además, en esta línea, la DA 11 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres introdujo un apartado 8 en el referido art. 34, disponiendo que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de su jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

De tales premisas, aclaramos entonces, que la trabajadora podrá optar entre i) el derecho a la reducción de jornada o, ii) el derecho a la reordenación del tiempo de trabajo en los siguientes términos:

A. reducción de jornada. La trabajadora tendrá derecho a la reducción de su jornada laboral con proporcional reducción de su salario. Da Costa Newton entiende que se trata de una suspensión parcial del contrato de trabajo, puesto que altera las condiciones esenciales del mismo (como es la prestación de servicios y el salario); estando la trabajadora amparada por la regulación del contrato a tiempo parcial (art. 12 del ET) en lo que se refiere a las horas extraordinarias e igualdad en las condiciones de trabajo¹⁴. Por otro lado, es llamativo el silencio de la norma acerca de cuánto puede durar la reducción de la jornada y si existen o no límites a esta situación. En todo caso, a juicio de la autora, los condicionantes que la Ley establece en orden al ejercicio de estos derechos son: primero, que cada trabajadora actúe dentro de su jornada ordinaria, y, segundo, la necesidad de la trabajadora de preavisar con al menos 15 días de antelación para su reincorporación a la jornada ordinaria, puesto que

¹³ Añadido por la Disposición Adicional 7.1 de la LO 1/2004.

¹⁴ Da Costa Newton, P. C., *Empleo y Sexismo...Op. Cit.*, p. 126.

ésta no tiene por qué determinar cuánto tiempo permanecerá con la jornada reducida¹⁵;

B. reordenación del tiempo de trabajo. La reordenación del tiempo de trabajo no afecta a la jornada, sino a su concreción diaria, es decir, en lo que atañe a la distribución exacta de su tiempo de prestación de servicio durante un espacio temporal convenido, con indicación de las horas de inicio y fin del trabajo. En ese sentido, son tres las formas de ejercicio de este derecho: i) adaptación del horario de trabajo, ii) horario flexible, y iii) otras modalidades de reordenación del horario de trabajo adoptadas en la empresa.

Por lo que respecta a la adaptación del horario de trabajo, será efectuada por la empresa, a través del calendario laboral¹⁶. Este horario será pactado por la empresa con el trabajador, de acuerdo con el art. 3.1.c del ET, de modo que en este caso, para las trabajadoras víctimas de violencia de género pueda ser modificado, alterando su distribución ordinaria.

Referente al horario flexible, es la trabajadora quien decide libremente la duración de su trabajo, determinando el comienzo y el fin del mismo, sin embargo siempre debe respetar una cierta unidad cronológica que le es exigida. Cabe hacer referencia que el horario flexible debe tener en cuenta los límites establecidos en el art. 34.3 del ET; su duración anual no puede exceder de un promedio de 40 horas semanales y debe ser observado el descanso entre jornadas, que debe ser de no mínimo 12 horas, por otra parte, el número de horas ordinarias de trabajo no puede superar las 9 horas diarias.

Por fin, también es posible que la ordenación del tiempo de trabajo sea mediante otras formas que acojan las necesidades de la víctima de violencia y se adapten a la estructura de la empresa. Ya se señala como ejemplos de posibles formas de ordenación del horario el empezar y acabar la jornada media hora más tarde durante el verano¹⁷, y un desplazamiento de la hora de entrada y salida al trabajo inferior a una hora¹⁸. Además se pueden pensar en otras formas de reordenación, como por ejemplo la posibilidad de alternar la actividad presencial con el trabajo a distancia, la fragmentación de las vacaciones o también la modificación de los días de descanso semanal.

Puede que surjan discrepancias a la hora de poner en práctica esas medidas, entretanto la finalidad de la Ley es proteger la trabajadora, promoviendo su seguridad y reduciendo en todo lo posible los efectos de nuevas agresiones en

¹⁵ Da Costa Newton, P. C., *Empleo y Sexismo... Op. Cit.*, p. 128.

¹⁶ Como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000 8297) y 24 de enero de 2003 (RJ 2003 3202).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2005.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009.

el lugar de trabajo o en sus proximidades. En ese sentido, la reducción de jornada o la reordenación del tiempo son legítimos derechos de la trabajadora víctima cuyo ejercicio no se somete a la voluntad de la empresa.

3.1.2. Movilidad geográfica y cambio de centro de trabajo

En el supuesto de trabajadoras víctimas de violencia de género, el traslado de trabajadores previsto en el art. 40.1 y 4 del ET ya no corresponde a una decisión unilateral del empresario, sino que puede ser acordado por conveniencia de la trabajadora, por fuerza del art. 21.1 de la LO 1/2004, que además diferencia la movilidad geográfica (supuesto que comporta un cambio del lugar de trabajo a la vez que un cambio de domicilio de la trabajadora) y el cambio de centro de trabajo (supuesto en que no hay cambio de domicilio de la trabajadora). Con la inclusión del apartado 3 bis en el art. 40 del ET¹⁹, se permite a la trabajadora cualquier variación de centro de trabajo, aunque no comporte una necesaria modificación de su residencia.

En definitiva, se ampara las dos categorías, sin embargo este es un derecho condicionado, puesto que además de darse el presupuesto subjetivo es preciso que la empresa tenga vacante, que debe ser del mismo grupo profesional de la trabajadora, en un centro de trabajo diverso al de origen.

3.1.3. Suspensión contractual

También con fundamento en el art. 21.1 de la LO 1/2004, se prevé un verdadero derecho subjetivo de la trabajadora, puesto que se ejerce por petición de la misma. Esa previsión se recoge en la letra n) del art. 45.1 del ET²⁰, que dispone que el contrato podrá suspenderse «por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género». Esa suspensión significa la exoneración temporal de las obligaciones básicas de la trabajadora y de la correspondiente remuneración salarial por parte del empresario, con pervivencia del vínculo jurídico de la relación laboral existente.

Merece atención el hecho de que el precepto legal no alude a los supuestos causales que puedan configurar el derecho de la víctima a la suspensión contractual. No obstante, no podría exigirse de la normativa un *numerus clausus* de estas circunstancias, puesto que la casuística se revela demasiado amplia.

¹⁹ Añadido por la Disposición Adicional 7.2 de la LO 1/2004.

²⁰ Añadido por la Disposición Adicional 7.3 de la LO 1/2004.

Sin embargo, hay que mencionar que, dado el carácter subjetivo de la exigencia de que «se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo», parte de la doctrina entiende que el simple hecho de acreditar su situación de víctima de violencia de género bastaría para ejercer el derecho a la suspensión contractual. Entretanto, nos parece que atiende el propósito de la Ley la posición defendida por Quesada Segura y Perán Quesada, que entienden que esta circunstancia es una condicionante para el ejercicio del derecho, puesto que exige una relación de causalidad entre la obligación de abandonar el puesto y la imposibilidad de la prestación laboral como consecuencia de lo anterior²¹.

Se determina en el art. 48.6 del ET que el plazo inicial de la suspensión contractual será determinado por la víctima, no pudiendo exceder los 6 meses, siendo facultado al Juez determinar prórrogas de 3 meses, con un máximo legal de 18 meses.

3.1.4. Extinción contractual

El art. 21 de la LO 1/2004 también prevé la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la trabajadora víctima de violencia de género. En ese sentido, se añadió una nueva letra m) en el art. 49.1 del ET²², cuyo texto reproduce las mismas exigencias que para la suspensión contractual, pero aplicándose ahora a la extinción contractual.

Esta previsión legal reconoce a la víctima un derecho a extinguir su relación contractual sin la necesidad de alegar otra causa que no sea la condición de víctima de violencia de género. En realidad la extinción se da por decisión de la trabajadora, aunque el fundamento de esta decisión se origina en una situación ajena a su voluntad y que la impide seguir con la prestación laboral. El derecho a la extinción contractual libera a la trabajadora de las obligaciones normales que se derivarían de una dimisión, pero por otra parte tampoco surge derecho a la indemnización que correspondería en caso de despido²³. Por eso,

²¹ Quesada Segura, R., Perán Quesada, S., *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género. Un estudio multidisciplina*, Granada, Comares, 2009, pp. 261-265.

²² Añadido por la Disposición Adicional 7.5 de la LO 1/2004.

²³ En ese sentido, Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 132, señalan que «Estas medidas pueden tener su razón de ser en que realmente no se trata de un abandono del trabajo ni una dimisión del trabajador – en la que no se necesita alegar causa y sólo exige el preaviso al empresario previsto en los convenios colectivos o costumbre –, sino de una imposibilidad de cumplir la prestación laboral con fundamento único y exclusivo en la violencia que ejerce sobre la víctima un tercero, el hombre acosador-maltratador».

no se exige ningún plazo de preaviso, aunque la trabajadora debe dirigirse de buena fe al empresario, sin aprovecharse de su situación para eludir responsabilidades que se derivarían de su relación laboral.

3.1.5. Justificación de ausencias y faltas

El art. 21.4 de la LO 1/2004 introduce una importante modificación garantista en el seno del art. 52 del ET²⁴, que regula la extinción del contrato por causas objetivas. En ese sentido, modifica la letra d) disponiendo que no se computarán como falta de asistencia las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género; debiendo la trabajadora acreditar esta situación por medio de los servicios sociales de atención o de salud correspondientes.

Cabe destacar que esta medida de protección integral no es de carácter preventivo, sino reactivo, pues está dirigida a los efectos y no al acto en sí que justificaría el retraso o la ausencia. No hay que olvidar que, como señalan Monereo Pérez y Triguero Martínez, parece que el legislador pasa por alto el hecho de que los retrasos y ausencias puntuales que pueda tener la víctima no guardan relación con la violencia directamente ejercida sobre la misma, sino con las consecuencias de esta (como puede ser por ejemplo, el tiempo empleado para interponer las correspondientes denuncias o declarar ante los órganos correspondientes). Estas consecuencias serían, por lo tanto, las que justificarían las ausencias e impuntualidades, lo que viene a chocar con la filosofía de protección integral que pretende ofrecer la norma²⁵.

La doctrina critica que esta medida no fue bien ubicada en el ET, puesto que sólo se prevén justificaciones de faltas y ausencias en el caso de una extinción contractual, pero no para supuestos generales en materia contractual, pudiendo conllevar por ejemplo a un descuento en los salarios correspondientes por las ausencias o faltas de puntualidad. Será por medio de la negociación colectiva, ya sea por Convenios Colectivos, ya sea por Acuerdos de Empresa que deberá resolverse esta laguna legal, o incluso por decisión unilateral del empresario en el sentido de poder favorecer a la trabajadora.

3.1.6. Derechos sociales

Del articulado de medidas recogidas en la LO 1/2004, hubieron importantes modificaciones o introducciones de preceptos en el Real Decreto Legislativo

²⁴ Modificado por la Disposición Adicional 7.6 de la LO 1/2004.

²⁵ Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *La víctima de violencia... op. cit.*, p. 134.

1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con el objetivo de no generar una desprotección económica a la mujer víctima, en el caso de suspensión y extinción contractual.

En ese sentido, al anunciar la posibilidad de que la trabajadora resuelva o suspenda voluntariamente su contrato de trabajo se generará el derecho a la situación legal de desempleo. Así, se añade el apartado 5 en el art. 124 de la LGSS²⁶, que prevé la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo, al período al cual, la trabajadora víctima de violencia de género pactó la suspensión contractual. Considera por tanto cotizados, los períodos que no son.

La Ley también introduce una modificación en la letra e) del apartado 1.1 y el 1.2 del art. 208 de la LGSS²⁷, que prevé que la trabajadora víctima de violencia de género sea considerada en la situación legal de desempleo en los supuestos de traslado o movilidad geográfica, suspensión contractual e incluso extinción contractual por voluntad de la trabajadora. Además, importante innovación, es que para este colectivo, las cotizaciones utilizadas para ejercer el derecho a la prestación por desempleo podrán ser consideradas para causar nuevas prestaciones, es decir, para el reconocimiento de una posterior prestación por desempleo.

Respecto al compromiso de actividad, se modifica el apartado 2 del art. 231.2 de la LGSS²⁸, e *in fine* se prevé una “atemperación” del cumplimiento de esta obligación respecto a las víctimas de violencia de género. Finalmente se introduce una Disposición Adicional 42 en la LGSS²⁹, que prevé que la acreditación de la situación de suspensión o extinción contractual de las trabajadoras víctimas de violencia de género se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre esta circunstancia, junto con la acreditación de la trabajadora de ser víctima de violencia de género.

²⁶ Añadido por la Disposición Adicional 8.1 de la LO 1/2004.

²⁷ Modificado por la Disposición Adicional 8.2 de la LO 1/2004.

²⁸ Modificado por la Disposición Adicional 8.4 de la LO 1/2004.

²⁹ Añadida por la Disposición Adicional 8.5 de la LO 1/2004.

3.2. Trabajadoras autónomas y funcionarias víctimas de violencia de género

El art. 21.5 de la LO 1/2004 introduce una medida para la tutela de la trabajadora por cuenta propia en el caso en que ésta cese sus actividades para gozar de los derechos de asistencia social integral. Teniendo en cuenta la menor protección de la trabajadora autónoma frente a la trabajadora por cuenta ajena, se prevé la suspensión de la obligación de cotización a la Seguridad Social por parte ésta, cuando padezca por consecuencia de esta situación y necesite detener su actividad laboral durante 6 meses para hacer efectivo su derecho.

En el mismo sentido, en los arts. 24 a 26 de la LO 1/2004 se establecen medidas de protección (derechos subjetivos) para las funcionarias públicas. Así también se producirán modificaciones en la legislación específica, en la época la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, sin embargo la ley posterior que entró en vigor es la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público,³⁰ que recoge estos derechos. De esa manera, el art. 49. d) de su Estatuto recoge la justificación de las faltas y ausencias de las funcionarias víctimas de violencia de género; asimismo prevé la reducción de jornada de trabajo (con disminución proporcional del salario) o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo. En el caso de movilidad geográfica de la funcionaria, el propio texto legal dota este traslado de carácter forzoso cuando se dé tal situación.

3.3. Acreditación de víctima de violencia de género

En los arts. 23 y 26 de la LO 1/2004 se establece como debe procederse a efectos de la trabajadora acreditar su situación de víctima de violencia de género para gozar de los derechos que le son reconocidos. También se prevé la acreditación para el acceso a las ayudas sociales establecidas en el art. 27.3 párrafo 2 de la Ley. En ese sentido, la Ley dispone que la acreditación se hará por medio de la Orden Judicial de Protección a favor de la víctima, y excepcionalmente, tiene validez el Informe del Ministerio Fiscal. Sin embargo,

³⁰ Modificaciones en la Ley 30/1984 por fuerza de la Disposición Adicional 9 de la LO 1/2004.

la propia legislativa no concreta cómo debe hacerse y cuál es el órgano responsable por la emisión de tal acreditación.

Para que la víctima pueda conseguir la Orden es necesario el cumplimiento de algunos requisitos como: la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173 del CP³¹; y la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Por otro lado, el Informe del Ministerio Fiscal que es de carácter excepcional y provisional, está pensado para los casos urgentes y tan graves que lo aconsejen, sirviendo para acreditar tal situación mientras la Orden de Protección esté siendo dictada. En ese sentido, para que sea concedido el Informe, la víctima debe haber solicitado la Orden previamente se haya constatado la existencia de los indicios de violencia, suponiendo que estos se harán en la instrucción de las diligencias, además de la existencia de una situación objetiva de riesgo y que la solicitante sea víctima de una violencia de género³².

4. Sobre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI)

Esta Ley surge de la necesidad de establecerse medidas realmente eficaces para la logro de una igualdad plena entre mujeres y hombres. Pese a que ya se había establecido algunas medidas legales, se ha podido comprobar que no fueron suficientes en el ámbito práctico. Junto a esta necesidad, la eficacia que se quiere alcanzar requiere la adopción de la perspectiva del género, ya que se amplían considerablemente los ámbitos de discriminación. En ese sentido, se adoptaron en el ámbito de la Unión Europea algunas Directivas que exigen su correspondiente trasposición en los ordenamientos internos. Así, la LOI pretende acomodar las disposiciones en materia de igualdad de trato a las

³¹ Quien sea o haya sido su cónyuge; con quien esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia; descendientes, ascendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que convivan o que estén sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

³² Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A. *La víctima de violencia... op. cit.*, pp. 109-112.

cuales se refieren la Directiva 2002/73/CE³³, bien como las disposiciones de la Directiva 2004/113/CE³⁴.

El conjunto de medidas de acción positiva que la LOI introduce, en nuestro caso específicamente en el ordenamiento sociolaboral, supone una complementariedad al ámbito de protección integral a la víctima de violencia de género debido a su carácter transversal de contenidos. El eje central de la Ley es proteger a la mujer mediante el otorgamiento de un conjunto de derechos, excepciones y medidas que no lleven a su exclusión, sino a la realización efectiva de una igualdad.

Quizá lo más novedoso de las medidas de promoción a la igualdad que se disponen en la LOI y que deberíamos destacar sería la previsión de la elaboración de los Planes de Igualdad en las empresas. El art. 45 de LOI, recoge la obligación de las empresas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, adoptando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, y que deberán ser negociadas. Se incumbe a todas las empresas, por lo tanto, esta obligación de negociar. No obstante, la Ley prevé que las empresas, en función de su plantilla, deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad, los cuales deben ser objeto de negociación. En ese sentido, se ha modificado el art. 85 del ET añadiendo un párrafo en el que se contiene esta obligación.

Sin embargo, se han planteado dudas respecto al nuevo párrafo, como señalan Castro Argüelles y Álvarez Alonso³⁵, en el sentido de determinar el alcance del “deber de negociar” referido al contenido del convenio ya que, hasta entonces el deber de negociar estaba referido a la parte destinataria y receptora de la propuesta de negociación y tenía que ver con la disposición a negociar de buena fe (art. 89.1 ET). Por otro parte, el art. 85 del ET en su primer párrafo hace referencia a las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva pero no que deban serlo, entonces se podría pensar que, con esta regla se estaría ampliando el contenido mínimo de los convenios colectivos reconocido en el art. 85.3 del ET, sin embargo la modificación se hubo en el apartado 1 y no en el 3, con lo cual, se entiende ser de carácter facultativo.

³³ Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

³⁴ Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

³⁵ Castro Argüelles, M. A., Álvarez Alonso, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Cívitas, 2007, p. 107.

Parece que los autores concluyen que el deber de negociar no forma parte del contenido mínimo del convenio y que más bien se ha incorporado como apoyo a la exigencia de negociación de medidas a favor de la igualdad. Este deber se traduce en la obligación de elaborar un Plan de Igualdad en las empresas con más de 250 trabajadores (art. 45.2 LOI), en cambio, para las pequeñas y medianas empresas, la elaboración de los planes será de carácter voluntario (Art. 45.5 LOI).

De todas formas, se debe atender a lo establecido en los convenios respecto a la obligación de negociar los planes, ya que según la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha considerado la negociación colectiva como parte integrante de un derecho social fundamental como es la libertad sindical³⁶.

Desde otra perspectiva, Sanchez Trigueros y Areta Martínez defienden que «no es que se apunte directamente a las acciones positivas o a los planes de igualdad, sino que se introduce la obligación de que la empresa se ocupe del tema, por decirlo de un modo gráfico»³⁷.

Por fin, podemos citar como ejemplos los recientes Convenios Colectivos de ThyssenKrupp Elevadores SLU³⁸ y Lufthansa³⁹, que vienen a cumplir lo previsto en la LO 3/2007. La primera empresa se compromete a seguir trabajando para detectar y corregir las desigualdades o discriminaciones por razón de sexo, bien como constituir una Comisión de Igualdad para la elaboración del Plan a nivel del grupo ThyssenKrupp SEAME; mientras que en la segunda empresa, el precepto del correspondiente convenio ya prevé la elaboración y desarrollo del Plan de Igualdad, bien como el establecimiento de una Comisión de Implantación de la Ley de Igualdad.

³⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1983, de 28 de enero, 73/1984, de 27 de junio y 105/1992, de 1 de julio.

³⁷ Sánchez Trigueros, C., Areta Martínez, M., “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *REDT*, 2009, p. 59.

³⁸ Resolución de 27 de marzo de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU. BOE-A-2013-4162, de 19 de abril de 2013.

³⁹ Resolución de 22 de enero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIX Convenio colectivo de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas, y su personal en España. BOE-A-2013-1174, de 4 de febrero de 2013.

5. Conclusiones

Como se ha podido observar a través del estudio de las medidas de tutela de la trabajadora víctima de violencia de género, se pone de manifiesto cómo se ha configurado un auténtico modelo normativo de protección a estas personas. La violencia sufrida por la mujer es, por supuesto, el más brutal signo de discriminación. La normativa que visa combatir esa situación es relativamente reciente, considerando que en las primeras Declaraciones de Derecho ya se contemplaba la igualdad. No obstante, era necesario incidir sobre el aspecto del género y en profundizar la transversalidad de contenidos normativos que inciden directa e indirectamente en el ámbito sociolaboral.

Hay que subrayar que las acciones adoptadas hasta entonces han dado lugar a varias modificaciones legislativas que, en muchos casos, se han traspasado, con claridad y objetividad, el sentido y el fin perseguido por la Ley; sin embargo por otro lado, siguen existiendo disposiciones normativas que, en determinados aspectos revelan vacíos legales de regulación, teniendo que acudir a una interpretación sistemática de varios preceptos jurídicos para concebir una adecuada protección en el marco de la LO 1/2004 y de la LO 3/2007. De todas formas, no resta dudas que el modelo de tutela que se empezó a desarrollar, por así decirlo, está direccionado a la protección de la vida e integridad física y psicológica de la mujer víctima de violencia de género frente a las acciones de su agresor.

Por fin, como ya advertimos, la protección debe darse bajo la perspectiva del género y no del sexo, lo que supondría poder ampliar esta protección a otros supuestos colectivos; una vez que el género se refiere al conjunto de características sociales, culturales e incluso sociológicas que establecen situaciones de jerarquía, pero parece que la Ley es clara al no permitir contemplar otro sujeto pasivo que no sea la mujer. En definitiva, es imprescindible en un Estado Social, en el cual la igualdad y la justicia social son pilares fundamentales entre todas las personas que lo integran indistintamente al sexo, que en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales no haya discriminación alguna; ni por la condición sexual, tampoco por la personal y mucho menos por motivos de género.

6. Bibliografía

CASTRO ARGÜELLES M.A., ÁLVAREZ ALONSO D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thompson-Cívitas, 2007

- DA COSTA NEWTON P.C., *Empleo y Sexismo: Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*, Tirant lo Blanch, 2011
- GÁLVEZ MONTES J., en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, 2001
- LAURENZO COPELLO P., *La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n. 7
- MONEREO PÉREZ J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ L.A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, 2009
- QUESADA SEGURA R. (dir.), PERÁN QUESADA S. (coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., ARETA MARTÍNEZ M., *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*, 2009, n. 141

Las ausencias al trabajo de la víctima de violencia de género motivadas por su situación física o psicológica y su interpretación a la luz de la regulación actual del despido en situación de incapacidad

de Rita Giráldez Méndez

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es hacer notar las dificultades existentes a la hora de otorgar una protección eficaz a colectivos especialmente vulnerables en un marco normativo laboral y social que se caracteriza, cada vez más, por la pérdida de su carácter originalmente tuitivo de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Para demostrar esta afirmación, se utiliza el ejemplo de la regulación de la protección frente al despido que el ordenamiento jurídico español otorga a las mujeres que sufren violencia de género y que, a causa de la situación física o psicológica derivada de los malos tratos, se ausentan o son impuntuales en su puesto de trabajo.

Los derechos de los colectivos vulnerables en modo alguno son una isla normativa, inmune a la dinámica de la legislación, en este caso laboral, en la que se encuentran incardinados. Es más, en el caso de los diversos derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género, ni siquiera pueden activarse eficazmente sin la concurrencia de las normas penales, procesales, administrativas y de protección social.

Si analizamos de forma sistemática las garantías específicas frente al despido de las mujeres que sufren violencia de género, esto es, poniendo esta regulación en relación a la normativa general, sustantiva y procesal de la

extinción del contrato de trabajo, se llega a la conclusión de que el nivel de protección no es ni suficiente ni reúne las condiciones necesarias de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE.

2. El absentismo derivado de la situación física o psicológica de la víctima de violencia de género

El 29 de diciembre de 2004 se publica en el BOE la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, norma que supuso una importante apuesta legislativa por paliar los efectos colaterales que la violencia machista genera en diferentes ámbitos de la vida de la víctima. Por primera vez existe una norma que pretende, con mayor o menor éxito, facilitar la independencia de la mujer de su agresor mediante el establecimiento de ayudas económicas y asistenciales, medidas orientadas al mantenimiento del empleo, especialidades en la calificación de situación legal de desempleo que da origen a la prestación contributiva, etc. Es decir, se trata fundamentalmente – no exclusivamente – de poner el centro de atención en solucionar los problemas de las víctimas y no tanto en el castigo del agresor.

Los derechos laborales y de seguridad social de las víctimas de violencia de género se regulan en el capítulo segundo del título segundo LOVG. Este trabajo se centra en el referido a la protección frente al despido por absentismo motivado por la situación física y psicológica derivada de la violencia de género.

El artículo 21.4 LOVG establece que «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad».

La disposición adicional 7, apartado 6, LOVG modifica el artículo 52.d) ET, referido a las faltas de asistencia al trabajo que no podrán ser tenidas en cuenta por la empresa a efectos del despido por causas objetivas motivado por absentismo. La dicción literal de este precepto es idéntica a la del artículo 21.4 LOVG, si bien no se incluye su último inciso (*sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad*).

La regulación del absentismo motivado por violencia de género se presenta como parca, incompleta e incoherente, lo que da lugar a diferentes

posibilidades de interpretación, problemas de seguridad jurídica y, consecuentemente, falta de garantías que protejan a la trabajadora que sufre violencia de género de manera eficaz. Así:

- en este supuesto, a diferencia del ejercicio de otros derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género, no se establece cuál es la calificación del despido motivado por ausencias derivadas de la situación de la trabajadora que padece violencia machista;
- no existe ninguna previsión derivada del despido disciplinario motivado por este tipo de ausencias. El absentismo por causas justificadas, con carácter general, sólo puede motivar un despido por causas objetivas, siempre que no se encuentre en alguna de las excepciones que contempla el artículo 52.d) ET. No cabe pues un despido disciplinario por esta causa. Pero ello no es óbice a que sea habitual en la práctica que se produzcan despidos disciplinarios en los que se establece una causa falsa pero que realmente tienen su razón de ser en el ejercicio de derechos por parte de los trabajadores y trabajadoras. Dado que el despido en España es causal, es muy habitual que las empresas acudan a un despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo normal o pactado (artículo 54.2 e) ET), causa *creada ad hoc* más utilizada – por ser la que más dificultades de prueba en contrario presenta para el/la trabajador/a despedido/a – para encubrir un despido en represalia por el ejercicio de derechos. Este tipo de despido, si no se impugna y se acredita su ilicitud, es gratuito, al basarse en un incumplimiento del contrato imputable al trabajador o trabajadora. Ello motiva que las empresas acudan a él cuando la causa real del despido es ilícita, pero también cuando siendo lícita – por ejemplo, ausencias por situaciones de incapacidad temporal – implica la indemnización propia del despido por causas objetivas, 20 días de salario por año de servicio. Por todo esto, la falta de regulación de las consecuencias del despido disciplinario en supuestos de absentismo por violencia de género supone un vacío legal y genera falta de protección;
- no se establece con claridad si la trabajadora debe ostentar la condición de víctima de violencia de género en los términos del artículo 23 LOVG para que opera la protección frente al despido por causas objetivas.

2.1. Ámbito de aplicación del artículo 21.4 LOVG

Han sido muchas las dudas que la doctrina científica ha apuntado en relación al ámbito de aplicación de la previsión establecida en el artículo 52.d) ET. Existen diversas situaciones que pueden provocar ausencias justificadas al

trabajo derivadas de la situación en que se encuentra la persona que sufre violencia de género sin que quede claro si todas ellas pueden incardinarse en el supuesto de hecho al que se refiere la norma.

El artículo 52.d) ET contempla diferentes supuestos en los que una empresa puede proceder a despedir a un/a trabajador/a sin que exista un incumplimiento grave y culpable por su parte. Son pues, causas objetivas de despido, al considerar el legislador que la empresa sufre un perjuicio no imputable al trabajador o trabajadora, lo que permite la extinción indemnizada de su contrato. Entre estas causas se encuentran las ausencias al trabajo justificadas (artículo 52.d) ET) que, como tales, no pueden motivar un despido disciplinario. Así, el contrato podrá extinguirse abonando al trabajador o trabajadora una indemnización de veinte días de salario por año de servicio,

por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia de los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

No se contarán como faltas de asistencia a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Con esta redacción, las principales cuestiones que se deben resolver respecto al ámbito de aplicación son las que siguen.

2.1.1. Diferencia entre faltas de asistencia y faltas de puntualidad

La falta de asistencia al trabajo se define como la ausencia de una jornada completa de trabajo¹. La falta de puntualidad se refiere a la comparecencia del trabajador en su puesto de trabajo con retrasos sobre el horario pactado o

¹ Luján Alcaraz, J., “Absentismo”, *Revista Doctrinal de Aranzadi Social*, 7, 2008.

fijado, siendo también impuntualidad si el trabajador abandona su puesto antes de la hora de salida².

No obstante, pese a la diferente conceptualización de ambas expresiones, no existe en España un tratamiento unificado del absentismo que clarifique las diferencias entre los diferentes supuestos que lo configuran. Así, mientras el artículo 54 ET, referido al despido disciplinario, en su apartado 2.a), establece como causa de despido *las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad en el trabajo*, el artículo 52.d) ET, referido al despido por causas objetivas, sólo hace referencia a faltas de asistencia al trabajo. Por otro lado, aunque tanto las faltas de asistencia como las de puntualidad son causa, si no están justificadas, de despido disciplinario, esto no significa que los efectos de una y otra sean los mismos en atención al principio de proporcionalidad.

En fin, falta de asistencia y falta de puntualidad no son conceptos equiparables, por lo que, en atención a la dicción literal del artículo 52.d) ET, las faltas de puntualidad justificadas en ningún caso pueden motivar un despido por causas objetivas³, sino que sólo son computables a estos efectos las que implican la falta de asistencia al trabajo por una jornada completa⁴. Dicho de otro modo, las faltas de puntualidad, nunca pueden ser causa de despido objetivo⁵. Esta interpretación es la que resulta más adecuada no solo al tenor literal del citado precepto, sino que también guarda relación con la teología y justificación jurídica del despido por causas objetivas, que pretende cohonestar los derechos de los trabajadores y trabajadoras con los derechos económicos del empresario mediante la ponderación de los intereses en juego y una adecuada valoración del principio de proporcionalidad en los mismos. Así, si ya resulta de por sí cuestionable que el absentismo justificado pueda derivar en la extinción del contrato, si además dicho absentismo se pudiese referir también no a ausencias al trabajo, sino a retrasos en la prestación del mismo – de relevancia mucho menor que la ausencia – no solo se rompería el principio de proporcionalidad,

² Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV): Las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, p. 420.

³ Por todas, STSJ Madrid de 20 febrero 2006, recurso de suplicación, n. 5436/2005.

⁴ No toda la doctrina científica comparte esta afirmación. Así, por todas, Rodríguez Rodríguez, E., *op .cit.*, p. 428.

⁵ Por todos, Luján Alcaraz, J., *op. cit. 1*, Asquerino Lamparero, M. J., “Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador”, en AAVV, *Causas del despido objetivo*, Aranzadi, 2007, p. 467.

sino que implicaría una vulneración de los derechos de las personas trabajadoras y de su dignidad⁶.

Desde esta perspectiva, al establecerse en el artículo 21.4 LOVG que *las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas*, se impide de todo punto la posibilidad de un despido disciplinario por absentismo, sea por las faltas de asistencia al trabajo en jornadas completas, sea por faltas de puntualidad motivadas por el padecimiento de violencia de género. No obstante, si bien la justificación del absentismo impide el recurso empresarial al despido disciplinario, no provoca el mismo efecto en el despido por causas objetivas, que no depende de la culpabilidad del/la trabajador/a. Aquel podría ser lícito si las ausencias alcanzasen los umbrales establecidos en el artículo 52.d) ET. En previsión de este problema, la disposición adicional séptima, apartado 6 LOVG, modifica este precepto en el sentido de impedir, como causa de despido objetivo, las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. Y, como el artículo 52.d) ET solo contempla la posibilidad de recurrir a esta modalidad de despido en supuestos de ausencias justificadas por cualquier causa y no de faltas de puntualidad, debe entenderse que las faltas de asistencia al trabajo durante una jornada completa, si vienen justificadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, no podrán computarse para proceder a un despido por causas objetivas. Por su parte, las faltas de puntualidad justificadas, sea cual sea la razón que las motive, no son causa ni se pueden computar a los efectos del despido por causas objetivas y, obviamente, por su justificación, tampoco pueden derivar en un despido disciplinario.

⁶ El despido por absentismo supone una grave quiebra de los derechos de los trabajadores ya que, en definitiva, supone la amenaza de la pérdida del empleo, habida cuenta de que las ausencias que lo motivan son justificadas, por lo que se debería considerar un coste empresarial más, sobre todo teniendo en cuenta que en estas situaciones las trabajadoras y trabajadores no devengan el derecho al salario. La existencia de esta modalidad de extinción contractual unilateral – por parte del empresario – puede derivar en discriminaciones indirectas (pensemos por ejemplo en personas con fibromialgia o enfermedades crónicas). Con anterioridad a la reforma laboral del 2012 (RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Ley 3/2012 (homónima), al menos, se exigía, a modo de presunción *iuris et de iure* de perjuicio objetivo para la empresa, la existencia de un porcentaje específico de absentismo total en la plantilla. La reforma laboral de 2012 implica que la empresa pueda proceder al despido de trabajadores y trabajadoras por sus ausencias justificadas sin necesidad de que las mismas supongan un perjuicio real para la empresa.

En fin, se puede concluir que las ausencias y faltas de puntualidad en el trabajo motivadas por violencia de género no pueden dar lugar a ningún tipo de despido, ni por causas objetivas ni por causas disciplinarias.

2.1.2. Situaciones de violencia de género en las que todavía no se han realizado los trámites necesarios para que la trabajadora ostente la condición de víctima de violencia de género

El artículo 21 LOVG establece los derechos laborales y de seguridad social que corresponden a las víctimas de violencia de género. Estos son, siguiendo la literalidad del precepto, los siguientes:

1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.
2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.
3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.
4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.
5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Para el ejercicio de estos derechos, el artículo 23 LOVG exige la acreditación de la condición de víctima de violencia de género y regula el único modo por el que dicha condición se entenderá acreditada, estableciendo que *las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.*

La doctrina científica mayoritaria ha entendido que no todos los derechos regulados en el artículo 21 LOVG tienen la misma naturaleza jurídica y que, concretamente, el referido a la justificación de las ausencias y faltas de puntualidad al trabajo derivadas de violencia de género, no exige la acreditación de la condición de víctima por parte de la trabajadora a través de una orden de protección a su favor o de un informe favorable del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género (artículo 23 LOVG)⁷. Esta es la opinión que se comparte en el presente trabajo, por varios motivos⁸.

En primer lugar, utilizando una interpretación gramatical. Tanto el artículo 21.4 LOVG como el artículo 52.d) ET prescinden en este supuesto de la utilización del término *víctima de violencia de género*⁹, utilizando la expresión

⁷ Por todas, Segoviano Astaburuaga, M. L., “Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral”, *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, 14, 2005, pp. 2-27; Menéndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Ediciones Cinca, 2006, pp. 40 y ss.; Fernández López, M. F., *La dimensión laboral de la violencia de género (Comentario a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*, Bomarzo, 2005, pp. 35 y ss.; en contra de esta opinión, por todas, Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, p. 430.

⁸ Se sigue el método hermenéutico establecido en el artículo 3.1 CC, que establece que *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*

⁹ Este es el término utilizado por el artículo 23 LOVG a efectos de acreditación de la condición de víctima para el ejercicio de derechos laborales y es también el utilizado en el artículo 21 LOVG al referirse a los derechos laborales y de seguridad social (salvo cuando se refiere a las faltas de asistencia y puntualidad al trabajo). El ET (artículos 37, 40.3, 45.1.n), 48.6, 49.1.m), 53.4 ET, 55.5 b)) y la LRJS (artículo 108.2 y 122.2 d)) reiteran la expresión *víctimas de violencia de género* al referirse al ejercicio de los derechos de *reducción o reordenación del*

situación física o psicológica derivada de la violencia de género. Es la condición de víctima de violencia de género la que debe acreditarse a través del mecanismo establecido en el artículo 23 LOVG. La acreditación necesaria para que se consideren justificadas las faltas de asistencia y puntualidad a efectos de la proscripción de un posible despido – disciplinario u objetivo – es la emitida por los servicios sociales de atención o de salud según proceda.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la teleología de la norma, que establece una especial protección frente al despido de un colectivo que se considera especialmente vulnerable, carecería de sentido que se exigiesen mayores requisitos formales que a los/as trabajadores/as considerados/as con carácter general. Así, por ejemplo, las faltas de asistencia de un trabajador en situación de incapacidad temporal se justifican a través de un parte médico de baja, esto es, una acreditación de los servicios de salud. Con la baja médica, la empresa no puede proceder al despido disciplinario del trabajador, ni al objetivo si esta supera los veinte días de duración. No tendría sentido pues, que a la mujer que sufre violencia de género se le exigiese, además de este parte médico de baja, los trámites procesales penales a que se refiere el artículo 23 LOVG, ni a los efectos de protección del despido disciplinario ni a los del despido objetivo. A mayor abundamiento, la exclusión del cómputo de faltas de asistencia motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género a efectos de los previsto en el párrafo primero del artículo 52.d) ET, solo tiene sentido si se interpreta que estas ausencias son inferiores a veinte días consecutivos de duración ya que, de lo contrario, se encontrarían cubiertas por el supuesto general, puesto que el artículo 52.d) también excluye del cómputo las ausencias motivadas por bajas laborales superiores a veinte días consecutivos y dada la analogía o subsunción de las ausencias por motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género y las motivadas por la situación física o psicológica derivadas de enfermedad. Por este motivo, consideramos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma los supuestos en los que una mujer sufre violencia de género y nunca llega a denunciarla, es decir, no se estima necesario que se llegue a acreditar la situación de víctima en atención a lo dispuesto en el artículo 23 LOVG, ni la existencia de sentencia condenatoria o de denuncia alguna. La situación de incapacidad temporal debe ser acreditada, pero esa labor corresponde a los servicios sociales y de salud, no a jueces ni fiscales, ya que lo contrario supone

tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo, pero, igual que la LOVG, evita aquella expresión en la regulación de las ausencias derivadas de la violencia de género.

un mayor rigor en la protección de las víctimas de violencia de género que en la dispensada a los trabajadores por enfermedad común.

En tercer lugar, desde una perspectiva lógica y contextualizada, resulta manifiesto el hecho de que para que una mujer obtenga una orden de protección o que el Ministerio Fiscal aprecie indicios de violencia, habrá de aportar algún tipo de elemento probatorio, como un parte de lesiones o un informe de profesionales de los servicios sociales.

A mayor abundamiento, es posible que existan indicios de violencia y no exista riesgo. Por ejemplo, en el supuesto de que el agresor se suicide. Este hecho impedirá la emisión de una orden de protección¹⁰, al no existir un riesgo objetivo para la víctima, pero no impide que esta haya sufrido lesiones, físicas o psicológicas que le hayan impedido asistir al trabajo o hacerlo puntualmente. Finalmente, resulta indiscutible que la agresión o las agresiones son necesariamente previas a la denuncia y solicitud de orden de protección, por lo las lesiones físicas o psicológicas y las ausencias o faltas de puntualidad derivadas de las mismas serán necesariamente previas a la concesión de dicha orden o, en su caso, del informe del Ministerio Fiscal.

En último lugar, la figura estudiada no es exactamente un derecho, sino una garantía que protege una situación de hecho. El derecho viene constituido, por ejemplo, por el acceso a una prestación por incapacidad temporal, derecho que, cumplidos los requisitos de cotización y carencia, ostentan todos/as los/as trabajadores/as que se encuentren en aquella situación. Pero encontrarse imposibilitada para el trabajo por las lesiones físicas o psicológicas causadas por violencia de género – o por cualquier otra causa – es un hecho al margen de cualquier cuestión jurídica. En cambio, la reducción o la reordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y la extinción del contrato de trabajo, así como las prestaciones de seguridad social asociadas al ejercicio de alguno de estos derechos, son auténticos derechos subjetivos, que podrá ejercer la víctima de violencia de género si esta es su voluntad y, para su ejercicio, deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, concretamente, la acreditación de la condición de víctima conforme a

¹⁰ El artículo 1 de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica exige para su adopción la existencia de una situación objetiva de riesgo. Los demás presupuestos para su adopción son la apariencia de comisión de delito y la exigencia de proporcionalidad de la medida. Cfr. Hoyos Sancio, M., “La orden de protección de las víctimas de violencia de género”, en Hoyos Sancio, M. (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, penales, civiles y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 533.

lo establecido en el artículo 23 LOVG. En el supuesto de las ausencias y faltas de puntualidad, por contra, la trabajadora no puede decidir ejercitarlo o no, ya que no es su voluntad encontrarse psicológica o físicamente destrozada y, consecuentemente, impedida para trabajar. Por este motivo, entendemos que cuando el artículo 23 LOVG exige la acreditación de la condición de víctima de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en el capítulo II LOVG, se refiere a los que se pueden calificar como tales, esto es, excluye las situaciones de hecho. Parece un olvido del legislador no haber especificado tal exclusión, ya que si lo hace de forma expresa en el supuesto de las funcionarias públicas (artículos 25 y 26 LOVG).

2.1.3. *Situaciones incluidas*

Otra cuestión que se ha planteado la doctrina se refiere a que tipo de ausencias se declaran justificadas, ya que, la expresión *motivadas de la situación física o psicológica derivada de violencia de género*, parece referida, en último término, a la incapacidad temporal en que se encontrará la trabajadora a causa de las agresiones sufridas. Estas provocarán lesiones físicas o psicológicas que le impidan asistir al trabajo o hacerlo puntualmente. La afinidad entre las ausencias motivadas por la situación física y psicológica derivada de la violencia de género y la situación de incapacidad temporal viene reafirmada por su forma de acreditación a través de los servicios sociales – encargados de prestar asistencia psicológica en atención al artículo 19 LOVG – o de salud según proceda. También son estos servicios, especialmente los segundos, los que acreditan la situación de incapacidad temporal para el trabajo.

No obstante, un sector de la doctrina¹¹ ha entendido que el artículo 21.4 LOVG cubre también ausencias o faltas de puntualidad derivadas de los trámites judiciales derivados de la violencia de género, la asistencia a servicios sociales, etc. Otro¹², por el contrario, critica el hecho de que la Ley no haya incluido de manera específica este tipo de cuestiones que generan también ausencias o

¹¹ Por todos, Cavas Martínez, F., “La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, en *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Sánchez Trigueros, Carmen (Dir.), Aranzadi, 2006, 339. Este autor entiende que el artículo 21.4 LOVG incluye, entre otras, las ausencias y faltas de puntualidad necesarias para realizar los trámites de asistencia letrada, para asistir a las comparecencias judiciales, para acudir a consultas de tratamiento psicológico, para normalizar su situación con motivo del cambio de domicilio o residencia y, por supuesto, la baja por enfermedad; Méndez Sebastián, P. y Velasco Portero, T., *op. cit.*, 43 y 44.

¹² Por todos, Lousada Arochena, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja”, *Actualidad Laboral*, 7, 2005, p. 754.

faltas de puntualidad en el trabajo. En este trabajo nos unimos a esta crítica: el artículo 21.4 LOVG parece contemplar solo, por un lado, situaciones de incapacidad temporal derivadas de la violencia de género y, por otro, las asistencia a servicios sociales o de salud (ya que la asistencia sanitaria que prestan los servicios de salud y, desde la óptica psicológica, también los sociales en atención al artículo 19 LOVG), con independencia de que el tratamiento o primera asistencia médica o psicológica derive o no en un parte de baja, dado que en ambos casos las ausencias derivan de la situación física o psicológica de la trabajadora que sufre malos tratos. De la falta de inclusión de otras necesidades específicas asociadas al padecimiento de malos tratos (jurídicas, sociales o personales) deriva en una falta de garantías jurídicas de protección frente al despido de la mujer que sufre violencia de género. El artículo 21.4 LOVG – y el correlativo artículo 52.d) ET – podrían haber establecido simplemente que serán justificadas (artículo 21.4 LOVG) y no se computarán como faltas de asistencia (artículo 52. d) ET) las *faltas de asistencia y de puntualidad causadas por la violencia de género*, o en su caso, *añadir, bien sean motivadas por la situación física o psicológica derivada de dicha violencia, bien sea para realizar los necesario trámites jurídicos, sociales, personales o de salud*. No lo ha hecho así el legislador, lo que acerca o incluso asimila la previsión del artículo 21.4 LOVG a la situación de incapacidad temporal para el trabajo en que se encuentra la trabajadora que sufre malos tratos. Esta interpretación justifica que el artículo 21.4 LOVG, a través de su disposición adicional séptima, apartado seis, solo haya modificado el artículo 52.d) ET, referido al despido por causas objetivas, sin que haya provocado ningún tipo de modificación ni en el ET ni en la LRJS en relación al despido disciplinario ni a la calificación del despido –objetivo o disciplinario – que traiga su razón en tales faltas de asistencia o puntualidad. Por el contrario, en los demás derechos laborales contemplados en el artículo 21.4 LOVG, si se ha establecido que el despido motivado por el ejercicio de alguno de ellos se considerará nulo (artículos 53.4 b) ET y 122.2b) LRJS en cuanto al despido objetivo y 55.4 b) ET y 108.2 b) LRJS) en cuanto al disciplinario)¹³.

¹³ La introducción de la nulidad del despido motivado por el ejercicio de los citados derechos laborales de las mujeres víctimas de violencia de género fue introducida en el ET por la disposición adicional 7.7 LOVG respecto al despido disciplinario [artículo 55.5.b) ET]. En lo que se refiere al despido objetivo, la nulidad del mismo provocada por el ejercicio de los derechos a la reducción y reordenación de la jornada, movilidad geográfica y suspensión y extinción del contrato, no se introduce en el artículo 53.4 ET por la LOVG, sino por la disposición adicional 11.12 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la justificación de tales faltas de asistencia y puntualidad no añaden nada nuevo a la regulación general, ya sean motivadas por la situación física o psicológica de la trabajadora que sufre malos tratos, ya sea por los trámites necesarios que esta deba realizar bien ante los juzgados o tribunales, bien ante los servicios sociales, bien puramente personales¹⁴.

Todo ello conduce a la conclusión de que el legislador no pretendía modificar la calificación de un despido por faltas justificadas, sino evitar que las mismas pudieran ser contabilizadas para proceder a un despido por causas objetivas, que en principio¹⁵, sería lícito de no contemplarse la excepción que, tras la entrada en vigor de la LOVG, recoge el artículo 52. d) ET.

Esto no significa que las faltas de asistencia y puntualidad motivadas por otras causas no se encuentren protegidas, pero, al no incluirse en la protección específica, la protección frente al despido es menor, sobre todo en relación a la prueba, como se analizará extensamente más adelante¹⁶.

¹⁴ Así, por ejemplo, la justificación de las faltas de asistencia y puntualidad causadas por la asistencia y realización de trámites judiciales en sentido amplio, vendría justificada por el derecho fundamental de acceso a la justicia (artículo 24 CE) y en el artículo 37.3 d) ET, el traslado de domicilio por el artículo 37.3 c) ET, etc., la asistencia a los servicios de salud o sociales – en relación a su función de asistencia psicológica que les otorga el artículo 19 LOVG – en la protección de la salud (artículo 43.1 CE), la asistencia a los servicios sociales en su función de información a las víctimas, apoyo social, seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer, apoyo educativo a la unidad familiar, formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos, apoyo a la formación e inserción laboral, en el propio artículo 19 LOVG, y en otros preceptos genéricos (por ejemplo, el artículo 1 CE, o los referidas a las diferentes ayudas económicas y sociales de las víctimas que violencia de género y que se contemplan en un amplio conjunto de normas estatales y autonómicas).

¹⁵ Se dice *en principio*, ya que el ordenamiento jurídico español permite, como se analizará en el apartado siguiente, la calificación del despido (formalmente por causas objetivas o disciplinario) como nulo si se aprecia la existencia de indicios de discriminación, directa o indirecta, y la empresa demandada no consigue desvirtuarlos mediante una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que la medida extintiva adoptada es proporcional y absolutamente desvinculada de cualquier motivación discriminatoria (artículo 96 LRJS).

¹⁶ Concretamente, los diferentes trámites administrativos o judiciales se encuentran amparados por el artículo 24 CE y la garantía de indemnidad, que impide que el ejercicio de acceso a la justicia y los trámites previos al mismo puedan ser causa de represalias en el ámbito de las relaciones privadas, como ocurriría en caso de despido motivado por ausencias o faltas de puntualidad por el tiempo necesario para interponer denuncia, asistir a declaraciones, etc.

2.1.4. Momento en el que debe comunicarse el motivo de las ausencias

El motivo de las ausencias debe ser comunicado a la mayor brevedad (artículo 21.4 LOVG), pero esto no significa que se deba hacer inmediatamente. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que la situación física y psicológica de la trabajadora, puede provocar un retraso en la comunicación (por encontrarse la trabajadora hospitalizada, deprimida o escondida), puede ser que las primeras agresiones que le impidan acudir al trabajo sean ocultadas por la víctima, que no asiste ni a los servicios médicos ni sociales, etc. Por otro lado, las relaciones de trabajo, se rigen, como todos los contratos, por el principio de buena fe (artículo 20.2 ET y 1258 CC), lo que impide a la empresa acudir al despido si conoce el motivo de las ausencias o, si no es así – y considera que las mismas son voluntarias – sin amonestación o sanción previa. Lo contrario supondría un abuso de derecho. En todo caso, lo que si es exigible a la trabajadora, es la acreditación del motivo de tales faltas de asistencia a través de los servicios sociales o de salud según proceda, sin que exista un plazo para ello. Debe aplicarse en cada caso concreto lo que sea apropiado y razonable, en atención al estado psicológico de la trabajadora, la existencia o percepción razonable de riesgo a la hora de acudir a los servicios sociales o de salud, o el hecho de que se conozca la causa de las ausencias por parte de la empresa, aunque no sea porque se lo haya comunicado la trabajadora, etc. Debe tenerse en cuenta, además, que la exigencia inmediata de comunicación ha sido matizada por la jurisprudencia en situaciones comunes de incapacidad temporal¹⁷, por lo que carecería de sentido exigir un mayor rigor en situaciones de violencia que, como es público y notorio, generan en la víctima miedo a su revelación y tratamiento. En fin, desde este punto de vista, no cabe despido por acreditación extemporánea de la situación que provoca la ausencia al trabajo (o, en su caso,

¹⁷ Así, por todas, STSJ Madrid de 10 diciembre 2002, recurso de suplicación n. 3636/2002, que señala que no cabe confundir la falta injustificada de asistencia al puesto de trabajo con la falta de acreditación al empresario de la causa justificativa de la ausencia. La STSJ C. Valenciana de 28 noviembre 2008, recurso de suplicación 390/2008, se coloca en un punto intermedio, entre la postura que defiende que la falta de acreditación o acreditación extemporánea de la situación de incapacidad temporal es causa de despido procedente y la que entiende que la falta de acreditación nunca puede ser causa de despido en sí misma, y establece que «dependerá de la gravedad de la enfermedad o del conocimiento, incluso indirecto que haya podido tener la empresa de la situación de baja del trabajador, la que servirá de base a la justificación. Desde esta perspectiva, el trabajador tiene la obligación de comunicar su enfermedad, por sí o a través de terceros, de manera que evite el perjuicio derivado de la imposibilidad de reorganización del trabajo debido a la ignorancia de la situación, de tal manera que si, pudiendo comunicar su situación de baja no lo hace, podrá ser despedido. Todo ello dependerá, obviamente, de la concreta situación que se presente, lo que obliga al análisis pormenorizado de cada situación».

para un posible despido disciplinario, también de puntualidad), de modo que la acreditación por los servicios sociales o de salud, según proceda, podría acreditar incluso faltas de asistencia y puntualidad ya pasadas, anteriores a los primeros pasos que la víctima de violencia de género realiza para poner fin a su situación, como acudir a los servicios sociales o de salud e indicar la causa de sus lesiones, ya sean físicas o psicológicas.

2.1.5. El despido motivado por la situación física o psicológica derivada de violencia de género: ámbito de aplicación

Dicho todo esto, tenemos ya una definición del campo de aplicación del artículo 21.4 LOVG en relación a los artículos 52.d) y 54.2 a) ET¹⁸, una delimitación de cuáles son las situaciones exactas que se encuentran incluidas en el supuesto de hecho, sin perjuicio de que, a través de otros preceptos y principios generales del ordenamiento jurídico laboral, se establezcan garantías de protección frente al despido en las que se pueden enmarcar las faltas de asistencia y puntualidad que se encuentran justificadas por motivos diferentes a la situación física o psicológica derivada de la violencia de género. Así:

- el artículo 21.4 LOVG sólo protege las situaciones de incapacidad temporal derivadas de violencia de género, así como la asistencia a los servicios sociales o de salud para obtener asistencia facultativa, curar o paliar sus efectos. No se incluyen, por tanto, trámites administrativos o judiciales ni cualquier otra gestión no relacionada con la *situación física o psicológica derivada de la violencia de género*;
- no es necesario que la trabajadora ostente la condición de víctima de violencia de género en el sentido del artículo 23 LOVG. Las faltas de asistencia y puntualidad se considerarán justificadas y no podrán ser causa de despido disciplinario u objetivo, ni, en este último caso, se podrán computar tales faltas para sumarse a ausencias motivadas por otras razones. Para su justificación bastará con la acreditación de los servicios sociales o de salud según proceda, sin necesidad previa ni posterior de que se emita orden de protección a favor de la trabajadora ni, en su caso, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género;

¹⁸ No obstante, se ha puesto de manifiesto que las diferentes opciones en las que nos hemos posicionado respecto a los diversos aspectos relacionados con el campo de aplicación del artículo 21.4 LOVG y su traslado al ET (artículo 52. d) ET), no son unánimemente compartidas por la doctrina científica. Esta situación se da porque la norma no es en absoluto clara, lo que motiva una gran inseguridad jurídica.

- se protege a la trabajadora frente al despido disciplinario y objetivo, por faltas de asistencia y puntualidad. Pero no existe ninguna previsión respecto a la protección frente al despido a causa de una disminución del rendimiento normal o pactado. Ante un despido por esta causa sería necesario acudir a otros argumentos;
- las faltas de puntualidad en ningún caso, justificadas o no, pueden ser causa de despido objetivo por absentismo. El problema que se plantea es su posible inclusión en otros supuestos, como el de incapacidad sobrevenida de la trabajadora. Entendemos que las ausencias justificadas nunca se pueden encontrar en este supuesto. No obstante, existen otro tipo de situaciones en las que se puede encontrar un trabajadora que sufre violencia machista a las que no se da una respuesta específica, como puede ser la disminución del rendimiento¹⁹. En todo caso, este supuesto no se incluye en el ámbito de aplicación de las normas analizadas.

3. La calificación del despido en situación de incapacidad temporal y su influencia en la protección laboral de las mujeres víctimas de violencia de género

De aceptarse el ámbito de aplicación de la norma desde la perspectiva señalada en los apartados anteriores, se identifica la situación de las ausencias motivadas por la violencia de género con la de cualquier trabajador/a que padece una enfermedad o accidente: ambos tienen que acudir a un profesional de la medicina para que, tras una primera – o sucesivas – asistencias facultativas, expida un justificante de incapacidad para el trabajo – baja laboral – ya sea por motivos físicos o psicológicos, con la particularidad, en el supuesto de mujeres

¹⁹ No cabría despido disciplinario (artículo 54.2 e) ET) al no tratarse de una disminución voluntaria. Pero en el sector de la doctrina – cfr. Garrigues Giménez, A., “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social*, 9, 2011 – plantea la falta de protección en estos supuestos ante un despido basado en la ineptitud sobrevenida (artículo 52 a) ET) de la trabajadora. En este trabajo nos unimos a esta crítica en cuanto a que la falta de protección específica lleva aparejada una gran inseguridad jurídica. No obstante, entendemos que la ineptitud sobrevenida no puede ser transitoria – cfr. Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, 2005, p. 117 – y la situación de la mujer que sufre violencia machista lo es o lo debe ser. Por otro lado, el ordenamiento jurídico protege a los/as trabajadores/as contra cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, y un despido en el que se alega ineptitud sobrevenida por violencia de género puede ser discriminatorio. En todo caso, se trata de un tema complejo que excede del concreto análisis al que se refiere este trabajo.

que sufren la violencia machista, que los servicios sociales están expresamente habilitados para expedir una justificación de que la situación psíquica de aquella le impide acudir a su puesto de trabajo, del mismo modo que lo haría un psicólogo adscrito a los servicios de salud respecto, por ejemplo, a una situación común de depresión u otro trastorno psicológico.

El objeto de este artículo es analizar como la regulación laboral de las ausencias justificadas, particularmente por enfermedad, afecta a la protección frente al despido de la trabajadora que sufre violencia de género por ausencias y faltas de puntualidad al trabajo. Para obtener una respuesta, se hace necesario analizar cuál es la protección que ofrece el ordenamiento laboral frente al despido en situación de incapacidad temporal en la actualidad y cuál ha sido su evolución. Desde estas premisas, se hará una comparativa de la protección frente despido que se otorga a las mujeres que sufren violencia de género por faltas de asistencia y puntualidad al trabajo desde la entrada en vigor de la LOVG, para comprobar si las garantías especiales reconocidas a este colectivo son más o menos eficaces frente a despidos motivados por ausencias justificadas que la otorgada por la regulación general. En relación a la evolución del despido por causas objetivas basado en las ausencias motivadas por situaciones de incapacidad temporal, se tratará de demostrar que la regulación general tuitiva existente con anterioridad a la década de los noventa frente a la actual, menos garantista, provoca en la práctica que, pese a que desde el año 2004 en que entra en vigor la LOVG se contempla una protección especial frente al despido de las víctimas de violencia de género inexistente hasta ese momento, dicha protección es menos garantista, por el marco en que se inserta – artículos 52 y 54 ET – que la contemplada en la normativa laboral anterior a la reforma laboral de 1994, a la que más adelante se hará referencia.

En cuanto a la relación entre el régimen jurídico de la protección frente al despido por causas objetivas derivado de absentismo con carácter general y el específico referido al derivado de la violencia de género, debe señalarse que la exclusión de las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género del cómputo de las mismas a los efectos de un posible despido se encuentra regulado al mismo nivel que derechos fundamentales laborales específicos (huelga, derechos de conciliación de la vida familiar y laboral o derechos derivados de la protección de la maternidad), como ordinarios (licencias, bajas laborales de más de más de 20 días). Por lo tanto, no queda claro, al menos desde su ubicación y redacción, si se contempla como un derecho fundamental (por su vinculación a la igualdad y no discriminación, incluso al derecho a la vida e integridad física y moral) o como una simple situación de incapacidad temporal. No obstante, el ejercicio de los

derechos contemplados en el artículo 21.1 LOVG para las víctimas de violencia de género – reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo o suspensión de la relación laboral – se ve protegido mediante la calificación de nulidad del despido motivado por esta causa (artículo 54.5 b) ET respecto al despido disciplinario y artículo 53.4 b) ET respecto al objetivo), lo que connota su consideración de derecho fundamental específicamente laboral²⁰, informado por el derecho fundamental inespecífico a la igualdad.

De esta regulación puede concluirse que, bien se trata de un olvido del legislador, bien este ha querido otorgar diferentes niveles de protección a los diversos derechos reconocidos. Esta última interpretación parece la más coherente con la literalidad de los artículos 21 y 23 LOVG y su traslado al ET (artículos 53.4 b) y 54.5 b) ET, así como los correlativos preceptos procesales, artículos 108.2 y 122.2 LRJS) y sistematicidad de los mismos, en relación a los diferentes requisitos de los diversos derechos, como se señalaba con anterioridad, no se exige para la justificación de las faltas de asistencia y puntualidad ni para la exclusión del cómputo a efectos del despido objetivo la acreditación de la condición de víctima de violencia de género, sino, simplemente, la expedida por los servicios sociales o de salud, como ocurre con las bajas laborales por enfermedad o accidente²¹. Esto choca frontalmente con la teleología de la LOVG, ya que, con toda probabilidad, antes de ejercitar los derechos laborales a los que se refiere el artículo 21.1 LOVG o, incluso, antes de iniciar ningún trámite judicial o administrativo, la trabajadora se ausentará por motivos de salud física o psíquica. Si a esta primera fase de la violencia – ocultación del motivo de las lesiones, resistencia a denunciar, etc. – no se le otorga la mayor protección frente al despido, se obstaculiza el acceso a los derechos que se ejercitan solamente una vez se ha dado el paso por parte de la trabajadora de interponer una denuncia o querrela ante la jurisdicción penal. Ello supone una quiebra de la garantía de indemnidad, que protege también los actos previos y necesarios para acceder a la jurisdicción (artículo 24 CE).

²⁰ En la actualidad, el ordenamiento jurídico español sólo contempla la nulidad del despido individual – no así en el colectivo – por vulneración de derechos fundamentales, bien inespecíficos (prohibición de discriminación con carácter general), bien específicamente laborales, especialmente relacionados con el derecho a la igualdad. Cfr. artículos 53.4, 55.5 ET, 108.2, 122.2 ET.

²¹ En el caso de bajas laborales por enfermedad o accidente la acreditan los servicios de salud, no los sociales. Pero estos, en lo que se refiere a la atención de la violencia de género, cuentan con psicólogos especializados, igual que los servicios de salud, artículo 19.2 b) LOVG.

En España existen dos posibles calificaciones ante un despido injusto, esto es, que carece de causa o que se basa – explícita o implícitamente – en un motivo ilícito. Así, el despido se califica de improcedente por razones de fondo si no se funda en alguno de los motivos legalmente establecidos (artículos 52 y 54 ET), con la consecuencia de que la empresa podrá optar entre la readmisión – y abono, en este caso, de los salarios devengados durante el procedimiento, llamados salarios de tramitación – o el abono de una indemnización (artículo 56 ET). Pero, si la ilicitud del despido viene motivada en alguna causa de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, la calificación es de nulidad, con la consecuente obligación de readmisión con abono de los salarios de tramitación, como si el despido nunca se hubiese producido. Así mismo, se establecen supuestos especiales de nulidad, que la doctrina ha denominado nulidad cualificada, todos ellos relacionados con el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres (artículos 53.4 b) y 54.5 b) ET y 108.2 y 122.2 LRJS). Entre ellos se encuentra el despido de trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral²². Pero no el despido motivado por las ausencias justificadas derivadas de violencia de género.

Llegados a este punto, se puede tratar el supuesto analizado como un supuesto específico de incapacidad temporal o, como en el caso de huelga legal, vincular el despido motivado por ausencias derivadas de violencia de género a la

²² Aunque la regulación de estos derechos excede del objeto de este artículo, es necesario señalar que la protección frente al despido motivado por el ejercicio de alguno de aquellos, a pesar de que se encuentre ubicado junto a los supuestos de nulidad cualificada, la literalidad de su regulación parece que los aleja de esta calificación, ya que mientras en los demás supuestos de despidos nulos cualificados esta calificación se produce por el hecho de producirse un despido – salvo prueba de su procedencia por la empresa – durante las situaciones contempladas, en el supuesto del ejercicio de derechos laborales de las víctimas de violencia de género, la nulidad se produce cuando la decisión extintiva se produce *por el ejercicio*, y no *durante el ejercicio*. Esta redacción es similar a la causa genérica de nulidad del despido en supuestos de vulneración de derechos fundamentales, es los que la trabajadora debe aportar indicios de existencia de discriminación y la empresa puede probar su inexistencia, lo que conlleva la posibilidad de que el despido sea ilícito – improcedente – pero no discriminatorio. No parece correcta esta interpretación, tanto en atención a la teología de la norma como a su ubicación, pero es criticable su redacción. La mayoría de la doctrina ha entendido que el despido en supuestos de ejercicio de derechos laborales de las víctimas de violencia de género debe calificarse como nulo cualificado pese a la deficiente regulación legal, por todas, Garrigues Giménez, A., *op. cit.* En el mismo sentido, la escasa jurisprudencia existente en la materia, por todas STSJ Cataluña de 3 octubre 2008, recurso de suplicación n. 587/2007.

prohibición genérica de discriminación y de vulneración de derechos fundamentales, más garantista pero, en todo caso, no cualificado.

Y es aquí donde se aprecian las limitaciones a la protección frente al despido motivado por las ausencias justificadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. Para realizar un análisis crítico, es necesario hacer una breve referencia a la calificación del despido del/a trabajador/a temporalmente incapacitado para el trabajo, situación que deben acreditar los servicios de salud.

4. La evolución normativa y jurisprudencial de la calificación del despido en situación de incapacidad temporal y su influencia en el supuesto analizado

La Ley 10/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, elimina la nulidad del despido en situación de incapacidad temporal. El artículo 55.6 Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET/1980), señalaba que *el despido de un trabajador que tuviese suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia*. Se trataba pues, de un *despido nulo cualificado o radicalmente nulo*. Siendo la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional (actualmente incapacidad temporal) causa de suspensión del contrato (artículo 49.1 c) ET/1980, el despido durante la baja por enfermedad no podía calificarse como improcedente en ningún caso. En el mismo sentido el artículo 102 Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Tras la Ley 10/1994, sólo serán nulos los despidos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales y libertades públicas, si bien en reformas posteriores se añadieron causas tasadas específicas de nulidad cualificada (artículos 53.4 y 55.5 ET).

No obstante, la eliminación de la previsión legal de la nulidad del despido en situaciones de suspensión del contrato de trabajo, no cerró el debate respecto al despido durante el período de suspensión de la relación laboral por causa de incapacidad temporal. Un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, con el TSJ de Cataluña a la cabeza, consideraron que la incapacidad temporal se encuentra directamente relacionada con el ejercicio de derechos

fundamentales, especialmente el artículo 14 CE, que garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, y 15 CE, que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Se señalaba, además, que la eliminación de la calificación de nulidad del despido vulneraba el artículo 24 CE, al no otorgar la protección que merece el ejercicio de un derecho de tal calibre frente las reacciones represivas ante este que puede adoptar la empresa.

Este debate quedaba resuelto, en principio²³, con la STSJCE de 11 de julio de 2006, al resolver sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid (caso Chacón Navas), en relación a la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación directa e indirecta, entre otros, por motivos de discapacidad. El TSJCE diferencia enfermedad de discapacidad, y señala que la primera no está incluida en el marco de aplicación de la citada Directiva. Esta interpretación ha sido seguida de manera reiterada por el TS hasta la actualidad. La incapacidad temporal no puede ser causa de discriminación, al no tratarse de una condición que concorra en una persona y por la que pueda ser discriminada, sino una mera situación. No se encuadra tampoco en el artículo 15 CE, derecho fundamental a la vida e integridad física y moral, sino en un derecho constitucional ordinario, de política económica y social como es la protección de la salud, artículo 43.1 CE. La única quiebra a esta doctrina son situaciones de coacción, en la que se amenaza al trabajador con el despido si no insta a su médico a concederle el alta²⁴.

Ante este marco normativo y jurisprudencial, en atención a que las ausencias al trabajo motivadas por la situación física o psicológica de la víctima no se encuentra entre las causas específicas de nulidad del despido – ni objetivo ni disciplinario –, parece que la protección de las víctimas de violencia de género queda claramente limitada, siendo probable que su despido sea calificado como improcedente. Este resultado es altamente injusto y, desde nuestro punto de vista impide considerar que existe en la actualidad una protección eficaz.

²³ Frente a la doctrina unificada del TS muchos TSJ mantienen que el despido durante o a causa de la incapacidad temporal atenta contra el derecho a la integridad física y moral. Si en los años noventa esta línea la encabezaba el TSJ Cataluña, en la actualidad reabre el debate el TSJ Islas Canarias, Las Palmas. Por todas, las sentencias de este Tribunal de 25 enero 2011, recurso de suplicación núm. 205/2010 y de 22 diciembre 2010, recurso de suplicación núm. 1314/2010.

²⁴ Por todas, STS de 31 enero 2011, recurso de casación núm.15327/2010.

Si esta carencia de garantías resulta manifiesta, la última reforma laboral modifica el artículo 56 ET referido al despido improcedente²⁵ y viene a disminuir de manera sustancial la indemnización en supuestos de despido improcedente y, consecuentemente, las posibilidades tan necesarias de independencia económica de las mujeres víctimas de violencia de género. Si con anterioridad a esta reforma, la indemnización por la extinción ilícita del contrato de trabajo ascendía a 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades, tras la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012, la cuantía pasa a ser de 33 días de salario hasta un máximo de 24 mensualidades²⁶. A mayor abundamiento, se eliminan los salarios de tramitación – aquellos devengados entre la fecha de cese efectivo y la notificación de la sentencia que, en casos de contratos de corta duración, suponían una cuantía superior a la de la indemnización – en los supuestos en que la empresa, a quien corresponde optar por readmitir o indemnizar, elija esto último. Una indemnización de estas características no compensa en absoluto la pérdida del empleo, en una situación de profunda crisis en la que las mujeres ocupan principalmente trabajos temporales de escasa duración en relación a los varones²⁷. A todo esto se suma la imposibilidad de solicitar la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales contemplada para los supuestos de nulidad del despido por discriminatorio o

²⁵ RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y posterior Ley – homónima – 3/2012 de 6 de julio.

²⁶ Este fue uno de los aspectos de la reforma que más han criticado los sindicatos. No obstante, la disposición adicional 1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introduce un particular contrato indefinido con la particularidad frente al ordinario de que la indemnización por despido improcedente cuando la causa alegada por la empresa era objetiva (artículo 52 ET) resultaba ser falsa. A esta paradójica regulación, se añade que la finalidad de la norma era facilitar la contratación de colectivos con dificultades de acceso al empleo, esto es, todas las personas excepto los varones de entre 31 y 45 años. De este sector privilegiado se excluían los que llevasen más de seis meses en situación legal de desempleo, estuviesen prestando servicios para la empresa contratante a través de una relación laboral de duración determinada o tuviesen la cualidad de minusválidos. Esta breve alusión al contrato es una muestra más de la desprotección de la mujer trabajadora y otros colectivos discriminados, sin que parezca correcta la lógica de que el fomento de la contratación pase por la reducción de sus derechos en comparación con los de los varones con contrato indefinido. Los sindicatos mayoritarios (UGT y CCOO) no solo no realizaron ninguna crítica a esta disposición, sino que fueron impulsores de esta variación del contrato indefinido. Cfr. Acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo de 7 de abril de 1997.

²⁷ Cfr. *Encuesta anual de estructura salarial. Serie 2008-2011*, <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t22/p133/cno11/serie/10/&file=02004.px>.

vulnerador de derechos fundamentales, en atención a lo establecido en el artículo 183 LRJS.

Las pocas sentencias existentes en materia de derechos laborales de las víctimas de violencia de género, especialmente la comentada STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2008²⁸, no resuelven el problema de la calificación del despido motivado por las ausencias provocadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género.

En todo caso, pese a que desde un punto de vista académico se hace necesario hacer notar la falta de seguridad jurídica y de garantías frente al despido de las víctimas de violencia de género, desde un punto de vista práctico, es necesario dar una solución actual, con la legislación existente, a la protección laboral de las mujeres que sufren esta lacra. En este sentido, es posible hacer una interpretación favorable a los derechos fundamentales para concluir que el despido motivado por las ausencias al trabajo derivadas de la violencia de género debe calificarse como nulo, salvo que se acredite su procedencia por el empresario. Y ello, en atención a los siguientes argumentos:

- el despido de la trabajadora por ausencias motivadas por violencia de género es un despido discriminatorio. Vulnera el artículo 14 CE, así como el artículo 2 de la directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, artículo 1 Convenio 111 OIT sobre discriminación en empleo y ocupación de 1958, artículo 6 de la ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El despido motivado por tal causa, aún bajo la apariencia de otra diferente, implica una discriminación indirecta por razón de género. Aportando indicios de la existencia de discriminación, consistentes normalmente en que se observe un nexo temporal entre las ausencias y la extinción, corresponde a la empresa aportar pruebas que justifiquen objetiva y razonablemente, que el motivo no es la discriminación y que la medida adoptada es razonable y proporcionada, artículos 96.1 LRJS, 12 y 13 LIHM y 10 Directiva 2000/78/CE. No cabe la alegación de causas objetivas, por estar excluidas en el artículo 52.d) ET, y no es necesaria la existencia de una intención discriminatoria, ya que, al tratarse de una discriminación indirecta, basta con que se cause un efecto adverso en un colectivo específico, en este caso el de las mujeres;
- es además un despido que atenta contra el artículo 24 CE y vulnera la garantía de indemnidad. No sólo los trámites puramente procesales o policiales

²⁸ Esta sentencia, pese a resolver un despido motivado por la situación de incapacidad temporal de una trabajadora víctima de violencia de género, argumenta el ejercicio del derecho a la reducción de la jornada y considera el despido en esta situación como nulo cualificado.

son actos previos y necesarios al ejercicio de acciones – penales, civiles, administrativas, etc. –, sino que acudir a los servicios sociales o sanitarios, además de motivos obvios de curación, se hacen necesarios para probar la existencia de violencia y, en su caso, solicitar una orden de protección con la que acceder al ejercicio de los derechos laborales contemplados en el artículo 21.1 LOVG. Sin parte de lesiones o informe psicológico o psiquiátrico, difícilmente se obtendrá una orden de protección. Posibilitar un despido, aún improcedente, en la fase previa a la obtención de esta orden, es lo mismo que vulnerar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Del mismo modo que son nulos los despidos motivados en la fase previa a la presentación de candidaturas sindicales, o el envío de buro faxes a la empresa solicitando el reconocimiento de derechos o el cese de una determinada actuación ilícita. Así lo ha señalado el TC en repetidas ocasiones²⁹, y no parece que el derecho a la no discriminación por razón de género tenga que obtener un nivel de protección menor a los ya clásicos derechos de libertad sindical o de acceso a la justicia en reclamaciones laborales;

- se vulnera además el artículo 15 CE. No se trata simplemente de la protección de la salud³⁰, sino de la vida y de la integridad física y moral de la víctima. Siguiendo la argumentación del TS en materia de despidos durante o motivados por la incapacidad temporal del trabajador o trabajadora, la circunstancia física o psicológica que padece la mujer que sufre violencia de género y que le impide asistir a su puesto de trabajo, no se trata realmente de una *situación* sino de una *condición* – ser mujer y sufrir violencia machista –, del mismo modo, por ejemplo, que el agravamiento de una enfermedad por padecer sida, es también una condición y no una mera situación. En este sentido, no cabe considerar las ausencias puntuales y reiteradas de la mujer que sufre violencia de género como simples períodos de incapacidad temporal, sino como una condición que, de provocar perjuicios laborales, implicaría la existencia de discriminación.

Con la actual regulación legal, creemos que esta es la vía más adecuada para defender los derechos de la trabajadora despedida a causa de las ausencias provocadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género. Pero no se trata de una solución exenta de problemas. Al no contemplarse el despido nulo de forma expresa en el supuesto estudiado, las alegaciones se basan en la existencia de discriminación y vulneración de

²⁹ Por todas, STC de 19 abril 2004, recurso de amparo núm. 5515/1998.

³⁰ Como se ha señalado anteriormente, entendemos, frente a la reiterada doctrina del TS, que todo despido en situación de incapacidad vulnera el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

derechos fundamentales (artículo 96.1 LRJS). Ello implica que la trabajadora despedida debe alegar la existencia de indicios de discriminación, siendo la empresa demandada quien deba probar que el despido se funda en otra causa, que puede ser incluso ilícita, pero no discriminatoria. Es posible que la trabajadora carezca de pruebas indiciarias, o que la empresa pueda intentar probar o construir una causa falsa de despido, siendo habitual en la práctica que la empresa cuente con trabajadores que testifiquen a favor de sus alegaciones, debido a la situación de dependencia de estos respecto a aquella. Todo ello puede derivar en la declaración de improcedencia del despido, de modo que la empresa pueda optar por extinguir el contrato con una indemnización, la mayoría de las veces, demasiado escasa. Este resultado se impediría si se incluyese el despido causado por las ausencias derivadas de la violencia de género entre los llamados despidos nulos cualificados.

5. Conclusiones

El escaso nivel de protección que en la práctica se otorga a las mujeres que son despedidas por tener que ausentarse del trabajo por su situación física o psicológica derivada de la violencia de género, es un ejemplo de cómo la lenta pero imparable pérdida del carácter tuitivo del derecho del trabajo en España impide el establecimiento de garantías reales a las situaciones más sangrantes de discriminación.

Es cierto que el reconocimiento de derechos laborales específicos en materia de género en la última década a supuesto un notable avance en relación a la anterior regulación basada en el reconocimiento de la igualdad formal. La técnica de regular mediante fórmulas aparentemente neutrales las relaciones de trabajo provoca un efecto adverso en el colectivo femenino en innumerables ocasiones. No obstante, el reconocimiento de derechos específicos a colectivos especialmente vulnerables pierde eficacia si el marco normativo en el que se encuentran ubicados y que necesariamente los complementa pierde su carácter protector.

La regulación de las ausencias al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género es un claro ejemplo de cómo la pérdida de derechos laborales vacía de contenido la regulación específica en materia de violencia de género.

Tras el análisis realizado no resulta difícil concluir que la mujer víctima de violencia de género estaba más protegida frente al despido cuando el Derecho del Trabajo entendía que la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad

temporal era un derecho irrenunciable de los trabajadores y trabajadoras y que, por ello, debía impedirse su represalia y calificar de nulo el despido producido en esta situación. Las ausencias provocadas por la situación física o psicológica de la mujer que padece violencia de género, acreditada por los servicios sociales o de salud no deja de dar lugar a una situación de incapacidad temporal que impediría la posibilidad de la empresa de utilizar el despido como represalia, bajo pena de readmisión con abono de los salarios dejados de percibir por la trabajadora despedida.

En cambio, en la actualidad, se permite que las empresas opten por indemnizar el despido calificado como ilícito por producirse durante o a causa de la suspensión del contrato por enfermedad, por lo que no existe garantía alguna de mantenimiento del empleo en estos supuestos. En el caso de la baja médica derivada de violencia de género la regulación legal es idéntica a la general, con la única diferencia de para el supuesto general de incapacidad temporal, la exclusión del cómputo de las ausencias a efectos del despido objetivo sólo se produce en bajas superiores a veinte días consecutivos, umbral que no se contempla para el caso particular en supuestos de violencia de género.

Por lo tanto, sería posible una calificación de improcedencia del despido de las mujeres que padecen violencia machista por las faltas de asistencia motivadas por aquella. Incluso si se alega vulneración de derechos fundamentales, como se ha señalado más arriba, es posible que la empresa pueda romper el nexo causal entre el despido y aquella vulneración sin que por ello el despido tenga que ser procedente. Dicho de otra forma, es posible que se califique el despido de ilícito pero no discriminatorio, pese a la existencia de un nexo temporal entre las ausencias de la trabajadora víctima de violencia de género y su despido.

Este resultado sería impensable en aquella antigua regulación protectora, en la que se consideraba como radicalmente nulo cualquier despido producido durante la suspensión del contrato de trabajo.

Dicho esto, cabe concluir que es necesaria la existencia de una regulación protectora de colectivos especialmente vulnerables para evitar situaciones invisibles de discriminación indirecta. Pero esto no es suficiente si el Derecho del Trabajo pierde su función general de protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, ya que resulta imposible impedir la influencia de la regulación general en la específica.

6. Bibliografía

- ARIAS DOMÍNGUEZ A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, 2005
- ASQUERINO LAMPARERO M.J., *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, en AA.VV., *Causas del despido objetivo*, Aranzadi, 2007
- CAVAS MARTÍNEZ F., *La protección jurídico-laboral de las mujeres víctimas de violencia de género*”, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, 2006
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *La dimensión laboral de la violencia de género (Comentario a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)*, Bomarzo, 2005
- GARRIGUES GIMÉNEZ A., *Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004*, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 9
- HOYOS SANCIO M., *La orden de protección de las víctimas de violencia de género*, en M. HOYOS SANCIO (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, penales, civiles y laborales*, Lex Nova, 2009
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Aspectos laborales y de seguridad social de la violencia de género en la relación de pareja*, en *Actualidad Laboral*, 2005, n. 7
- LUJÁN ALCARAZ J., *Absentismo*, en *Aranzadi Social*, 2008, n. 7-8
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., VELASCO PORTERO T., *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Cinca, 2006
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E., *La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido*, en L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012
- SEGOVIANO ASTABURUAGA M.L., *Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral*, en *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, 2005, n. 14

Segunda Parte

**LOS RIESGOS PSICOSOCIALES
DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA**

1.

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales

de María Amparo Ballester Pastor

1. La política de la OIT sobre riesgos psicosociales

El tratamiento otorgado a los riesgos psicosociales en la Unión Europea ha tenido una gran relevancia en la normalización de este tipo de riesgos y en su integración con carácter ordinario en las políticas preventivas de los Estados Miembros. El concepto de riesgo psicosocial promovido desde la UE introduce una concepción nueva de entorno laboral sano, que no se limita a los factores de riesgo clásicos, sino que pretende la consecución de un concepto de salud más extenso, que conecta directamente con actitudes de gestión empresarial, con expectativas y, por ende, con la propia relación entre derechos y obligaciones en la empresa. El concepto de riesgo psicosocial no comprende solo la actuación frente a actuaciones patológicas violentas procedentes de la empresa (acoso) o del exterior (violencia externa a la empresa), sino que conecta directamente con las relaciones horizontales y verticales en la empresa y con el estilo de dirección. Pero precisamente por esto la concepción de los riesgos psicosociales en el ámbito de la UE se mueve en un espacio impreciso y, en ocasiones contradictorio, lo que explica que su desarrollo se haya producido de modo diferente al resto de riesgos laborales.

Acerca de este peculiar desarrollo de la política sobre riesgos psicosociales en la UE se trata a continuación.

1.1. Peculiar desarrollo “desnormativizado” de los riesgos psicosociales en la UE

La aparición de los riesgos psicosociales en el ámbito de la política de la UE sobre prevención de riesgos laborales ha coincidido en el tiempo con el fin de la fase de elaboración de Directivas y con el inicio de una nueva etapa¹, caracterizada por la consolidación y sensibilización². Sin embargo, en la Estrategia para la Seguridad y Salud en el Trabajo 2002-2006³ se proponía expresamente el tratamiento normativo de los llamados riesgos “emergentes”, a los que se prestaba una especial atención y a los que se calificaba como aquellos surgidos de nuevos procesos, tecnologías o tipos de lugar de trabajo, así como por cambios sociales u organizativos, incluyendo los de naturaleza física, biológica, química y psicosocial⁴. Conforme a los estudios elaborados en la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo⁵, que era expresamente mencionada en la estrategia 2002-2006 como una entidad fundamental para el desarrollo de los riesgos emergentes, entre los riesgos psicosociales se incluyen los relacionados con el trabajo precario, el trabajo irregular y flexible, la inseguridad en el trabajo, la intensificación en el trabajo (por ejemplo a partir de la mayor disponibilidad horaria requerida), las condiciones de trabajo de los trabajadores mayores, la violencia laboral, el acoso, el estrés laboral o la

¹ Sigo la evolución descrita por Sala Franco, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia 2012, pp. 29 ss.

² En el Cuarto programa de Acción Comunitaria de Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo (1996-2000) se hacía expresa referencia al hecho de que en el pasado la acción preventiva de la UE se había venido realizando por medio de acciones legislativas (particularmente Directivas), pero que en el futuro la estrategia pasaba a ser fundamentalmente informativa. Comunicación de la Comisión sobre un programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000). COM(95)282 final.

³ COM(2002)118.

⁴ Tomo el concepto de riesgo emergente dado por el Observatorio Europeo de Riesgos, <https://osha.europa.eu/es/riskobservatory/index.html>. Incluyen, por tanto, nuevos factores físicos (musculo-esqueléticos, ruido, vibraciones, radiaciones ionizantes, etc.), biológicos (síndrome respiratorio agudo, gripe aviar, ántrax, etc.), químicos (nano partículas, carcinógenos, mutagénicos, tóxicos para la reproducción, alergénicos, etc.) y psicosociales.

⁵ Agencia creada por Reglamento del Consejo de 18 de Julio de 1994, en el que se establece como uno de sus objetivos *proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo.*

deficiente compatibilidad entre vida y trabajo⁶. Adviértase que en esta descripción se incluyen tanto situaciones de gran intensidad por afectar a derechos fundamentales (violencia laboral o acoso) como otras derivadas de la gestión ordinaria del factor humano en la empresa (organización del tiempo o condiciones de trabajo) o con la extinción contractual (inestabilidad). Guardan, en todo caso, relación con el modo de ejercer las prerrogativas empresariales en la empresa.

El concepto de riesgos emergentes indicaba en la Estrategia 2002-2006 la dirección en la que se iría moviendo la expansión de la política preventiva de la UE. Pero ninguna referencia aparecía al desarrollo legislativo de los riesgos psicosociales en la Estrategia 2007-2012⁷ que, sin embargo, sí que incidía intensamente en la necesidad de investigarlos y, en particular, de promover la salud mental en el trabajo. La cuestión parecía definitivamente desplazada al poco comprometido espacio de la investigación, en parte como consecuencia de la naturaleza “emergente” de los riesgos (lo que teóricamente justificaba la demora de acciones obligatorias) pero también, en parte, al menos con relación a los riesgos psicosociales, porque la estrategia de actuación necesaria para asegurar la prevención planteaba conflictos con la flexibilidad empresarial que se propugnaba desde las instancias comunitarias (*infra*) y que incluso forma parte del TFUE. Efectivamente, en el actual art. 145 TFUE (antiguo art. 125 TCE) se hace referencia a la necesidad de fomentar desde las instituciones comunitarias la adaptabilidad del trabajador a la empresa: «Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable».

Adicionalmente, en la era del principio de subsidiariedad el avance en las condiciones de trabajo por medio de Directivas resulta no imposible pero sí complejo. El modo decidido en que en el pasado se habían adoptado Directivas que establecían garantías para los trabajadores (por ejemplo en el ámbito de la transmisión de empresas o en el de los despidos colectivos) es fruto de otra época⁸. En el actual TFUE sigue estableciéndose como objetivo «la mejora de

⁶ Resulta de particular interés el informe elaborado en el seno de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo titulado *Experts forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807118>.

⁷ COM(2007)62 final.

⁸ Por medio de la atribución de competencias a la antigua CEE para la «aproximación de las legislaciones por la vía del progreso» (antiguo art. 117 TCE), que había dado lugar a una incipiente normativa laboral comunitaria.

las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso» (art. 151 TFUE). A tal fin la UE «apoyará y completará la acción de los Estados Miembros en [...] a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo» (art. 153.1 TFUE). Pero la acción comunitaria se centra en el art. 151 TFUE en «apoyar y completar». De hecho, se propone como primera acción para la mejora de las condiciones de trabajo la coordinación, quedando expresamente excluida la armonización⁹. La posibilidad de Directivas queda apuntada con carácter secundario¹⁰. En definitiva, el actual es un contexto bastante hostil a la unificación en materia de condiciones de trabajo, lo que incide claramente en el tratamiento otorgado a los riesgos psicosociales.

En paralelo a este retroceso de la norma UE en el tratamiento de los riesgos psicosociales se advierte, en cambio, una gran vitalidad de los Acuerdos Marco entre los interlocutores sociales de la UE. El desarrollo de la política de la UE sobre riesgos psicosociales se ha desarrollado fundamentalmente con carácter negociado. El primero se firmó en 2004 y hacía referencia al estrés laboral¹¹. Hay dos aspectos que conviene resaltar en el mismo: de un lado, el Acuerdo Marco de 2004 refiere expresamente que el estrés laboral es un riesgo laboral incluido en el ámbito de la Directiva marco 89/391, lo que permitía desencadenar la obligación de los Estados miembros de aplicar las técnicas preventivas, intervencionistas y protectoras configuradas con carácter general para todos los riesgos laborales. De otro lado, se advertía en el texto del Acuerdo que la intensidad protectora era menor que en el caso de otros factores de riesgo. Se indicaba expresamente, al respecto, que la actuación empresarial frente al estrés laboral no quedaba necesariamente incluida en la evaluación de riesgos, sino que podía realizarse por otros mecanismos específicos para su

⁹ Para conseguir los objetivos del art. 151 TFUE se podrán *adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros* (art. 153.2 TFUE).

¹⁰ La posibilidad de Directivas para la consecución de los objetivos del art. 151 TFUE queda reducida al establecimiento de *disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros* (art. 153.2.b TFUE).

¹¹ Firmado el 8 de Octubre de 2004 por los interlocutores sociales EU. <http://es.scribd.com/doc/14532417/Acuerdo-Marco-Europeo-sobre-el-Estres-Laboral>.

detección¹². De este modo se evidenciaba la falta de equiparación a nivel preventivo entre riesgos psicosociales y el resto de riesgos laborales. De otro lado, en los documentos de seguimiento del Acuerdo Marco (elaborados en 2004, 2005 y 2006) se hablaba de la dificultad para encontrar consensos en torno a aspectos tan elementales como la propia definición de estrés laboral. El interés del acuerdo marco sobre estrés laboral quedaba, así, limitado a haber servido como foro de encuentro para el encuentro de opiniones y como mecanismo informativo para aquellos países menos concienciados¹³. Algo parecido sucedió con el segundo de los Acuerdos Marco sobre riesgos psicosociales, el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia en el trabajo¹⁴, donde igualmente se refería la inclusión de este riesgo en la Directiva marco 89/391. En el acuerdo de seguimiento de 2011¹⁵ se destacó que los interlocutores sociales habían concluido en que debían seguir utilizándose los instrumentos ya existentes en cada Estado miembro para la prevención de riesgos psicosociales, sin que fuera necesario el establecimiento de instrumentos específicos de garantía, lo que llevaba implícito cierto estancamiento. Se destacaba, también (como en el Acuerdo de seguimiento del Acuerdo marco sobre estrés laboral) que los resultados concretos no son el único objeto del Acuerdo marco, sino que también resulta importante que el acuerdo haya actuado como foro de encuentro para la discusión y el dialogo. Hay en estas manifestaciones cierto resignado reconocimiento de que la cuestión no ha avanzado y de que resulta difícil llegar a acuerdos siquiera en los aspectos más elementales. Pese a estas limitaciones, debe reconocerse que ambos Acuerdos han resultado fundamentales para que todos los Estados Miembros situaran el riesgo psicosocial entre los incluidos en sus respectivas normas preventivas. La influencia ha sido mayor en lo referente a las conductas más graves (las constitutivas de acoso) en parte por su clara repercusión sanitaria y, en parte, también porque existía un referente descriptivo en el ámbito de los acosos discriminatorios.

También la prevención de los riesgos psicosociales vinculados a la violencia procedente de terceros ha sido objeto de tratamiento en la Unión Europea por

¹² Así lo refiere Velázquez Fernández, “Preventing violence and harassment at work” Ponencia al *Seminar on violence and harassment at work*, 6 y 7 Octubre 2009.

¹³ Así se refería en el Acuerdo de seguimiento de 2008. http://www.etuc.org/IMG/pdf_Final_Implementation_report.pdf.

¹⁴ Firmado el 26 de Abril de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0686:ES:NOT>.

¹⁵ Firmado el 27 de Octubre de 2011. http://www.etuc.org/IMG/pdf/BROCHURE_harassment7_2_.pdf.

medio del Acuerdo entre los interlocutores sociales de 2010 que dio lugar a las Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo¹⁶. Resulta de interés destacar que éste es el aspecto de los riesgos psicosociales que es más fácil de identificar y acerca del cual existe un mayor consenso. Es suficientemente significativo que el acuerdo al que se ha llegado en el ámbito de la UE reciba el nombre de “Directrices multisectoriales”. Sus mecanismos preventivos no resultan tan problemáticos como en el caso de los riesgos psicosociales generados en el interior de la empresa puesto que es menor su incidencia en relación con el alcance de las prerrogativas empresariales. En realidad la dinámica preventiva no se diferencia demasiado de la que corresponde aplicar en el caso de riesgos laborales tradicionales. De hecho, expresamente se refiere en las Directrices la necesidad de que la violencia externa forme parte de la evaluación de riesgos (sin referencia a que la cuestión se trate por medio de mecanismos alternativos) y de que se apliquen técnicas de formación, sensibilización y actuación (protección y defensa del trabajador).

1.2. Peculiar contenido de la prevención de riesgos psicosociales

El punto de referencia para la identificación de la existencia de riesgos psicosociales y para la aplicación de las políticas preventivas se encuentra en los estudios realizados por entidades especializadas y, en particular, por la Agencia Europea para la Salud y Seguridad en el Trabajo. Cuando se hace referencia a riesgos clásicos la actuación preventiva supone identificación e inversión para la minoración de efectos. En el ámbito de los riesgos psicosociales la política preventiva tiene rasgos muy particulares porque insta a la alteración de actitudes. Destacan, entre los estudios realizados por la Agencia, las referencias a la salud mental insertadas en los documentos generales de promoción de la salud en el lugar de trabajo¹⁷, así como el informe sobre el estrés laboral¹⁸. En él se define el estrés laboral como el desequilibrio entre las demandas que se hacen al trabajador y los recursos que tiene disponibles para afrontar estas demandas. Se describen asimismo los

¹⁶ El texto puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf.

¹⁷ <http://osha.europe.eu/en/topics/whp>.

¹⁸ <http://osha.europe.eu/en/topics/stress>.

síntomas del estrés laboral tanto en lo que guarda relación con sus repercusiones en la empresa (absentismo, reducción de la productividad, problemas disciplinarios, errores, etc.) como en el propio individuo (irritabilidad, ansiedad, problemas de sueño, depresión, hipocondría, problemas familiares, dificultades de concentración, dificultad para tomar decisiones, abuso de drogas, alcohol y tabaco, comportamiento destructivo, problemas de espalda, problemas inmunológicos, úlceras, hipertensión, etc.). A efectos preventivos se sugiere que se permita el suficiente tiempo para el desarrollo de la actividad laboral, que se describa claramente el trabajo, que se premie al trabajador por su buen rendimiento, que se permitan las quejas de los trabajadores y se las tenga en cuenta, que los trabajadores tengan cierto control sobre su trabajo, que se permita a los trabajadores la toma de decisiones en los temas que les atañen, que se ajuste la carga de trabajo a las capacidades y los recursos de cada trabajador, que se designen trabajos estimulantes, que se definan claramente trabajos y responsabilidades, que se den oportunidades para la interacción social y que se eviten ambigüedades en relación con la seguridad y el desarrollo profesional. Se apunta, en definitiva, a un modelo sano de gestión de recursos humanos motivador y participativo, en el que el trabajador tenga cierto control de su actividad, y disponga de la información necesaria. Pero también se apunta a cuestiones que tradicionalmente han sido objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo (jornada, horario, participación, promoción, representación, tutela, etc.) y que en los últimos años se encuentran en claro retroceso. Los trabajos de la Agencia solicitan al empresario que respete un mínimo de seguridad en las condiciones del trabajador, al tiempo que la normativa va retrocediendo.

En el Acuerdo Marco sobre estrés laboral de 2004 se establece como obligación del empresario lo siguiente: «si se identifica un problema de estrés ligado al trabajo, se deben tomar las medidas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo. La determinación de las medidas adecuadas es responsabilidad del empleador. Estas medidas serán aplicadas con la participación y colaboración de los trabajadores y/o de sus representantes». El principal problema es, sin embargo, la detección de la existencia de efectivo estrés, sobre todo porque a medida que se van aumentando las prerrogativas empresariales se va aumentando también el punto de referencia de lo que se considera tensión laboral ordinaria.

En el ámbito de la prevención de los riesgos psicosociales resulta de particular interés la Encuesta Europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes

(ESENER) realizada en 2009 por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo a partir de 36000 encuestas en 31 países¹⁹. En 2011 se elaboraron cuatro proyectos de análisis secundario²⁰ que analizaron los factores asociados a la gestión eficaz de los riesgos psicosociales. Entre otros aspectos, se destacaba que hay medidas preventivas raramente usadas en muchos países (como la asistencia psicológica especializada o la adopción de procedimientos para tratar estos riesgos), la gran diferencia en el nivel de protección entre sectores de actividad y la gran importancia que, para la eficacia de los mecanismos preventivos, tienen los factores “contextuales”, entre los que se encuentran la cultura, la legislación y la capacidad de las organizaciones. Resulta interesante que se destaque en estos documentos la gran trascendencia que, en la prevención de los riesgos sociales, tiene la legislación, puesto que la actuación frente a los riesgos psicosociales parece, en el resto de actuaciones de la UE, estancada en el ámbito de los estudios, como si fuera un asunto incierto o como si su aplicación debiera quedar en manos de la buena predisposición de los empresarios.

1.3. Peculiar relación entre prevención de riesgos psicosociales y competitividad como objetivo de la UE

La principal quiebra de la prevención de los riesgos psicosociales aparece cuando surge la competitividad como objetivo de la UE. Llama la atención que, tanto en la Estrategia 2007-2012 para la Seguridad y Salud en el Trabajo, como en el borrador de la Estrategia 2013-2020²¹ se hiciera expresa referencia a la compatibilidad entre prevención y competitividad. Incluso en el borrador de la Estrategia 2013-2020 se menciona expresamente su integración con la Estrategia Europa 2020²² que, como se sabe, tiene como principal objetivo la

¹⁹ Resultados en <http://www.esener.eu>.

²⁰ Un resumen de los mismos titulado *Conocer la gestión en el lugar de trabajo de la seguridad y la salud, los riesgos psicosociales y la participación de los trabajadores, con la ayuda de ESENER*, http://osha.europa.eu/es/publications/reports/esener_summary.

²¹ La Estrategia destinada a sustituir a la que concluyó vigencia en 2012 (2013-2020) todavía no ha sido aprobada. Un resumen de su contenido en https://docs.google.com/file/d/1_eUd0dZ0Kdd6Dh3A-UGtUsOZy_QmezenKmRX7jRn3_fzd_9s5zuEYkIX0Ty/edit?pli=1.

²² Particularmente en relación con el eje del *Crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo*. Un análisis del alcance de la Estrategia 2020 en Cabeza Pereiro y Ballester Pastor, *Estrategia*

configuración de una economía europea más competitiva. El desplazamiento del instrumento legislativo y la referencia a la competitividad resultan particularmente significativos porque implican la detención en la expansión legislativa de la cuestión preventiva y anuncian su coordinación (o tal vez subordinación) al objetivo de la mayor competitividad.

Llegados a este punto surge inevitablemente la paradoja: el modelo europeo para la eficiencia empresarial es uno asentado en la *flexiguridad*²³, un concepto particularmente atractivo que ha servido para referir el objetivo de mutua aclimatación de intereses y que en general ha terminado por configurarse en la versión amable de la flexibilidad clásica, entendida como incremento de las prerrogativas empresariales²⁴. El término comenzó formando parte de documentos de la UE puntuales²⁵ y terminó configurándose en el eje central de la Estrategia 2020²⁶. Resulta evidente que tanto el concepto clásico de flexibilidad empresarial como el más reciente de flexiguridad entran en directo conflicto con las medidas de prevención contra los riesgos psicosociales, al menos en el sentido descrito más arriba por la agencia europea de seguridad y salud en el trabajo que, en sus planteamientos generales, no supone sino otra forma de formular el objetivo de *mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso* establecido en el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Efectivamente, la política de prevención del estrés laboral (*supra*) se basa en la adaptación de la empresa al trabajador. Los presupuestos de la flexibilidad, sin embargo, propugnan el incremento de las prerrogativas empresariales a fin de que la fuerza de trabajo (como mero factor de producción) se adecue a las necesidades empresariales de cada momento. La misma contradicción se produce entre flexiguridad y prevención de riesgos psicosociales, puesto que aquella

Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español, Madrid, 2010.

²³ Sobre su alcance por todos, Wilthagen T., Tros F., *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, en *Transfer*, 2004, n. 2.

²⁴ Valdés Dal-Ré F., *El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2009, n. 1.

²⁵ Entre otros, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, de 27 de Junio de 2007 *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. COM(2007)355 final.

²⁶ *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM(2010)2020.

propugna la mayor facilidad extintiva a cambio de reforzar las políticas activas de empleo para la mayor empleabilidad de los trabajadores²⁷. Sin embargo, uno de los principales detonantes de estrés laboral es la inestabilidad, la precariedad y el miedo a la pérdida del puesto de trabajo (*supra*)²⁸.

Ciertamente, una política adecuada de gestión de mano de obra, preventiva de riesgos psicosociales no es incompatible con los postulados de la Estrategia 2020 que, a fin de cuentas, propugna el incremento de la competitividad por medio del incremento de la calidad de la fuerza de trabajo. Y la buena gestión de Recursos Humanos que lleva implícita la prevención de los riesgos psicosociales es susceptible de incrementar dicha calidad. Sucede, sin embargo, que la flexiguridad propugna con exactitud las formulas pro-empresariales (mayor facilidad para el despido e incremento de las prerrogativas de gestión ordinaria empresariales), pero deja en la incertidumbre las herramientas para el incremento de la calidad de la fuerza de trabajo, que apenas quedan referidas genéricamente a la formación. De hecho hay una evidente contradicción en el hecho de tolerar la rotación laboral y promover la inversión en la calidad de la fuerza de trabajo, porque en un contexto de alto desempleo y alta cualificación de la fuerza de trabajo siempre sale más rentable una gestión asentada en la “regeneración” de las plantillas. Es por esto que la única manera de solucionar la contradicción entre flexibilidad/flexiguridad, de un lado, y prevención de riesgos psicosociales, de otro, pasa necesariamente por configurar normativamente ciertos límites a la prerrogativas organizativas empresariales. La preponderancia de la competitividad frente a la prevención de riesgos psicosociales se advierte también en las últimas tentativas normativas sobre tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88, de 14 de Noviembre, regula algunos aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. Lo ha hecho dentro del bloque de normas preventivas en desarrollo de la Directiva Marco

²⁷ Podía leerse en el Informe Wim Kok II “Revisión a medio plazo de la Estrategia de Lisboa”, presentado el 13 de noviembre de 2004 (que sirvió de base a la Comunicación de la Comisión: COM(2005)24 “Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo. Reforzamiento de la Estrategia de Lisboa”) lo siguiente: «Se trata de fomentar nuevas modalidades de seguridad que, lejos del modelo restrictivo basado en el mantenimiento del puesto de trabajo durante toda la vida, asuman un nuevo paradigma cuyo objetivo es desarrollar la capacidad de los trabajadores para permanecer y avanzar en el mercado laboral».

²⁸ En un estudio realizado en 942 trabajadores españoles resultó que la inestabilidad disminuye la satisfacción en el trabajo y la entrega a la empresa. La sensación de inseguridad influye intensamente en la actitud del trabajador. Sora, Caballer y Peiró, “Los efectos de la inestabilidad en el trabajador y la dependencia del empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 129, 1, 2010.

89/391. El tiempo de trabajo tiene directa relación con la protección física del trabajador, pero también implica protección frente a riesgos psicosociales porque tanto la limitación de la jornada como el control del tiempo de trabajo y descanso suponen mecanismos preventivos del estrés laboral. Sucede, sin embargo que en este ámbito la evolución no parece dirigirse hacia la mejora de las condiciones de trabajo, sino al incremento de las prerrogativas empresariales. Sabido es que el proyecto de reforma de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo presentada en 2008 no prosperó (por oposición del Parlamento Europeo), con lo que quedó paralizada la consolidación de jornadas extendidas más allá de las 48 horas. Esta posibilidad existe bajo la actual regulación de la UE, pero se mantiene en un espacio teóricamente excepcional que pretendía suprimir la reforma de 2008. Sucede, sin embargo, que han seguido realizándose con posterioridad documentos desde la Comisión Europea que pretenden promover la flexibilidad horaria en un sentido muy similar al que se proponía en 2008²⁹. Resulta de particular interés destacar que, en el ámbito de la ordenación del tiempo de trabajo, la política preventiva no avanza sino que a duras penas se mantiene frente a los retrocesos flexibilizadores que siguen proponiéndose. Ningún otro factor de riesgo ha sufrido ataques de esta naturaleza, puesto que la política preventiva se ha desarrollado, sin ninguna otra excepción, hacia el incremento de garantías para los trabajadores.

1.4. Peculiar relación entre riesgos psicosociales y política antidiscriminatoria

La referencia normativa más intensa en relación con la protección frente a los riesgos psicosociales aparece en el ámbito de la UE inserta en la normativa discriminatoria, por medio de la definición del acoso sexual (Directiva 2006/54³⁰) y del acoso por causa discriminatoria por razón de sexo (Directiva

²⁹ Por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de marzo de 2010 – Revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo (primera fase de la consulta de los interlocutores sociales a nivel de la Unión Europea con arreglo al artículo 154 del TFUE), [COM\(2010\)106 final](#).

³⁰ El art. 2 Directiva 2006/54 define el acoso sexual como *la 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*.

2006/54), por razón étnica (2000/43) y por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual (Directiva 2000/78³¹). De particular relevancia es el carácter discriminatorio que expresamente se refiere para los acosos descritos. Ello permite que se desencadene toda la batería de medidas de garantía que se prevé en cada una de las Directivas (sanciones efectivas, protección contra represalias o modificación de la carga de la prueba entre otros). La obligación preventiva expresa tan solo se formula para el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la Directiva 2006/54³², aunque no es difícil derivar similar obligación preventiva de la obligación genérica de no discriminación en la empresa establecida en todas las Directivas antidiscriminatorias o de la garantía de sanción adecuada en caso de que suceda el acoso causal. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta intensa protección surge en el ámbito comunitario tan solo en relación con las conductas degradantes que tengan vinculación discriminatoria, o sea, que se produzcan como consecuencia de la integración de la víctima en alguno de los colectivos protegidos por la prohibición de discriminación de las Directivas. También se genera la protección en caso de acoso sexual.

Pero no existe una protección genérica por medio de Directiva contra el acoso como conducta degradante en sí misma, independientemente de la adscripción del trabajador(a) a un determinado colectivo protegido (acoso moral)³³. El tratamiento de este acoso sin conexión con causa discriminatoria se reconduce al que mas arriba se ha descrito para los riesgos psicosociales, aunque comprende los comportamientos con repercusiones más graves, que llegan a

³¹ El art. 2.3 Directiva 2000/78 establece que *el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1º cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1º que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.*

³² Artículo 26 de la Directiva 2006/54, *Prevención de la discriminación*: «Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción».

³³ Sobre el tema, Arroyuelo Suárez, “La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea”, *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002, p. 285; y Correa Carrasco, “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (Correa Carrasco Coord.), *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona, 2006, pp. 80 ss.

alcanzar no solo a la salud de la persona sino también a su dignidad. De hecho en el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia de género de 26 de Abril de 2007 (*supra*) se define como *el desarrollado por uno más directivos o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad de un trabajador o de un directivo, afectando su salud y/o creando un ambiente hostil*. Se advierte que en esta definición son elementos determinantes tanto la intención como el efecto, sin que tengan que concurrir ambos, (*con el propósito o el efecto*) por lo que merecería la calificación de acoso una malentendida técnica de recursos humanos que, aun pretendiendo un incremento de la productividad, cause perjuicio a la dignidad de la persona afectando a su salud y/o creando un entorno intimidatorio u hostil. De otro lado, la gravedad de la conducta constitutiva de acoso y la repercusión en la salud que aparece en su propia definición reconduce directamente a la Directiva Marco 89/391, por lo que procede la aplicación de las medidas genéricamente establecidas en esta normativa para la prevención. En el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia de género de 2007 se establece al respecto que las empresas deben aportar una adecuada formación a los directivos en materia de acoso. Deben, asimismo, hacer claros pronunciamientos acerca de que el acoso no será tolerado en la empresa y establecer procedimientos específicos en caso de denuncia. Ciertamente en el caso del acoso moral no consta expresamente en ninguna norma de la UE la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones preventivas al estilo de las existentes para el acoso sexual y para el acoso por causa discriminatoria. Pero su directa repercusión en la salud cuando se produce el supuesto descrito permite diferenciarlo del impreciso espacio del estrés laboral o el riesgo psicosocial genérico, por lo que la aplicación de las obligaciones preventivas establecidas en la Directiva Marco 89/391 parece adecuada. Pese a todo, no deja de ser curiosa esta nebulosa en la que se mantiene el acoso moral pese a ser un riesgo psicosocial de gran intensidad, puesto que las referencias del Acuerdo Marco, pese a su rotundidad, no dejan de formar parte de un texto sin eficacia normativa en la UE. Destaca, precisamente, que exista una diferencia clara entre la intensidad preventiva debida cuando se trata de acosos de contenido discriminatorio y cuando no lo son, pese a que sus repercusiones sanitarias son de igual intensidad.

Pese a todo, existe una indirecta virtualidad de la normativa antidiscriminatoria en la generación de actitudes empresariales preventivas de los riesgos psicosociales que resulta de gran interés. El punto de referencia es el concepto de discriminación indirecta que se aplica a todas las causas de discriminación prohibida en el ámbito de la normativa de la UE que disponen de desarrollo normativo (conforme al art. 19 TFUE, el sexo – Directiva 2006/54 –, la etnia –

Directiva 2000/43 –, la religión, la edad, las convicciones, la discapacidad y la orientación sexual – Directiva 2000/78). El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (básicamente coincidente con el de las otras causas de discriminación prohibidas) es el siguiente (art. 2.1.b. Directiva 2006/54): *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*. Este concepto configura en el empresario la obligación de llevar a cabo comportamientos objetivos, justificados y razonables puesto que cualquier beneficio o perjuicio que tuviera mayores repercusiones en alguno de los colectivos protegidos por alguna de las causas de discriminación prohibidas, sería discriminación indirecta. De hecho, desde antiguo el TJUE ha considerado constitutivas de discriminación indirecta por razón de sexo las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo que implicaran una menor valoración en términos retributivos de los puestos ocupados mayoritariamente por mujeres³⁴. En definitiva, el concepto de discriminación indirecta y la posible repercusión de las actuaciones empresariales en colectivos protegidos potencia la utilización de criterios objetivos en la gestión de los recursos humanos en la empresa, lo que a su vez coincide con parte de los mecanismos preventivos del estrés laboral y de los riesgos psicosociales no solo en los integrantes de los colectivos protegidos, sino también en el resto de los trabajadores.

2. La política de la OIT sobre riesgos psicosociales

No existen convenios internacionales de la OIT que expresamente hagan referencia a los riesgos psicosociales. Como en el ámbito de la Unión Europea, abundan, sin embargo, los estudios y recomendaciones prácticas, como por ejemplo el Código de Prácticas sobre violencia en el sector servicios³⁵, el convenio colectivo sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de

³⁴ Entre los primeros, STJCE de 1 de Julio de 1986, asunto *Dato*, C-237/85; y STJCE de 17 de Octubre de 1989, asunto *Danfoss*, C-109/88.

³⁵ De fecha 15 de Octubre de 2003.
<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/mevsws03/mevsws-cp.pdf>

acoso entre la Oficina Internacional del Trabajo y el Sindicato de la OIT³⁶ o el Informe sobre Violencia en el Trabajo realizado en 1998³⁷. Existe, asimismo, referencia específica a los riesgos psicosociales en la Estrategia Global en materia de Seguridad y salud en el Trabajo adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Junio de 2003. En esta Estrategia se propone el desarrollo de nuevas técnicas preventivas para los riesgos emergentes y se promueve la consolidación de la cultura de la prevención, entre otros temas.

Parece posible incluir, sin embargo, los riesgos psicosociales en los convenios de la OIT que, con carácter general, tratan la cuestión de la prevención, como por ejemplo el Convenio 155 de la OIT, de 22 de Junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente (y la Recomendación 164), o el Convenio 187 de la OIT de 15 de Junio de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Ambos han sido ratificados por España. El Convenio 187 resulta particularmente interesante en relación con los riesgos psicosociales porque hace continua referencia a la configuración de ambientes de trabajo no solo sanos sino “saludables”, lo que permite una interpretación del riesgo laboral más amplio que el simplemente relacionado con la salud física. También debe recordarse, al respecto, que el Convenio 1 de la OIT, de 1919, estableció el límite de las 48 horas semanales en la industria, desarrollando el objetivo que había sido enunciado en el Preámbulo del Tratado de Versalles. La cuestión de la limitación horaria y del control del tiempo por parte del trabajador es, por tanto, uno de los contenidos más consolidados en la OIT.

Pero la política de la OIT que resulta actualmente más vigorosa en relación con la prevención y protección frente a los riesgos psicosociales (aunque no se establezca esta conexión expresamente) es la que deriva del concepto de “trabajo decente” que fue utilizado por primera vez por el Director General del OIT en 1999³⁸ y que ha dado lugar a numerosos estudios posteriores³⁹. El término ha acabado por incorporarse expresamente al título de algunos instrumentos de la OIT, como por ejemplo al Convenio Internacional de la OIT

³⁶ <http://www.ilo.org/public/spanish/staffun/docs/harassment.htm>.

³⁷ Chappell y Di Martino, *Violence at work*, Ginebra, 1998.

³⁸ *Trabajo decente. Informe del Director General de la OIT a la 87ª Sesión de la CIT*, Ginebra, 1999.

³⁹ Entre muchos otros, Peccoud, *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, Madrid, 2006. También, el número monográfico sobre “La medición del trabajo decente”, en *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 122, 2, 2003.

189, de 2011, sobre *Trabajo decente de los trabajadores y trabajadoras domésticos*⁴⁰. El trabajo decente aspira a conferir legitimidad a la globalización dotándole de nuevos valores éticos⁴¹. Decente significa «conveniente y apropiado». Implica proteger el trabajo teniendo en cuenta los intereses de las empresas y de la economía, pero también significa que las relaciones humanas no deben ser reducidas a ideologías utilitarias, sino que deben comprender una dimensión ética⁴². Reclama, pues, un tipo de relaciones laborales en las que no se tiene en cuenta solamente la competitividad. Desde esta perspectiva de humanización de las relaciones laborales coincide en sus objetivos con la prevención de los riesgos psicosociales.

Debe destacarse que, tanto por la implantación del concepto de trabajo “decente” en el marco de la OIT como por la utilización del término “ambiente de trabajo saludable” en el Convenio 187 se advierte en la OIT cierta preocupación por mantener los límites éticos que garanticen unas condiciones de trabajo ajustadas también a las necesidades de los trabajadores, promoviendo su estabilidad y garantizando objetividad y adecuación en la gestión de Recursos Humanos, al menos en sus aspectos más esenciales. Pero también debe destacarse que el concepto de trabajo “decente” se sitúa un paso por debajo del concepto de trabajo “digno”⁴³, por lo que implica en sí mismo cierto reconocimiento de que el listón de derechos laborales mínimos ha descendido. Incluso la necesidad de recordarlo implica en sí mismo el reconocimiento de que es cierta la amenaza de un retroceso en las garantías laborales de los trabajadores.

⁴⁰ El Convenio 189 de la OIT y la Recomendación 201 sobre el mismo tema fueron aprobados el 16 de Junio de 2011.

⁴¹ Lo refiere Gil y Gil, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 15.

⁴² Al respecto, Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 62.

⁴³ Lo refiere Auvergnon, “De declaración en declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 36.

3. La aplicación de la política sobre riesgos psicosociales en el ordenamiento español

3.1. El riesgo psicosocial como riesgo laboral

No existe referencia específica en el ordenamiento español a los riesgos psicosociales. Sin embargo, como sucede en relación a este tipo de riesgos en la norma comunitaria, el riesgo de esta naturaleza entra en el concepto genérico de riesgo laboral incluido en la normativa general española de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, LPRL). Asimismo, el contenido de los Acuerdos Marco Europeos sobre estrés laboral (2004) y sobre acoso y violencia laboral (2007) fue incorporado al texto del ANC 2005⁴⁴ y ANC 2007⁴⁵ respectivamente. En ambos se reconoce la naturaleza de riesgo laboral del riesgo psicosocial. Expresamente establece el art. 4.7.d LPRL que integran el concepto de condiciones de trabajo a las que se refiere la ley preventiva española *todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización, que influyen en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*. El riesgo psicosocial, entendido como riesgo relacionado con la organización del trabajo, entra claramente en el concepto de riesgo laboral.

Expresamente ha establecido el Tribunal Constitucional que las obligaciones preventivas de la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo (STC 160/2007, de 2 de Julio de 2007). Por lo demás, las consecuencias sobre la salud que pudieran derivar de riesgos psicosociales admiten la calificación de accidente de trabajo si existe conexión causal con la prestación laboral. Pese a que el art. 115.2.e LGSS requiere que dicha conexión sea “exclusiva”, los Tribunales de Justicia han llevado a cabo una interpretación extensiva, que permite considerar que concurre causa laboral cuando el estrés laboral⁴⁶ o el acoso⁴⁷ es la causa “determinante” de la patología. Es una corrección imprescindible para que pueda producirse la calificación como accidente de trabajo de las enfermedades surgidas como consecuencia del estrés laboral, dado que los rasgos de personalidad son ciertamente elementos que influyen en su existencia. En todo

⁴⁴ BOE de 16 de Marzo de 2005.

⁴⁵ BOE de 14 de Enero de 2008.

⁴⁶ STS de 18 de Enero de 2005, rec. 6590/2003; y STS de 4 de Diciembre de 2012, rec. 3711/2011.

⁴⁷ STSJ Galicia de 24 de Enero de 2000, rec. 5818/1996.

caso, los Tribunales españoles para operar esta reinterpretación han tenido que superar la referencia a la lesión “corporal” que aparece como rasgo definitorio del accidente de trabajo en el art. 155. 1 LGSS y que debiera ser objeto de revisión a efectos de que el riesgo psicosocial no tuviera que ser objeto de interpretaciones extraordinarias. Por lo demás, los tribunales han admitido también que, una vez reconocida la naturaleza de accidente de trabajo a una situación de estrés laboral se generan todas las consecuencias correspondientes establecidas en el ordenamiento español, incluyendo la posibilidad de recargo⁴⁸.

3.2. La prevención de los riesgos psicosociales

En el art. 15.1.d LPRL se establece la obligación de *adaptar el trabajo a las persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud*. En la Guía de actuación de la Inspección de Trabajo sobre riesgos psicosociales⁴⁹ se contienen las obligaciones empresariales que deben ser objeto de control: a) La inclusión de los riesgos psicosociales entre los factores de riesgo que deben ser objeto de evaluación cuando concurren en el trabajo y no puedan ser eliminados (art. 16.2.a LPRL). La falta de identificación del riesgo psicosocial constituiría infracción grave (art. 12.1.b Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, LISOS); b) Obligación de definir las medidas preventivas, aplicarlas o planificar su ejecución (art. 16.2.b LPRL). ; La falta de planificación sería infracción grave (art. 12.6 LISOS) c) Obligación de investigar las causas de los daños a la salud cuando aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes (art. 16.3 LPRL); d) Obligaciones correspondientes al Plan de Prevención, especialmente en lo que respecta a los cauces de comunicación entre los niveles jerárquicos y los procedimientos organizativos existentes en la empresa (art. 16.1 LPRL); e) Obligación de adscribir a los trabajadores a

⁴⁸ El TS en su sentencia de 14 de Febrero de 2012, rec. 1535/2011 no admitió el recurso, pero admitió implícitamente la posibilidad de recargo en caso de acoso laboral.

⁴⁹

http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf.

puestos de trabajo compatibles con sus características personales y psicofísicas (art. 25.1 LPRL).

Con relación al acoso sexual y el acoso por razón de sexo existe en el ordenamiento español una obligación preventiva específica contenida en el art. 48.1 de la Ley 3/2007, de 22 de Marzo, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres a cuyo tenor *las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.* Con esta formulación se cumple formalmente la obligación preventiva de las conductas discriminatorias por razón de sexo, entre las que se incluyen el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, establecida en el art. 46 de la Directiva 2006/54 (*supra*).

Con relación al acoso moral y al resto de acosos discriminatorios, el Criterio técnico 69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo⁵⁰ refiere expresamente su condición de riesgo laboral y le aplica la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones preventivas, así como actuaciones reactivas en caso de que el acoso se produzca. Con relación a las sanciones aplicables, la LISOS califica como infracción muy grave la actuación u omisión del empresario cuando, habiendo conocido o debido conocer los hechos no hubiera adoptado las medidas suficientes y adecuadas para actuar contra el acoso moral (art. 8.11 LISOS), acoso sexual (art. 8.13 LISOS) o acoso por causa discriminatoria (art. 8.13 bis LISOS).

De este modo, aunque en los primeros criterios técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre acoso moral en el trabajo (34/2003) no llegó a establecerse una postura clara sobre la naturaleza de los riesgos psicosociales, ni siquiera en su manifestación más grave constitutiva de acoso, la situación actual es radicalmente diferente. Han tenido una importancia fundamental al respecto tanto los Acuerdos Marco Europeos acerca del estrés laboral (2004) y la violencia laboral y el acoso (2007) como el código de prácticas sobre violencia en el sector servicios aprobado en el seno de la OIT en 2003 (*supra*).

⁵⁰ Cuyo contenido puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_ciudadano/Criterios_Tecnicos/Documentos/C T 69 2009.pdf.

Se produce, pues, una acomodación formal a las indicaciones de la UE y de la OIT acerca de la inclusión de los riesgos psicosociales en las políticas preventivas. Pero existen una serie de obstáculos a la efectividad de la prevención en este ámbito que se desarrollan al margen de la política preventiva y que adquieren notable relevancia. De algunos de ellos se da cuenta a continuación.

3.3. La reforma laboral de 2012, el incremento de la flexibilidad laboral y los riesgos psicosociales

La reforma de 2012 se ha desprendido sin complejos de la consideración del trabajo como un valor propio en sí mismo, para integrarlo como un factor más en la productividad empresarial, presumiendo que el crecimiento surgiría inevitablemente de la eliminación de rigideces, y a partir de ahí podría remediar el desempleo⁵¹. Pero el incremento de la flexibilidad interna no tiene eficacia como instrumento sustitutivo de la flexibilidad externa si no se establecen mecanismos penalizadores de la extinción como técnica de gestión ordinaria. La reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de Julio), sin embargo, ha optado por un incremento de todas las modalidades de flexibilidad, tanto las internas como las externas (mediante el abaratamiento del despido improcedente y la mayor facilidad para la aplicación del despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción), sin establecer, asimismo, ningún mecanismo de proporcionalidad entre las medidas de ajuste que obligue al empresario a optar preferentemente por las medidas menos traumáticas. Todo ello sumado a una situación de precariedad laboral que afecta a casi el 30% de los contratos laborales es susceptible de generar la consolidación del riesgo psicosocial como una especie de pandemia, al generar una situación permanente de inestabilidad en un porcentaje muy alto de la población trabajadora. Ciertamente, la fidelización del trabajador, su motivación y la inversión en el incremento de su calidad son actuaciones empresariales que incrementan también la calidad del producto además de contribuir a la prevención de los riesgos psicosociales, pero aunque este tipo de actuaciones son asumidas por ciertas empresas, no puede presumirse que terminará siendo objeto de actuación de todas ellas, básicamente en un contexto de alto

⁵¹ Casas Baamonde, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Valdés Dal Ré, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales* 5, 2012, p. 2.

desempleo y de sujetos híper cualificados. Si el ordenamiento laboral no pone frenos a la utilización de la rotación laboral como técnica de gestión ordinaria (regeneración de plantillas) no puede producirse una adecuada prevención de los riesgos psicosociales.

Pero, además, la reforma laboral de 2012 está sirviendo para promocionar directamente otras formas de actuación empresarial generadoras de riesgos psicosociales que suponen violaciones de lo establecido en normas de la UE. Piénsese por ejemplo, en la actual regulación de la distribución irregular en España⁵², que configura en beneficio del empresario un poder de disposición horaria que puede alcanzar hasta el 10% de la jornada anual, salvo que otra cosa viniera establecida por acuerdo, sin que para ello tenga que justificar motivos excepcionales. Con este mecanismo, todos los contratos en España devienen contratos “disponibles” en dicho porcentaje, salvo que otra cosa se establezca por acuerdo. En el art. 19 de la Directiva 2003/88 de 4 de Noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo se establece que el parámetro de referencia para la aplicación de las normas a las que hace referencia la propia Directiva en relación con la determinación del horario no puede sobrepasar los seis meses. Pasado este periodo de referencia la eventual distribución irregular, a compensar en un periodo de referencia de doce meses, debe, según la Directiva 2003/88, operar solo con causa justificada (razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo) y mediante habilitación establecida al efecto en convenio o acuerdo colectivo. También se hace expresa referencia a que el parámetro superior al semestral tan solo podrá establecerse si se respetan los principios generales de protección de la seguridad y la salud⁵³. La norma española, como se ha expuesto, no respeta estos presupuestos. Y ello, no solo porque la distribución irregular no requiere causa justificativa (probablemente el aspecto más

⁵² Lo señala Argüelles Blanco, “La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo”, Comunicación en las XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 y 22 de Febrero de 2013, p. 5.

⁵³ El art. 19 de la Directiva 2003/88 establece lo siguiente: «Límites a las excepciones a los períodos de referencia. La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses».

desconcertante de la regulación española teniendo en cuenta que el horario es una condición esencial en el contrato de trabajo y que está directamente vinculada a la prevención de riesgos) sino también porque no incorpora que las irregularidades de jornada superiores en su desarrollo a seis meses (el parámetro español es anual) tengan que ser habilitadas por la acción de la negociación colectiva. Por supuesto, tampoco existe referencia alguna a que el parámetro superior al semestral respete los principios de seguridad y salud laboral, incluyendo los riesgos psicosociales.

Algo parecido podría decirse de la posibilidad de horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, que en lugar de quedar configurado como una modalidad contractual que facilita la compatibilidad (familiar, formativa o de otra naturaleza) termina siendo una fórmula de contrato a plena disponibilidad, dado que su horario concreto queda continuamente pendiente de estas horas extraordinarias, de las horas complementarias y de la distribución irregular de hasta el 10%, salvo que otra cosa se estableciera por acuerdo. También se observa el mismo fenómeno de trivialización de la cuestión de la organización del tiempo sin tener en cuenta que las facilidades para la compatibilidad son técnicas preventivas de los riesgos psicosociales. Al contrario, la reforma operada por la ley 3/2012 en materia de reducción de jornada por cuidado de hijos ha pretendido incorporar certidumbre en la organización empresarial configurando una solución homogénea (reducción de jornada “diaria”, sin hacer referencia a parámetros superiores) que se aleja de los parámetros de adecuación que requieren las medidas de conciliación para ser efectivas⁵⁴. De otro lado, se hace referencia genérica en el art. 34.8 ET segundo párrafo a que “se promoverán” la jornada flexible y otros mecanismos que pretenden facilitar la conciliación, aunque sin establecer un marco concreto de derechos y obligaciones. Ni siquiera existe una referencia a que los empresarios *tomen en consideración* las solicitudes de ajuste de jornada de los trabajadores que se reincorporan tras un permiso parental, tal y como establece la Directiva 2010/18 de permisos parentales.

⁵⁴ Refiere que con esta medida desaparece el sentido finalista de la reducción de jornada, Herraiz Martín, “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar” en García Perrote y Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 2012, p. 280.

4. Bibliografía

- ARGÜELLES BLANCO A.R., *La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo*, Comunicación en las XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 y 22 febrero 2013
- ARROYUELO SUÁREZ O., *La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea*, en *Lan Harremanak*, 2002, n. 7
- AUVERGNON P., De declaración en declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18
- CABEZA PEREIRO J., BALLESTER PASTOR M.A., *Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., VALDÉS DAL-RÉ F., CASAS BAAMONDE M.E., *La nueva reforma laboral*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de teoría y Práctica*, 2012, n. 5
- CORREA CARRASCO M., *El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo*, en M. CORREA CARRASCO (coord.), *Acoso moral en el trabajo : concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006
- GIL Y GIL J.L., *Concepto de trabajo decente*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18
- HERRÁIZ MARTÍN M.S., *El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar*, en I. GARCÍA-PERROTE, J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 2012
- PECCOUD D. (dir.), *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, Oficina Internacional del Trabajo, 2006
- SALA FRANCO T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 2012
- SERVAIS J.-M., *El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2012, n. 15-18
- SORA B., CABALLER A., PEIRÓ J.M., *Los efectos de la inestabilidad en el trabajador y la dependencia del empleo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, 2010, n. 1
- VALDÉS DAL-RÉ F., *El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2009, n. 1
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ M., *Preventing violence and harassment at work – Spain*, speech for *Seminar on violence and harassment at work*, Brussels, 6-7 October 2009, en www.osha.europa.eu/en

WILTHAGEN T., TROS F., *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, en *Transfer*, 2004, n. 2

El acoso moral en el trabajo: una perspectiva de derecho comparado*

de José Sánchez Pérez

1. El acoso moral y su ubicación histórica

Se ha de precisar, pese a la impresión inicial que pueda existir, que las conductas de violencia psicológica en el trabajo no son un producto generado por los tiempos modernos sino que es algo tan antiguo como el origen de las relaciones humanas¹. Han existido desde que unas personas han prestado servicios laborales para otras, si bien no se ha configurado este fenómeno de forma típica hasta las últimas décadas del pasado siglo XX. Se puede apreciar, pues, que el acoso moral ha aflorado en la actualidad, en primer término, por los devastadores efectos que provoca sobre la salud de los trabajadores y, en segundo lugar, por los altos costes que representa para las empresas². En el tiempo inicial de la Revolución Industrial el trabajador priorizaba, de forma coherente, la pretensión de regular las durísimas condiciones de trabajo a que se encontraba sometido (jornadas de 14 a 16 horas diarias, fijación de un salario mínimo, derecho al descanso, cobertura frente a los accidentes de

* El artículo toma como referencia el tratamiento del acoso moral en el trabajo existente en España. A partir de una visión esquemática de la normativa existente en Francia, Bélgica, Suecia y Reino Unido, se apuntan eventuales mejoras que pueden ayudar a alcanzar una regulación más adecuada de este fenómeno.

¹ Gorelli Hernández, J., Gómez Álvarez, T., “El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales”, *RGDTS*, 2, abril, 2003, p. 1.

² De Vicente Pachés, F., “La configuración del acoso moral en el trabajo y la soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales”, *TS*, 180, 2005, p. 51.

trabajo, etc.). Esta modalidad de acoso existía, sin duda, pero quedaba difuminada entre los muchos y graves problemas que determinaban la primera línea de debate a la hora de configurar la “cuestión social”.

El acoso psicológico es, por tanto, un viejo fenómeno presente en muchos lugares de trabajo y que deriva del deterioro de las relaciones interpersonales, así como de disfunciones en la organización del trabajo. Este comportamiento se encuentra relacionado con una diversidad de factores entre los que se incluyen la dignidad, la capacidad profesional, la vida privada, las características físicas, el origen étnico, el género o la orientación sexual de una persona, así como otras razones de tipo socioeconómico.

2. Concepto

Con el aumento creciente del sector servicios y la proliferación de nuevas formas de organización del trabajo se da lugar a una creciente complejidad de las relaciones interpersonales. Identificar los actuales riesgos que hay alrededor del mundo del trabajo implica tener en cuenta el cambio radical que ha experimentado el tipo de peligrosidad que el trabajo genera, desde las industrias y canteras de fines del siglo XIX a los actuales modos de producción en que impera el sector de los servicios y el mundo de las telecomunicaciones. En la forma apuntada el fenómeno del acoso moral deriva de la generalización de las nuevas formas de organizar el trabajo, provocando constantes y cada vez más complejas relaciones interpersonales, en las que se imponen valores como la competitividad y el afán de promoción profesional³.

En la forma expresada el desarrollo tecnológico y los procesos de automatización han conducido a un sistema productivo donde la actividad humana es menos indispensable. Las características propias de este nuevo sistema productivo conducen a una sociedad en la que predomina la competitividad, el egoísmo, la insolidaridad y la imposición de los valores materiales como prioridad absoluta y como justificantes de cualquier

³ En el contexto descrito, según De Vicente Pachés, surgen envidias, rencores, celos y odios que se traducen en una ambición desmesurada por el prestigio social y el beneficio económico. En el origen del acoso moral se encuentran estas conductas que apelan al culto al poder y al dinero, a la pérdida de valores, a la insustancialidad ética y al egocentrismo individualista. “La configuración del acoso moral en el trabajo y la soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales”, *cit.*, p. 51.

comportamiento lo que, inevitablemente, se traduce en una creciente agresividad en las relaciones humanas.

En este contexto afloran comportamientos patológicos consistentes – según la definición que ofrece el Doctor Leyman⁴, pionero y gran experto en la materia – en que «una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente – al menos una vez por semana – y durante un tiempo prolongado – más de seis meses – sobre otra persona, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona acabe abandonando el lugar de trabajo».

En nuestro país, el concepto comienza a alcanzar difusión a través del impacto que alcanza el libro de la psicóloga francesa Marie France Hirigoyen, *El acoso moral en el trabajo*. Esta investigadora identifica la definición de acoso moral como «toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud, etc.) que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad o la integridad física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo», implicando una violencia en pequeñas dosis que, pese a que no se advierta, puede alcanzar un efecto muy destructivo. Esta investigadora vino a iluminar un fenómeno que los trabajadores no sabían cómo calificar⁵. Frente a criterios precedentes no propone un criterio temporal de exposición mínima o de duración del comportamiento de acoso.

En la actualidad una definición referente del término “acoso moral” en el ámbito laboral lo encontramos en la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Se entiende por tal «un comportamiento reiterado y desproporcionado hacia un trabajador o grupo de trabajadores que busca discriminar, humillar o amenazar a la persona acosada o minar su autoestima». El acoso puede traducirse en una situación de maltrato verbal y físico, pero también adoptar formas más sutiles, como el aislamiento social⁶. Se trata de un

⁴ El profesor alemán Heinz Leymann, doctor en Psicología del Trabajo y profesor de la Universidad de Estocolmo, fue el primero en definir este término durante un Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo en el año 1990. “European journal of work and organizational psychology”, *Universidad de Umeå* (Suecia), 1996, 5(2), p. 165 a 184.

⁵ Lerouge, L., Ponencia Congreso Internacional “Violencia, Salud y Trabajo en tiempo de crisis”, Santiago de Compostela, 15-17 Julio 2013.

⁶ Según expresa la Agencia Europea de la Salud y Seguridad en el trabajo Se trata de un problema importante en los lugares de trabajo europeos que supone unos costes considerables, tanto para los trabajadores como para las organizaciones. Se aprecia que cualquier persona puede ser víctima de acoso en una organización. Según los resultados de las encuestas, en Europa lo sufre un 5% de los trabajadores (datos del año 2005), si bien en algunos Estados

“concepto importado” cuya integración en el ordenamiento jurídico español ha de quedar subsumido en categorías o prescripciones correspondientes a otros tipos jurídicos identificables in extenso. El acoso psicológico se produce en lugares de trabajo, en cualquier lugar del mundo, si bien se trata de un fenómeno relacionado con la cultura, razón por la cual la forma en que se exterioriza, y con que se percibe, puede ofrecer matices y variantes en los diferentes lugares en que ocurre. Se considera que existe cuando se produce el comportamiento agresivo y amenazador de uno o más miembros de un grupo, dirigido hacia un objetivo, que se constituye en la víctima o sujeto acosado. La extensión del fenómeno permite, y hace aconsejable para un mejor abordaje del problema, un análisis comparado de sus distintas manifestaciones.

3. Caracterización del acoso moral

Los comportamientos que se describen a partir de una actitud de acoso moral, partiendo del concepto que lo define, son básicamente cuatro: se trata de un comportamiento repetitivo, con efectos acumulativos – de ello se extrae que tales comportamientos individualmente considerados pueden no alcanzar un alto nivel lesivo, provocando el daño no tanto por la actitud violenta sino por la repetición –, en segundo lugar son comportamientos no deseados por quien los sufre, en tercer lugar, estas conductas no muestran reciprocidad dado que el destinatario no puede o no quiere responder a las mismos y, en último lugar, se trata de comportamientos que pretenden alcanzar un efecto devastador sobre la víctima.

A la hora de identificar la existencia del acoso debe subrayarse que no todo conflicto producido en el trabajo ha de reconducirse hacia esta figura. En múltiples ocasiones estaremos ante simples discrepancias surgidas en relación al ejercicio del poder de organización empresarial. Si se trata de instrucciones impuestas a la generalidad de la plantilla no se podrá hablar de acoso moral. Tampoco si no existe un desarrollo sistemático y recurrente del comportamiento acosador o cuando éste no persigue menoscabar la estabilidad o la integridad de la víctima, o no se trata de actos realizados por el empresario o el resto de trabajadores, sino que se trata de circunstancias que se desprenden

miembros de la Unión Europea, el porcentaje alcanza el 10-17% de los trabajadores. Disponible en URL <https://osha.europa.eu/es/topics/stress/harassment>.

de las condiciones de trabajo⁷. Debe llamarse la atención acerca de que lo expuesto no implica la falta de tutela de las situaciones no calificables como de acoso moral dado que podemos estar ante una situación de acoso sexual, de estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, o “*burn out*”, o incluso ante una agresión puntual que puede tener encaje en alguno de los diversos tipos propios del derecho penal (delito o falta de daños, injurias, calumnias, etc.).

En cuanto a los efectos que provoca el acoso laboral puede destacarse el estrés que genera en las víctimas y en sus compañeros de trabajo, familias y amigos. En ocasiones, las víctimas son incapaces de actuar con normalidad tanto en su trabajo como, incluso, en su vida cotidiana. Puede producir trastorno de estrés postraumático, pérdida de autoestima, ansiedad, depresión, apatía, irritabilidad, trastornos de la memoria, trastornos del sueño y problemas digestivos, e incluso puede resultar determinante para un acto suicida. Las víctimas del acoso pueden seguir experimentando estos síntomas durante años, incluso cuando el acoso o la propia relación laboral han cesado.

4. El acoso moral desde una perspectiva de derecho comparado

La terminología usada para definir el acoso moral en el trabajo varía según los países: en Alemania “*mobbing/psychoterror*”, en Australia, Reino Unido y EE.UU. se utiliza la expresión “*workplace bullying*”, en Bélgica y Francia “*moral harassment*”, en Canadá “*psychological harassment*”, en Dinamarca, Italia y Noruega “*mobbing*”, en Suecia “*victimization/mobbing*”.

Por su parte las autoras C. Caponecchia y A. Wyatt, definen el término “*harassment*” como comportamiento que causa humillación, ofensa o intimidación sobre la base del sexo, raza, género, etnia o religión de otra persona, o sobre su discapacidad/enfermedad, estado civil, edad u otra característica propia del individuo o su relación con alguien con alguna de estas características⁸. En algunas ocasiones, los términos “*bullying*” y “*harassment*” se han usado de forma intercambiable. Las definiciones de *bullying* reconocidas a nivel internacional no requieren una relación con ninguna de las características protegidas mencionadas anteriormente. Un comentario

⁷ García Viña, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *RL*, 2010, pp. 1 a 11.

⁸ Caponecchia C., Wyatt A., *Distinguishing between workplace bullying, harassment and violence: a risk Management approach*, en *Journal of Occupational Health and Safety Australia and New Zealand*, 2009, n. 6.

discriminatorio en relación a la raza de una persona puede ser calificado de *harassment* ya que éste puede venir constituido por un hecho aislado o repetido. Sin embargo un solo acto de comportamiento ofensivo o humillante, en general, no se calificaría de *bullying* porque su rasgo definitorio es la repetición de un comportamiento irrazonable.

En castellano traducimos *bullying* como acoso o intimidación, y *harassment* como hostigamiento o acoso. En lo que se refiere al término “*mobbing*” se ha de compartir plenamente la afirmación que mantiene Molina Navarrete, al reseñar el carácter rechazable e innecesario de la utilización del citado anglicismo, siendo más adecuada la utilización de los términos propios de nuestro idioma: “acoso moral” u “hostigamiento psicológico”⁹.

4.1. España

En nuestro país, pese a las iniciativas desplegadas a nivel internacional, se ha prolongado durante tiempo considerable un fenómeno de tipicidad social y atipicidad normativa, toda vez que nuestro ordenamiento laboral se ha resistido a contemplar expresamente este fenómeno. Esta persistente atipicidad legislativa no ha impedido, en cualquier caso, su tipicidad jurídica en la medida en que sí ha existido un marco normativo para afrontar el problema tanto desde el ámbito preventivo como del reparador. La primera iniciativa fue adoptada como consecuencia de la regulación del acoso discriminatorio con la transposición de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, norma que busca establecer un marco general con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁰.

Esta atipicidad normativa ha sido rectificada, a través de la legislación penal. El legislador a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha tipificado como delito (artículo 173.1 Código Penal) la acción de aquel que, en el ámbito de

⁹ Molina Navarrete, C., “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre la prevención e indemnización”, *AS*, 18, 2001, p. 46. Siguiendo el criterio indicado Gorelli Hernández, J., Gómez Álvarez, T., El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales”, *RGDTSS*, 2, abril, 2003, p. 1.

¹⁰ La misma se lleva a cabo a través de la ley 62/2003, en su artículo 28, párrafo 1, y manifiesta que se entenderá por 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».

cualquier relación laboral y prevaliéndose de su posición de superioridad, produzca de forma reiterada actos humillantes u hostiles, sin llegar a constituir trato degradante, aplicando una pena de prisión de seis meses a dos años, según la gravedad de la coacción o los medios empleados.

La diversidad de facetas a las que afecta el hostigamiento psicológico descrito ofrece un perfil pluriofensivo, en tanto que puede afectar a diferentes facultades y derechos de orden constitucional, y que podrán traducirse en su afectación a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), a la integridad moral (artículo 15.1 CE), el derecho al honor (artículo 18.1 CE) y el derecho a la libertad de comunicación (artículo 20.1 CE). A este respecto, la dignidad de la persona y, también, el libre desarrollo de la personalidad son valores inspiradores del ordenamiento jurídico y de la paz social, cuya utilidad sería, en primer término, la de justificar la cualidad de fundamental propia de los derechos reconocidos como tales. Debe entenderse que cualquier supuesto de acoso moral supone una vulneración grave de la dignidad de las personas y constituye, en forma añadida, un atentado a su integridad moral tal y como estima la STC 120/1990, de 27 de junio, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, cuando señala que «atenta contra la integridad moral el trato gravemente vejatorio, humillante y envilecedor de la persona».

Se trata, pues, de un fenómeno laboral contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, según el cual se vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el artículo 15 CE y que desconoce el derecho reconocido a los trabajadores en el artículo 4.2.e) ET, en virtud del cual se ha de respetar su intimidad y la consideración debida a su dignidad; derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El acoso moral como fuente de daños induce a plantear cuáles puedan ser los medios de tutela para un resarcimiento adecuado. Desde el punto de vista de la Seguridad Social, en la medida en que no se contempla el tratamiento de los riesgos psicosociales como enfermedades profesionales, cabe la opción de que por la vía del artículo 115.2.e LGSS se consideren derivados de accidente de trabajo los procesos derivados o que tengan su origen en tales supuestos, siempre que se acredite oportunamente la relación causa/efecto. Desde otra perspectiva, cabe articular el cese del acoso laboral a través de la modalidad

procesal especial contemplada en la LRJS y relativa a tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (artículo 177 y ss.). También cabe articular la extinción del contrato de trabajo por incumplimientos graves, derivada de la aplicación del artículo 50.1 c) del ET, aunque hay que tener presente la dificultad de que el juzgador pueda aplicar una indemnización específica dirigida a la cobertura de los daños producidos, distinta de la legalmente prevista para la extinción del contrato. A tal fin sería preciso articular una acción mixta de resolución de contrato con tutela de derechos fundamentales dado que, ante la duplicidad de daños, correspondería una legítima duplicidad de indemnizaciones.

4.2. Francia

El acoso moral encuentra su regulación en el artículo 1152-1 del Código Laboral¹¹ (Code du travail), si bien se han incorporado dentro de su ámbito de protección algunas modificaciones como consecuencia de la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo. El Código viene a señalar que el Comité de Seguridad y Salud contribuye a la protección de la salud mental y física de los trabajadores de la empresa, incluidos los empleados por firmas ajenas que trabajan en la misma. Los médicos de empresa pueden, asimismo, proponer al empresario medidas individuales para trabajadores cuyo estado mental requiera cuidados especiales.

En 2010 se llegó a un Acuerdo Nacional para identificar y prevenir los actos de acoso y violencia en el trabajo. La Ley para la Modernización Social, de 17 de enero de 2002, incorpora el precepto del Código Laboral que obliga al empleador a adoptar las medidas necesarias para asegurar la seguridad y proteger la salud mental y física de los trabajadores, así como a tener en cuenta el acoso moral a la hora de diseñar un plan de prevención coherente, adoptar las medidas necesarias para evitar el acoso y hacer públicas las diversas responsabilidades que se derivan de tales comportamientos. Los representantes de los trabajadores tienen el deber de informar inmediatamente al empresario

¹¹ El precepto citado recoge el comportamiento indicado como «el hecho de acosar a otro mediante actuaciones repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptibles de atentar sus derechos y su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional». Disponible en URL <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=vig>.

cuando sean testigos o informados por un trabajador sobre la violación de derechos humanos, derecho a la salud mental y física, o violación de libertades individuales no justificadas por el tipo de trabajo ni el propósito buscado.

Una de las cuestiones más llamativas que señala el Código se traduce en que, en la medida en que los contratos se suscriben de buena fe, los empresarios han de adoptar las prevenciones adecuadas para proteger la salud de los trabajadores (artículo 1.222-1 Código de Trabajo). Ello se ha de complementar con disposiciones de carácter práctico en el reglamento interno de la empresa. De otro lado, el empleado que denuncia acoso moral ha de determinar los hechos que permitan establecer la presunción de que se ha producido abuso. La carga de la prueba, en tal caso, pasa entonces al empresario que debe demostrar que los hechos no constituyen acoso y se justificaron en base a elementos objetivos (artículo 1.154-1 Código Laboral). El procedimiento de la mediación, al contrario que en otros países, no es muy utilizado. El trabajador que denuncie, se niegue a o sea objeto de acoso moral no puede ser sancionado, despedido ni discriminado. En consecuencia, cualquier medida contra un trabajador como venganza por una denuncia de buena fe será declarada nula y sin efecto (artículo 1.153-2 Código Laboral). Si el empleado es despedido por tal denuncia, deberá ser readmitido.

El acoso moral es considerado un acto ilícito por lo que el trabajador puede solicitar una indemnización por el perjuicio sufrido. El empleado también podrá obtener junto a esta indemnización la que pueda corresponderle por el despido improcedente¹². Asimismo el Código Penal (artículo 222-33-2) también ofrece protección frente al acoso moral en el trabajo comprendiendo penas de hasta 2 años de cárcel y 30.000 € de sanción.

4.3. Bélgica

Se ofrece una regulación específica del acoso moral a través de la Ley de Bienestar, de 4 de agosto de 1996, relativa al bienestar de los trabajadores en el desempeño de su trabajo, y que regula la seguridad y salud en el trabajo¹³. La

¹² Proskauer, *Bullying, Harassment and Stress in the Workplace – A European Perspective*, 2011, en www.internationallaborlaw.com.

¹³ La indicada ley puede encontrarse en la dirección URL <http://www.employment.belgium.be/WorkArea/showcontent.aspx?id=1896>. Esta norma define el acoso moral como un «comportamiento cuyas consecuencias consisten en que la personalidad, dignidad o integridad física o psicológica de un trabajador se ve afectada en su

norma ha sido desarrollada por el Real Decreto de 17 de mayo de 2007¹⁴. Como complemento se muestra la Ley relativa a la Protección frente a la violencia, acoso moral y sexual en el trabajo, de 11 de junio de 2002¹⁵ y la Ley relativa a la carga psicosocial a causa del trabajo, acoso moral y sexual, de 10 de enero de 2007.

Esta normativa persigue asegurar que el empleador evite cualquier acto de violencia, acoso moral o sexual en el trabajo y determinar qué medidas se deben de tomar para prevenirlo, en función de un análisis de prevención de tales riesgos. Entre tales medidas se encuentran las de tipo material y organizativo para la prevención, procedimientos usados para asesorar a las víctimas, formación e información de los trabajadores, nombramiento por el empleador de un asesor en prevención con conocimientos en la materia si la empresa tiene más de 50 trabajadores – quedando obligado, en caso contrario, a la contratación de un servicio externo –, la facilitación de apoyo psicológico de servicios especializados o instituciones para la víctima de acoso. Como medida complementaria se establece la garantía de que las víctimas de acoso que formulen la oportuna denuncia no podrán ser despedidas por tal motivo¹⁶.

desempeño del trabajo, que su puesto está en riesgo o que se crea un entorno amenazador, hostil, insultante, degradante o hiriente que se manifiesta en forma de palabras, actos, gestos o comunicación unilateral. Tal comportamiento se asocia frecuentemente con la religión o creencias, discapacidad, edad, orientación sexual, género, raza u orientación étnica».

¹⁴ Royal Decree of 17 May 2007 concerning the prevention of psychosocial load caused by work, including violence, harassment and sexual harassment at work. Disponible en URL <http://www.employment.belgium.be/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=32252>.

¹⁵ García Viña, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países...”, *cit.*, p. 5. Figura en esta norma una definición del acoso que se describe como «las conductas abusivas y reiteradas de todo género, externas o internas a la empresa o institución, que se manifiesten principalmente en comportamientos, palabras, intimidaciones, actos, gestos y escritos unilaterales, que tengan por objeto o por efecto atentar a la personalidad, la dignidad o la integridad física, o psíquica de un trabajador, o de otra persona a la que este capítulo le sea aplicable, con ocasión de la ejecución de su trabajo, poner en peligro su empleo o crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

¹⁶ Pinkos Cobb, E., “Worplace Bullyng: A global Health and Safety Issue”, *Ilera World Congress 2012*, Philadelphia, Pennsylvania, EE.UU., p. 1-26. Disponible en URL <http://ilera2012.wharton.upenn.edu/refereedpapers/cobbellen.pdf>.

4.4. Suecia

Se trata del primer país de la Unión Europea en aprobar una legislación específica contra el acoso moral. El Decreto AFS 1993:17 contra el acoso en el trabajo, integrado por 6 secciones breves, viene a delimitar el concepto de acoso moral a partir de «acciones recurrentes y reprobables o claramente negativas dirigidas contra un empleado de forma ofensiva y que pueden terminar situándolo fuera de la comunidad del lugar de trabajo concepto importado». El Decreto pone especial énfasis en la figura del empresario quien debe evitar las situaciones de acoso en la empresa en la medida de lo posible, dejando claro que el acoso constituye una situación directamente inaceptable. El empresario queda obligado también a disponer sistemas para detectar y corregir «condiciones laborales no satisfactorias, problemas de organización del trabajo o deficiencias de cooperación». Éste debe adoptar medidas cuando se detecte acoso, incluida una investigación para establecer si la causa viene determinada por la propia organización del trabajo. También debe planificar y poner en práctica medidas de apoyo para el empleado víctima de acoso.

La Dirección Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sugiere unas “recomendaciones generales” para implementar el Decreto y detecta como causa principal del acoso «problemas organizativos persistentes no resueltos», y condiciones laborales inaceptables. Sorprendentemente, el Decreto no ofrece una solución específica para las víctimas de acoso (no establece sanciones) con lo que pocos casos se sustancian en los juzgados suecos¹⁷. No queda constancia así de condenas significativas por motivo de acoso en el ámbito jurisdiccional en aplicación de la norma de referencia.

4.5. Reino Unido

Una encuesta de UNISON, el primer sindicato del Reino Unido, realizada en el año 2011, mostró que seis de cada diez trabajadores habían sido objeto de acoso, o bien testigos del mismo, durante los 6 meses previos¹⁸. La legislación

¹⁷ S. Guerrero, M. I., “The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume 27, pp. 477-500. Disponible en URL <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1135&context=iclr>.

¹⁸ Pinkos Cobb, E., “Workplace Bullying: A global Health and Safety Issue”, *Ilera World Congress 2012*, Philadelphia, Pennsylvania, EE.UU., p. 6.

del Reino Unido muestra dos criterios relacionados con el acoso moral. En primer lugar se ha de hacer mención al acoso discriminatorio regulado en la Ley de Igualdad de 2010, de 1 de octubre (Equality Act 2010)¹⁹. A tenor de la indicada norma se denominan “características protegidas” las relacionadas con discriminación por motivo de: edad, discapacidad, cambio de sexo, estado civil, embarazo y maternidad, religión o creencias, sexo y orientación sexual²⁰. Se trata de un único marco reglamentario establecido contra la discriminación en el Reino Unido. También se ofrece cobertura hacia otras especialidades de acoso: el denominado acoso asociativo: que es aquel que se produce cuando alguien acosa a un individuo en base a una de las “características protegidas” porque un tercero asociado a ese individuo posee tal característica (v.gr.: comentarios homófobos porque alguien es amigo de un gay), o el denominado acoso perceptivo: que se produce cuando alguien es acosado porque el acosador percibe que posee una “característica protegida”, aunque de hecho no sea así (v.gr.: comentarios anti-islamistas hacia un individuo que no lo es). En el supuesto de denuncia se produce una inversión de la carga de la prueba quedando obligado el empresario a acreditar que no ha habido acoso. La sección 136 de esta ley, relativa a la carga de la prueba, destaca que: «si existen hechos, en ausencia de cualquier otra explicación, sobre los cuales un juzgado pueda decidir que A (sujeto) infringió una disposición de esta ley, el juzgado estimará que existió infracción. Esto no se aplica si A prueba que A no infringió la disposición». De otro lado, se prohíben las represalias para los empleados que, invocando esta ley, ejerzan sus derechos en relación a una situación de acoso o actúen como testigos en apoyo de una denuncia²¹.

El empresario también puede tener responsabilidad subsidiaria. Esta ley considera que lo que haga el empleado en el transcurso de su jornada laboral se presume realizado bajo las instrucciones o el poder de dirección del empresario (sección 109.1), independientemente de que el empleado haya obrado con el

¹⁹ Disponible en dirección URL <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

²⁰ Las indicadas *características protegidas* amplían la relación de derechos contemplados en las Directivas UE 2000/43, sobre origen racial y étnico, y 2000/78, sobre Igualdad de Trato en el empleo.

²¹ Proskauer, *Bullying, Harassment and Stress in the Workplace – A European Perspective*, 2011, en www.internationallaborlaw.com, p. 8. Según la Ley existe acoso cuando «A (un sujeto) participa de una conducta no deseada relativa a características protegidas con el propósito o efecto de violar la dignidad de B (otro sujeto) o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para B». Es de reseñar que un único incidente puede constituir acoso según esta Ley y que los procedimientos para dilucidar responsabilidades derivadas de esta norma se sustancian ante la jurisdicción laboral.

conocimiento o aprobación de éste. No obstante, el empresario puede defenderse alegando que adoptó todas las medidas razonables para evitar que el empleado fuera víctima de conducta discriminatoria.

En segundo término hay que considerar el acoso no basado en las “características protegidas” contempladas en la Ley de Igualdad. Este tipo de acoso laboral deriva de la Ley para la protección contra el acoso laboral de 1997 (Protection from Harassment Act 1997²²), que prohíbe las conductas que el acosador sabe, o debería saber, son de acoso, lo que incluye causar alarma o angustia. Las denuncias al amparo de esta Ley se presentan ante los tribunales de condados (municipales o de Distrito) o el Tribunal Superior. El acoso en este caso no precisa que esté relacionado con una de las características protegidas. Las pruebas para demostrar que ha habido acoso bajo esta ley son bastante más difíciles (ha de ser opresiva e inaceptable) y además requiere que haya más de un acto de acoso, una conducta continuada.

Con relación al estrés en el trabajo, la Autoridad sobre salud y seguridad en el Reino Unido lo define como «reacción adversa que las personas experimentan cuando se les exigen excesivas demandas o presión». La Ley de 1974 sobre Seguridad y Salud en el trabajo exige a los empresarios que se haga un estudio adecuado y suficiente del riesgo relativo al estrés y que adopten medidas al respecto, aunque reconoce que este tipo de valoración es más complicada que el de los riesgos físicos. Al amparo de esta norma es el empleado quien debe aducir pruebas suficientes para demostrar el acoso (se invoca sólo en los casos más extremos). El empresario también puede ser considerado responsable subsidiario invocando esta ley, aunque el enfoque para evaluarlo será apreciar la relativa proximidad entre el tipo de trabajo y la conducta objeto de denuncia, y preguntarse si, mirado en su conjunto, es justo y equitativo considerar al empresario responsable subsidiario.

La reclamación de una indemnización es la principal opción ante una situación de acoso moral o discriminatorio. Las compensaciones – como pautas generales – oscilan desde £ 600-6.000 en los casos leves (un solo incidente), de £ 6.000-18.000, para casos más serios y de £ 18.000-30.000 cuando ha existido acoso prolongado en el tiempo²³.

²² Disponible en URL http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/40/pdfs/ukpga_19970040_en.pdf.

²³ Proskauer, *Bullying, Harassment and Stress in the Workplace – A European Perspective*, 2011, en www.internationalaborlaw.com, p. 17.

5. Conclusiones

A la hora de indagar en la legislación comparada podemos comprobar que no es necesario que exista una ley sobre acoso laboral para que el trabajador encuentre protección y el sujeto activo sea sancionado. Las protecciones se fundan, por lo general, en las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, en las leyes de riesgos del trabajo, en las obligaciones del empleador que surgen del contrato de trabajo, en las leyes que prohíben la discriminación, etc.

Se ha de tener presente que la mera existencia de legislación específica sobre riesgos psicosociales no parece ser un factor determinante de la aplicación de las medidas por los Estados. De esta forma según la encuesta ESENER²⁴ los países con mayor nivel de aplicación son Irlanda y Reino Unido – donde la normativa específica no alcanza un gran desarrollo –, mientras que países que sí disponen de esa legislación como Italia y Hungría se encuentran en un nivel menor de aplicación.

Otras ideas referentes que podemos extraer de las diferentes normativas referidas son las siguientes. En primer lugar la inclusión en los planes de prevención de riesgos laborales de las medidas adecuadas para evitar las situaciones de acoso (Francia) propicia pasar de una lógica de la reparación a una lógica de la prevención; la actuación activa encomendada a los representantes de los trabajadores una vez que se tiene conocimientos de situaciones de acoso (Francia) o el establecimiento de indemnizaciones dentro de un arco de valoración a favor de las víctimas de acoso laboral (Reino Unido), eludiendo así la dificultad de la prueba que existe, v.gr. en nuestro país, en cuanto a la fijación y determinación de las cantidades procedentes.

6. Bibliografía

AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, [Encuesta europea sobre riesgos nuevos riesgos y emergentes – Resumen](http://www.osha.europa.eu/es), 2010, en www.osha.europa.eu/es

²⁴ Se hace mención a la Encuesta Europea sobre riesgos nuevos riesgos y emergentes. El objetivo de la encuesta realizada por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo se concreta en la ayuda a la gestión con mayor eficacia de las cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción de la salud y el bienestar de los trabajadores.

- CAPONECCHIA C., WYATT A., *Distinguishing between workplace bullying, harassment and violence: a risk Management approach*, en *Journal of Occupational Health and Safety Australia and New Zealand*, 2009, n. 6
- DE VICENTE PACHÉS F., *La configuración del acoso moral en el trabajo y la soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales*, en *Tribuna social*, 2005, n. 180
- GARCÍA VIÑA J., *Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2010, n. 1
- GORELLI HERNÁNDEZ J., GÓMEZ ÁLVAREZ T., *El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2003, n. 2
- LEYMANN H., *The Content and Development of Mobbing at Work*, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, n. 2
- LEROUGE L., Ponencia Congreso Internacional *Violencia, Salud y Trabajo en tiempo de crisis*, Santiago de Compostela, 15-17 Julio 2013
- MOLINA NAVARRETE C., *La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre la prevención e indemnización*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 18
- PINKOS COBB E., *Workplace Bullying: A global Health and Safety Issue*, Refereed Paper at ILERA 16th World Congress, 2012, en ilera2012.wharton.upenn.edu
- PROSKAUSER, *Bullying, Harassment and Stress in the Workplace – A European Perspective*, 2011, en www.internationallaborlaw.com
- GUERRERO M.I.S., *The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation*, en *Boston College International and Comparative Law Review*, 2004, n. 2

Poder de dirección y organización del empresario en Francia y riesgos psicosociales en el trabajo

de Loïc Lerouge

1. Introducción

El trabajo y sus condiciones de ejercicio evolucionan, se transforman y se intensifican. Esta evolución de las condiciones de trabajo repercute en la salud de los trabajadores, especialmente en lo relativo a la organización del trabajo y a los riesgos organizacionales agrupados bajo lo que podemos denominar los “riesgos psicosociales” (RPS).

Ahora más que nunca, la salud mental de los trabajadores se ve puesta a prueba por esta evolución y por la repercusión que la organización del trabajo tiene sobre la salud y el bienestar en general. Los trastornos osteomusculares han sido uno de los primeros síntomas reveladores de esta enfermedad, ahora, también se habla de riesgos psicosociales mezclados con riesgos profesionales, afecciones somáticas y trastornos de salud mental. Estos últimos, directamente relacionados con el cambio en las condiciones de trabajo, han aumentado considerablemente, si bien son difíciles de someter al derecho por su carácter subjetivo en comparación con los riesgos físicos, más fácilmente objetivables. Sin embargo, el derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo tiene en cuenta tanto la salud mental como la salud física. La salud en el trabajo se entiende, de hecho, en un sentido global, es decir “físico y mental”, puesto que el trabajador no se libera del aspecto mental de su salud cuando asume una función o cuando se subordina al empresario. Reconocer un “derecho a la protección de la salud mental”, es además reconocer un terreno eminentemente superior respecto de los derechos del hombre, puesto que el derecho a la salud y el derecho a la dignidad son inalienables. Comprender que la salud en el trabajo supone abarcar la dimensión física y mental de la salud (en un sentido global, salud

mental y manifestaciones somáticas) permite avanzar hacia una consideración de los riesgos psicosociales.

El trabajador y el empresario están estrechamente vinculados por un contrato laboral. Ahora bien, contrariamente a los contratos de “derecho común”, el contrato laboral se caracteriza por un desequilibrio a favor del empresario que goza de autoridad sobre el trabajador: la relación de subordinación. En virtud de esta relación de autoridad conferida mediante el contrato de trabajo laboral, el empresario da órdenes, directivas e instrucciones y controla su ejecución y su incumplimiento por parte del trabajador podría ser objeto de sanción.

Sin embargo, dentro de la relación contractual, el empresario es deudor de la salud de sus trabajadores. Efectivamente, la relación de subordinación no le legitima para dañar la salud de sus trabajadores ni para incumplir sus obligaciones en lo que a su protección se refiere. Muy por el contrario, para que los trabajadores puedan realizar su prestación de trabajo en buenas condiciones deben tener garantizada la protección de un derecho tan fundamental como es el derecho a la salud. Por eso, el poder de dirección de organización puede enfrentarse a obligaciones que cumplir y limitaciones.

El objetivo final es rendir cuentas del principio de “adaptación del trabajo al hombre” enunciado por la directiva-marco 89/391/CEE del Consejo del 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹. Aquí se pone de manifiesto la primacía de la persona teniendo en cuenta la relación subjetiva de la persona con su entorno laboral.

En lugar de exprimir a los trabajadores para aumentar la productividad, se trata de tener en cuenta el entorno laboral para proporcionar al trabajador las condiciones de trabajo adecuadas para que pueda desempeñar su función lo mejor posible. Este enfoque del derecho comunitario de la gestión de las condiciones de trabajo se inspira en particular en el derecho internacional del trabajo y en el Convenio n. 155² que preconiza «la adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los

¹ DO L 183 de 29.6.1989, p. 1.

² Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores medio ambiente de trabajo, 1981 (n. 155), http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300.

trabajadores» (art. 5) e incluso en el Convenio OIT n. 161³ que hace hincapié a través de los servicios de salud en el trabajo en asesorar al empresario especialmente en lo relativo a las cuestiones de «adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores habida cuenta de su estado de salud físico y mental» (art. 1. a.ii) y en promocionar el principio.

Adaptar el trabajo al hombre constituye también un reto de prevención para salvaguardar la salud física y mental de los trabajadores. Se trata de examinar cuidadosamente la organización del trabajo y el sentido del poder de dirección del empresario. De este modo, la salud es objeto de medidas legales de protección relativas al poder de dirección y de organización del empresario (2), pero acapara también toda la atención del juez que ha suscitado la controversia haciendo una jurisprudencia intervencionista en el poder de dirección del empresario (3).

2. Las obligaciones legales del empresario para proteger la salud física y mental de sus trabajadores

La legislación de la salud y de la seguridad en el trabajo obliga al empresario a tomar una serie de medidas para proteger la salud de los trabajadores. Así, el empresario está sujeto a una obligación general de prevención acompañada de la jurisprudencia de una obligación de seguridad con carácter de resultado (2.1). De cara a garantizar la aplicación de su política de salud y seguridad en el trabajo, el empresario dispone de un instrumento de prevención destinado a ayudarle en este proceso (2.2).

2.1. Una obligación general de prevención con una obligación de seguridad de resultado

La legislación relativa a la seguridad en la empresa nace principalmente de la necesidad de compensar el desequilibrio inherente a la relación contractual de trabajo. Asimismo, se trataba de proteger el cuerpo y al mismo tiempo el objeto

³ Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (n. 161), http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C161.

de la prestación laboral⁴. De hecho, la mayoría de las grandes leyes sociales tenían este objetivo, es decir banalmente “preservar la reproducción de la mano de obra”. Sin embargo, es la ley del 13 de junio de 1893 relativa a la higiene y la seguridad de los trabajadores en los establecimientos industriales la que finalmente aborda frontalmente la cuestión de la seguridad en la empresa, obligando a que los establecimientos estén acondicionados «de tal manera que garanticen la seguridad de los trabajadores». No obstante, estos esfuerzos en materia de prevención, iniciados especialmente en 1893, se han visto arruinados por el compromiso de 1898 refundido más tarde dentro del sistema de seguridad social en 1946⁵. En opinión de Pierre Sargos, en la presidencia de la Sala de lo social del Tribunal de Casación durante los casos de amianto, el consenso bastante general surgido de la ley del 9 de abril de 1898 ha reafirmado la idea de «que no era indispensable incurrir en los gastos y en el esfuerzo de aplicar realmente las medidas de seguridad puesto que el daño al hombre estaba reparado»⁶; este consenso ha desembocado en el «crimen social del amianto»⁷.

El derecho de la salud y de la seguridad en el trabajo, basado en la obligación de seguridad quedó reducido durante décadas (¡más de un siglo!) a una visión técnica – repulsiva e incluso deshumanizada, un asunto de técnicos en suma – de la prestación de trabajo. Ahora bien, la directiva-marco del 12 de junio de 1989 rompió esta visión de las cosas. La directiva establece en efecto en todos los países de la Unión Europea una base común de protección de la salud en el trabajo basada en la prevención⁸ y un enfoque general de esta y de la obligación de seguridad centrada en la protección de la salud de los trabajadores.

En otras palabras, se deben prevenir todos los riesgos. De hecho, la CJCE lo recuerda en el caso por el que la Comisión Europea se opone a Italia en 2001⁹.

⁴ V. Los trabajos de Alain Supiot en *Crítica del derecho del trabajo*, PUF, Col. Quadrige, 2ª edición, 2007, p. 336.

⁵ V. Sargos P., “La evolución del concepto de seguridad en el trabajo y sus consecuencias en materia de responsabilidad”, *JCP G*, 22 de enero de 2003, p. 104.

⁶ *Ibid.*; Pierre Sargos cita también a Arnaud Lyon-Caen que estimaba que la interposición de la CPAM entre el responsable del accidente de trabajo y la víctima no favorece la prevención de los accidentes de trabajo, en “Revolución en el derecho de los accidentes del trabajo”, *Derecho Social*, abril de 2002, p. 445.

⁷ *Ibid.*

⁸ V. Moreau M.-A., “Por una política de salud en la empresa”, *Derecho Social*, septiembre-octubre de 2002, p. 817.

⁹ CJCE 15 de noviembre de 2001, Comisión c/ République Italienne, C-49/00.

La legislación italiana de transposición de la directiva-marco de 1989 no recogía la obligación del empresario de prevenir “todos” los riesgos profesionales. El trabajo se ha intensificado, las empresas se enfrentan a la globalización de la economía y han hecho evolucionar los métodos de organización del trabajo para ser más competitivas. Las consecuencias de esta evolución tienen un gran impacto en la salud mental de los trabajadores por lo que la ley debía tener en cuenta estos cambios, especialmente en lo que concierne a la salud de los trabajadores.

Al mismo tiempo, surgía otro debate, y no de menor importancia: el del reconocimiento del nocivo efecto para la salud de determinadas organizaciones del trabajo o métodos de gestión. La entrada en juego de los trastornos osteomusculares intensifica la conexión entre “organización del trabajo” y salud. Efectivamente, ahora se reconoce la relación entre las posturas corporales impuestas por la organización del trabajo para mejorar el rendimiento y las patologías derivadas de ellas. Los riesgos psicosociales, por otro lado, son un asunto completamente distinto. Se trata de un campo en el que confluyen a la vez factores de riesgo y trastornos de la salud, a lo que se suma el estrés que figura en los dos cuadros, sin olvidar las manifestaciones físicas como los trastornos osteomusculares (y también accidentes cardiovasculares o cerebro vasculares). Las fronteras entre la vida personal y la vida profesional se difuminan. Asimismo, en ciertas categorías de trabajadores (en especial, los mandos directivos), es más difícil definir el tiempo de trabajo para garantizar sus límites. El desarrollo exponencial de la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y su articulación con los métodos de gestión hace aún más complejo el sistema.

A diferencia de los riesgos físicos, los riesgos psicosociales no se identifican con criterios objetivos¹⁰. Uno de los principales retos para el jurista es precisamente poder objetivar una categoría de riesgos hoy reconocidos como “riesgos profesionales” para aplicarles o conferirles un régimen jurídico apropiado. Mediante la obligación de seguridad, el empresario debe garantizar «un estado de bienestar en el que la persona pueda realizarse, superar las tensiones normales de la vida, llevar a cabo un trabajo productivo y fructífero y contribuir a la vida comunitaria»¹¹.

¹⁰ Cabe destacar el reconocimiento de los vínculos entre organizaciones del trabajo y los riesgos psicosociales por parte de los interlocutores sociales (trabajadores y empresarios), *cf.* ANI del 2 de julio de 2008 sobre el estrés en el trabajo y ANI del 26 de marzo de 2010 sobre el acoso y la violencia en el trabajo.

¹¹ Definición de la OMS de salud mental en el trabajo.

El objetivo es prevenir los riesgos psicosociales en el trabajo pero no de manera restrictiva. El reto consiste en actuar sobre sus causas o los factores que los favorecen; dicho de otro modo: en adoptar una postura de prevención primaria. En este aspecto, nos parece que la directiva-marco del 12 de junio de 1989 no ha sido bien recibida. El principal obstáculo es la subjetividad asociada a los riesgos psicosociales. Los riesgos psicosociales en el trabajo se refieren en particular a las relaciones del trabajador con su entorno profesional. Ahora bien, cada cual interactúa de diferente manera y es más o menos sensible a las consecuencias que se derivan de esta interacción. Los riesgos psicosociales no son tan concretos como los demás riesgos profesionales y sus consecuencias no siempre son fácilmente visibles (ausencia de lesiones, problema de la sub-declaración, desconfianza, inquietud, etc.) y tienen como telón de fondo importantes cuestiones relacionadas con la efectividad del derecho de la salud y de la seguridad, pero también con la necesidad o no de legislar directamente sobre los riesgos psicosociales. A esto se suma la cuestión de la distinción de los “factores de riesgo objetivables” y de los “factores de riesgo no objetivables” en función del avance de los conocimientos médicos y sociales sobre los riesgos psicosociales e incluso de la necesidad o no de incorporar en la ley indicadores.

Si bien los daños a la salud mental no son en suma “nuevos riesgos” puesto que se trata de un fenómeno inherente al trabajo en sí mismo y a las tensiones que se derivan de este, hoy en día, no podemos en absoluto ignorar este aspecto de la salud en el trabajo. La salud mental en el trabajo es un elemento fundamental dentro del campo del trabajo y prevenirla es hoy una prioridad dentro de un campo extendido a los “riesgos psicosociales” que remiten a la relación entre el trabajador y el entorno de trabajo, especialmente en la organización. Por lo tanto, es igual de importante preocuparse por las manifestaciones somáticas de los riesgos psicosociales.

Dentro de la directiva-marco del 12 de junio de 1989, tal y como se traspuso en el derecho francés mediante la ley del 31 de diciembre de 1991¹², la obligación de prevención es de alcance general con el fin de prevenir “todos los riesgos”. La obligación de prevención adquiere aquí un carácter más “general” que “especial”, haciendo recaer anteriormente una obligación solo sobre un número limitado de riesgos.

¹² Loi n. 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, *JORF* des 6 et 7 janv. 1992, p. 319.

Sin embargo, pese a un concepto general de la prevención y también de la salud, entendida dentro de la directiva de 1989 como “global”, en la práctica del derecho del trabajo, la protección de la salud física era preponderante. Solo el cuerpo del trabajador dentro del objeto de la prestación del contrato de trabajo gozaba efectivamente de protección. Ahora bien, de cara a considerar la salud en su conjunto, el legislador de 2002 ha introducido en el artículo L.4121-1 del Código del trabajo (art. L.230-2 antes de 2008)¹³ la noción de “salud física y psicológica” como uno de los dispositivos para combatir el acoso moral, obligando al empresario a tomar todas las medidas necesarias para proteger estos dos aspectos de la salud.

En 2002 también se reforzó el alcance de la obligación de seguridad a cargo del empresario. El objetivo es garantizar la seguridad de los trabajadores en el trabajo a través de la obligación general de prevención. Francia ha desarrollado una interpretación muy estricta de la directiva del 12 de junio de 1989 enfocada a una obligación de seguridad de aplicación y de alcance. Este enfoque de la obligación de seguridad ha encontrado una vía de traducción dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal de casación en 2002 en el marco de los “casos de amianto” y la consagración del principio “de obligación de seguridad de resultado”. En Francia, por oposición a la “obligación de medios” que obliga a adoptar todas las medidas necesarias para evitar la realización del riesgo, la “obligación de resultado” considera que el riesgo no debe sobrevenir. En este contexto, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos en el trabajo, puesto que el Tribunal de Casación considera de hecho que el riesgo no tendría que haberse materializado nunca. Ahora bien, llegar al resultado de evitar la manifestación del riesgo remite al mismo tiempo a retos colectivos de organización.

Por otra parte, el 28 de febrero de 2006, la Sala de lo social del Tribunal de casación estimó que el empresario no solo está sujeto a una obligación de seguridad en materia de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores en la empresa, sino que también debe garantizar su efectividad. Para Pierre Sargos, entonces Presidente de la Sala de lo social del Tribunal de casación, la Corte de casación, basándose en la directiva-marco del 12 de junio de 1989, estimó que dada la intensidad de la obligación de seguridad tal y como se define en la directiva, es decir «garantizar la seguridad y la salud de

¹³ El Código del trabajo francés se rescribió con el objeto de simplificar el derecho del trabajo en 2008.

los trabajadores en todos los aspectos del trabajo», esta era necesariamente de resultado¹⁴.

Por lo que respecta a la salud mental en el trabajo, la jurisprudencia ha tenido en cuenta el malestar en el trabajo reconociendo a la vez las consecuencias que se derivan de él a través de la aplicación posible de la legislación profesional sobre este campo. En virtud y en relación con la no-ejecución de la obligación de seguridad de resultado, los efectos del acoso moral, los actos suicidas y las depresiones relacionadas con el trabajo han sido reconocidos como accidente de trabajo, e incluso a veces como falta inexcusable del empresario redefinida con ocasión de los “casos de amianto”. El “acoso de la empresa” junto con el impacto de algunos “métodos de gestión”¹⁵ sobre la salud mental de las personas constituyen también una vía para tomar en consideración la salud mental en el trabajo y las políticas de prevención inexistentes o ineficaces. No obstante, no es sano calificar todos los factores de riesgo psicosociales como “acoso moral” y sobre todo, es jurídicamente inapropiado: no todo es acoso moral. En estas circunstancias, el fundamento de la ejecución de buena fe del contrato de trabajo (artículo 1222-2 del Código del trabajo) tampoco está lejos, puesto que el empresario está considerado, en una visión contractual de la obligación de seguridad, como el deudor de la “salud física y mental” de sus trabajadores. Se trata sobre todo de replegarse a un terreno más general, el de la obligación general de prevención, que cubre por sí sola todos los riesgos originados por el trabajo, entre ellos los riesgos psicosociales.

En contraste, la ley belga del 4 de agosto relativa al bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo¹⁶, denominada *Ley bienestar en el trabajo*, entiende el “bienestar en el trabajo” como «el conjunto de factores que afectan a las condiciones en las que se realiza el trabajo». Ahora bien, en virtud de su obligación de seguridad, el empresario debe tomar «las medidas necesarias con el fin de promover el bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo». De ello se deriva una lista de principios generales que debe respetar. No obstante, en lo que se refiere específicamente a los riesgos psicosociales, la legislación belga ofrece dos bases jurídicas distintas. La primera está relacionada con el acoso moral y está relegada

¹⁴ Sargos P., “L’émancipation de l’obligation de sécurité de résultat et l’exigence d’effectivité du droit”, *JCP S*, 4 avril 2006, 1278 note sous Cass. soc. 28 février 2006, n. 05-41.555.

¹⁵ Término utilizado por la Sala de lo social del Tribunal de casación el 10 de noviembre de 2009.

¹⁶ Ley del 4 de agosto de 1996 relativa al bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo, *Moniteur Belge* del 18 de septiembre de 1996.

esencialmente a las relaciones interpersonales e individuales en el trabajo. La segunda base jurídica fija la atención en lo relativo a la noción de “carga psicosocial”. El real decreto del 17 de mayo de 2007 precisa que la carga psicosocial en el trabajo es «toda carga que tiene su origen en la ejecución del trabajo, que sobreviene con ocasión de la ejecución del trabajo y que tiene consecuencias perjudiciales sobre el aspecto físico o mental de la persona». Los riesgos de aumento de esta carga psicosocial comprenden el estrés, los conflictos, la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo. Esta base jurídica es por tanto más amplia que simplemente el acoso moral y permite disociar los recursos específicos del acoso moral del resto. No obstante, Bélgica no está satisfecha con este dispositivo y piensa muy seriamente en definir jurídicamente los “riesgos psicosociales en el trabajo”. Se trata de un proyecto que hay que seguir con atención dado el reto que representa.

Pensado en un principio como un dispositivo para combatir el acoso moral, la utilización de las disposiciones de la ley de modernización social del 17 de enero de 2002 ha superado el objeto para el que estaban pensadas. El juez ha sabido servirse de la introducción en el Código del trabajo de las disposiciones que reconocían la “salud física y mental” de los trabajadores para poner énfasis en los instrumentos de prevención enfocados hacia la prevención de los riesgos psicosociales.

2.2. Instrumentos de prevención

El Documento único de evaluación de los riesgos (DUER)

Desde el decreto n. 2001-1016 del 5 de noviembre de 2001, el empresario tiene la obligación de evaluar los riesgos profesionales dentro de la empresa o del establecimiento. Efectivamente, el DUER debe tener en cuenta a la vez los riesgos físicos y los riesgos psicosociales. La Dirección general del trabajo (DGT) del ministerio del trabajo tuvo que recordar en 2006, mediante una circular, la obligación de tener en cuenta los RPS dentro del documento único. Además, dentro de su misión de inspección, el inspector del trabajo deberá verificar la conformidad del DUER.

En el contexto de campaña europea 2012 de control de los RPS, es muy interesante la evolución del enfoque de la inspección del trabajo sobre este punto. Más que controlar los puntos que puedan dar lugar a constataciones (existencia del DUER, actualización, plan de acción, respeto de los principios generales de prevención, etc.) para después controlar campos de derechos

específicos (precariedad, duración del trabajo, locales, instituciones representativas del personal (IRP), etc.), se trata de controlar principalmente los contratos precarios, la duración del trabajo, el ambiente de trabajo, los locales, los IRP y el estado del diálogo social para llegar al análisis del contenido del DUER bajo el ángulo de la toma en consideración de los RPS. En efecto, la precariedad de los contratos, las infracciones del derecho de la duración del trabajo y del tiempo de descanso, la organización de los locales, la carga de trabajo, el ruido, etc. son algunos de los muchos factores que se han de tener en cuenta dentro de una verdadera política de prevención de riesgos laborales.

El derecho de retracto y el derecho de alerta

También son instrumentos en principio movilizables. El primero permite a «todo trabajador o grupo de trabajadores retirarse» de una situación de trabajo cuando tenga motivos razonables para pensar que presenta «un peligro grave e inminente para él o los demás» (art. L. 4131-1 del Código del trabajo). No obstante, aplicado a la salud mental y teniendo en cuenta las dificultades para objetivar los trastornos vinculados al trabajo, la activación del derecho de retracto parece seguir siendo delicada. Por el contrario, el derecho de alerta sería más fácilmente movilizable. Este permite al trabajador «señalar inmediatamente al empresario o a su representante cualquier situación de trabajo de la que tenga un motivo razonable para pensar que presenta un peligro grave e inminente para su vida o su salud» (art. L. 4131-1, apdo. 1, del Código del trabajo). El Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de Trabajo (CHSCT) dispone igualmente de un derecho de alerta en caso de peligro grave e inminente (art. L.4132-2 del Código del trabajo) así como el delegado del personal, que, en virtud del artículo L. 2313-2 del Código del trabajo, debe remitir de inmediato al empresario su constatación de «que existe un ataque a los derechos de las personas, a su salud física y mental o a las libertades individuales en la empresa que no estaría justificado por la naturaleza de la tarea que hay que cumplir, ni proporcionado con el fin que se persigue». Esta competencia es tanto más útil en las pequeñas empresas que no cuentan con Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT). Ser capaz de identificar a las personas en un estado de salud mental muy frágil es esencial, pero surge la cuestión de la formación de los miembros del CHSCT y de los delegados del personal.

El médico laboral

Debe proponer medidas «justificadas mediante consideraciones principalmente relacionadas con la edad, la resistencia física o el estado de salud físico y mental de los trabajadores» (art. L. 4624-1 del Código del trabajo). Si bien muchos médicos laborales son puntas de lanza de la lucha contra los riesgos psicosociales en el trabajo, el papel del médico laboral es más discreto en los debates contenciosos, salvo que forme parte «de los especialistas en términos de identificación del estrés»¹⁷. El médico laboral se inscribe esencialmente en una dimensión individual.

Con todo, sería olvidar su competencia de alertar al empresario o a los representantes del personal para evitar la aparición o el agravamiento de cualquier patología. Este papel de alerta se prolonga dentro de su misión de prevención especialmente primaria, de ayuda a la mejora de las condiciones de trabajo, de evaluación los riesgos profesionales, y de desarrollo de acciones en el entorno de trabajo que deben tener en cuenta la salud física y mental. Los informes que alertan a la empresa de los riesgos psicosociales vinculados a las condiciones laborales y a sus efectos sobre los trabajadores solo resultan realmente eficaces a través del contencioso generado por el daño producido por la materialización del riesgo. Los informes de alerta del médico laboral se convierten en instrumentos susceptibles de instruir al juez que puede utilizarlos para basar en parte su decisión.

El papel del médico laboral es fundamental y complementario de la acción de los demás actores de la salud y la seguridad en el trabajo de la empresa. No obstante, a pesar de que esta competencia y la utilización de la alerta sea un progreso, el hecho de que el empresario no tenga en cuenta la alerta del médico laboral no está sancionado por el derecho, lo que reduce el alcance de esta competencia.

El médico laboral también puede emitir un dictamen de invalidez sobre un trabajador cuyo estado de salud mental hace imposible su permanencia en la empresa. Gracias a este dispositivo, muy utilizado ahora en tales circunstancias, el médico laboral puede retirar a un trabajador de una situación eminentemente peligrosa para su salud. Aquí, la relación con la salud es individual. No obstante, en el plano colectivo, el médico laboral también tiene el papel de asesorar al empresario en lo relativo a la realización del plan de prevención de la empresa.

¹⁷ Acuerdo nacional interprofesional (ANI) del 2 de julio de 2008 sobre el estrés en el trabajo.

En el terreno colectivo

La ley de modernización social de 2002 también introdujo la noción de “salud física y mental” dentro del campo de competencia del CHSCT. Efectivamente, este último debe «contribuir a la protección de la salud física y mental y a la seguridad de los trabajadores» (art L. 4612-1 del Código del trabajo). Conviene insistir en la necesidad de prevenir los riesgos psicosociales en el trabajo en el plano colectivo, dado que el plano individual, ciertamente complementario, es un plano de prevención que no abarca el problema en su totalidad. En esto, el CHSCT, reforzado también por el derecho de la peritación, juega un papel esencial en el sentido de un refuerzo de su acción y de la integración de la prevención de los daños a la salud mental dentro de las organizaciones del trabajo. El objetivo sería principalmente reequilibrar la relación de fuerza relativa a la aplicación del derecho de la salud y seguridad en el trabajo a favor de los RPS. El especialista de la cuestión de los riesgos profesionales en la empresa es ciertamente el CHSCT, que informa y asesora al empresario sobre su política en la materia.

Por último, el plano colectivo remite necesariamente al papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva. Las condiciones de trabajo son un tema de negociación demasiado residual a pesar del impulso dado por el plan de urgencia de lucha contra los RPS “Darcos” de 2009 que únicamente obliga a negociar a las empresas de más de 1.000 trabajadores. Si bien las empresas muy grandes se han propuesto negociar sobre estas cuestiones y han entrado en el juego, las empresas más pequeñas todavía carecen de herramientas en este sentido, puesto que aún no se ha dado prioridad a la negociación por sectores. Por otra parte, los acuerdos obtenidos son acuerdos de métodos y a menudo es muy complicado ponerlos en práctica. Por último, los acuerdos de transposición de los acuerdos-marco europeos sobre el estrés en el trabajo, el acoso y la violencia en el trabajo – a pesar de que hayan encontrado un consenso por parte de los interlocutores sociales; incluso sobre el reconocimiento de la vinculación entre el trabajo y los RPS – no contienen obligación de negociación en los sectores industriales, lo que los hace poco efectivos.

También se requiere el plano colectivo cuando se trata de defender los intereses colectivos de una profesión. En materia de riesgos psicosociales, la jurisprudencia acepta también la acción sindical destinada a velar por el respeto de la legislación laboral en materia de salud y seguridad. Junto al inspector de trabajo, los sindicatos se convierten en agentes esenciales del respeto de las

condiciones de trabajo. La capacidad de los sindicatos de recurrir a las jurisdicciones también ha jugado un papel determinante en el cuestionamiento del poder de dirección del empresario ante el juez cuando una organización era susceptible de dañar la salud de los trabajadores.

3. El cuestionamiento del poder de dirección y de organización del empresario por el juez francés

Las consecuencias, en ocasiones desastrosas, de algunas organizaciones del trabajo sobre la salud de los trabajadores (multiplicación de suicidios por ejemplo) parecen haber desacralizado el poder de dirección del empresario a ojos de los jueces franceses. Dicho de otra manera, el alcance que han tomado los riesgos psicosociales en el trabajo estos últimos años ha justificado la intervención del juez en el poder de dirección en aras de la salud de los trabajadores (3.1). En virtud de casos emblemáticos relacionados con la aplicación de organizaciones laborales en ciertas empresas, esta acción del juez ha acabado siendo muy intervencionista (3.2).

3.1. Una intromisión del juez en el poder de dirección en aras de la salud de los trabajadores

En materia de protección de la salud en el trabajo, dirigida a la colectividad de trabajo más que enfocada a un litigio individual¹⁸, la sentencia emitida por la Sala de lo social del Tribunal de casación el 5 de marzo de 2008 retiene de oficio la atención. El interés de la decisión *Snecma* marca una intervención del juez en el poder de dirección del empresario para hacer respetar la obligación de seguridad de resultado de este. Asimismo, la sentencia *Snecma* destaca el papel de los sindicatos en la prevención de los riesgos profesionales, especialmente gracias a su capacidad de recurrir al juez para defender el interés colectivo de hacer aplicar el derecho de la salud y seguridad en el trabajo.

En este caso, la empresa *Snecma* (actualmente Grupo Safran) presentó en noviembre de 2003 un proyecto de nueva organización de un centro clasificado “seveso”¹⁹ teniendo en cuenta la reducción de personal de este. Se consultó al

¹⁸ Verkindt P.-Y., “El apogeo de la obligación de seguridad del gerente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 11; Pola B., “Una posición severa”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 12.

¹⁹ Centro industrial que presenta importantes riesgos de accidentes.

Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT) quien decidió recurrir a un dictamen pericial. Basándose en este último, el CHSCT emitió un informe negativo, seguido meses más tarde de un informe equivalente del Comité de establecimiento. Con todo y con eso, mediante una nota de servicio, la empresa Snecma decidió aplicar la nueva organización de trabajo basándose en que la organización necesitaba adaptarse a los cambios del personal del centro. Ahora bien, según el informe del experto enviado por el CHSCT, la reorganización del centro conllevaba un aumento del número de fines de semana trabajados así como de las noches de trabajo y de su duración. El informe del perito subrayaba también que el aislamiento del único trabajador previsto en el centro por la mañana y por la tarde, así como durante el periodo estival durante las intervenciones eléctricas de día, aumentaría el riesgo vinculado al trabajo.

Basándose en el artículo L. 230-2 del Código del trabajo (hoy artículo L.4121-1²⁰ y siguientes), el sindicato CGT decide presentar ante el Tribunal de primera instancia de Nanterre recurso de anulación de la nota de servicio que aplica la nueva organización de trabajo, y solicita la prohibición de aplicarla por poner el riesgo la seguridad del personal. El 10 de junio de 2005, el proyecto de reorganización del centro es juzgado no conforme al artículo L.230-2 del Código del trabajo, el Tribunal de primera instancia ordena la suspensión de la aplicación de la nueva organización y remite a las partes a definir nuevas modalidades de organización en el marco del diálogo social. El Tribunal de apelación de Versalles confirma el 14 de septiembre de 2006 el juicio emitido en primera instancia. Snecma recurre en casación.

El Tribunal de casación ratifica a los jueces de hecho, basándose en la obligación de seguridad de resultado desarrollada dentro de su jurisprudencia. Con arreglo a esta, el empresario debe tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de la salud de los trabajadores. El Tribunal Supremo limita así el poder de dirección del empresario cuyo ejercicio no debe comprometer la salud y la seguridad de los trabajadores. En virtud de este principio, la decisión del 5 de marzo de 2008 confirma la sentencia emitida por el Tribunal de apelación que había concluido que la nueva organización elaborada por la empresa Snecma «podía comprometer la salud y la seguridad de los trabajadores afectados y que, en consecuencia, debía suspenderse su aplicación».

²⁰ Art. L 4121 al. 1 del Código del trabajo: «El empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad y proteger la salud física y mental de los trabajadores».

Al ratificar la sentencia de apelación, el Tribunal de Casación aporta una nueva herramienta para proteger la salud de los trabajadores. A partir de este momento, es posible recurrir al juez para solicitar la suspensión de una organización laboral susceptible de alterar la salud de los trabajadores a pesar de que no infrinja las disposiciones relativas a la higiene y la seguridad. De este modo, el Tribunal de casación lleva al extremo su principio de proteger el estado de salud físico y mental de los trabajadores en virtud de la obligación de seguridad del empresario. La sentencia *Snecma* se enmarca asimismo en el principio de la directiva-marco del 12 de junio de 1989 según la cual la mejora de la seguridad en el trabajo «no puede estar supeditada a consideraciones puramente económicas»²¹.

La sentencia *Snecma* es una sentencia clave – y ya emblemática – porque consagra la intervención del juez como una nueva herramienta para proteger la salud en el trabajo. El Tribunal de casación se implica en la lucha contra los ataques a la salud física y mental en el trabajo en una dimensión individual y colectiva pero también organizacional. Efectivamente, esta sentencia puede añadirse particularmente a la del 21 de junio de 2006, que, a través del acoso moral²², incluye la protección de la salud mental en el trabajo en la obligación de seguridad de resultado del empresario; y a la del 28 de noviembre de 2007, que obliga al empresario a consultar al CHSCT, además de al Comité de empresa, a la hora de establecer un nuevo programa de entrevistas anuales susceptible de engendrar presiones psicológicas²³. La salud ocupa un puesto esencial en la organización del trabajo. Ahora bien, la sentencia del 5 de marzo de 2008, al situarse en el plano de la organización del trabajo, podría asimismo servir de base para una acción relacionada con los riesgos psicosociales, puesto que la elección del sistema de organización y de gestión del empresario a menudo es responsable del aumento del estrés en la empresa.²⁴ Esta hipótesis, que consagra una posición intervencionista de los jueces en el poder de

²¹ Directiva n. 89/391/CEE del 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, *JOCE* L. 183 del 29 de junio de 1989, p. 1.

²² Soc. 21 de junio de 2006, *D.*, 2006, 41, p. 2831, nota M. Miné; *RDT*, p. 245, nota P. Adam; Leblanc L., “Acoso moral. Responsabilidad personal del empleado y obligación de resultado del empresario”, *RJS*, 8-9/06, p. 670.

²³ Soc. 28 de noviembre de 2007, *RDT*, febrero de 2008, p. 111, nota L. Lerouge; *JCP S*, nota J.-B. Cottin; Verkindt P.-Y., “La creciente relevancia del CHSCT”, *SSL*, 10 de dic. 2007, 1332, p. 11.

²⁴ Lorient M., “Un cuestionamiento de la organización del trabajo aún insuficiente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 5.

dirección y de organización del empresario desde el momento en que está en juego la salud, ha sido oída por las jurisdicciones de hecho.

3.2. Una acción del juez intervencionista

La sentencia denominada *Snecma* del 5 de marzo de 2008 marcó la pauta. El empresario es titular de una obligación general de prevención (artículo L.4121-1 y siguientes del Código del trabajo) y desde las “sentencias del amianto” de 2002, debe respetar una obligación de seguridad de resultado. Por esta razón a fin de preservar la salud de los trabajadores con ocasión de una nueva organización del trabajo, el juez se ha autorizado a inmiscuirse en el poder de dirección del empresario. Dicho de otra manera, si el juez estima que un proyecto de organización del trabajo es susceptible de dañar la salud de los trabajadores, puede intervenir de manera que cese la aplicación de este proyecto, limitando así el poder de dirección y de organización del empresario en aras de la salud de los trabajadores. Desde esta perspectiva, los sindicatos y los Comités de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT) desempeñan un importante papel a lo que se añade implícitamente una creciente relevancia del papel del CHSCT en materia de riesgos psicosociales y de los sindicatos a través de su capacidad de actuar en justicia en tales circunstancias. El CHSCT, dotado en parte de la personalidad jurídica, al igual que los sindicatos, puede perseguir al empresario que no respete la aplicación del derecho de la salud y seguridad en el trabajo.

Entra en juego la salud física y mental, no obstante, con respecto a la salud mental y más aún a los riesgos psicosociales (RPS), la aplicación de la sentencia *Snecma* planteaba la cuestión de su aplicación fuera del campo de la salud física. Los RPS plantean efectivamente problemas de evaluación y de objetivación, dados el carácter más subjetivo que los riesgos del trabajo más clásicos. Ahora bien, la reciente actualidad jurisprudencial acaba de mostrar que los riesgos psicosociales entran plenamente dentro del caso particular de la organización del trabajo potencialmente peligrosa para la salud mental de los trabajadores, pero también susceptible de originar RPS. Las decisiones mencionadas aquí se convierten en palancas movilizables hacia una mejor integración de las cuestiones de RPS dentro de la elaboración de nuevas organizaciones del trabajo. En suma, el objetivo marcado es una mejor prevención de los RPS: prevenir los riesgos psicosociales con la mayor antelación posible. La compensación no es una solución, se debe poner el énfasis en la prevención, he aquí uno de los mensajes transmitidos por la

acción de los jueces. La resonancia de los casos de suicidios relacionados con el trabajo en Francia también ha tenido sus repercusiones.

Además, para el juez, la salud debe primar sobre las organizaciones: esto es lo que recuerda en esencia la sentencia *FNAC* dictada por el Tribunal de apelación de París el 13 de diciembre de 2012²⁵. En el marco de una reorganización del trabajo destinada a enderezar su situación comercial y a preservar su competitividad, la conocida cadena emprendió en 2011 un proyecto que no suprimía puestos de trabajo pero que aumentaba la presión sobre los directores de tiendas, el *Plan FNAC 2015*, y después en 2012 un proyecto *Organización 2012* que implicaba despidos y un determinado número de tareas soportes en las tiendas (comunicación, recursos humanos y finanzas). El Tribunal de apelación de París admitió la demanda interpuesta por los CHSCT y las tres organizaciones sindicales para que se anulara el plan *Organización 2012*. Los magistrados recuerdan enérgicamente que compete al empresario, «en el marco de la prevención de riesgos, adoptar todos los medios útiles para identificar los riesgos, incluidos los psicosociales, principalmente invocados en el presente litigio, susceptibles de ser provocados por la nueva organización que pretende implantar». Por otra parte, el empresario debe precisar los medios de prevención que pretende aplicar «acompañando a los trabajadores afectados por el proyecto de reorganización litigioso, a lo largo de las fases de establecimiento de la reorganización litigiosa emprendida». Por consiguiente, hay que identificar los riesgos en el trabajo, entre ellos los riesgos psicosociales antes de la reorganización como lo imponen el derecho comunitario y el derecho nacional de la salud y seguridad en el trabajo.

Anteriormente, el 4 de septiembre de 2012²⁶, el Tribunal de primera instancia de Lyon emitió un juicio que fue muy sonado y que junto con la sentencia *Snecma* abonó el terreno para el pronunciamiento de la sentencia *FNAC*. Efectivamente, a tenor de un modo de organización del trabajo denominado “*benchmark*”, el Tribunal de primera instancia de Lyon estimó que el empresario no cumplía con su obligación de seguridad de resultado al instaurar un modo de organización del trabajo «consistente en evaluar y comparar constantemente las prestaciones de cada sucursal y de cada trabajador, provocando así que los trabajadores compitan entre sí, desde el momento en que un sistema así compromete gravemente la salud de sus trabajadores, al

²⁵ CA Paris, 13 de diciembre de 2012, RG 12/00303, <http://www.asso-henri-pezerat.org/wp-content/uploads/2013/01/Arr%C3%AAt-CA-Paris-FNAC-du-13-d%C3%A9cembre-2012.pdf>.

²⁶ TGI Lyon sala 1^a, Sección 2, 4 de septiembre de 2012, RG 11/05300, <http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/TGI-Lyon-CE.pdf>.

generar un estrés permanente». Respaldados por esta argumentación, los jueces ha acogido la demanda del sindicato demandante en el procedimiento de prohibir al empresario aplicar este tipo de organización del trabajo. El juez ya no solicita aquí que la empresa revise su proyecto de organización de modo que no sea susceptible de alterar la salud de los trabajadores como en la sentencia *Snecma*, sino que, de forma más contundente, decide ahora prohibir la aplicación de determinadas organizaciones del trabajo.

En el futuro, cabe esperar la proliferación de este tipo de decisiones espectaculares en relación con el sistema de organización del trabajo y la consideración de sus efectos en términos de RPS. Los actores sindicales y el CHSCT destacan con un papel preponderante. Por el contrario, ante el juez, el papel del médico laboral es más discreto y durante mucho tiempo, parecía casi ausente de los debates salvo cuando era uno de los expertos en términos de identificación del estrés (cf. ANI del 2 de julio de 2008). Hay que reconocer que dentro de un postulado que favorece un enfoque colectivo de la prevención de los RPS, el médico laboral se inscribe en más de una dimensión individual. Con todo, sería olvidar su competencia de alertar al empresario o a los representantes del personal para evitar la aparición de cualquier patología o de su agravación. La sentencia *Benchmark* muestra que los médicos laborales habían estigmatizado este modo de organización del trabajo como un factor provocador de riesgos psicosociales.

Por último, aunque se trate de una sentencia no publicada (debido quizás a la prudencia aún imperante entre los altos magistrados del derecho de la seguridad social en relación a la Sala de lo social), la segunda Sala de lo civil del Tribunal de casación reconoció enérgicamente el 8 de noviembre de 2012 la falta inexcusable del empresario (que da derecho a una reparación complementaria) que «no puede ignorar o librarse de los datos médicos correspondientes al estrés en el trabajo y a sus consecuencias para los trabajadores que han sido víctimas»²⁷. Esta sentencia muestra así que la prevención de los riesgos psicosociales – riesgos complejos por excelencia – necesita una respuesta coordinada de todos los que intervienen en la prevención de riesgos en el trabajo. Desde el momento en que el empresario no respete este principio y que su acción desemboque en una organización del trabajo susceptible de perjudicar la salud de los trabajadores, el juez se ha otorgado la potestad de intervenir dentro del poder de dirección y de

²⁷ Lerouge L., *Commentario Civ.* 2, 8 noviembre 2012, n. 11-23.855, *RDSS*, janvier-février 2013, n. 1/2013, p. 163-165.

organización para restablecer el equilibrio entre la organización del trabajo y la salud de los trabajadores.

4. Bibliografía

- LEBLANC L., *Acoso moral. Responsabilidad personal del empleado y obligación de resultado del empresario*, en *RJS*, 2006, n. 8-9
- LEROUGE L., *Commentario Civ. 2*, 8 noviembre 2012, n. 11-23.855, en *RDSS*, 2013, n. 1
- LORIOU M., *Un cuestionamiento de la organización del trabajo aún insuficiente*, en *SSL*, 2008, n. 1346
- MOREAU M.-A., *Por una política de salud en la empresa*, en *Derecho Social*, septiembre-octubre 2002
- POLA B., *Una posición severa*, en *SSL*, 2008, n. 1346
- SARGOS P., *L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit*, en *La Semaine Juridique – Social*, 2006, n. 14
- SARGOS P., *La evolución del concepto de seguridad en el trabajo y sus consecuencias en materia de responsabilidad*, en *JCP G*, enero 2003
- SUPIOT A., *Crítica del derecho del trabajo*, PUF, 2007
- VERKINDT P.-Y., *El apogeo de la obligación de seguridad del gerente*, en *SSL*, 2008, n. 1346
- VERKINDT P.-Y., *La creciente relevancia del CHSCT*, en *SSL*, 2007, n. 1332

Riesgos psicosociales y negociación colectiva en Francia: un apunte sobre la cuestión

de Christophe Vigneau

1. Introducción

La cuestión de los riesgos psicosociales apareció, recientemente, en el ámbito del Derecho del Trabajo francés. En primer lugar, hay que señalar que la introducción del tema de los riesgos psicosociales se hizo en Francia a través de una de sus manifestaciones, es decir, el acoso moral. El éxito de la obra de M.F. Hirigoyen, en 1998, mostró el eco que tenía este fenómeno en la población francesa y permitió, de alguna manera, medir su repercusión en las relaciones laborales¹. En 2002, los riesgos psicosociales fueron regulados legalmente con la introducción de una disposición especial en el Código del Trabajo.

El tema de los riesgos psicosociales experimentó también una gran cobertura por parte de los medios de comunicación después de suicidios de asalariados en grandes empresas, que han sido reconocidos, en ocasiones, como accidentes de trabajo por los tribunales franceses. Esto se debió a los diferentes actores de las relaciones laborales y, en primer lugar, a los empresarios, que se concienciaron de la problemática de la salud mental en el lugar de trabajo. Esto los llevó a tomar iniciativas y desarrollar medidas para evitar estos riesgos, altamente perjudiciales para su imagen en cuanto que provocan un desenlace fatal.

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que en el contexto francés, la negociación colectiva juega un papel importante en el tratamiento regulador de la cuestión de los riesgos psicosociales en el trabajo. En el momento de la

¹ *Le harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, Ed. La Découverte.

celebración del Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés relacionado con el trabajo, en el año 2004, no existía en Francia una normativa al respecto. Esta situación persiste incluso después de la adopción, en 1989, de la Directiva Marco Europea sobre seguridad y salud en el trabajo, mediante la ley francesa que impuso a las empresas el deber de proteger, no sólo la salud física de sus trabajadores, sino también su salud mental. Es en este contexto en el que se desarrolla la negociación colectiva, cuando el Tribunal Supremo establece la obligación de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores como una obligación de resultado. En otras palabras, el empresario no puede eludir su responsabilidad mediante la demostración de la ausencia de culpa. El empresario debe hacer frente al abono de prestaciones de la Seguridad Social cuando no adoptó las medidas necesarias para garantizar la salud física y mental de un empleado y se produce un daño a su salud, que aquel debería haber prevenido.

En 2008, en una decisión histórica, la Corte Suprema admitió que una organización laboral podía tener efectos patógenos sobre la salud de los trabajadores y conducir a la responsabilidad del empresario². Con esta decisión, la cuestión de los riesgos psicosociales se aleja de una lógica puramente inter-individual para tomar una dimensión colectiva y organizativa. Así, la consideración de los riesgos psicosociales tiene en Francia una doble evolución: por un lado, el concepto de salud en el trabajo ya no se limita a la salud física, sino que incluye también la dimensión mental; por otro, para considerar que hay riesgo psicosocial no es necesario que tenga su origen entre dos individuos, sino que también puede resultar de la pura organización del trabajo colectivo.

Dentro de este marco legal, en Francia, la negociación colectiva es la mejor forma de abordar la cuestión de los riesgos psicosociales y, sobre todo, de poner en práctica los acuerdos colectivos europeos. En 2008, se realizó un convenio colectivo interprofesional sobre la cuestión del estrés en el trabajo, seguido – en 2010 – por un nuevo acuerdo sobre el acoso y la violencia en el trabajo. Del conjunto de los textos legales y convenios colectivos, se desprende que recae sobre la empresa la obligación de prever, prevenir y eliminar las causas de los riesgos psicosociales en el trabajo.

Cierto es que los convenios colectivos internacionales de 2008 y 2010 no imponen ninguna obligación de negociar y reflejan fuertes diferencias entre los interlocutores sociales sobre el enfoque de los riesgos psicosociales. Sin

² Cass. soc., 5 mars 2008, n. 06-45.888, Bull. civ. V, n. 46, arrêt Snecma, *Droit social* 2008, p. 634, obs. PY Verkyndt; RDT, 2008, p. 316, obs. L. Lerouge.

embargo, la obligación legal de prevención y de responsabilidad del empleador por el riesgo psicosocial es un fuerte incentivo para que las empresas se enfrenten a este problema e inicien la negociación colectiva. Los convenios colectivos sobre la cuestión de los riesgos psicosociales son, principalmente, de empresa, existiendo solo unos pocos de sector. Las empresas tienen, hoy en día, un gran interés en iniciar la negociación colectiva sobre los riesgos psicosociales con el fin de mostrar consideración en este asunto y sus iniciativas.

Con todo, las negociaciones sobre el tema de los riesgos psicosociales no siempre se plasman en un convenio colectivo. En efecto, existen varios textos con denominación diversa (carta, código de conducta, declaración de intenciones) tratados en el derecho francés como actos unilaterales de la empresa. Tal es el caso del grupo PPR, propietario de la cadena de tiendas FNAC, que dispone de una carta elaborada en el Comité de empresa europeo y firmado por sus miembros³.

Los textos estudiados pueden haber sido concluidos en la empresa o a otro nivel. A pesar de ello, hay una gran similitud en su contenido.

2. El contenido de los convenios colectivos interprofesionales

El Acuerdo sobre el estrés en el trabajo y el Acuerdo sobre la violencia y el acoso, en realidad, establecen más directrices y obligaciones. En primer lugar, es necesario identificar las manifestaciones de estrés en el trabajo, o sea, la frecuencia de los accidentes, el índice de ausencia al trabajo, la frecuencia de las visitas al médico o, en fin, los conflictos entre los empleados.

En segundo lugar, los convenios colectivos contienen pistas para identificar las posibles causas de los riesgos psicosociales. Sobre esta cuestión, el convenio colectivo nacional contra el estrés se refiere a una serie de diferentes factores de riesgo psicosocial en el trabajo, como, por ejemplo, la organización del trabajo, el contexto social o, incluso, la vida personal. Este amplio enfoque de los factores de riesgo psicosocial impone al empresario la obligación de no preocuparse solamente por las condiciones de trabajo como tales, sino que también tiene que tratar cuestiones más amplias, como la conciliación de la vida personal y profesional de sus trabajadores. Por último, cuando se

³ *Charte cadre d'engagement sur la qualité de vie professionnelle et la prévention du stress au travail des salariés au sein du groupe en Europe*, julio 2010.

identifican los factores de riesgo psicosocial, se impone al empresario la obligación de eliminarlos.

3. El contenido de los convenios colectivos de las empresas y la industria

El objetivo de los acuerdos y de otros textos estudiados es sensibilizar a las partes interesadas en la empresa sobre la cuestión de los riesgos psicosociales. Los acuerdos se refieren a la responsabilidad por los riesgos psicosociales de la empresa y, sobre todo, en materia de prevención. En esencia, los textos sólo contienen declaraciones vagas en contenido y con valor normativo incierto. Se menciona, sobre todo, la posibilidad de “adoptar medidas” para prevenir los riesgos psicosociales, sin que dichas medidas estén necesariamente detalladas. En 2011, se realizó un estudio por el Ministerio de Trabajo, en casi 250 acuerdos, sobre los riesgos psicosociales⁴. Este estudio muestra que casi las tres cuartas de los acuerdos son acuerdos de método o procedimiento, es decir, tienen la finalidad de definir los elementos y el modo de evaluación de los riesgos psicosociales. En efecto, estos acuerdos se pueden catalogar como acuerdos de método o protocolos, ya que establecen procedimientos de actuación para el supuesto de que existan riesgos psicosociales en la empresa. Este procedimiento, a menudo, se limita a la información del supervisor y, en última instancia, a los responsables de recursos humanos.

El examen de los convenios colectivos de empresa muestra que estos textos reproducen, a menudo, las directrices establecidas en los convenios colectivos interprofesionales. La publicación de modelos de acuerdos de métodos sobre los riesgos psicosociales por parte de los editores jurídicos, puede explicar la gran similitud de los acuerdos firmados. De hecho, hay muy pocas medidas originales en estos acuerdos.

El objetivo principal de este tipo de acuerdos es establecer un diagnóstico. En este sentido, los acuerdos tratan de identificar, en las distintas formas de organización dentro de la empresa, los factores de riesgo psicosocial. Los textos buscan, en particular, fijar los indicadores de riesgos psicosociales. La identificación de los síntomas y las causas de los riesgos psicosociales se logra, a menudo, con la creación de una institución específica (Comité de Dirección, Comité para la prevención de riesgos, observatorio de estrés en el trabajo, el grupo *ad hoc* y otros similares). La creación de estos órganos plantea muchas

⁴ Ministerio de Trabajo, de Empleo y de Salud, *Síntesis del análisis de los acuerdos firmados en las empresas de más de 1.000 trabajadores*, abril 2011.

preguntas, como, por ejemplo, su interrelación y distribución de competencias con otras estancias similares. Así, cabe tener en cuenta que la legislación francesa establece un órgano de representación especial del personal encargado de los problemas de salud y seguridad en el trabajo, el denominado Comité de Higiene, Seguridad y de las Condiciones de Trabajo. En estos casos, algunos acuerdos establecen un papel distinto a cada órgano representativo, para evitar conflictos de actuación. Sin embargo, es sorprendente que pocos acuerdos atribuyan al citado Comité de Higiene, Seguridad y de las Condiciones de Trabajo la función de identificar los factores de riesgo psicosocial. En cualquier caso, el órgano especial creado para los riesgos psicosociales no sustituye al mencionado Comité.

Las técnicas de identificación de los riesgos son tanto objetivas como subjetivas (cuestionarios, informes de expertos). Los indicadores son cuantitativos y cualitativos (el porcentaje de absentismo, el número de accidentes). A menudo, estos indicadores son los elegidos por la Agencia Nacional para la Mejora de las Condiciones de Trabajo (ACLAN). En este sentido, podemos observar que muy pocos acuerdos adaptan estos indicadores a la actividad empresarial. Algunos acuerdos se centran en los riesgos psicosociales desde el punto de vista de sus manifestaciones externas, es decir, por ejemplo, mediante el análisis de las consecuencias y de los efectos de las agresiones de los clientes sobre la salud mental de los empleados (acuerdo GMF). Otros, sin embargo, se limitan a los riesgos psicosociales que nacen de las relaciones interpersonales dentro de la empresa. Lo más significativo es que muy pocas empresas utilizan la entrevista anual de desempeño de los empleados para evaluar el nivel de bienestar de los mismos en el trabajo.

De nuevo, es importante señalar que esta evaluación de los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores es un requisito de la ley francesa, porque el legislador exige el establecimiento de un documento de evaluación de los riesgos en las empresas. Asimismo, este documento debe buscar y evaluar con exactitud y de forma global los riesgos de salud en el lugar de trabajo y en cada puesto de trabajo. De hecho, son pocos los nuevos acuerdos que contienen obligaciones específicas y la responsabilidad de las empresas para poner fin, anticipar y prevenir los riesgos psicosociales. Por lo demás, ningún acuerdo adopta, como medida de prevención de los riesgos psicosociales, la reducción del poder del empresario. De optar por esta vía, podrían redactarse cláusulas que, por ejemplo, redujesen los supuestos de modificación del contrato de trabajo o aumentasen las situaciones en las que los asalariados pudiesen oponerse a una decisión de la empresa.

En cuanto a las acciones previstas en los acuerdos, se trata principalmente de sensibilización sobre los riesgos psicosociales de los miembros de la dirección de la empresa y los representantes del personal. Estas medidas de sensibilización no están muy detalladas y, a veces, consisten en la distribución de la documentación relativa al respeto de los derechos de las personas y de información sobre tales cuestiones. Otras veces, estas medidas consisten en medidas de comunicación, como la transmisión del número de teléfono del servicio de salud o departamento de recursos humanos. Sea como fuere, ningún acuerdo se refiere a la cuestión de las condiciones de trabajo. Por lo tanto, los acuerdos no abordan los factores de estrés relacionados con las condiciones de trabajo, tales como los sistemas de remuneración variables individuales, la organización del trabajo en el espacio abierto, la falta de autonomía de trabajo, el aumento de la duración del cálculo anual o la supervisión estrecha y continua a través de las nuevas tecnologías.

En mayo de 2013, el Consejo Económico, Social y Medioambiental francés ha pedido un refuerzo de la prevención de los riesgos psicosociales. En este sentido, es interesante observar que el informe no recoge la prevención de los riesgos psicosociales a través de la negociación colectiva, pero sí a través el documento único de evaluación de los riesgos, es decir, un documento elaborado unilateralmente por el empresario.

El acoso moral en España y Portugal. Analogías y diferencias

de Rosa Maria Ferreira

1. Introducción

Ante un contexto socioeconómico marcado por los constantes cambios, competitividad, evolución tecnológica y flexibilidad del empleo, se asiste a la aparición de nuevos riesgos laborales de naturaleza psicosocial, más concretamente el acoso moral en el trabajo. Debido a las graves consecuencias para la salud de los individuos, blanco de los comportamientos hostiles asociados a este fenómeno, se ha llevado a cabo la investigación sobre este fenómeno en España y en Portugal.

Los problemas de la violencia en el lugar de trabajo, en lo que concierne a la prevención de los riesgos psicosociales y a la promoción de un ambiente de trabajo saludable, han ganado visibilidad desde hace aproximadamente quince años. No cabe duda de que, en la actualidad, estamos ante un asunto objeto de discusión en la sociedad debido al gran aumento de las situaciones de acoso moral.

Analizando el caso específico de Portugal, es notoria la escasa información existente con respecto a este tema, comenzando a darle importancia en el contexto de la actual legislación laboral. En efecto, solo muy recientemente se ha considerado la figura jurídica del acoso moral en el lugar de trabajo de una forma explícita, concretamente en el art. 24 Código de Trabajo de 2003¹;

¹ Según el artículo 24 Código de Trabajo Portugués – titulado acoso –, «constituye discriminación el acoso a candidatos a empleo y al trabajador. Se entiende por acoso todo comportamiento indeseado relacionado con uno de los factores indicados en el n. 1 del artículo

aunque anteriormente se habían verificado algunos intentos de regulación en esta materia, que no fueron aprobados.

Sin embargo, la no consagración de la figura jurídica del acoso moral en el lugar de trabajo no significaba que, en la práctica, el acoso no existiese, ya entonces se consideraba una conducta prohibida por la ley y, consecuentemente, generadora de responsabilidad civil, toda vez que, suponía la lesión de bienes jurídicos esenciales, con tutela legal en los art. 70² y 81³ Código civil y en términos constitucionales (como el derecho a la integridad personal, otros derechos personales, el principio de la igualdad, seguridad en el trabajo, el derecho a la organización en condiciones socialmente dignas, consagrados en los arts. 25, 26, 13, 53 y 59 de la Constitución de la República Portuguesa). Así, los derechos violados por esa misma conducta ya eran reconocidos y defendidos por el ordenamiento jurídico y la lesión de los mismos estaba debidamente sancionada.

2. Consagración formal de la figura del acoso moral en Portugal

Durante muchos años, la cuestión del acoso fue tratada en la jurisprudencia portuguesa desde diversas vertientes, particularmente, como violación del deber de ocupación efectiva, del deber del respeto o del despido ilícito. La consagración formal de la figura del acoso, en el art. 24 Código de Trabajo de

anterior, practicado con ocasión del acceso al empleo o en el propio empleo, trabajo o formación profesional, con el objetivo y el efecto de afectar la dignidad de la persona o crear un ambiente de intimidación, hostil, degradante, humillante o desestabilizador. Constituye, en especial, acoso todo el comportamiento indeseado de carácter sexual, verbal, no verbal o física, con el objetivo o el efecto referidos en el número anterior». La redacción de este artículo ha venido, por primera vez, a introducir y autonomizar un tratamiento específico para la figura del acoso moral.

² Artículo 70 Código Civil (tutela general de la personalidad): «la ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral. Independientemente de la responsabilidad civil, la persona amenazada u ofendida puede requerir las providencias adecuadas a las circunstancias del caso, con el objetivo de evitar la consumación de la amenaza o atenuar los efectos de la ofensa ya cometida».

³ Artículo 81 Código Civil (limitación voluntaria de los derechos de personalidad): toda limitación voluntaria al ejercicio de los derechos de personalidad es nula, si es contraria a los principios del orden público. La limitación voluntaria, cuando es legal, es siempre revocable, aunque con obligación de indemnizar los perjuicios causados a las legítimas expectativas de la otra parte.

2003, tuvo el mérito de aclarar que los llamados “derechos de la personalidad” tenían plena aplicación en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Por otro lado, con la introducción de la figura de acoso en la subsección de la “igualdad y no discriminación”, el Código de 2003 vino a permitir tratar el fenómeno, solamente desde la perspectiva de una de sus modalidades (el acoso discriminatorio), olvidando la existencia de diversas conductas y prácticas de acoso que no se fundan propiamente en una discriminación entre trabajadores.

El art. 29.1 Código de Trabajo (2009) señala que «se entiende por acoso el comportamiento indeseado, particularmente basado en el factor de la discriminación, practicado durante el acceso al empleo o en el propio empleo, trabajo o formación profesional, con el objetivo o el efecto de perturbar o constreñir a la persona, afectar a su dignidad, o crearle un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante o desestabilizador».

Existe una importante diferencia entre el art. 24 Código de Trabajo 2003 y el actual art. 29, ya que, mientras que en el apartado 2 del anterior art. 24, el acoso estaba solamente relacionado con factores discriminatorios, el precepto actual abarca todas las manifestaciones de acoso moral o *mobbing*, mediante la utilización en el apartado 1, del adverbio de modo “nomeadamente” (“particularmente o concretamente”).

No cabe duda de que el art. 29 ha apartado al acoso de la discriminación contra el trabajador o candidato al empleo, siendo el acto de acoso definido como un comportamiento indeseado que abarca, de forma compleja, el medio en el que vive el trabajador.

Las consecuencias sancionatorias de la práctica de acoso moral son, por un lado, de naturaleza vulneradora, ya que el apartado 4 del art. 29 Código de Trabajo establece que su práctica «constituye delito muy grave», punible con multas que varían dependiendo del volumen de negocios de la empresa y de la existencia de mera culpa o dolo. Adicionalmente y por otro lado, se prevén consecuencias de naturaleza indemnizatoria, una vez que, por razón de las disposiciones del apartado 3 del art. 29 y del art. 28 ambas del Código de Trabajo, a la víctima le asiste «el derecho de ser indemnizada por daños patrimoniales y no patrimoniales».

Es importante reparar en que, no existiendo en el Código Penal un precepto sancionador del acoso moral en el lugar de trabajo, algunas de las prácticas de acoso podrán venir a integrar ilícitos penales, en caso de que sean consideradas e integradas en los elementos propios de los tipos penales, concretamente de ofensa a la integridad física, amenaza, coacción, difamación, injuria, resistencia y coacción sobre funcionario público, previstos y punidos, en el Código Penal, por los artículos 143, 153, 154, 180, 181 y 347, respectivamente.

Cabe pensar que, para el Derecho portugués, el acoso es una especie de discriminación, ya que el precepto vigente actualmente disciplina el fenómeno, conllevando todavía problemas asociados típicos de la discriminación, como la dificultad y carga de la prueba. Más claramente, en los casos de discriminación y acoso discriminatorio recae sobre el acosador el peso de la prueba; pues, en sede de judicial, es este quien tiene que probar que los hechos no se han producido o, si se produjeron, estaban justificados por razones objetivas, aplicándose el apartado 5 del art. 25 Código de Trabajo portugués en vigor.

Si es confirmada, es decir, si se prueba la práctica del acoso moral, resultante del acto discriminatorio contra el trabajador, el empleador indemnizará a la víctima por daños patrimoniales y no patrimoniales, en los términos del art. 28 Código de Trabajo portugués.

3. Apunte sobre la situación del acoso moral en España

En el derecho español todavía no existe una reglamentación específica sobre el acoso moral. Sin embargo, se han llevado a cabo varias iniciativas a este nivel, que han sido rechazadas, entre ellas, cabe citar el Proyecto de ley n. 122/000157, que preveía el derecho a no sufrir acoso moral en el lugar de trabajo, el Proyecto de ley n. 122/000158, que pretendía tipificar el acoso moral en el Código Penal, y, por último, el Proyecto de ley n. 122/000169, que, entendiendo el acoso moral como una infracción laboral, pretendía incluirlo en el Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha norma solamente establece que los trabajadores tienen el derecho al respeto a su intimidad y la consideración debida a su dignidad, englobando la protección frente al acoso por razón del origen racial o étnico, por convicciones religiosas, por incapacidad, edad u orientación sexual.

Ahora bien, a pesar de no haber legislación específica concerniente al acoso moral en el trabajo, nada impide al acosado usar todos los medios de los que dispone contra su agresor, basándose en diferentes preceptos legales desde la Constitución Española, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴, el Estatuto de los Trabajadores, que contiene reglas específicas para la defensa de la dignidad de los trabajadores⁵, pasando por el Código Civil, en sus artículos 1.101 (es aplicable cuando el empleador omite su deber de proteger y preservar la salud y la seguridad de sus trabajadores) y 1.902 (también se aplica en caso

⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

de acoso moral, permitiendo acciones de responsabilidad civil contra el agresor), por el Código Penal Militar (contiene reglas especiales aplicables a los malos tratos psicológicos y al abuso del poder) y también por el Código Penal, que acaba penando el acoso moral en la medida en que, de acuerdo con lo preceptuado en sus artículos 173 (tipifica la práctica de tortura u otros delitos contra la integridad moral con pena de prisión de 6 meses a 2 años) y 177 protege la integridad moral.

Además, y ahora en el ámbito de Seguridad Social, en España se asiste a una creciente interpretación extensiva del concepto legal de accidente de trabajo, plasmado en el art. 115.1 Ley General de Seguridad Social, con el objetivo de alcanzar la máxima tutela reparadora para los trabajadores afectados. Así, ciertas patologías que no forman parte de la lista de enfermedades profesionales, podrán ser encuadradas en el concepto de accidente de trabajo, siempre que se pruebe que tal patología tiene como causa exclusiva la ejecución de su trabajo por parte del trabajador. Por tanto, en España los Tribunales laborales entienden que el acoso moral puede causar un daño a la salud de la víctima, que cabe entender derivado de un accidente de trabajo. Por ejemplo, la decisión del TSJ de Navarra, (Sala de lo Social) de 30 de abril de 2001, que juzgó un caso en el que las empleadas de limpieza de una escuela de Navarra sufrían de acoso por parte del portero, que las perseguía, no las respetaba verbalmente, llegando incluso a encerrarlas con llave, habiendo sido diagnosticado por los médicos que algunas de las operarias presentaban gran ansiedad derivada de este comportamiento por parte del portero. En el momento en que las trabajadoras causaron baja médica, la aseguradora se negó a cubrir esas bajas, motivo por el cual cada una de las trabajadoras recurrió al tribunal para defender sus intereses.

La sentencia comentada en primera instancia consideró que el estado psicológico y emocional de las trabajadoras debía ser entendido como accidente de trabajo y, en consecuencia, tenían derecho a la cobertura del seguro. La aseguradora recurrió la decisión ante el TSJ, quién determinó la existencia de nexo causal entre la situación laboral y el estado psicológico de las trabajadoras.

La construcción jurisprudencial presente en esta sentencia, que incluye los daños psíquicos como elemento concurrente para la caracterización del acoso moral, tiene su origen en las primeras decisiones judiciales sobre el fenómeno, que tenían como objetivo la consideración de las lesiones psíquicas derivadas del supuesto de acoso moral como accidente de trabajo. Esto sucede porque, al contrario de lo que ocurre en Portugal, en el ordenamiento jurídico español no existe un concepto de acoso moral, y es por esa razón que la doctrina y los

tribunales españoles se han esforzado en llevar a cabo una caracterización jurídica del fenómeno, extrayendo de las «diferentes nociones clínicas o psicológicas» todos los elementos que consideran relevantes para el Derecho.

4. La doctrina y jurisprudencia española y portuguesa

Los Tribunales españoles se centran, con especial atención, en las características que una determinada conducta debe reunir para que pueda ser valorada como acoso moral, diferenciando, así, las situaciones que constituyen este tipo de acoso de otros incumplimientos empresariales o conflictos en el lugar de trabajo. Por ejemplo, algunas sentencias conceptúan el acoso moral «como la situación en que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente (en promedio de una vez por semana) durante un tiempo prolongado (durante seis meses) sobre otra persona o personas con las cuales mantiene una relación asimétrica de poder en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus funciones y lograr sus propósitos para que, finalmente, esa persona o personas acaben por abandonar el lugar de trabajo»⁶.

Según este enfoque, los elementos definidores para que una determinada conducta pueda ser calificada como de acoso moral y, así, diferenciar este último de otras conductas similares, son su carácter reiterado o prolongado en el tiempo y su intencionalidad. Es decir, según esta corriente, para que pueda existir acoso moral es necesario que se verifique una pluralidad de conductas sistemáticas y recurrentes (por lo menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (mínimo un semestre) y que sean intencionales (que las acciones formen parte de un plan dirigido a que la víctima abandone el lugar de trabajo o sus legítimos derechos). Solo así se entenderá que unas conductas son susceptibles de atentar contra la dignidad y la integridad física y moral de la víctima.

Cabe insistir en que, como se ha mencionado, el ordenamiento jurídico español no tiene un concepto legal sobre el acoso moral, por eso, los tribunales lo van interpretando cada vez más flexiblemente, con el objetivo de conceder a las víctimas una tutela más eficaz. Así, si en un primer momento se consideró necesaria la existencia del daño real y “efectivo” en la víctima y una conducta

⁶ Juzgado de lo Social n. 1, Bilbao, de 22 marzo 2002; STSJ Cataluña de 28 noviembre 2001.

sistemática prolongada en el tiempo (mínimo un semestre) de violencia psicológica sobre el trabajador, poco a poco la interpretación fue variando. En efecto, la jurisprudencia española más reciente se ha pronunciado ya en el sentido de que la exigencia temporal concreta de un semestre es arbitraria e injustificada. Arbitraria porque un límite de tiempo no constituye un argumento lógico, toda vez que la referida conducta no deja de ser acoso moral por haber durado solamente tres o cuatro meses, o por haber sido interrumpida durante una o dos semanas. Se cuestiona por qué motivo se debe obligar a la víctima de acoso a soportar conductas hostiles durante tanto tiempo para poder analizarse si se está ante una situación de acoso moral, razón por la cual algunas sentencias españolas ya consideran suficiente la violencia psicológica ejercida durante un período inferior al semestre (por ejemplo, tres meses⁷).

De otro lado, a diferencia de lo que ocurre en España, cabe señalar que la actividad de los Tribunales laborales portugueses en relación con la materia analizada es escasa. Ahora bien, el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. En este sentido, el citado Tribunal ha señalado que «se configura una situación de acoso moral o *mobbing* cuando hay aspectos en la conducta del empleador con relación al trabajador (a través del respectivo superior jerárquico), que, a pesar de que aisladamente analizados no pueden ser considerados ilícitos, cuando se consideran globalmente, en su conjunto, dado su prolongación en el tiempo (a lo largo de varios años), son aptos para crear en el trabajador una incomodidad y malestar en el trabajo que hiere su dignidad profesional e integridad moral y psíquica». Más claramente, «si de una conducta no puede concluirse que el empresario tiene la finalidad persecutoria e intencional de vulnerar los valores de la dignidad profesional y de la integridad física y psíquica del trabajador, no cabe apreciar la existencia del acoso moral». En tal caso, no se alcanzan los indicios suficientes para considerar que se está ante una situación de *mobbing*, en cuanto que para la apreciación de esa figura es imprescindible el requisito de la intencionalidad, tal como exige el art. 24 Código de Trabajo de 2003⁸.

De lo expuesto, se concluye que los conflictos intencionales, pero que son puntuales o de duración limitada, independientemente de su gravedad, no pueden ser encuadrados en los casos de acoso moral, por no haber durado un período de tiempo prolongado o largo.

Alguna otra sentencia reciente e interesante es la del Tribunal de la Relación de Porto de 4 de febrero de 2013, en la que el acoso moral es definido como «el

⁷ SJS, 2, Gerona de 23 septiembre 2003 (Ar. 3434).

⁸ Supremo Tribunal de Justicia, proceso n. 429/09.9TTLSB.L1.S1 de 29 de marzo de 2012.

comportamiento indeseado de la entidad patronal o superior jerárquico que, aunque no sea discriminatorio, por su carácter continuado e insidioso es perjudicial y hostil para el trabajador y pretende alejarlo de la empresa»⁹. Según la Relación de Porto, el *mobbing* es un conjunto encadenado de comportamientos, o de prácticas de acoso, que tiene como objetivo crear un ambiente hostil, degradante, humillante o desestabilizador del trabajo, que lleve al trabajador, por sí mismo, a la desvinculación de su relación laboral. Sin embargo, en el caso de autos, el citado Tribunal, decide absolver la empresa al considerar que el trabajador no ha conseguido probar la existencia de actos de aquella que pudieran ser entendidos como practicados de forma persecutoria, humillante y generadora de un ambiente de trabajo degradante, intimidatorio o desestabilizador. En similar sentido, cabe citar el TRC de 7 de marzo de 2013, según el que, «en el caso de autos, no resulta de los hechos probados que la recurrente haya realizado un determinado comportamiento indeseado y hostil basado en un factor de discriminación del tipo de los enunciados en el art. 24.1 Código de Trabajo 2009, razón por la cual podemos concluir que la recurrente no ha realizado ningún comportamiento susceptible de ser encuadrado en el acoso moral discriminatorio». Dicho de otro modo, «no quedaron probados hechos que hayan permitido concluir que la recurrente ha actuado de forma dolosa, lo que sería necesario, para nosotros, para que la misma fuera condenada como autora del delito en cuestión».

La verdad es que, en este tipo de procesos, la prueba es difícil y compleja, dado que existe un desequilibrio de poder entre las partes, pues el trabajador tiene dificultades a la hora de probar los comportamientos negativos con éxito, debido al hecho de que los actos practicados por la otra parte puedan ser sutiles y controlados, así como a la inexistencia de un encuadramiento legal específico y bien definido.

Siguiendo con la jurisprudencia portuguesa, cabe señalar que los tribunales lusos no suelen exigir el ya citado elemento temporal en el acoso moral, una duración mínima fija de los actos. Ciertamente, es posible encontrar sentencias que, independientemente de la duración de estos actos, concluyen que lo determinante en el acoso moral es la realización de conductas perversas y dañinas (la intención del agente agresor y el resultado de su conducta), de comportamientos injustificados, contrarios al principio de la buena fe. Si tales actos y comportamientos se dan, puede considerarse que se cumplen los

⁹ Sentencia del Tribunal de la Relación de Porto, proferido en el proc. 18271/11.3TTPRT.P1 de 4 de febrero de 2013.

presupuestos del acoso moral y, por ello, se puede sancionar a quien lo realiza¹⁰.

El sucinto análisis de los sistemas ibéricos evidencia y permite concluir que el factor duración está lejos de ser una característica pacífica del acoso moral. La doctrina y jurisprudencia de ambos países no tiene una opinión unánime en cuanto a la relevancia de la duración temporal del acoso moral. Para la mayoría de la doctrina portuguesa, para que pueda haber acoso moral es necesario que se verifique una pluralidad de conductas específicas, repetidas y reiteradas en el tiempo, pues solo así se puede concluir que las mismas son susceptibles de atentar contra la dignidad y la integridad física y moral de la víctima. Los conflictos puntuales, independientemente de su gravedad, no pueden ser encuadrados en las situaciones de acoso, por no haber ocurrido en un período de tiempo más o menos largo.

En el ordenamiento español, la mayoría de la doctrina entiende que, cuanto más intensos son los comportamientos hostiles, menos rígida debe ser la exigencia de que los mismos se prolonguen en el tiempo; por lo tanto, hay que tener en cuenta la naturaleza de las agresiones y el grado de defensa de la víctima, pues, si las mismas son evidentes, intensas y la posibilidad de defensa de aquella escasa, no habrá necesidad de esperar un tiempo mínimo de seis meses. Es decir, el factor temporal será variable, de acuerdo con la intensidad y gravedad de la conducta.

De igual manera, como ya se apuntó, la jurisprudencia española también se ha pronunciado en el sentido de que un período mínimo fijo de tiempo puede no ser un argumento lógico y justificable, o sea, ya se acepta que la víctima no está obligada a aguantar las conductas hostiles durante un largo período de tiempo, para poder valorar si se está en presencia de *mobbing*.

En conclusión, y en lo que a las decisiones judiciales respecta, a lo largo de los años se han delineado elementos objetivos y subjetivos que componen comportamientos de acoso moral en el lugar de trabajo, con el objetivo de identificar y caracterizar este fenómeno. De todos esos elementos, la intencionalidad y el carácter sistemático de la conducta del acoso moral soportada por el trabajador constituyen, en la actualidad, los requisitos esenciales para la jurisprudencia mayoritaria. Con todo, el acoso moral es interpretado cada vez más flexiblemente para proteger a la víctima.

¹⁰ TRC de 7 de marzo de 2013.

5. Conclusión

De lo expuesto, cabe concluir que, tanto en Portugal como en España, hay que hacer grandes reformas en la justicia, dotándola de un conjunto de instrumentos rigurosos para alcanzar una solución justa para la defensa de la víctima de acoso moral, ya que el actual modelo se presenta incompleto e insatisfactorio ante la realidad actual.

6. Bibliografía

- CANOSSA R., *O assédio moral no trabalho e a responsabilidade civil do empregador*, 2012, en www.assediados.com
- FIRMINO LEAL R., *Assédio moral no trabalho: o inimigo invisível*, Universidade de Lisboa, 2008-2009
- GUEVARA RAMÍREZ L., *Reflexiones sobre el acoso moral en el trabajo*, 2003
- MOREIRA VERDASCA A.T., *Assédio moral no trabalho. Uma aplicação ao sector bancário português*, Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, 2010
- VELÁZQUEZ M., *La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o "mobbing"*, en *Diario de Noticias La Ley*, julio 2002

El acoso moral en Italia: marco de referencia y evolución jurisprudencial*

de Roberta Caragnano

1. Planteamiento del problema: el acoso moral y los cambios en la organización del trabajo

El acoso moral es un fenómeno complejo y multifactorial de difícil identificación que, en los últimos años, se ha desarrollado cada vez más en el lugar de trabajo, y no es siempre consecuencia directa y única de la voluntad de un sujeto de ejercer *sic et simpliciter* violencia psicológica sobre un compañero que no es de su agrado, con el fin de alejarlo del lugar de trabajo, sino que es un fenómeno delicado que implica la interacción de factores relativos a aspectos psicológicos del trabajador, a las relaciones de los que se establecen (en el lugar de trabajo), a la dinámica de grupo y a los factores relacionados con la organización y, por lo tanto, a los cambios de los modelos organizativos que se han producido en los últimos años, así como a variables relacionadas con el clima de la empresa.

El *Eurofound*, en un reciente estudio del 2011¹, en el cual se analizan las tendencias evolutivas de los últimos veinte años en los ambientes de trabajo, centrandó la atención en la cuestión fundamental de la mejora de las condiciones de trabajo en los contextos sociales en los que, también a causa del envejecimiento demográfico, se solicita a las personas trabajar siempre más

* Traducción realizada por Alma Elena Rueda Rodríguez.

¹ Eurofound, Health and work: a difficult relationship, Foundation Focus, Eurofound, Dublin, 14 March 2011, disponible en el link <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2011/17/en/1/EF1117EN.pdf>.

tiempo, ha reiterado que el aumento de la presión sanguínea, las enfermedades cardiovasculares, los trastornos en la salud mental de los trabajadores y el acoso moral pueden ser los factores directos del estrés relacionado con el trabajo.

Ya a principios del siglo XXI, el tercer estudio europeo del *Eurofound* había puesto de manifiesto con datos objetivos, fruto de entrevistas realizadas a un conjunto de 21.500 trabajadores de los Estados miembros, que el 1.8% de los trabajadores de la Unión, es decir, 12.000 millones de personas, habían denunciado haber sido objeto del fenómeno de acoso moral. Los Estados en los que encontramos cifras más altas fueron Gran Bretaña con el 16% Suecia con un 10%, Francia y Finlandia, con un el 9%, Irlanda y Alemania, con un 1.8% e Italia con un 4%. Sin embargo, la incidencia del fenómeno de la violencia y el acoso en el trabajo, en el que la Fundación incluía el acoso moral, presentaba variaciones sensibles entre los Estados miembros debido a diversos factores. En primer lugar, la escasez de información (en algunos países los casos declarados fueron pocos), a la que se añadió la mayor o menor sensibilidad respecto al fenómeno, las diferencias entre los sistemas jurídicos y las diferencias culturales, pero también la precariedad del empleo.

Los datos confirman las conclusiones de la OIT que, en un estudio anterior de 1998², conectando al acoso moral en el ámbito del estrés laboral³, pero precisando que se encuentra frente a dos casos distintos que entran en los riesgos psicosociales, pero con elementos de diferenciación desde un perfil normativo y procedimental, había proporcionado una primera estimación económica: en Alemania, el coste directo del acoso moral para una empresa de 1.000 empleados había estado calculado en cerca de 200.000 DM cada año, y el coste indirecto en 100.000 DM por año; mientras que en los Estados Unidos, un estudio de la *National Safe Workplace Institute* había estimado que el coste total de la violencia en el lugar de trabajo ascendía a más de cuatro millones de dólares en 1992. A esto hay que añadir aspectos aún más sociales como los relacionados con el aumento de los suicidios.

² Sobre el punto léase el reporte de la OIT, *La violence sur le lieu de travail – un probleme mondial. Les chauffeurs de taxi, les employés des services de santé et les enseignants font partie des professions les plus exposées*, BIT/98/30 del lunes 20 de julio de 1998.

³ Sobre el tema también existe un estudio sucesivo de la OIT, *La violenza sul lavoro: la minaccia globale*, Noviembre 2000, donde se detecta que no toda la violencia es física y se reconoce el gran impacto de la violencia psicológica, categoría a la que son reconducibles figuras tales como el acoso moral y el *bullyng*.

En el mismo sentido, en el 2002, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo subrayó que el acoso moral en el lugar de trabajo representaba un problema importante para los trabajadores europeos con costes considerables, tanto para el empleado como para la organización, y que la prevención del mismo era uno de los objetivos contenidos en la comunicación de la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión. *Adaptarse a las transformaciones del trabajo y de la sociedad: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006*. Comisión Europea, 2002) con respecto a la nueva estrategia para la salud y seguridad en el trabajo. Y es precisamente en el 2001 que, al margen del estudio citado del Eurofound (2001), el Parlamento Europeo emitió la resolución específica número 2339: *El acoso moral en el lugar de trabajo*. El documento parte del supuesto de que los estudios y la experiencia empírica convergen en detectar un claro vínculo entre la vida profesional y el estrés, o el trabajo y un alto grado de tensión, junto con el aumento de la competencia, la reducción de la seguridad laboral y la incerteza de las tareas profesionales, se encuentran entre las causas del acoso moral, las carencias a nivel de organización laboral, de información interna y de dirección, además de los problemas de organización no resueltos y de larga duración que se traducen en una fuerte presión sobre los grupos de trabajo y pueden conducir a la adopción de la lógica del “chivo expiatorio” y después al acoso moral. En este sentido, parece encontrarse una relación específica de causa-efecto en cuanto que el acoso moral es alimentado por una organización poco eficiente, pero del mismo modo estas mismas acciones acosadoras afectan al nivel de eficiencia de la organización.

Las consecuencias, ya sean para el individuo para el grupo de trabajo, pueden ser relevantes, así como los costes para los individuos, las empresas y la sociedad. Si por un lado, a nivel de la empresa, las repercusiones afectan la rentabilidad y a la eficiencia económica de la empresa, a causa del absentismo que provoca reducción de la productividad del trabajador, inducida por el estado de confusión de los individuos y de las dificultades de concentración, así como «de la necesidad de pagar una indemnización a los trabajadores despedidos»⁴, por otra parte, las consecuencias son también personales y familiares pues según el perfil médico legal el acoso moral provoca un estado de angustia psicológica y la aparición de enfermedades psicosomáticas, tales

⁴ Sobre el punto léase: Ascenzi, A., Bergagio, G. L., *Il mobbing. Il marketing sociale come strumento per combatterlo*, Giappichelli, 2000, p. 49, en el que se subraya que «ha quedado probado que un trabajador expuesto a la violencia psicológica tiene un rendimiento inferior al 60 por ciento en términos de productividad y eficiencia respecto a otros trabajadores».

como trastornos de adaptación o incluso síntomas de estrés post-traumático con reflejo, no sólo sobre las personas *uti singuli*, sino también para las familias, influyendo sobre el *menage* familiar.

Sobre esta base, el Parlamento Europeo exhortaba a la Comisión a analizar el fenómeno e implementar todas las acciones preventivas y de protección con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la salud y seguridad en el trabajo (Directiva 89/391/CEE), o la elaboración de una nueva directiva marco como un instrumento jurídico para combatir el fenómeno de hostigamiento, además de un mecanismo de defensa del respeto de la dignidad de la persona del trabajador, de su intimidad y de su honor. El objetivo era la mejora sistemática del ambiente de trabajo, centrándose en la prevención.

Al mismo tiempo, se exhortaba a los Estados miembros a reforzar, revisar y complementar su propia legislación para elevar el nivel de protección contra el acoso moral y el acoso sexual en el lugar de trabajo, para lograr una definición uniforme del caso específico y elaborar, con la ayuda de todos actores sociales, las estrategias idóneas para combatir el fenómeno, procediendo también a un intercambio de experiencias sobre el principio de las “mejores prácticas”. De esta manera, las instituciones europeas fueron llamadas a la responsabilidad, con el fin de que sirvieran como modelo virtuoso, tanto para la adopción de medidas para prevenir y combatir el acoso moral dentro de sus propias estructuras, así como en lo que respecta a la ayuda y la asistencia a personas o grupos trabajo, proporcionando eventualmente una adaptación del estatuto de los funcionarios, además de una adecuada política de sanciones.

Acerca de esto, parece oportuno recordar que la citada Resolución sobre el acoso moral ha sido el punto culminante y explícito de un proceso desarrollado en el tiempo a nivel internacional⁵, primero y después comunitario, en la dirección de una mayor atención a la salud del trabajador, no sólo como “física”, sino también psicofísica, y que vea siempre en la protección *tout court* de la salud y seguridad de los trabajadores su referencia prioritaria. Si en el Estatuto de la Organización Internacional del Trabajo de 1919 estaba prevista la necesidad de proteger a los trabajadores contra las enfermedades profesionales y los accidentes en el trabajo, en la declaración de Filadelfia de 1944 se evidenciaba la necesidad de una tutela de prevención que se concretó en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que si bien no contempla explícitamente el derecho de los trabajadores a la seguridad y la salud, en el artículo 23 afirmaba el derecho de los trabajadores «a condiciones

⁵ Sobre el desarrollo de las normas internacionales se puede ver De Cristofaro, “La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria”, en *Rel. ind.*, 1988, 15, p. 309.

equitativas y satisfactorias de trabajo» y en el artículo 28 el derecho de «todo individuo a un orden social e internacional en el cual se encuentren enunciados los derechos y libertades» y puedan ser plenamente realizados.

Fundamentalmente, fue el Acta Única Europea, con la previsión del artículo 21 de la disposición, la que ha integrado el Tratado Europeo añadiendo el art. 118 A, por el que «los Estados miembros se esforzarán por fomentar la mejora en particular del ambiente de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, en una perspectiva de progreso, de las condiciones existentes en este sector». De este modo, se ha ampliado el concepto de salud y seguridad, que ya no se limita a la actividad concreta realizada por el trabajador, sino que se extendió a todo el ambiente de trabajo en el que él opera⁶. Será tarea de la Directiva marco 391/1989 relativa a la ejecución de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, identificar el núcleo esencial de la tutela de la personalidad del trabajador.

Sin embargo, en el acoso moral, sin perjuicio de que se trata de un comportamiento no ético y opresivo en el que se identifican las conductas de acosadoras, hay una carencia de una definición única e internacional⁷, también a nivel terminológico, basta pensar que en Japón y en los países anglosajones se sigue usando el término *bullying*, mientras que en Francia y Bélgica se utiliza el de acoso moral (*harcèlement moral*)⁸.

⁶ Sobre el punto léase: Loy. G., “Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute”, en *Quad. dir. Rel. ind.*, 1993, f14, p. 14, que considera que el ambiente de trabajo no es sólo el lugar de trabajo, sino también el territorio, por lo que un daño a la salud de los trabajadores no necesariamente deriva de la actividad que ejercita si no también la circunstancia «de la residencia habitual en el territorio afectado por los fenómenos causados en la unidad productiva y los destinatarios de la tutela no son sólo los trabajadores de la empresa, sino la comunidad más amplia de ciudadanos que existen en el territorio».

⁷ En este sentido, Di Lembo, V., “Osservazioni in tema di mobbing”, en *Giur. merito*, 2007, p. 6.

⁸ Sobre el punto para profundizar se envía al Capítulo II, siguiente.

2. Naturaleza jurídica del acoso moral y los parámetros para su identificación

El término *mobbing*⁹ deriva del verbo inglés “*to mob*”, que literalmente significa rodear, apiñarse alrededor de alguien, y es indicativo de un comportamiento característico del mundo animal, propio de las aves, que rodean, más en concreto cercan a sus semejantes y los agreden, con el fin de alejarlos de la bandada¹⁰.

Es en 1984 cuando Leymann, un psicólogo e investigador alemán conocido como el pionero en los estudios sobre el fenómeno, toma la terminología típica de la etología para usarla en el contexto jurídico y, en particular, en el Derecho del trabajo, cualificando como acoso moral a todas esas formas particulares de conflicto que pueden desarrollarse en algunos ambientes de trabajo y que dan lugar a una acción o una serie de acciones repetidas durante un largo período de tiempo (al menos, 6 meses), realizadas por uno o más actores (acosador) para dañar a alguien (acosado) de una manera sistemática y con objetivos específicos¹¹. En particular, Leymann define el acoso moral como «una forma de terrorismo psicológico que implica una actitud hostil y no ética realizada de forma sistemática, no ocasional ni episódica, de una o varias personas contra un solo individuo, que llega a encontrarse en una condición de indefensión y es objeto de una serie de iniciativas vejatorias y persecutorias. Esto debe ocurrir con una cierta frecuencia (al menos una vez a la semana) y durante un largo

⁹ Para Leymann el término acoso moral es diferente, y por esto no debe confundirse con el bullying (bullismo), con el que se identifican todas las formas de terrorismo psicológico y, en ocasiones, incluso la agresión física ejercida no sólo por motivos de trabajo, sino también en la escuela, en las cárceles, y en otros lugares, y que se sustancien en actos de abuso y acoso entre los sujetos y no necesariamente ligadas a una relación jerárquica entre las partes involucradas. También en el acoso moral en el trabajo rara vez se llega a la violencia física, ya que se caracteriza por comportamientos sutiles y sofisticados con el objetivo principal de socavar el equilibrio psicofísico de la víctima.

¹⁰ Los métodos de intimidación en el reino animal han sido descritos a principios de los años setenta por el etólogo austríaco Konrad Lorenz.

¹¹ Sobre el punto léase: Leymann, H., “Mobbing and psychological terror at workplaces”, en *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2; *Ibidem*, “The Content and Development of Mobbing at Work”, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5; “Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders” en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 1996.

período de tiempo (al menos seis meses). Esta forma de maltrato provoca considerables sufrimientos mentales, psicosomáticos y sociales»¹².

Una característica del acoso moral, por lo tanto, es la continuidad temporal, es decir, perpetrarse en el tiempo de la “persecución” a la luz de una estrategia, que se concreta en ataques repetidos, sistemáticos y duraderos calculados para afectar a los canales de comunicación, la reputación y la salud la persona, hasta el punto de afectar a la integridad psicofísica del trabajador, poniendo en peligro su puesto de trabajo.

Sin embargo, es bueno evidenciar que no son calificables como acoso moral todas aquellas situaciones en la que la conducta hostil se concreta, agotándose en un único episodio extemporáneo de acoso psicológico, dictado por un malentendido o falta de atención hacia la sensibilidad del otro sujeto¹³. En este caso, de hecho, faltan todos los elementos típicos del caso específico, tales como la planificación de la conducta acosadora, la duración temporal, así como la finalidad exclusiva y punitiva realizada a través del comportamiento, todos los actos que incorporados a una estrategia global que tiene como objetivo “la eliminación de la víctima”, o también solamente el aislamiento del trabajador¹⁴.

¹² Leymann, H., Gustafsson, B., *Psychological Violence at Work. Two explorative study*, Arbetarskyddsstyrelsen, 1984.

¹³ Distinta de esta hipótesis que no es identificable como acoso moral es el caso del *straining*, otro fenómeno, teorizado por el mismo Ege, que se caracteriza por la falta de una frecuencia idónea de acciones hostiles, siendo suficiente una segunda acción que tenga efectos de larga duración en el tiempo (entre todos ver la hipótesis del descenso de categoría). En particular, el *straining* es una situación de estrés forzado en el trabajo en el que la víctima sufre al menos una acción que tiene como «consecuencia un efecto negativo en el ambiente de trabajo, una acción que además de ser estresante, también se caracteriza por una duración constante. La víctima se compara a la persona que ejecuta el *straining* en persistente inferioridad. El *straining* actúa específicamente contra una o más personas, pero siempre de una manera discriminatoria» (así Bertoncini, M., “Il mobbing secondo la Cassazione”, *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 2, p. 290, nota 5). Sobre el punto léase también Ege, H., *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, Franco Angeli, 2005; Cimaglia, M. C., “Riflessioni su mobbing e danno esistenziale”, *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 93; Foglia, R., “Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale”, *Dir. lav.*, 2000, II, 3, p. 13. Sobre los diferentes tipo de conflictos en el trabajo Manna, A., “Mobbing e straining come fattispecie determinative di danno: utile un intervento normativo?”, *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 705; Tramontano, L., “Il risarcimento dei danni da attività lavorativa”, en *La Tribuna*, 2007.

¹⁴ En algunas decisiones de mérito los jueces han negado la existencia del acoso moral en todas aquellas situaciones en las que el recurrente no había probado el intento persecutorio del acosador, el comúnmente llamado *animus nocendi*. Sobre el punto el Tribunal de Como 22 de mayo de 2001, en *Orient. giur. lav.*, 2001, I, p. 277; Trib. Como de 22 febbraio de 2003, en

Los elementos que, en concreto, concurren para delinear el acoso moral son cinco. Al lado de la presencia de los dos sujetos (acosador y acosado) está la actividad vejatoria, que tenga el carácter de continuidad temporal, así como el propósito de aislar a la víctima en el lugar de trabajo con el fin de alejarlo o impedir que realice un papel activo en el lugar de trabajo y, por último, la presencia de espectadores (compañeros de trabajo es decir, *sighted mobber*) que, generalmente, toman distancia por temor a incurrir en represalias personales.

Hoy, el fenómeno, en la definición compartida por los estudios de la Psicología del trabajo y que tiene una gran aceptación entre la doctrina iuslaboralista, es «una situación laboral de conflictividad sistemática, persistente y en constante progreso, en la que una o más personas son objeto de acciones de alto contenido persecutorio por uno o más agresores, en posición superior, inferior o igual, con el propósito de causar a la víctima daños de diverso tipo y gravedad»¹⁵. Para la más reciente jurisprudencia, «se entiende por acoso moral, comúnmente, un comportamiento del empleador (o del superior jerárquico, del empleado en el mismo nivel jerárquico o incluso un subordinado), que, con una conducta sistemática y prolongada en el tiempo y que se concreta en sistemáticos y reiterados comportamientos hostiles, da lugar a formas de abuso de poder o persecución psicológica contra un empleado en el lugar de trabajo. Con esto se puede lograr la humillación moral y la marginación del empleado, con efecto lesivo sobre su equilibrio psicofísico y sobre su personalidad» (Corte de Casación., Sentencia número. 3875/09).

Dependiendo del origen del acosador, así como de la dirección de las acciones, existen tipologías diferentes. Se distingue, de hecho, el acoso vertical (conocido también como *bossing*) del horizontal, ya que, en el primero se incluyen todas las medidas adoptadas por el empleador o por el superior jerárquico, mientras que en el segundo la actividad acosadora proviene de los compañeros de trabajo o, incluso, de sujetos subordinados jerárquicamente a la víctima¹⁶.

Mass. giur. lav., 2003, p. 328. Sobre el punto no comparte esa orientación, Di Lembo, V., *op. cit.*, p. 1551.

¹⁵ Sobre el punto léase Ege, H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002; *Ibidem, Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Franco Angeli, 2002; *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, *op. cit.*

¹⁶ En tal caso una parte de la doctrina distingue una tercera tipología de acoso, *bottom-up* ascendente que proviene de un inferior jerárquico hacia el superior.

En este contexto, sin embargo, es importante recordar que una característica del acoso moral es que lleva consigo otras reflexiones de naturaleza emocional y relacional, hasta el punto de configurarse como una *enfermedad social transversal* caracterizada por la «continuidad de las agresiones en el tiempo, el goteo de eventos perseguidores, la intensificación progresiva de los ataques que llevan a la víctima al aislamiento, a la marginación, el malestar y a la enfermedad». Se desprende que la persona acosada se encuentra imposibilitada para responder adecuadamente a estos ataques y, a largo plazo, sufre trastornos psicómicos, relacionales y del estado de ánimo, que pueden conducir también, en casos extremos, a la discapacidad psicofísica permanente¹⁷.

Los estudios de la Psicología y de la Sociología del trabajo, que han representado la base para la posterior elaboración jurisprudencial y también para la regulación del caso específico en algunos países europeos, han identificado 45 tipos de conductas agrupadas en cinco categorías diferentes. Para Leymann, las categorías son: ataques a la posibilidad de comunicación, a las relaciones sociales, a la imagen social, a la calidad de la situación profesional y privada y a la salud. Mientras que los comportamientos que conducen al acoso moral y contribuyen a la identificación de los parámetros son, para Harald Ege (que ha continuado con los estudios Leymann): la negación de los actos humanos (se impide a la víctima comunicarse con los compañeros de trabajo), aislamiento sistemático (se impide a la víctima comunicarse con sus colegas de trabajo), aislamiento sistemático (se aleja la víctima lejos de los colegas o de las conversaciones), el descenso de categoría o la privación absoluta de cualquier tipo de trabajo; ataques a la reputación de la persona (con respecto a las opiniones políticas o a la vida privada), violencia o acoso sexual.

2.1. Las fases y las características de la conducta acosadora: modelos de Leymann y Ege

Leymann identifica cuatro etapas del proceso: la fase preliminar con “señales de advertencia”, la segunda, es decir, la “fase de evidencia de los hechos”, cuando inicia el verdadero y propio acoso, la tercera que se concreta en el “caso formalizado”, y por último, la fase final, es decir, la terminal.

¹⁷ Así para Gilioli, R., *Cattivi capi, cattivi colleghi. Come difendersi dal mobbing e dal “nuovo capitalismo selvaggio”*, Milano, 2000.

A la primera fase corresponde aquella que una parte de la doctrina identifica como el primer paso del *conflicto cotidiano de inicio*, es en esta etapa cuando son legibles las primeras señales de una situación de conflicto, que puede ser eliminada mediante la reconstrucción de un equilibrio relacional. En el segundo paso, el de la *conflictividad evidente*, por el contrario, es donde se encuentran las tres fases sucesivas indicadas anteriormente, en las que el conflicto es evidente y con repercusiones tanto en el ambiente laboral como en el relacional.

En esta primera declinación estructurada del acoso moral y de sus etapas, Ege ha añadido una segunda, dividida en seis etapas. Para Ege, de hecho, el conjunto está precedido por un pre-etapa, también conocida como *condición cero* caracterizada por una conflictividad fisiológica típica de la realidad de trabajo y que no representa por sí misma una condición prodrómica al acoso moral, al contrario, la presencia de conflictos y la sana competición en las empresas pueden representar un estímulo. La degeneración, sin embargo, puede representar e identificar la pre-fase del acoso.

En la primera etapa, sin embargo, en la que el conflicto *dirigido* al fenómeno comienza a tomar forma y se distingue por el hecho de que tiene como objetivo no sólo la voluntad de un individuo de emerger laboralmente, sino que se insinúa también un elemento más personal y un objetivo más específico de destruir al adversario.

En la segunda fase se inicia el acoso real, con los ataques por parte del acosador, que aún no causan síntomas o enfermedades psicosomáticas en la víctima, pero que sí le provocan una sensación de incomodidad y malestar debido a la intensificación de las relaciones con los compañeros.

Los primeros síntomas *psicosomáticos* aparecen en la tercera etapa, cuando la víctima comienza a mostrar un sentimiento de inseguridad y problemas de salud tales como el insomnio y los trastornos digestivos.

En la quinta fase, se concreta un agravamiento de la salud psicofísica de la víctima, se hacen más intensas las fases de depresión severa con el uso de psicofármacos y terapias que usualmente tienen pocos resultados. En esta etapa la empresa adopta medidas disciplinarias contra el acosado que agravan aún más la situación.

En la etapa final se llega a la exclusión de la persona del mundo del trabajo, una situación que implica la salida de la víctima de la empresa, en caso de renuncia voluntaria, despido, utilización de la jubilación anticipada o, incluso, resultados traumáticos, como el suicidio, el desarrollo de las manías obsesivas, el homicidio y la venganza hacia el acosador.

Considerando estas premisas, la mayoría de la doctrina identifica cinco categorías que provocan acciones acosadoras. Son los ataques contra el contacto humano (limitación de la capacidad de expresarse, constantes interrupciones en el discurso, reproches y críticas frecuentes, miradas y gestos con significado negativo), el aislamiento sistemático (transferencia a un lugar de trabajo aislado, actitudes que tienden a ignorar la víctima, la prohibición de hablar o tener relaciones con ésta), los cambios en las tareas (privación total de las tareas, asignación de tareas inútiles, dañinas o por debajo de la capacidad de la víctima), los ataques a la reputación (chismes, burlas, también calumnias e humillaciones), la violencia o la amenaza de violencia (amenazas o actos de violencia física, también con trasfondo sexual)¹⁸.

Y sobre esta base, la jurisprudencia, tanto de la *Suprema Corte de Casación* como de los Tribunales, han tratado de construir una definición legal tanto del caso específico como de la conducta acosadora debido a la falta de una legislación específica en el ordenamiento italiano relativa los actos perturbadores en el lugar de trabajo.

3. Italia: el acoso moral, en ausencia de disposiciones normativas, convenios colectivos y leyes regionales

El ordenamiento italiano carece de regulación legal para la tutela del acoso moral, por lo que la construcción del caso específico corresponde a la jurisprudencia, que en los últimos años ha sentado las bases para la configuración del fenómeno.

En general, las referencias jurídicas para la protección del acoso moral se pueden encontrar de forma más general, en los artículos 32 y 41 de la Constitución, en los artículos 582 y 590 del Código penal, en los artículos 2043, 2049 y 2087 del Código Civil y en la Ley 300/1970, entendiéndose que el fenómeno ha adquirido a lo largo del tiempo su propia autorregulación a través de la negociación colectiva y de los códigos de conducta.

Por lo que se refiere a la operatividad de la legislación civil, debe leerse en conjunto con lo dispuesto en la Constitución, se reenvía a la revisión de la jurisprudencia que reconstruye el proceso histórico que ha conducido a una primera y más completa definición del fenómeno.

¹⁸ Bertoncini, M., *op.cit.*

A nivel penal, el artículo 582 sanciona con prisión de tres meses a tres años a cualquiera que cause una lesión personal, de la cual derive una enfermedad en el cuerpo y en la mente, también se castiga, en el artículo 590, a cualquiera que cause lesiones corporales involuntarias.

No se prevén reglas específicas ni siquiera en el Texto único en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo Ley 81/2008, sin embargo, una parte de la doctrina, con una interpretación amplia, ve la posibilidad de una protección en el art. 28 con el fin de incluir en el documento de evaluación de riesgos también las medidas de prevención del acoso moral. En este sentido, C. Lazzari¹⁹ considera que «teniendo en cuenta que a los factores de orden psicológico, social y organizacional, concernientes al ambiente de trabajo debe ser reconocida, de acuerdo con los más recientes avances en la materia, la misma importancia atribuida normalmente sólo a los perfiles estrictamente técnicos, se podría consultar sobre la posibilidad de incluir entre los distintos riesgos que el empleador ha debido evaluar y prevenir, también al acoso moral, situación de riesgo ligada al contexto de trabajo que se añade a los riesgos que resultan clásicamente derivados de las máquinas, equipos y agentes físicos, químicos y biológicos». De la misma manera, obligando al empleador evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos los relacionados con el sistema de gestión de la organización de la empresa (sobre este punto véase también el Decreto Legislativo 231/2001), la referencia podría leerse entre líneas. En el mismo sentido, en una perspectiva *de iure condendo*, el sistema de formación/ información de los trabajadores, así como el papel del representante de seguridad podría ser reforzado en la óptica preventiva del acoso moral.

La Ley 300/1970, del Estatuto de los Trabajadores, proporciona tutela indirecta a través del artículo 13, que señala que no puede ser encomendadas al empleado tareas de nivel profesional inferior a las de su categoría profesional, mientras que el art. 15 sanciona cualquier acto tendente a afectar al empleado por razón de su propia actividad, afiliación sindical, ideología política, identidad religiosa, lingüística u orientación sexual.

Si a nivel general falta una legislación nacional sobre el tema, es importante mencionar que, sin embargo, a nivel interno y por lo tanto con un valor un ámbito de aplicación limitado, el Decreto Legislativo 216/2003 (que establece una disciplina para la igualdad de trato en materia de empleo y de condiciones de trabajo, independientemente de la religión o convicciones personales, de las

¹⁹ Lazzari, C., “Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo”, *RGL*, I, 2001, p. 70.

discapacidades, de la edad o de la orientación sexual, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE), en el artículo 2, apartado 3, recoge entre las discriminaciones también al acoso, es decir, aquellos comportamientos no deseados que tienen el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. En esencia, una definición de acoso en la misma línea que la del *mobbing*. Contra estos actos de discriminación (incluyendo el acoso) se prevén una serie de garantías en el ámbito jurisdiccional, disponiendo de la nulidad de los pactos o actos dirigidos a discriminar al empleado por los motivos anteriormente mencionados, e introduciendo la posibilidad de obtener una indemnización por un daño no patrimonial, a este fin se admite contra las conductas discriminatorias, la prueba indirecta por medio de presunciones simples y también sobre la base de los datos estadísticos.

En materia de la legislación especial, finalmente, es importante el Decreto legislativo 38/2000, que ha introducido, aunque con algunas excepciones, la protección aseguradora INAIL (Instituto Nacional de seguros contra las lesiones en el trabajo) del daño biológico, entendida también como una lesión de la integridad psíquica por sí sola y en sí misma reconocida.

Hasta la fecha, se han presentado en el Parlamento varios proyectos de ley que tenían entre sus fines inspiradores la definición conceptual del acoso moral, junto con las descripciones de los comportamientos persecutorios, la identificación de los sujetos activos del acoso, es decir, los perseguidores, como los empleadores, superiores jerárquicos, del mismo grado; los indicios de la finalidad del perseguidor de perjudicar al trabajador, las responsabilidades disciplinarias a cargo de los promotores de acoso moral y la “responsabilidad” del empresario que tiene la obligación de comprobar las denuncias del acoso moral y de adoptar las consecuentes medidas necesarias, como la imposición de medidas disciplinarias y/o la eliminación de sus efectos. Los proyectos de ley contienen, también, sanciones penales contra aquellos que estén involucrados en actos calificados como acoso. En la legislatura XIV, fueron presentados en el Parlamento dos textos unificados. El primero, presentado el 2 de febrero de 2005 por el Comité Especial de la Comisión de Trabajo del Senado y que reúne 122 Decretos ley y otros sobre el tema, contiene una definición flexible del tema. En la misma, «vienen comprendidos todos los fenómenos de la violencia y persecución psicológica caracterizados por un común denominador que consiste, por un lado, en un elemento objetivo, es decir, la continuidad y sistematicidad de actos y comportamientos persecutorios en el ámbito del trabajo y, por otro, en un elemento teleológico, que consiste en la finalidad específica de tales actos, dirigidos exactamente a

dañar la integridad psicofísica de la trabajadora o el trabajador. También están identificados todos los tipos de acoso moral entre los cuales se encuentra también el acoso moral ascendente, forma poco común en Italia»²⁰.

También el segundo Texto unificado de 28 de junio de 2005²¹ contiene los principios fundamentales sobre el tema del acoso junto con los instrumentos represivos y reparadores de los daños provocados por la violencia o la persecución psicológica, y al mismo tiempo una adecuada protección judicial.

Una reglamentación más completa de esta materia está recogida en los convenios colectivos con las buenas prácticas en el sector cooperativo, donde es emblemático el Acuerdo para renovar el sector metalmeccánico (cooperativas), firmado el 8 de julio de 2003, y renovado en el 2008, en el que se ha previsto un verdadero y propio código de conducta.

El Código de conducta, además de proporcionar una definición del acoso y elaborar una serie de principios que garantizan la protección de la dignidad, la libertad y la privacidad de los trabajadores, también establece la figura de la o del Consejero de Confianza. Esta nueva figura, que actúa con plena autonomía, tiene tanto tareas preventivas como de información en el desarrollo de la actividad de prevención a través de iniciativas de tipo cultural, formativas e informativas, así como operativas de apoyo a las víctimas de acoso sexual y de acoso moral, y de impulso, en cuanto puede indicar las medidas de organización consideradas de vez en cuando útiles para el cese inmediato de las conductas de acoso sexual y de acoso moral. Finalmente, transmite anualmente a los firmantes del CCNL (convenio colectivo nacional del trabajo) un informe especial sobre el estado de actuaciones del Código de Conducta.

Interesantes, en cuanto contienen una definición precisa del acoso moral, son los convenios colectivos nacionales de trabajo del 2002-2005 del Sector público, en particular los de las ramas de Ministerios, Regiones Autónomas, Entidades Locales, Entes Públicos no económicos. También se prevén una serie de acciones para implementar y contrarrestar la difusión de esta situación, que tiene relevancia social, así como para prevenir la aparición de posibles consecuencias peligrosas para la salud física y mental del trabajador interesado y, en general, para mejorar la calidad y la seguridad en el ambiente de trabajo.

A nivel de empresa, también en cuanto a lo previsto en Alemania, merece poner atención al Acuerdo contra la violencia psicológica en el lugar de trabajo firmado en 2001 entre los sindicatos Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, Atm-Satti

²⁰ Staiano, R., *Dequalificazione professionale e mobbing – Profili applicativi*, Halley Editrice, 2006, p. 66, y Cendon, P., *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, vol.4, Utet, 2009.

²¹ El texto reúne los DDL 122, 266, 422, 870, 924, 986, 1242, 1280, 1290, 2420, 3253 y 3255.

y Volkswagen, que fue el primer acuerdo empresarial en el que han participado más de 5.000 empleados.

Al lado de la disciplina interna prevista en la negociación colectiva nacional o empresarial, hay leyes regionales, exactamente cuatro, que han regulado el fenómeno.

La primera región en introducir una tipificación legislativa del acoso fue la Región de Lazio, en el año 2002 con la Ley n. 16, una medida que proporciona no sólo una definición del fenómeno, sino que también identifica las acciones de prevención e información, así como un observatorio regional sobre el acoso moral y anti acoso moral confiados a los organismos conjuntos. Sin embargo, la Ley fue declarada inconstitucional por la sentencia n. 359/2003 de la *Corte Costituzione* por vulnerar la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia de derecho civil, así como la de ordenamiento y organización del Estado y de las entidades públicas nacionales en contraste con el art. 117, apartado 2, letra. l) y g) de la Constitución (sobre este punto lea STAIANO, R., Corte. Constitucional 19.12.2003, n. 359, en www.diritto.it).

A continuación, la Región de Umbría en 2005 adoptó la Ley regional n. 18 sobre la protección de la salud psicofísica de la persona en el lugar de trabajo y la prevención y contraste del fenómeno de acoso moral. En particular, la ley ha previsto deberes, responsabilidades y caminos específicos, y estableció un observatorio regional de los casos de acoso con la tarea, además de investigar, de ofrecer asesoramiento para que esté garantizada también una asistencia médica, legal y psicológica. En la misma dirección, el Friuli Venezia Giulia con la ley regional n. 7 de 8 de abril de 2005.

Ambas leyes han estado sometidas a juicio de legitimidad, como en el caso de la ley de la región de Lazio, pero no han sido declaradas inconstitucionales porque no tratan de llenar vacíos dejados por la legislación estatal sobre el tema del acoso, sino que han centrado la atención sobre la tutela de los trabajadores acosados a través de la prevención, omitiendo las garantías legales²².

Finalmente, ha intervenido la región de Veneto con la Ley regional n. 10/2010, de *Prevención y contraste de los fenómenos de acoso moral y la protección de la salud psicosocial de la persona en el lugar de trabajo*, sobre el presupuesto de la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho de cada individuo a la propia integridad psicofísica, con el fin de proteger a la persona en lugar de trabajo y en relación a la actividad laboral, el artículo 2 ha evidenciado que la

²² Staiano, R., *Dequalificazione professionale e mobbing – Profili applicativi*, op. cit., p. 78.

finalidad es promover y apoyar «acciones e iniciativas encaminadas a prevenir el estrés laboral, para contrarrestar la aparición y la difusión del fenómeno del acoso moral, del estrés psicosocial y desalentar el comportamiento discriminatorio o acosador relacionado con el trabajo, promoviendo correctos estilos de vida».

A tal efecto se estableció el Observatorio Regional sobre el acoso moral, malestar laboral y el estrés psicosocial, con funciones de asesoramiento, seguimiento, análisis y asesoramiento para la promoción de propuestas operativas.

4. El acoso moral en la elaboración de la jurisprudencia: una breve reseña

La jurisprudencia, en los últimos años, ha contribuido a delinear los elementos característicos que definen el acoso moral partiendo de la construcción jurídica del fenómeno, de la que se pueden obtener los elementos útiles para la definición del caso específico y para el reconocimiento de los presupuestos, así como para el resarcimiento del daño biológico²³.

En resumen, para que se materialice el caso específico, la conducta debe: 1) presentarse en forma permanente y prolongada en el tiempo, 2) realizarse contra un empleado en el lugar de trabajo, y 3) concretarse en comportamientos intencionalmente hostiles, reiterados y sistemáticos, así como exorbitantes o incompatibles con la gestión ordinaria de la relación, que expresen un plan de persecución u hostigamiento del trabajador, para provocar un efecto perjudicial en su salud psicofísica²⁴. Además, es necesario demostrar el nexo causal entre la conducta del empresario o del superior jerárquico y el perjuicio a la integridad psicofísica del trabajador.

En 2011, el Consejo de Estado con la sentencia número 3648/2011 ha replanteado que, en la evaluación del presunto caso de acoso, debe ser considerada relevante «la multiplicidad y globalidad de las conductas de carácter persecutorio, ilegales o, incluso en sí mismo legales, puestas en

²³ Para profundizar sobre el acoso y para un análisis sustancial o procesal léase Staiano, R., *Mobbing comportamenti e tutele processuali*, Maggioli, 2012; *Ibidem*, *Dequalificazione professionale e mobbing. Profili applicativi*, op. cit.

²⁴ Sobre el punto léase para actualizarse Tolve G., [Il Mobbing nella recente giurisprudenza civile](#), en C. CORTESI (a cura di), [Violenza e molestie nei luoghi di lavoro](#), Boll. Spec. ADAPT, 2012, n. 26.

marcha de manera sistemática y prolongada en contra del empleado según un diseño vejatorio».

En la reconstrucción del recorrido de la jurisprudencia es fundamental partir de la primera sentencia italiana considerada “pionera” en el tema, la del Tribunal de Turín²⁵ de 16 de noviembre de 1999, que declaró que «existe una hipótesis de acoso moral cuando el empleado está sujeto a abusos por parte de sus superiores y, en particular, cuando se realizan contra el trabajador prácticas directas para aislarlo del ambiente de trabajo y, en casos más graves, para expulsarlo, prácticas cuyo efecto es socavar gravemente el equilibrio mental del trabajador, reduciendo su capacidad de trabajo y la confianza en sí mismo, provocando una catástrofe emocional, depresión e, incluso, el suicidio». En la sentencia, por otra parte, el juez no sólo reconstruye el caso específico de acoso moral destacando que se trata de la «práctica en la que el empleado es objeto de numerosos abusos por parte de su superior, y de prácticas que tienden a aislarlo del ambiente trabajo o, en casos más graves, a expulsarlo», pero evidencian también que ese comportamiento configura «un acto ilegal en el cual el empleador es responsable y se causa un daño a la integridad y a la personalidad del empleado, implicando el derecho a la indemnización de los daños». A esta sentencia la siguieron otras que señalan el aspecto persecutorio y la reiteración temporal, que han contribuido a definir, cada vez más, los límites y las características del caso específico, entre ellas, la sentencia de 30 de diciembre de 1999, en la que el juez hace referencia expresa a la ilicitud y obliga al empleador a «resarcir el daño biológico y la descualificación profesional sufrida por el trabajador como consecuencia de tal comportamiento».

En la misma dirección, la Corte de Casación, Sección de trabajo, con la sentencia de 2 de mayo de 2000, número 5491, en la que afirma que «un empleado que es víctima de comportamientos persecutorios por parte de un empleador, tiene derecho a una indemnización por el llamado daño biológico, pero debe demostrar la existencia de un nexo causal entre la conducta del empleador y el daño a la su salud». De manera similar, la sentencia del Tribunal Constitucional número 359/2003, así como la sentencia de la Corte de Casación número 4474, de 6 de marzo de 2006, que muestran, con referencia a la lesión y a los daños de la salud psicofísica del trabajador, que la existencia de estos últimos, debe ser probada considerando la idoneidad ofensiva de la conducta, que se puede demostrar por el carácter sistemático y por la duración

²⁵ Trib. Torino 16 novembre 1999 n. 5050, *Lav. prev. oggi*, 2000, 154.

de la acción en el tiempo, por sus características objetivas de persecución y discriminación, derivadas específicamente de una emulación de connotación pretenciosa (sobre el carácter de la pretenciosidad leer la sentencia del Tribunal de Turín de 11 de diciembre de 1999, que ha analizado los estados patológicos sintomáticos: síndrome de ansiedad, depresión reactiva, labilidad emocional, nerviosismo, insomnio, ansiedad, pérdida de autoestima y crisis de llanto). La necesidad de demostrar la existencia de daño a la salud es una constante identificada por la jurisprudencia (véanse sobre el asunto: sentencia de la Corte de Casación número 7382/2010, sentencia de la Corte de Casación número 3785/2009, sentencia de la Corte de Casación número 22893/2008), que subraya la importancia del cumplimiento de la carga de la prueba requerida.

El comportamiento hostil y exorbitante se convierte en la gestión normal de la relación de trabajo y se puede concretar en la descalificación profesional del trabajador, que puede ser utilizada, con intención vejatoria o punitiva, a tareas menores. En relación con el tema, la Corte de Casación se pronunció sobre el daño no patrimonial derivado de la descualificación con la sentencia número 3057 de 29 de febrero de 2012 (reconociendo la existencia de un daño no patrimonial a un trabajador trasladado a otra oficina diferente y con atribución de un estatus inferior). Otros casos son aquellos en los que el empleado puede ser colocado en una condición de forzada inactividad destinada a la exclusión del mismo del contexto laboral. En este caso, recae sobre el trabajador, no sólo la carga de probar el propio descenso de categoría, sino también, proporcionar la prueba del daño no patrimonial según el art. 2697 del Código Civil, así como la prueba del nexo de causalidad con el incumplimiento del empleador.

Por otra parte, según la sentencia del Tribunal de Casación, SS.UU. número 4093 de 22 de febrero de 2010, la prueba del daño del descenso de categoría puede realizarse por cualquier medio, incluidas las presunciones, utilizando el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, el conocimiento general deriva de la experiencia. Sobre este tema también se señala la ordenanza de 18 de mayo de 2012, número 7963, emitida por la Corte de Casación (en realidad no llega a hablar claramente del acoso moral) que afirma que «el comportamiento del empleador que deja en situación de inactividad al empleador, además de violar el artículo. 2103 del Código Civil, perjudica el derecho fundamental al trabajo, entendido principalmente como un medio de manifestación de la personalidad de cada ciudadano, así como de la imagen y la profesionalidad de los empleados». Este comportamiento implica una lesión de un bien inmaterial por excelencia, como es la dignidad profesional del trabajador, entendida como la exigencia humana de manifestar la propia utilidad y la propia capacidad en el contexto laboral. Según los jueces de la

Corte Suprema, esta lesión produce automáticamente una lesión susceptible de resarcimiento, incluso a través de una valoración realizada por vía equitativa. Por el contrario, si la violación del derecho del trabajador a desarrollar sus propias labores, prescinde de un específico intento de humillar al trabajador o de descenderlo de categoría a través de la privación de sus funciones, la responsabilidad del empleador debe, sin embargo, considerarse excluida.

También es interesante la sentencia del Tribunal de Forlì de 15 de marzo de 2001, número 188, en la que se señala que «el acoso moral – debido a que el comportamiento es reiterado en el tiempo por parte de una o más personas, colegas o superiores de la víctima, para obligar al sujeto acosado a abandonar el contexto laboral al sujeto acosado que, a causa de tal comportamiento en un determinado periodo de tiempo, sufre consecuencias también de orden físico – deben ser identificado en base a los requisitos requeridos de la Psicología del trabajo a nivel internacional y nacional. Este fenómeno puede dar lugar a un daño existencial o daño a las relaciones humanas, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual, que se produce cada vez que el trabajador es atacado en la esfera de su dignidad, sin que la agresión le ofrezca salidas para otra cualificación resarcitoria. El daño previsto que se liquidará de forma equitativa, de acuerdo con los artículos 1.226 y 2.056 del Código Civil, puede estar relacionado con la duración de la conducta perjudicial y afectar al porcentaje de retribución percibida».

Si bien esta es la orientación jurisprudencial mayoritaria, junto a esta interpretación más cercana a la posición de la Psicología del trabajo, es posible traer a colación una segunda orientación según la cual, se puede prescindir de la metodología típica de la Psicología del trabajo y limitarse a la valoración del incumplimiento de la obligación del empresario, establecida expresamente por el artículo 2087 del Código Civil, de respetar la personalidad de su trabajador.

En este sentido se expresa el Tribunal de Pisa, con su sentencia de 7 de octubre de 2001²⁶, por la que «La referencia del código (artículo 2087 Código Civil) y de la Constitución (artículo 41, apartado 2, límites a la iniciativa económica privada) de la necesidad de tutelar también la personalidad moral y la dignidad humana por parte del empleador permite calificar como ilícito contractual cada comportamiento que cause un perjuicio injustificado sobre la personalidad humana del trabajador [...]. En definitiva, se puede afirmar que en la relación de trabajo está prohibido cualquier comportamiento del empresario que provoque una alteración de la personalidad del trabajador».

²⁶ Trib. Pisa sentencia del 7 octubre 2001, *Lav. giur.*, 2002, p. 456 y ss.

En general, se incorporan más aclaraciones sobre la ilegitimidad de la obligación de los empleadores en virtud del artículo 2087, por la Corte de Casación con la sentencia número 22858 de 11 de septiembre de 2008. En este sentido, los jueces de la Suprema Corte se han expresado afirmando que a pesar de que, a nivel general, exista una conducta con la intención de perjudicar al trabajador, el *mobbing* se caracteriza por ser un comportamiento prolongado en el tiempo «a través de una pluralidad de actos jurídicos o puramente materiales, incluso escasamente legítimos: sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2003, número 359; sentencia de la Corte de Casación Sección (4 de mayo de 2004, número 8438, sentencia de la Corte de Casación de 29 de septiembre de 2005, número 19053; de la prolongación de su carácter de ilícito permanente. Sentencia de la Corte de Casación, Sección uno, de 12 de junio de 2006, número 13 537) la voluntad que lo sostiene (dirigida a la persecución o a la marginación de los trabajadores), y el daño resultante, aplicado sobre el plano profesional, sexual, moral, psicológico o físico. El intento específico y su prolongación en el tiempo lo distinguen de otros actos individuales ilícitos (como la mera descalificación, contemplada en el artículo 2103 del Código Civil)».

Pero no solo esto, la sentencia va más allá afirmando que el «el fundamento de la ilegalidad es (en este sentido, también sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 2006, número 4774) la obligación del empleador, de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil, de adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral del trabajador. A partir de esto, la responsabilidad del empleador existe, incluso en los casos (en ausencia específica de intención perjudicial) en los que el comportamiento material sea realizado por otro empleado. Aunque si el comportamiento directo en cuestión se caracteriza por un específico intento lesivo, la responsabilidad del empleador (cuando el comportamiento sea directamente atribuible a otros empleados de las empresas) puede reducirse, a través del artículo 204 del Código Civil, por perseguir la eliminación del acto lesivo (en esta hipótesis, exigiendo la intrínseca ilicitud subjetiva y objetiva de tal comportamiento directo la sentencia de la Corte de Casación de 4 de marzo de 2005, número 4742 y la relación ocasional necesaria entre la actividad laboral requerida entre el trabajo y el daño inmediato: sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 2008, número 6033). Por tanto, el espacio del acoso moral, suponiendo necesariamente (en su origen directo o indirecto) la prolongación de la voluntad lesiva y, por lo tanto, es más reducido que aquel (en el que todavía se encuadra) recogido en el art. 2087 del Código Civil, que incluye cualquier comportamiento empresarial, que puede ser incluso instantáneo, y basado en la

culpa. Teniendo como fundamento el artículo 2087 del Código Civil, la configuración abstracta del acoso constituye la especificación de la cláusula general contenida en esta disposición».

Por último, la Corte de Casación con la sentencia número 3187/2012 ha resaltado que para la configuración de una conducta de “acoso”, la ilegalidad de un acto no es suficiente por sí misma. Es necesario, de hecho, para determinar la idoneidad ofensiva, la conducta del empleador (deducida a partir de las características de persecución y discriminación) y la connotación única, emulativa y engañosa de la conducta, así como la evidencia de la existencia de un patrón de persecución anterior²⁷.

La sentencia sigue también a la citada decisión. 3468/2011 del Consejo de Estado, que ha confirmado que el comportamiento delictivo del empleador o del superior debe: manifestarse en «un modo continuo y prolongado en el tiempo», realizarse «en contra de un empleado y en el lugar de trabajo», manifestarse mediante actitudes «intencionadamente hostiles, reiteradas y sistemáticas, exorbitantes o incongruentes respecto a la gestión ordinaria de la relación, expresivas de un diseño que, en realidad, tiene como fin la persecución o el acoso del trabajador, de tal forma que provoca un efecto perjudicial en su salud física y mental».

4.1. La *vexata quaestio* entre la responsabilidad extracontractual y la obligación de proteger la integridad psicofísica del trabajador de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil

El debate doctrinal y jurisprudencial de los últimos años sobre un tema caracterizado por un «cierto grado de rigidez de argumento [...], en perspectiva, en consideración a la enorme proliferación de opiniones sobre el tema»²⁸ que se ha interesado en los límites entre la responsabilidad extracontractual (artículo 2043 del Código Civil) y la responsabilidad de los empleadores de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil.

En particular, el artículo 2043 del Código Civil, recoge el principio general de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, por la que la lesión de un derecho subjetivo absoluto o de una posición jurídica subjetiva tutelada por el

²⁷ Para un primer comentario, leáse Staiano, R., *Cos'è il mobbing per la giurisprudenza* (Cass. n. 3187/2012), en www.diritto.it.

²⁸ Sobre el punto leáse: Russo, A., “Il mobbing nell’esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati”, DRI, 4, 2006, p. 1051.

ordenamiento, obliga al autor de la lesión a resarcir las consecuencias negativas y no patrimoniales derivadas de la misma. Si bien algunos²⁹ recurrieron a ese artículo para la configuración del resarcimiento de los daños causados por los comportamientos del acoso moral, otras orientaciones jurisprudenciales incorporando la obligación del *neminem laedere* al ámbito contractual, han reconocido la obligación de proteger la integridad psicofísica y moral del trabajador como corolario e integración de todas las demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo³⁰.

Una parte de la jurisprudencia (véase sentencia de la Corte de Casación de 21 de diciembre de 1998, número 12763, en *Mass.*, 1998) sostiene que la responsabilidad contractual, según el artículo 2087 del Código Civil, puede concurrir, en el caso de acoso moral y en la determinación del resarcimiento, con la extracontractual originada por la violación de los derechos subjetivos primarios (artículos 32 y 41, párrafo 2 de la Constitución). Sobre el empleador recae, de hecho, otra la responsabilidad específica establecida en el artículo 2049 del Código Civil (la responsabilidad por los actos ilícitos de sus empleados cometidos en el ejercicio de las funciones laborales), aunque la obligación general está prevista en el artículo. 2043 del Código Civil. Esta norma es interpretada por la jurisprudencia, a la luz del artículo. 32 de la Constitución sobre el derecho a la salud, del art. 41, párrafo 2, de la Constitución (que limita la libertad de iniciativa económica privada, prohibiendo su ejercicio de manera que perjudique la seguridad y la dignidad humana), de los artículos. 1175 y 1375 del Código Civil (principio de equidad y buena fe), e impone al empleador actuar con todas las medidas genéricas de prudencia y diligencia necesarias para proteger la integridad psicofísica del trabajador (véase sentencia de la Corte de Casación de 17. julio de 1995, número 7768, en *Mass. Giur. Lav* 1995, 561).

Los efectos en la práctica son diversos e interesantes. Reconducir el acoso moral al ámbito de aplicación del artículo 2087 del Código Civil implica *in primis* la competencia del tribunal monocratico, sección de trabajo, y por lo tanto, un procedimiento especial como establece el 410 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en caso de acumulación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, el procedimiento especial es

²⁹ Sobre el posible uso del artículo 2043 Código Civil para la protección del acoso léase Caracuta, F., “Il mobbing e la tutela giudiziaria”, en www.diritto.it/articoli/lavoro/lavoro; Caccamo, A., Mobiglia, M., “Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive”, *D&PL*, VII, 2000, p. 18.

³⁰ Lembo, V., *op.cit.*

absorbido por ordinario. En este sentido, es oportuno recordar también que la prescripción es diferente: 10 años en caso de responsabilidad contractual y 5 años en la extracontractual.

En cuanto a la prueba, en aplicación a los artículos 2087 y 1218 del Código Civil, el peso de la carga que recae sobre el empleador que debe demostrar que ha cumplido con su obligación de proteger la integridad psicofísica del trabajador y haber tomado todas las medidas necesarias y las garantías adecuadas para evitar que el daño se produjese, a la luz del principio de «la máxima seguridad técnicamente posible», establecido por la Corte de Casación con la sentencia de 2 de enero de 2002, número 5 y la sentencia de 14 de julio de 2001, número 9601³¹.

Por último, se señala que el resarcimiento del ilícito contractual de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil no sólo tiene función resarcitoria, sino también reparadora. Cuando se asegure que la retirada o el despido del trabajador son consecuencia de un descenso de categoría, es posible, la reintegración, así como la cancelación de la reasignación, y la restauración *ex tunc* de la relación de trabajo, si se asegura que las mismas, por ejemplo, se llevaron a cabo en condiciones imposibles de entender, como consecuencia de la violencia moral o bajo la amenaza de hacer cumplir un derecho.

Respecto a los perfiles de los daños resarcidos en la dicotomía entre daños patrimoniales (en las disposiciones de los artículos. 2043 y 1218) y los que no lo son (artículo 2059 Código Civil), en el resarcimiento de los daños morales, la Corte Constitucional con la sentencia número 233, de 11 de julio de 2003³², ha señalado que cuando se lesionan los intereses protegidos por la Constitución, como el respeto a la dignidad del trabajador en la empresa, el daño no patrimonial puede ser compensado incluso si no depende de un delito.

5. Mobbing: un estudio del fenómeno italiano típicamente “femenino”

Un estudio del 2011, *El estrés laboral y acoso moral: casos clínicos y diferencias de género*, llevado a cabo por un equipo de psicólogos y médicos del trabajo de la Unidad Operativa de Medicina del trabajo de la Fundación

³¹ Para profundizar léase Lembo, V., *op. cit.*

³² Para profundizar léase. Sentencia de la Corte Constitucional de 11 julio 2003, n. 233, *FI*, 2003, p. 1.

Maugeri, en Pavia³³, puso de manifiesto que el acoso moral afecta principalmente a las mujeres en un porcentaje del 65% y en la franja de edad de entre 34 y 45 años.

Los datos no son nuevos, ya en 2001, la citada Resolución del Parlamento Europeo había identificado el trabajo de las mujeres entre las áreas de riesgo del acoso moral, invitando a las instituciones europeas a intervenir con medidas de prevención y acciones comunitarias más atentas a la variable de género, también en materia de salud y seguridad. Con este fin, la EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo) en los últimos años, ha invitado a los países europeos a planificar acciones apropiadas con la finalidad de reducir una serie de riesgos relacionados con las diferencias de género, no sólo las relativas a las características y estereotipos más clásicos, que ven a la mujer, a menudo, discriminada en el acceso al empleo, sino también en la evaluación más atenta de los elementos que constituyen un obstáculo en la carrera profesional. La investigación analizó los casos de solicitudes de un examen especializado debido a la intimidación en el trabajo, recibidas por el equipo de operación de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía, entre 2001 y 2009, y se diagnosticaron 35 casos de hostigamiento de 345 solicitudes de personas que habían solicitado una visita por problemas, a su juicio, asociados con problemas psicopatológicos derivados del lugar de trabajo.

En detalle, la muestra de la encuesta fue la siguiente: 197 personas del sexo femenino (57,1%) y 148 varones (42,9%), con edades comprendidas entre los 21 y 61 años, con una media de 41 años. Desde el punto de vista de la educación, 4 sujetos (1,15%) tenían estudios primarios, estudios secundarios 126 (36,5%), 157 estudios secundarios superiores (45,5%), 58 licenciados universitarios (16,85 %). En cuanto al campo laboral, 256 personas (74,2%) prestaban sus servicios en empresas privadas, mientras que los restantes 89 (25,8%) trabajaban en las instituciones públicas (28 empleados municipales, 17 en escuelas, 23 en el sector de la salud, los otros en consorcios y fiscal). El 12,7% de los sujetos eran ejecutivos, el 15,8% directivos, 45,4% trabajadores, 16,6% operadores, y el 9,5% restante tenían otras calificaciones profesionales. El estudio se llevó a cabo a través de entrevistas estructuradas, que responden a las previstas en los protocolos específicos reconocidos en el ámbito de la

³³ Los resultados del estudio fueron publicados por Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., "Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere", *Giornale italiano di medicina del lavoro e ergonomia*, 4, 2011, p. 33.

medicina³⁴, en los que se procede a la elaboración de un historial laboral, familiar, social, fisiológico y patológico del paciente, con el fin de definir en un grado de probabilidad lo más cercano a la realidad, la verdadera naturaleza de los problemas psicopatológicos de los entrevistados.

Los resultados, como se anticipaba, evidenciaron que, aproximadamente el 10% de los pacientes presentaron un síndrome de acoso vinculado al ambiente de trabajo. En 345 personas examinadas en 112 casos se demostró la presencia de trastornos psiquiátricos pre-existentes, tales como trastornos depresivos y estados de ansiedad que no tienen relación con el trabajo, en 218 casos, sin embargo, había trastornos debidos al trabajo, y en 89 casos se encontró un cuadro clínico atribuido efectivamente al estrés laboral relacionado con el trabajo, con un diagnóstico que demostró un porcentaje igual al 60,7% de los trastornos de ansiedad graves relacionadas con el trabajo, el 37,1% de los casos se debían a un trastorno de adaptación y un porcentaje del 2,2% al trastorno de estrés post-traumático. En términos numéricos, los resultados finales fueron los siguientes: edad de promedio de la muestra total de 40,6 años, con una diferencia significativa entre hombres y mujeres (46 años para los varones y 39,5 para las mujeres), con una mayor prevalencia de éstas últimas (65%) respecto a los hombres (35%). Las partes interesadas presentaron predominantemente un nivel medio-alto de escolarización: 14 pacientes con título universitario (15,8%), 41 con el diploma de la escuela secundaria (46,3%), los restantes 34 tenían estudios secundario (37,9%), y nadie únicamente estudios primarios. Este dato está probablemente relacionado con el hecho de que las personas con mayor nivel de educación tienen una mayor conciencia o un umbral inferior de alarma respecto a la situación negativa.

En lo que respecta al sector del empleo, 75 sujetos (84,2%) trabajaban en el sector privado, los 14 restantes (15,8%) en el sector público, las tareas o las cualificaciones laborales interesantes eran muy variadas, pero con una prevalencia de las actividades de oficina, en las que las relaciones

³⁴ El protocolo de diagnóstico, desarrollado por la Unidad de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía incluye: entrevista clínica y psicológica; entrevista estructurada para el protocolo de Diagnóstico desarrollado por la Unidad de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía, test de personalidad MMPI-2 (Minnesota Multifacético de Personalidad de Inventario-2) en forma entera, visita psiquiátrica, eventuales investigaciones sobre las patologías. En este punto, y para más detalles léase Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., "Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere", *op. cit.*

interpersonales y la comunicación son una parte inherente del trabajo³⁵. Muy variable es la duración del acoso, de un mínimo de 6 meses a un máximo de 15 años. 63 sujetos (70,7%) tomaban medicamentos psiquiátricos antes de iniciar la observación del equipo médico o del especialista, un sujeto abusaba del alcohol. Por último, se encontraron 3 pacientes incapaces.

A unos resultados similares, con respecto a los datos “femeninos”, han llegado otros investigadores³⁶, que señalaron que las víctimas de acoso moral son alrededor de 1/3 hombres y 2/3 mujeres.

Los sectores más afectados parecen ser el sector de la salud, los servicios educativos y sociales, en esencia, todas aquellas situaciones en las que existe un fuerte componente femenino. Los datos más importantes, sin embargo, son relevantes en el sector de los negocios, donde más mujeres que hombres declararon ser víctimas de acoso con un porcentaje del 11, 6% frente al 5%, con casos que se producen principalmente después de regresar de la maternidad.

Los datos muestran que a menudo la furia contra las mujeres se debe al hecho de tener más beneficios contractuales, tales como horarios, expectativas, maternidad y permisos. Para evitar este tipo de situaciones, para Ege las directrices que deberían orientar las acciones serían dos: centrarse en la empresa con una formación específica que puede ayudar a la oficina de recursos humanos a llevar a cabo una gestión más conciliadora, prestando más atención a las personas y, en segundo lugar, preparar a las personas para el conflicto mediante la enseñanza de técnicas de autodefensa verbal y comportamientos para prevenir el fenómeno del acoso.

En otra investigación, sin embargo, los resultados no han conducido a diferencias significativas de género, como en el caso de la del propio Leymann³⁷ en el 1996 y un estudio sobre los funcionarios penitenciarios de Vartia³⁸ en 2001, donde, por el contrario, se reconoce sólo la presencia de determinados tipos de acciones sobre los hombres y no sobre las mujeres, como la no asignación de tareas de trabajo y la exclusión de las reuniones.

³⁵ Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., “Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere”, *op. cit.*

³⁶ Bjorkqvist, K., Osterman, K., Hjelt-Back, M., *Aggression among university employees. Aggressive Behaviour*, 20, 1994, pp. 173-184.

³⁷ Leymann, H., *Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders en European Journal of Work and Organizational Psychology*, *op. cit.*

³⁸ Vartia, M., Hyyti, J., Gender differences in workplace bullying among prison officers. *Eur J Work Organiz Psychol*, 11, 2002, pp. 113-126.

Desde el punto de vista científico, todavía, salvo las excepciones de diversas investigaciones sobre el tema, no hay estudios que hayan validado las causas reales, y la literatura sobre el tema es escasa.

6. Bibliografía

- AA.VV., *Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere*, en *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro e Ergonomia*, 2011, n. 4
- ASCENZI A., BERGAGIO G.L., *Il mobbing. Il marketing sociale come strumento per combatterlo*, Giappichelli, 2000
- BERTONCINI M., *Il mobbing secondo la Cassazione*, en *RCP*, 2009, n. 2
- BJÖRKQVIST K., ÖSTERMAN K., HJELT-BÄCK M., *Aggression among university employees*, en *Aggressive Behaviour*, 1994, n. 3
- CACCAMO A., MOBIGLIA M., *Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive*, en *DPL*, 2000, n. 20
- CARACUTA F., [Il mobbing e la tutela giudiziaria](http://www.diritto.it), en www.diritto.it, 2000
- CENDON P., *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, vol. 4, Utet, 2009
- CIMAGLIA M.C., *Riflessioni su mobbing e danno esistenziale (Tribunale di Venezia, 26 aprile 2001)*, en *RGL*, 2002, II, n. 1
- DE CRISTOFARO M., *La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria*, en *RI*, 1988, n. 15
- DI LEMBO V., *Osservazioni in tema di mobbing*, en *GM*, 2007, n. 6
- EGE H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002
- EGE H., *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Franco Angeli, 2002
- EGE H., *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, Franco Angeli, 2005
- FOGLIA R., *Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale*, en *DL*, 2000, II, 3
- GILIOLI A., GILIOLI R., *Cattivi capi, cattivi colleghi. Come difendersi dal mobbing e dal "nuovo capitalismo selvaggio"*, Mondadori, 2000
- LAZZARI C., *Il "mobbing" fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, en *RGL*, 2001, n. 1
- LEYMANN H., *Mobbing and psychological terror at workplaces*, en *Violence and Victims*, 1990, n. 2
- LEYMANN H., *The Content and Development of Mobbing at Work*, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, n. 2

- LEYMANN H., GUSTAFSSON A., *Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders*, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, n. 2
- LEYMANN H., GUSTAFSSON B., *Psychological Violence at Work. Two explorative study*, Arbetarskyddsstyrelsen, 1984
- LOY. G., *Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute*, en *QDLRI*, 1993, n. 14
- MANNA A., *Mobbing e straining come fattispecie determinative di danno: utile un intervento normativo?*, en *D&L*, 2006, 705
- STAIANO R., [Cos'è il mobbing per la giurisprudenza \(Cass. n. 3187/2012\)](#), en www.diritto.it
- STAIANO R., *Dequalificazione professionale e mobbing – Profili applicativi*, Halley 2006
- RUSSO A., *Il mobbing nell'esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati*, en *DRI*, 2006, n. 4
- TOLVE G., [Il Mobbing nella recente giurisprudenza civile](#), en C. CORTESI (a cura di), [Violenza e molestie nei luoghi di lavoro](#), Boll. Spec. ADAPT, 2012, n. 26
- TRAMONTANO L., *Il risarcimento dei danni da attività lavorativa*, CELT, 2007
- VARTIA M., HYYTI J., *Gender differences in workplace bullying among prison officers*, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 2002, n. 1

Concepto y delimitación del acoso moral en España e Italia. Algunas ideas generales

de Silvia Fernández Martínez

1. Introducción¹

El acoso moral ha existido desde los orígenes del trabajo por cuenta ajena, pero ha sido en las dos últimas décadas cuando su importancia ha aumentado, lo que se debe a la mayor concienciación social sobre el fenómeno. El incremento de la información sobre los derechos que ostentan los trabajadores ha provocado que, conductas que antes se consideraban enmarcadas dentro del poder de dirección del empresario, hoy en día hayan dejado de estarlo. Dicho poder empresarial se encuentra limitado por los derechos de los trabajadores, de modo que cualquier actuación que atente contra la dignidad o los demás derechos fundamentales, no tiene por qué ser tolerada por el trabajador.

Otro factor que ha influido en la mayor sensibilización social sobre el acoso moral ha sido el aumento de casos conocidos. Este aumento se debe, por un lado, al cambio en el sistema de valores, ya que, cada vez existe más competitividad entre los trabajadores, considerándose que cualquier método es válido para conseguir los propios fines. En realidad, estos comportamientos son reflejo de la violencia imperante en todos los ámbitos, incluido el de la relación de trabajo². Por otro lado, también resulta determinante el alto nivel de estrés

¹ Abreviaturas: AS (Aranzadi Social), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que en cada caso se indique), ET (Estatuto de los trabajadores), TS (*Tribuna Social*), CE (Constitución Española 1978), ADL (*Argomenti di Diritto del Lavoro*), D&L (*Rivista critica di Diritto del Lavoro*) y CCI (*Codice Civile Italiano*).

² Rojas Rivero, G. P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, España, Bomarzo, 2005, 10.

laboral presente en las sociedades industrializadas³, en las que el sector servicios ha experimentado un gran desarrollo. Los nuevos métodos de trabajo, que exigen la realización de un mayor número de tareas en grupo, originan más conflictividad laboral y, por lo tanto, más situaciones de acoso.

El análisis de este fenómeno desde el punto de vista del derecho comparado resulta especialmente interesante, en cuanto permite conocer el panorama existente en otros países y, posteriormente, valorar la situación en el Derecho español. En este trabajo, se realiza un breve estudio comparado sobre el estado actual de esta figura en el Derecho español e italiano, ambos con grandes similitudes, aunque carentes de regulación legal específica.

2. Configuración conceptual

2.1. Origen del concepto

En un primer momento, el acoso moral fue objeto de estudio desde el punto de vista de la Psicología, de la mano del psiquiatra alemán afincado en Suecia, Heinz LEYMANN. Este especialista fue el primero en acuñar el término *mobbing* para referirse al fenómeno en el que «una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, y durante un tiempo prolongado, sobre otra en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir sus redes de comunicación, menoscabar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que, finalmente, abandone el lugar de trabajo»⁴. Como es fácil apreciar, esta definición de acoso moral no clarifica cuáles son exactamente las conductas que lo conforman, de ahí que el referido autor intentase definir las en un test denominado *Leymann Inventory of Psychological Terrorization* (LIPT), recogiendo cuarenta y cinco comportamientos que serían constitutivos de acoso moral, realizados una vez por semana y durante un intervalo mínimo de seis meses⁵.

Otra importante estudiosa del tema es la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, para quien el acoso moral sería «toda conducta abusiva que atenta, por su repetición y sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando su

³ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, *TS*, 145, 2003, p. 14.

⁴ Leymann, H., *La persécution au travail*, Editions du Seuil, 1996, pp. 20 a 23.

⁵ *Ibidem*, pp. 26 a 43.

ambiente de trabajo»⁶. Esta autora coincide con Leymann al entender que el *mobbing* es una conducta abusiva reiterada, pero se aleja de su teoría en cuanto a la fijación de un concreto límite temporal, según el cual las conductas abusivas se tienen que producir una vez por semana en el intervalo de seis meses, lo que, según aquella, dejaría sin protección a personas que sufren ataques que vulneran su integridad, pero que no tienen lugar en los concretos límites temporales establecidos por el autor alemán. Otro punto de discrepancia es en relación con la autoría de la conducta abusiva, pues la investigadora francesa estima que el acosador puede ser un compañero de trabajo, y no necesariamente un superior jerárquico.

En fin, como se aprecia, el concepto clínico de acoso moral se basa en el estudio de las distintas conductas que pueden producir un daño psicológico en la víctima, es decir, una alteración de su salud. Más en concreto, lo que interesa a la Psicología es saber a partir de qué nivel de intensidad las actividades acosadoras producen enfermedades psicológicas o psicosomáticas⁷. A partir de ahí, una cuestión que se plantea es decidir si el concepto jurídico de acoso moral tiene que coincidir exactamente con el clínico. Un argumento a favor de tal coincidencia puede ser el de la necesidad de partir de aquel concepto, puesto que fue la Psicología la que estudió, en un primer momento, el fenómeno. Con todo, el concepto clínico no puede transponerse directamente al plano jurídico, sino que, solamente, debe tener carácter instrumental para poder realizar la construcción jurídica, mediante la utilización de los elementos relevantes de la definición psicosocial⁸. La diferencia más importante entre los conceptos jurídico y clínico de acoso moral es que desde el punto de vista jurídico no es necesario que se produzca un daño psíquico manifiesto para que se pueda hablar de acoso moral, a diferencia de lo sí se exige en el ámbito médico. El hostigamiento psicológico es jurídicamente reprochable *per se*, aunque no se produzca sufrimiento en la víctima, ya que siempre supone un atentado contra la integridad moral y la dignidad de aquella.

⁶ Hirigoyen, M. F., *El acoso moral. Distinguir lo verdadero de lo falso*, España, Paidós, 1999, p. 19.

⁷ Rojas Rivero, G. P., *op. cit.*, p. 51.

⁸ Serrano Olivares, R., *El acoso moral en el trabajo*, Consejo Económico y Social, 2005, p. 24.

2.2. Marco normativo general

Aunque en la normativa internacional y de algunos países de la Unión Europea (por ejemplo, Francia) existen referencias normativas sobre el acoso moral, no sucede lo mismo en España ni en Italia.

En la Unión Europea, cabe referirse a las Directivas 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; la 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, y la 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que contienen una noción de acoso sexual y otra de acoso, en general. Según estas Directivas, el acoso consiste en un comportamiento no deseado que tiene por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (art. 2.3 Directiva 2000/43/CE y 2000/78/CE, art. 1.c) Directiva 2006/54/CE). Esta definición se refiere únicamente al acoso discriminatorio por razón del origen racial o étnico, de las convicciones religiosas, de la discapacidad, edad u orientación sexual, por lo tanto, no existe una definición comunitaria de acoso moral.

Con respecto al derecho comparado, existen dos tendencias en los distintos países; por una parte, están los que han aprobado normativa específica para regular el acoso moral (por ejemplo, Suecia, como país pionero, y Francia), y por otra, los que no lo han tratado expresamente, ni con ley ni precepto legal, como ocurre en España e Italia.

En nuestro ordenamiento jurídico, cabe encontrar alguna alusión al acoso en general, especialmente al acoso discriminatorio. Así, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre la igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal de las personas con discapacidad, conceptúa en su art. 7.a) este tipo de acoso como «toda conducta de acoso relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Asimismo, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social, se limita a trasponer el concepto europeo de acoso discriminatorio (art. 28.d)). Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, sigue las últimas directrices comunitarias para combatir el acoso sexual y el acoso por razón de

sexo (art. 7). Estas leyes tienen su reflejo en el art. 4.2.e) ET, que protege al trabajador frente al acoso discriminatorio. Por lo demás, esta normativa deja clara la prohibición de las conductas de acoso por diferentes motivos y sirve, por analogía, para reforzar la lucha contra la especie del acoso moral.

En el ámbito de la negociación colectiva, cabe destacar la existencia de bastantes convenios colectivos que ya contienen cláusulas sobre acoso moral, detallando su concepto y ciertos aspectos de su régimen jurídico, como, por ejemplo, la contenida en el art. 57 del convenio colectivo de “grandes almacenes” (2009-2012)⁹. Aunque esta regulación convencional resulta insuficiente, en cuanto solo sirve a los concretos sectores afectados, cabe valorar positivamente el que las partes sociales se preocupen por este tipo de comportamiento y traten de establecer medidas preventivas para evitarlo o para proteger al trabajador en caso de producirse¹⁰. Otro tanto sucede en Italia, donde algunos convenios hacen referencia al acoso moral, aunque no contienen una definición clara del fenómeno o, de contenerla, los comportamientos constitutivos de *mobbing* se presentan de manera indeterminada¹¹. Además, aquellos no recogen medidas para sancionar y prevenir esta conducta, por lo tanto, la negociación colectiva no cubre el vacío legal existente en la materia.

Ante la falta de regulación legal expresa sobre el acoso moral, la doctrina científica y los Tribunales laborales (tanto en España como en Italia) han tratado de construir, durante los primeros años del siglo XXI, el concepto y el régimen jurídico de la figura. En este sentido, la ausencia de una regulación legal específica sobre la misma no ha impedido que los tribunales laborales hayan sabido dar protección a las víctimas, encajando el acoso en preceptos ya vigentes, especialmente de la Constitución, en cuanto dicho comportamiento siempre vulnera derechos fundamentales, como la dignidad de la persona¹², o, en ocasiones, también de otras leyes ordinarias, como el Estatuto de los Trabajadores o la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales¹³. Ciertamente, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de

⁹ RCL 2009\1900.

¹⁰ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico...”, *op. cit.*, p. 14.

¹¹ La Rosa, M., Murru, F., Glassier, V. y Bracci, C., *Il mobbing questo (s)conosciuto*, FrancoAngeli, 2004, pp. 61 a 65.

¹² La STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2001 (AS 2002\249) considera que una serie de conductas hostiles que constituyen una situación de acoso moral vulneran el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el art. 15 CE, así como el derecho básico a la consideración debida de la dignidad del trabajador, recogido en el art. 4.2.e) ET. Con posterioridad, muchas otras mantienen la misma doctrina.

¹³ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico...”, *op. cit.*, p. 14.

considerar que el acoso moral es una conducta pluriofensiva que afecta a diferentes derechos de la víctima¹⁴.

En el derecho italiano, el legislador estatal tampoco ha regulado directamente la figura del *mobbing*. Las únicas referencias legales son generales, como sucede con las incluidas en los arts. 32 y 41 Constitución, los arts. 582 y 590 Código Penal, los arts. 2043, 2049 y 2087 Código Civil (según este último, corresponde al empresario tutelar la integridad física y moral del trabajador en el desempeño de su labor¹⁵) o en el propio art. 28 Ley 81/2008, de salud y seguridad en el trabajo, en el que, desde un punto de vista amplio, podría entenderse incluido el acoso moral como un riesgo laboral más. Aunque no con carácter general, sino limitado a su concreto ámbito de aplicación, el art. 2.3 del Decreto Legislativo núm. 216/2003, que regula la igualdad de trato en materia de empleo y de condiciones de trabajo, prohíbe, junto a las discriminaciones, las molestias o aquellos comportamientos indeseados que tienen el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Así las cosas, este precepto podría dar protección frente a las conductas típicas del acoso moral. Además, con carácter limitado, cabe destacar algunas leyes regionales que ya regulan el fenómeno, como la de Lazio (año 2002)¹⁶, Umbría (2005), Friuli Venezia Giulia (2005) o Veneto (2010). Con todo, tales leyes no pueden regular aspectos generales que vulneren la competencia estatal (como la propia definición de *mobbing*, en cuyo caso serían inconstitucionales, como ya declaró la Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 19 de diciembre de 2003 (n. 359) respecto de la Ley de Lazio.

Con todo, la regulación del acoso moral en Italia se ha desarrollado a través de los convenios colectivos, siendo emblemático el convenio del sector metalmeccánico (cooperativas), firmado el 8 de julio de 2003, y renovado en 2008, en el que se prevé un verdadero código de conducta. Se define el acoso laboral y elabora una serie de principios que garantizan la protección de la dignidad, la libertad y la privacidad de los trabajadores y, además, se establece

¹⁴ En este sentido, véanse, Fabregat Monfort, G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Bomarzo, 2011, 7, y Montoya Melgar, A., “El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico” en Sánchez Trigueros, C. y González Díaz, A. (Directores), *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi, 2009, p. 62.

¹⁵ Paolucci, L., “Ancora sul mobbing: La volontà lesiva aquale elemento costitutivo dell’illecito datoriale: una corretta applicazione dell’art 2087 c.c.?” *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, parte 2, 2010.

¹⁶ Disposición para prevenir y combatir el fenómeno del *mobbing* en el lugar de trabajo. Ley regional de Lazio n. 1115 de 11 julio 2002.

la figura del consejero de confianza. Esta nueva figura, que actúa con plena autonomía, tiene dos funciones: una, de información sobre las actividades de prevención, a través de iniciativas de tipo cultural, formativo y de apoyo a las víctimas de acoso sexual y de acoso moral. La otra función es la de informar a las partes firmantes del convenio sobre el estado de las gestiones realizadas en el marco del código de conducta.

Por lo demás, los tribunales italianos también conocen de abundantes casos de acoso moral, desde la pionera sentencia del Tribunal de Turín de 16 de noviembre de 1999, en la que se empezó a proteger a la víctima frente a este tipo de abusos.

A la vista de las regulaciones parciales existentes sobre el acoso, cabe preguntarse sobre la oportunidad de una posible intervención expresa del legislador en la materia. En nuestra opinión, sin ser imprescindible, la misma parece oportuna en la que medida en que sirva para aportar mayor seguridad jurídica en la materia. Ahora bien, cabe advertir de ciertos riesgos de tal intervención legislativa, como el derivado de una conceptualización legal del acoso moral muy estricta, integrado por determinados comportamientos tasados, lo que podría dejar a la víctima sin protección frente a otros no incluidas¹⁷. De este modo, se podría llegar a la paradoja de que una víctima estuviese más protegida sin la existencia de regulación legal que con ella.

2.3. Denominación: acoso moral o psicológico

La doctrina española duda a la hora de decidir cuál es el término más adecuado y sus calificativos para denominar la figura analizada. En general, se acepta el término “acoso”, en cuanto pone de relieve la persecución sin tregua que sufre la víctima, aunque también se aceptan otros sinónimos, como “hostigamiento” o “presión laboral tendenciosa”. Este último se considera adecuado al incluir la violencia física que puede llegar a producirse y enfoca el problema desde el punto de vista del sujeto activo. Además, la palabra “tendenciosa” sirve para describir, con precisión, la situación de presión existente sobre un trabajador con una finalidad inadmisibles¹⁸.

Con todo, actualmente, el término más consolidado es el de “acoso” y la mayor discrepancia surge a la hora de calificarlo como “moral” o “psicológico”. Una

¹⁷ Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La ley, 2008, p. 66.

¹⁸ Gimeno, M. A., Carbonell, E. y Mejías, A., *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, Colección Monografías, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 25 a 27.

posición mayoritaria apuesta por el primero, porque “la moral” integra, para la Filosofía del Derecho, los derechos humanos de los que goza la persona. Esta parte de la doctrina considera que la conducta del acosador supone siempre un atentado contra la dignidad e integridad moral de la víctima, con independencia de que se produzca un daño psicológico¹⁹ y, por ello, estima más oportuno el mencionado término “moral”. Por otra parte, los que prefieren el calificativo “psicológico” lo justifican atendiendo más al tipo de sufrimiento que se genera, claramente de carácter interno o psíquico, que a la necesidad de que exista ese tipo de daño²⁰.

En el derecho italiano, el término generalmente utilizado para referirse al acoso analizado es el de *mobbing*, y ello porque dicho vocablo alude al lugar donde se produce la conducta, o sea, el ámbito laboral. Quedan, así, relegados otros sinónimos, como, por ejemplo “*persecuzione*”, “*violenza psicologica o morale*” o “*terrorismo psicologico*”, en cuanto se refieren a las relaciones humanas en general²¹. Otro tanto sucede con la expresión “*molestia morale*”, que surge de la traducción al italiano de la obra de Hirigoyen²² y del término utilizado por esta (“*harcèlement*”), y que la doctrina considera que no refleja la gravedad de este tipo de comportamiento.

2.4. Rasgos configuradores

A continuación, se realiza un análisis pormenorizado de los distintos elementos que conforman la figura del acoso moral o psicológico, siguiendo con especial atención las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y a la jurisprudencia italiana.

¹⁹ En este sentido véanse, Rojas Rivero, G. P., *op. cit.*, pp. 56 y 57; Serrano Olivares, R., *op. cit.*, 23; y Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo” en Carrasco, M. (director), *Acoso moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Correa Aranzadi, 2006, p. 58.

²⁰ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico...”, *op. cit.*, p. 14.

²¹ Ege, H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002, pp. 36 y 37.

²² Hirigoyen, M. F., *Le Harcèlement Moral: la violence perverse au quotidien*, Pocket, 1998.

2.4.1. Conjunto de actos y prueba de los mismos

El acoso moral es una conducta continuada que integra varios actos, por lo que un mero conflicto ocasional, por muy grave que este sea, no da lugar a aquel²³. Otro tanto sucede con una sucesión de conflictos puntuales que no tengan relación entre sí, pues el acoso tiene que ser considerado como una globalidad o conjunto de actuaciones. La característica más importante de estas acciones es su potencialidad lesiva, es decir, que sean susceptibles de afectar a los derechos fundamentales de la víctima, atendiendo, no solo a su gravedad de manera individual, sino también en relación con otros actos.

Los distintos hechos a través de los que se manifiesta el acoso moral son comportamientos violentos de amplio contenido que se caracterizan por su heterogeneidad²⁴, de ahí la dificultad de reconocer aquel²⁵. Los mecanismos de agresión a la víctima admiten pluralidad de formas, pudiendo consistir, por ejemplo, en la adopción de:

- a) medidas organizativas que resulten peyorativas para el afectado, como puede ser el asignar tareas inútiles, degradantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir o inferiores a la categoría profesional;
- b) actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, como sucede cuando se impide que la víctima tenga relaciones con los compañeros de trabajo, los clientes o el propio acosador o se le retira el uso de medios de comunicación con el fin de debilitarla; o, en fin,
- c) agresiones verbales, por medio de insultos, críticas, rumores o subestimaciones²⁶.

El abanico de posibles conductas agresoras que conforman la figura del acoso moral son, básicamente, las mismas en el derecho español e italiano. En tal sentido, con el fin de aumentar un poco más la lista de aquellas, cabe compartir – con algún autor italiano – que la agresión también puede consistir en traslados repetidos e injustificados, el ejercicio reiterado e injustificado de la potestad disciplinaria empresarial o el control excesivo por parte de este²⁷.

²³ Gimeno, M. A., Carbonell, E. y Mejías, A., *op. cit.*, p. 179. En igual sentido: STSJ Galicia de 6 mayo 2011 (AS 1155).

²⁴ Mella Méndez, L.: “La violencia nel lavoro: una panorámica generale sul mobbing in Spagna”, *ADL*, 2, 2012, p. 378.

²⁵ Rojas Rivero, G. P., *op. cit.*, p. 48.

²⁶ STSJ Galicia de 23 diciembre 2012 (AS 85).

²⁷ Serra, D., “Ancora in merito al risarcimento del danno per mobbing”, *D&L*, 3, 2010, p. 819.

Una de las conductas agresoras que más llama la atención en ambos ordenamientos jurídicos es la consistente en la no asignación de tareas o la retirada de las adjudicadas inicialmente, bien directamente, bien indirectamente (por ejemplo, a través de la retirada de los instrumentos de trabajo), lo que supone una obligada situación de inactividad laboral para la víctima y, por tanto, una vulneración de su derecho a la ocupación efectiva, recogido en el art. 4.2.a) ET. No cabe duda de que tal comportamiento puede llegar a provocar un daño psicológico importante, incluso mayor que en otras agresiones que imponen una concreta actividad laboral a aquella. Para la doctrina italiana, esta conducta del empresario viola el derecho del trabajador a realizar las tareas para las cuales ha sido contratado y a no ser puesto en una situación de forzada inactividad, previsto en el art. 2103 CCI. En tales casos, se atenta contra la integridad y dignidad del trabajador, entendida esta última como la manifestación de su propia personalidad y capacidad en el ámbito laboral, por lo que es claro que se está ante una situación de *mobbing*²⁸.

Para poder determinar si se está ante una situación de acoso psicológico, hay que analizar los actos de agresión en conjunto, como un todo, pues puede que un acto no sea vejatorio analizado individualmente (por ser leve o aparentemente anodino), pero sí al considerarlo en relación con otros²⁹, por formar parte de un proceso o plan de hostigamiento preconcebido para dañar a la persona a la que va dirigido³⁰. Esta posición es compartida por los autores italianos, que estiman que el *mobbing* agrupa «una universalidad de comportamientos que, pudiendo ser algunos de ellos formalmente correctos y lícitos, se reconducen a una categoría unitaria caracterizada por la voluntad de marginación y vejación». Por lo tanto, conductas que analizadas de manera individual son irrelevantes jurídicamente, resultan idóneas para afectar a la integridad moral del trabajador en cuanto tienen un efecto persecutorio sobre el mismo³¹.

De otro lado, en relación con la prueba de los hechos agresores, cabe señalar que corresponde a la víctima (demandante) demostrar que los hechos constitutivos de acoso moral se produjeron, teniendo que aportar para ello un

²⁸ Natali, L. C., “Demansionamento e mobbing”, *Diritto e pratica del lavoro*, 36, 2012, pp. 2280 y 2281.

²⁹ Fabregat Monfort, G., *op. cit.*, p. 21.

³⁰ Correa Carrasco, M., *op. cit.*, p. 57.

³¹ En este sentido veáanse: Serafini, Y., “Un caso di mobbing tra condotta datoriale, fondamento normativo e risarcimento del danno”, *D&L*, 2, 2010, p. 525, y Natali, L. C., *op. cit.*, p. 2279.

indicio de prueba razonable³². La presentación de este indicio de prueba sobre la existencia de conductas vejatorias obliga al presunto acosador a justificarlas, acreditando que no existía ninguna intencionalidad dañina en las mismas. La doctrina italiana se pronuncia en el mismo sentido³³, si bien puntualiza que tal indicio probatorio no se exige cuando el *mobbing* consiste en la privación de funciones. En este caso, basta con que el trabajador alegue los hechos constitutivos del referido incumplimiento empresarial, sin necesidad de que los pruebe, algo imposible por tratarse de un hecho negativo³⁴. Así las cosas, la simple alegación de estos hechos por parte del trabajador hace que recaiga en el empresario la carga de demostrar que los mismos no tuvieron lugar y que cumplió con su obligación de dar al trabajador la debida ocupación efectiva³⁵, o, en su caso, que la retirada de funciones está justificada en base al legítimo ejercicio del poder disciplinario empresarial o que se debe a la imposibilidad de realizar la prestación por causa justificada, que no le es imputable³⁶.

2.4.2. Reiteración en el tiempo

La calificación de una conducta de acoso moral requiere la concurrencia de una serie de actos violentos repetidos de forma sistemática o recurrente durante un tiempo prolongado. Ya en tempranas palabras del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de julio de 2001³⁷, se define el mencionado acoso como la «conducta sistemáticamente dirigida en contra de alguien carente de toda justificación». En la misma línea se pronuncia la mayoría de la doctrina judicial y científica.

Como ya se apuntó, en un primer momento – siguiendo los estudios que provenían de la Psicología³⁸ – la existencia del acoso moral se condicionaba a

³² STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

³³ Rossini, G., “Mobbing: definizione, elementi costitutivi, onere della prova”, *Lavoro e Previdenza Oggi*, 9-10, 2011, p. 1248, según el que, cuando el mobbing se lleva a cabo mediante comportamientos activos que atentan contra la integridad moral del trabajador, recae sobre este la carga de alegar y probar que los hechos tuvieron lugar.

³⁴ Corte di Cass., Sentenza n. 13533 de 30 octubre 2001.

³⁵ Meucci, M., “Alcuni punti fermi in tema di oneri probatori del demansionamento e del mobbing”, *D&L*, 3, 2007, pp. 637 y 638.

³⁶ Spinelli, G., “Spunti in tema di demansionamento: nozione di professionalità, onere della prova, quantificazione del danno risarcibile e mobbing”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 4, parte 2, 2011, p. 1172.

³⁷ RJ 8027.

³⁸ Leymann, H., *op. cit.*, pp. 26 a 43.

que las conductas violentas se produjesen durante un mínimo de seis meses y se reiterasen, al menos, una vez por semana. Se entendía que este plazo mínimo aportaba seguridad jurídica y así fue asumido por parte del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo³⁹ y los primeros autores y tribunales laborales que conocieron de la materia.

Ahora bien, con el paso del tiempo, la valoración del criterio de temporalidad ha cambiado y, en la actualidad, se rechaza la idea de que tenga que cumplirse un plazo determinado para poder hablar de *mobbing*. Así, el requisito de la temporalidad pasa a tener un carácter meramente orientativo y se desvirtúa en favor de la intensidad y gravedad de la violencia⁴⁰. Lo mismo ocurre en el derecho italiano, en el que, desde muy temprano, la doctrina consideró que había que tratar con flexibilidad el citado requisito y dar más importancia a otras características del conflicto, como la intensidad de los actos o la posición del acosador. Por lo tanto, comportamientos que tienen lugar en un período breve de tiempo pueden ser considerados como constitutivos de *mobbing*⁴¹. Con todo, una situación de violencia o agresión que dure relativamente poco (por ejemplo, una hora o un día) parece difícil que pueda calificarse como *mobbing*, siendo más bien un conflicto laboral⁴².

La repetición de una serie de conductas en un período significativo de tiempo pone de manifiesto la existencia de un plan sistemático preconcebido para destruir a la víctima, una actividad tendente a la consecución de un resultado⁴³. En cada caso concreto, es necesario analizar si la realización de actos conectados entre sí evidencia este fin, que respondería a lo que Leymann denominó proceso de destrucción de la víctima⁴⁴. El referido plan sistemático permite dotar de “unidad de sentido” a un conjunto de actos dispersos en el tiempo⁴⁵ y relacionar las diversas conductas llevadas a cabo.

La conclusión a la que se llega, tanto en el derecho español como en el italiano, es que es necesario tratar con flexibilidad el requisito de la temporalidad, fijándose en el caso concreto y analizando si la intensidad de la violencia ha logrado alcanzar la finalidad del acosador en un período de tiempo determinado, independientemente de que sea inferior o superior a los seis

³⁹ Nota Técnica de Prevención (NTP) 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*.

⁴⁰ Fabregat Monfort, G., *op. cit.*, p. 23.

⁴¹ Natali, L. C., *op. cit.*, p. 2279.

⁴² Ege, H., *op. cit.*, p. 55.

⁴³ STSJ Galicia de 23 noviembre 2012 (JUR 2013\3333).

⁴⁴ STSJ Galicia de 26 octubre 2012 (JUR 374528).

⁴⁵ Correa Carrasco, M., *op. cit.*, p. 56.

meses. Además, cabe reparar en la frecuencia y la duración de los actos a la hora de distinguir el acoso moral del conflicto laboral. En todo caso, la duración de la acción vejatoria es relevante para fijar el *quantum* de la indemnización a la víctima, tal y como sostiene algún autor italiano⁴⁶.

2.4.3. Intencionalidad

Lo importante del acoso moral no es qué o cómo se hace, sino la intención de lo que se hace⁴⁷. En efecto, el rasgo clave a la hora de definir esta figura desde el punto de vista jurídico es la intencionalidad. El acosador no persigue el daño por el daño, lo que quiere es atentar contra la integridad moral y la dignidad de la víctima para conseguir su destrucción personal, por lo tanto, busca la consecución de un resultado concreto. El acosador pretende crear un ambiente de trabajo hostil que llegue a resultar insoportable para el acosado y provoque su derrumbe psicológico⁴⁸. A partir de ahí, se espera que la situación de sufrimiento sea tan intolerable que aquel decida desistir de sus derechos profesionales (por ejemplo, promoción) o abandonar la empresa, pues este suele ser el fin último perseguido por el acosador, según este sea un compañero de trabajo o el propio empresario⁴⁹.

Ciertamente, en la mayoría de casos, el empresario tiene como objetivo principal la salida gratuita del trabajador de la empresa, a través, bien de un despido por disminución voluntaria del rendimiento, bien de su dimisión, evitando tener que pagarle una indemnización por despido. Con todo, aun menos frecuente, cabe que el objetivo sea diferente, por ejemplo, el control absoluto de aquel. En este sentido, la doctrina italiana precisa que el objetivo del *mobbing* no tiene por qué ser siempre la eliminación del trabajador, sino que también se puede perseguir la degradación de sus condiciones de trabajo, por ejemplo, imponiendo trabajos humillantes, renunciando al cobro de las horas extraordinarias u obteniendo un salario irrisorio⁵⁰.

La intencionalidad, como aspecto configurador del *mobbing*, se deduce a partir de las conductas de violencia o agresión que se repiten a lo largo del tiempo, por lo que no se conculca el principio de objetividad del Derecho, ya que el

⁴⁶ Pasquale, C., "Il quantum nel danno da mobbing: rilevanza del pregiudizio biologico", *Danno e responsabilità*, 3, 2013, p. 330.

⁴⁷ STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

⁴⁸ STSJ Galicia de 7 diciembre 2010 (AS 2011\148).

⁴⁹ STSJ Galicia de 23 noviembre 2012, cit.

⁵⁰ Bona, M., Bonziglia, S., Marigiliano, A., Monateri, P. G. y Oliva, U., *op. cit.*, p. 51.

móvil del acosador se infiere de elementos objetivos. Por lo tanto, no es necesario probar un determinado *animus* dañino en el empresario⁵¹, o sea, que este persigue menoscabar los derechos fundamentales de la víctima, pues existe una presunción de que esta finalidad concurre, salvo prueba en contrario, cuando se producen de manera reiterada una serie de hechos que encajan en la definición de acoso moral.

En el Derecho italiano han existido diferentes posiciones en lo referente a la prueba del elemento subjetivo. Así, mientras que una posición jurisprudencial no consideró necesario probar la presencia de dolo en el acosador para apreciar la existencia de *mobbing* (teoría de la objetividad), la mayoría de los Tribunales exigía que se probase tal intencionalidad lesiva (teoría de la subjetividad)⁵². Esta posición justificaba tal exigencia en que el concepto de *mobbing* conecta directamente con la responsabilidad contractual empresarial del art. 2087 CCI, que exige la prueba de la intención, del nexo causal entre la conducta del empresario y el resultado lesivo y la de este último. Con el fin de que esta prueba no se convierta en una *probatio diabolica*, algunos autores aceptan, junto a la prueba testifical o documental, la de presunciones⁵³.

Recientemente, la *Corte di Cassazione*⁵⁴ ha confirmado la primera posición, liberando al trabajador de la obligación de acreditar la intención persecutoria del acosador cuando se demuestra la existencia de una serie de episodios ilícitos que configuran el acoso. En el mismo sentido, se pronuncia la mayoría de la doctrina italiana, que considera que lo importante del *mobbing* no es probar la intención dolosa o culposa del acosador, circunstancia que serviría como elemento agravante de su responsabilidad resarcitoria, sino la idoneidad de sus comportamientos para afectar objetivamente a la dignidad, imagen y reputación profesional del trabajador. Así pues, existe una presunción legal de que concurre culpa del empresario cuando se producen hechos que encajan dentro de la definición de acoso moral, debido a su obligación de garantizar la integridad física y moral en el trabajo, según el art. 2087 CCI. Esta presunción relaja la exigencia general del art. 2697 CCI, que obliga a quién quiera hacer valer un derecho en juicio a probar los hechos en los que lo fundamenta⁵⁵.

⁵¹ Fabregat Monfort, G., *op. cit.*, p. 23.

⁵² Rossini, G.: *op. cit.*, p. 1249.

⁵³ Rossini, G., *op. cit.*, p. 1249.

⁵⁴ Corte di Cass., Sentenza n. 18927 de 5 noviembre 2012.

⁵⁵ Meucci, M., *op. cit.*, p. 641.

2.4.4. Efectos

Como ya se apuntó, la Psicología y la Psiquiatría consideran la producción de un daño psicológico como el elemento esencial del acoso moral. Sin embargo, desde el punto de vista normativo, no se comparte esta concepción porque, si bien la existencia de un daño real sirve como criterio para la cuantificación de la indemnización, no es el elemento definitorio de esta figura⁵⁶. Esta misma línea es la seguida por la jurisprudencia y doctrina italianas, pues, en la mayoría de los casos, la valoración económica del daño biológico tiene relevancia a la hora de calcular la indemnización, pero no es un elemento esencial del acoso⁵⁷.

Lo relevante en el concepto jurídico de acoso moral es la vulneración de los derechos fundamentales, es decir, que se vea afectada la esfera de los derechos personales de la víctima⁵⁸, con independencia de que origine un daño efectivo contra su salud psíquica o física.

Se insiste en que el concepto jurídico de acoso debe centrarse más en la afectación a la dignidad del trabajador que en el deterioro de su salud, de manera que un trabajador que haya sufrido atentados sistemáticos contra su dignidad es víctima de acoso laboral, aunque su salud no haya sido dañada⁵⁹. Este ataque a la dignidad y a la integridad moral implica siempre un daño *moral*, que se manifiesta a través del sufrimiento emocional, intelectual y espiritual. Este tipo de daño está indisolublemente unido a la figura del acoso moral, formando parte de su esencia.

De otro lado, diferente es el daño *psíquico*, que ataca la salud mental y suele manifestarse en problemas de depresión y ansiedad e, incluso, pueden llegar a provocar daños físicos o psicosomáticos, como insomnio, mareos, dolores de espalda y nuca o dificultades de respiración. En ocasiones extremas, el acoso puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica o, incluso, en suicidio⁶⁰. La existencia de este tipo de daño va a depender de variables de carácter personal, como la fortaleza de la víctima o su capacidad para soportar la presión. Resulta obvio que la protección jurídica ante el acoso moral no se puede hacer depender de la fortaleza de la persona para soportar situaciones claramente antijurídicas. Si se exigiese la efectiva producción de un daño en la

⁵⁶ Serrano Olivares, R., *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ Pasquale, C., *op. cit.*, p. 331.

⁵⁸ STSJ Galicia de 26 octubre 2012, cit.

⁵⁹ Gimeno, M. A., Carbonell, E. y Mejías, A., *op. cit.*, p. 182.

⁶⁰ STSJ Galicia de 23 noviembre 2012, cit.

salud mental de la víctima quedarían fuera de la figura de acoso moral graves conductas de hostigamiento psicológico que no han conseguido destruir a la víctima.

A la vista de lo recién expuesto, queda claro que la agresión típica de la figura analizada se entiende como un ataque a la dignidad de la persona, de forma tanto objetiva como subjetiva. Así, tienen que producirse una serie de actos graves que, de forma clara, sean susceptibles de afectar a aquella, debido a su carácter humillante, degradante o vejatorio. Además, es necesario que la propia víctima considere, a nivel personal, que se ha vulnerado su dignidad o que se ataca su capacidad profesional y su esfera patrimonial⁶¹. Por lo tanto, tiene que darse una doble afectación a los derechos fundamentales, tanto desde un punto de vista general como desde el personal de la propia víctima, de tal manera que si falta una de las dos no hay acoso. En definitiva, si, a pesar de darse en una serie de actuaciones objetivas que pueden violar el derecho a la dignidad, si la persona contra la que se dirigen no lo entiende así, no se estará ante la conducta analizada⁶².

De otro lado, cabe añadir que estos daños psíquicos deben ser probados por quien los alega, a efectos de tenerlos en cuenta para determinar el importe de la indemnización⁶³, sin que quepa que el juez considere probada su existencia. Otro tanto sucede en el derecho italiano, en el que se exige que el trabajador pruebe la presencia del daño mental que afectó a su esfera personal e incidió negativamente en su calidad de vida, a través, por ejemplo, de informe médico legal⁶⁴. Lógicamente, la prueba de la entidad de los daños va acompañada de la de su nexo de causalidad, por lo que debe probarse que el daño deriva de la conducta agresora⁶⁵.

Por lo que se refiere al daño moral, alguna sentencia apunta a la no necesidad de prueba específica, ya que se presume a partir de la demostración de las conductas vejatorias, siempre y cuando el trabajador alegue y documente los hechos constitutivos de acoso moral⁶⁶. De igual manera, la doctrina considera que el trabajador solo tiene que demostrar la existencia de los elementos que

⁶¹ Correa Carrasco, M., *op. cit.*, p. 57.

⁶² Fabregat Monfort, G., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁶³ STSJ Valencia 16 octubre 2012 (AS 2013\427) y STS de 23 noviembre 2010 (RJ 2011\1205).

⁶⁴ En este sentido véanse: Rossini, G., *op. cit.*, 1249 y Corte Cass., Sentenza n. 12048 de 31 mayo 2011.

⁶⁵ En este sentido véanse: Natali, L. C., *op. cit.*, p. 2280.

⁶⁶ Corte di Cass., Sentenza n. 7871 de 26 marzo 2008.

caracterizan al *mobbing*, como la reiteración y la duración prolongada, sin necesidad de probar este tipo de daño ni su nexo causal⁶⁷.

2.4.5. *Existencia de relación laboral*

Los requisitos recién descritos configuran la figura jurídica del *mobbing* si el acoso se produce en el marco de una relación de trabajo. En este sentido, la doctrina italiana considera que el parámetro laboral es imprescindible para configurar aquel⁶⁸; la española no insiste tanto, pero también lo entiende implícito, pues se está ante un problema laboral. El acosador utiliza los elementos relativos al trabajo, como son las relaciones que se producen en el marco institucional de la empresa, el poder de dirección empresarial, la organización y condiciones de trabajo, desvirtuándolos de su legítima finalidad para destruir a la víctima⁶⁹, produciendo un deterioro grave del ambiente de trabajo.

El vínculo laboral como elemento configurador del acoso tiene que ser entendido en sentido amplio, abarcando los existentes entre trabajador y empresario, el trabajador y sus compañeros y los de aquel con terceras relacionadas con la prestación de servicios (clientes, proveedores y similares). Estas relaciones personales y sociales están presididas por la existencia de una jerarquía entre acosador y acosado, ya sea explícita (empresario/trabajador) o implícita (dos trabajadores en el mismo puesto de trabajo y uno somete a otro porque cuenta con el apoyo de compañeros o empresario).

En definitiva, el acoso moral es inherente al contexto sociolaboral, nace y se desarrolla en el mismo, ya que se ha constatado que se relaciona, en muchas ocasiones, con una deficiente organización de las plantillas de personal. Desde luego, un ambiente laboral en el que predomina la impunidad de las conductas incívicas puede ser un caldo de cultivo perfecto para este tipo de agresión⁷⁰.

⁶⁷ Meucci, M., *op. cit.*, p. 643.

⁶⁸ Ege, H., *op. cit.*, p. 47.

⁶⁹ STSJ Galicia de 7 diciembre 2010 (AS 2011\148).

⁷⁰ Correa Carrasco, M., *op. cit.*, p. 64.

3. Delimitación con respecto a otras figuras

Para poder hablar de una situación de acoso moral es necesario que todos los elementos configuradores del mismo estén presentes. La ausencia de alguno de ellos permite distinguir al acoso psicológico de otras figuras afines.

3.1. Acoso moral, conflicto laboral y poder de dirección empresarial

Desde un primer momento, los tribunales laborales sostienen que el conflicto laboral y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, no todo conflicto es manifestación de acoso moral, por lo que este no se prueba con la simple existencia de aquel; por otro, la ausencia de conflicto explícito no quiere decir que no haya acoso moral, puesto que este suele manifestarse a través de conductas encubiertas⁷¹.

Con todo, la situación de conflicto puede ser el caldo de cultivo perfecto para que empiecen a realizarse conductas que atenten contra la dignidad del trabajador, por lo que la presencia de un conflicto, junto con otros elementos, puede ser indicio de acoso moral y habrá que valorarlo con atención. De hecho, la persistencia de un conflicto laboral y la incapacidad de las partes para resolverlo pacíficamente puede ser la excusa para activar medidas antijurídicas para ponerle fin. De esta manera, como destaca algún autor, se intenta destruir a la persona que participa en el conflicto utilizando para ello sus circunstancias personales, ajenas al entorno laboral, y así negar la existencia de aquel o la responsabilidad del acosador en el mismo⁷².

Frecuentemente, la existencia de un conflicto laboral entre las partes se relaciona con discrepancias en el ejercicio del poder de dirección empresarial. Dicho poder permite al empresario tomar decisiones que afectan a los aspectos organizativos de la relación de trabajo, pero este *ius variandi* empresarial puede llegar a ser ilícito cuando se realiza de modo arbitrario y discrecional, afectando a los derechos de los trabajadores.

En estos casos, el empresario ejerce sus facultades con la intención de aumentar el rendimiento y obtener un mayor aprovechamiento de la mano de obra por medios inadecuados. Por lo tanto, en el ejercicio abusivo del poder de dirección empresarial prima el interés – mal entendido – del empresario, afectando solamente a los derechos laborales del trabajador, mientras que el

⁷¹ Cfr., por ejemplo, STSJ Galicia de 8 abril 2003 (AS 2893).

⁷² Correa Carrasco, M., *op. cit.*, p. 70.

acoso moral se caracteriza por la intención de perjudicar sus derechos fundamentales⁷³. La distinción más importante entre ambas figuras se refiere, precisamente, a los distintos derechos a los que afectan y, en consecuencia, la prueba es distinta. En el acoso moral tendrá que acreditarse la existencia de arbitrariedades empresariales y, además, que lo que perseguía el autor con ellas era perjudicar la dignidad e integridad psíquica de la víctima⁷⁴. Como ya se apuntó, la concurrencia de intencionalidad en el sujeto activo se presume, sin que sea necesario que la víctima tenga que probarla, cuando estén presentes los otros elementos configuradores del acoso moral. Por su parte, el ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial queda probado con las concretas irregularidades en las que se manifiesta.

Por su parte, la doctrina italiana comparte la distinción aquí comentada y precisa que el poder de dirección empresarial está sujeto a unos límites recogidos en las leyes y en los convenios colectivos, por lo que los actos a través de los que se ejerza no podrán ser vejatorios. En este último caso, el empresario podrá ser sancionado por tales actos, pues abusa de la posición reconocida en las leyes para dañar al trabajador. Con todo, aun en este caso, si el empresario busca su propio beneficio y no tiene intención de dañar la dignidad de aquel, no existe *mobbing*⁷⁵.

3.2. Acoso moral y situaciones de estrés laboral

El Acuerdo Marco Europeo sobre Estrés laboral de 8 de octubre de 2004, excluye de su ámbito de aplicación aquellas situaciones de violencia en el trabajo reconducibles a la figura del acoso moral, lo que deja claro que se está ante instituciones diferentes. Ciertamente, aunque el estrés laboral puede surgir a consecuencia de una situación de acoso moral o ser el contexto idóneo para que este último se produzca, ambas figuras no son identificables, pues el primero no es consecuencia de la actuación de otra persona que lo provoca a conciencia. El estrés laboral se genera como consecuencia del propio puesto de trabajo o del ambiente laboral, mientras que en el acoso moral predomina la actuación de un tercero con la intención de atacar la dignidad de la víctima.

⁷³ Cfr., entre otras, STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

⁷⁴ STSJ Galicia de 3 marzo 2008 (AS 1125).

⁷⁵ Corso, I., "Il legittimo esercizio dei poteri datoriali può davvero concorrere a far configurare il mobbing?", *ADL*, 2, 2012, pp. 439 a 441.

El estrés laboral se identifica con un estado de tensión física y psicológica que surge cuando existe un desequilibrio entre las altas exigencias del ambiente de trabajo y las posibilidades del trabajador de responder adecuadamente a las mismas. Esta dolencia también tiene un gran componente individual, pues la personalidad del trabajador influirá en el nivel de estrés que sea capaz de soportar. El estrés laboral puede tener, en último término, consecuencias para la salud y representa uno de los problemas actuales más frecuentes en la población trabajadora, causando alteraciones en la productividad y competitividad de las empresas⁷⁶.

Una situación extrema de estrés laboral es la conocida como el síndrome del quemado o *burnt out*. En esta situación, el trabajador se ve superado por la presión y competitividad de su puesto de trabajo a raíz de las demandas y relaciones con los clientes o usuarios de los servicios de la empresa, provocándole esta situación un alto nivel de estrés y desgaste profesional⁷⁷. La diferencia con el acoso moral es que, aunque ambas figuras pueden provocar efectos similares, la causa de los mismos es totalmente distinta. En el *burn-out*, la situación de estrés se debe al propio puesto de trabajo y no a la violencia generada intencionadamente por agentes externos. En efecto, el síndrome del quemado aparece, sobre todo, en aquellas profesiones que implican relacionarse con personas, cuando el trabajador no soporta la presión y responsabilidad de su puesto para desempeñarlo de acuerdo con los parámetros de excelencia que se esperan⁷⁸. Se insiste en que la dolencia psíquica que sufre el trabajador no es consecuencia de la violencia objetiva dirigida contra él, sino que es fruto únicamente de su propia percepción interna, como consecuencia del ambiente de trabajo⁷⁹.

Por último, cabe distinguir las situaciones reales de las falsas o imaginadas. La trascendencia social de la figura del acoso moral genera la aparición de casos en los que el trabajador finge que lo sufre para poder sacar beneficio mediante la obtención de cuantiosas indemnizaciones⁸⁰. En las situaciones de *mobbing* subjetivo o falso, las percepciones del trabajador no se corresponden con los datos objetivos y subjetivos que están presentes en el desarrollo de su actividad, bien porque sufre algún tipo de enfermedad mental, que hace que sus

⁷⁶ Montoya Melgar, A., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁷⁷ Mella Méndez, L., “El acoso psicológico...”, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁸ Rojas Rivero, G., *op. cit.*, p. 71.

⁷⁹ Navarro Nieto, F., *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Thomson Aranzadi, 2007, p. 46.

⁸⁰ Rojas Rivero, G., *op. cit.*, p. 99.

apreciaciones sean erróneas, bien porque finge intencionadamente. En estos casos no existe acoso moral, pues no se aprecian de manera objetiva los elementos que lo caracterizan⁸¹.

Dada la naturaleza de los derechos que se alegan vulnerados, la labor de diagnóstico médico resulta clave, a la vez que complicada. De darse este supuesto, el presunto acosador podría demandar al trabajador y exigirle una indemnización de daños y perjuicios por vulneración de su derecho al honor.

4. Conclusiones

Sin perjuicio de las distintas conclusiones que se han incluido a lo largo del texto, cabe añadir otras, a modo de reflexión final.

- 1.** La ausencia de un concepto legal de acoso moral dificulta, tanto en el derecho español como en el italiano, la correcta configuración y delimitación de la figura frente a otras similares. En este sentido, sería oportuna la intervención del legislador en orden a regular la figura, aunque su concepto debería tener carácter finalista, sin incluir unos comportamientos tasados, pues siempre podrían quedar fuera otros lesivos de la dignidad y la integridad moral.
- 2.** El acoso moral puede definirse como un comportamiento plural y complejo caracterizado por la violencia extrema dirigida contra una persona concreta, de manera sistemática y reiterada en el tiempo, atendiendo a un plan que tiene la finalidad de vulnerar su integridad moral y su dignidad. No existe acoso moral cuando, a pesar de la concurrencia de la intención de dañar, no hay reiteración de actos, y tampoco cuando la víctima no se siente afectada. De igual manera, no se está ante la mencionada figura cuando el acosador no tiene intención de menoscabar la dignidad de la víctima, sino otro objetivo distinto, por ejemplo, la explotación laboral.
- 3.** Los rasgos determinantes en la configuración del acoso moral son la intención de destruir a la víctima, la potencialidad lesiva del conjunto de actos llevados a cabo por el acosador, así como su idoneidad para afectar a la dignidad e integridad moral de aquella. Ahora bien, no sucede lo mismo con la producción de un daño real en la salud de la víctima.
- 4.** La determinación de si se está ante una situación de acoso moral no siempre resulta fácil, pues existen comportamientos similares con los que se comparten ciertos rasgos comunes, como sucede en los conflictos laborales o

⁸¹ STSJ Galicia 23 diciembre 2012, cit.

situaciones de estrés laboral. En todo caso, la distinción siempre resulta importante.

5. Del estudio comparado entre el Derecho español e italiano se observa que, pese a no existir regulación legal del acoso moral en ninguno de ellos, la jurisprudencia y la doctrina señalan, prácticamente, los mismos elementos constitutivos. Esto permite pensar que, en caso de una hipotética regulación legal, el legislador podría partir de la misma base.

5. Bibliografía

- BONA M., BONZIGLIA S., MARIGILIANO A., MONATERI P.G., OLIVA, U., *Accertare il mobbing. Profili giuridici, psichiatrici e medico legali*, Giuffrè, 2007
- CORREA CARRASCO M., *El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo*, en M. CORREA CARRASCO (dir.), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006
- CORSO I., *Il legittimo esercizio dei poteri datoriali può davvero concorrere a far configurare il mobbing?*, en *ADL*, 2012, n. 2
- EGE H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002
- FABREGAT MONFORT G., *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*, Bomarzo, 2011
- GIMENO M.A., CARBONELL E., MEJÍAS A., *El acoso laboral, antes llamado mobbing*, Tirant lo Blanch, 2008
- HIRIGOYEN M.F., *El acoso moral. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, 1999
- HIRIGOYEN M.F., *Le Harcèlement Moral: la violence perverse au quotidien*, Pocket, 1998
- JURADO SEGOVIA A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La Ley, 2008
- LA ROSA M., MURRU F., GLASSIER V., BRACCI C., *Il mobbing questo (s)conosciuto*, FrancoAngeli, 2004
- LEYMANN H., *La persécution au travail*, Editions du Seuil, 1996
- MELLA MÉNDEZ L., *El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo*, en *Tribuna Social*, 2003, n. 145
- MELLA MÉNDEZ L., *La violenza nel lavoro: una panoramica generale sul mobbing in Spagna*, en *ADL*, 2012, n. 2
- MEUCCI M., *Alcuni punti fermi in tema di oneri probatori del demansionamento e del mobbing*, en *D&L*, 2007, n. 3

- MONTOYA MELGAR A., *El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A. GONZÁLEZ DÍAZ (dirs.), *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi, 2009
- NATALI L.C., *Demansionamento e mobbing*, en *DPL*, 2012, n. 36
- NAVARRO NIETO F., *La tutela jurídica frente al Acoso Moral Laboral*, Thomson-Aranzadi, 2007
- PAOLUCCI L., *Ancora sul mobbing: La volontà lesiva quale elemento costitutivo dell'illecito datoriale: una corretta applicazione dell'art 2087 c.c.?*, en *RIDL*, 2010, II, n. 1
- PASQUALE C., *Il quantum nel danno da mobbing: rilevanza del pregiudizio biologico*, en *D&R*, 2013, n. 3
- ROJAS RIVERO G.P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Bomarzo, 2005
- ROSSINI G., *Mobbing: definizione, elementi costitutivi, onere della prova*, en *LPO*, 2011, n. 9-10
- SERAFINI Y., *Un caso di mobbing tra condotta datoriale, fondamento normativo e risarcimento del danno*, en *D&L*, 2010, n. 2
- SERRA D., *Ancora in merito al risarcimento del danno per mobbing*, en *D&L*, 2010, n. 3
- SERRANO OLIVARES R., *El acoso moral en el trabajo*, Consejo Económico y Social, 2005
- SPINELLI G., *Spunti in tema di demansionamento: nozione di professionalità, onere della prova, quantificazione del danno risarcibile e mobbing*, en *RIDL*, 2011, II, n. 4

El estrés relacionado con el trabajo en Italia: estado del arte y jurisprudencia*

de Nicola D'Erario

1. Fenomenología y marco estadístico del estrés relacionado con el trabajo

El estrés relacionado con el trabajo, a nivel fenomenológico, se incluye en la categoría de los comúnmente llamados riesgos psicosociales, entre los cuales es posible incluir la intimidación, el síndrome de agotamiento laboral, el acoso sexual, la discriminación por razones de raza, entre otras.

Fenómenos que difieren entre sí en el aspecto de la naturaleza dolosa o culposa de la violencia y/o la acción que de la misma constituye la fuente de origen. De hecho, en el cauce de los riesgos psicosociales comúnmente se distinguen, por un lado, aquellos de naturaleza dolosa e individual como la intimidación y la violencia y por otro lado aquellos de naturaleza culposa y colectiva como el estrés relacionado con el trabajo y el *burn-out*¹ o síndrome de agotamiento laboral.

Sin embargo, aunque diferentes en su naturaleza jurídica, desde el punto de vista de la causa los fenómenos psicosociales no pueden atribuirse a la exclusiva exposición de los riesgos específicos y ya conocidos, como sucede en la generalidad de las enfermedades profesionales. Peculiarmente, de hecho, estos trastornos tienen a la base una interacción entre factores de carácter objetivo y subjetivo, donde entre los primeros se encuentran la gestión, la

* Traducción realizada por Maria Alejandra Chacon Ospina.

¹ Distinción como se especifica en Frascheri, C., “Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro”, *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2010, 5, p. 311.

organización, el contenido del trabajo y las condiciones ambientales, mientras que entre los factores subjetivos se reportan las habilidades y las necesidades de los trabajadores². Situaciones que, con respecto al estrés relacionado con el trabajo, en el lado de los factores objetivos están relacionadas, por ejemplo, (en el aspecto causal) al clima organizacional, a las relaciones en el lugar de trabajo con colegas y superiores, a la gestión del cambio organizacional y a la definición de la función, mientras bajo el aspecto subjetivo, se reportan los factores individuales entre los cuales se encuentran las tensiones emocionales y sociales, así como los sentimientos de tensión y malestar.

Consideraciones de la que emergen claramente las complejidades del fenómeno y sobre todo los problemas críticos que se encuentran en la evaluación (de la existencia o no del riesgo psicosocial) donde se utilizan metodología estándares con base en la comparación directa entre causa y efecto, en general eficaces para las enfermedades profesionales no multifactoriales.

Con especial referencia al estrés relacionado con el trabajo, que entre todos los riesgos psicosociales es el más difuso en el lugar de trabajo, lo antedicho tiene una relevancia particular, sobre todo porque, no obstante la consistencia fenomenológica, hay un reconocimiento parcial del mismo³, justificado, esencialmente, de la imposibilidad de llevar tal problema en el concepto médico de una propia enfermedad, dejándolo enmarcado simplemente como “condición” o “estado” de falta de bienestar psicofísico. De hecho, sin embargo, a pesar de la falta de reconocimiento, a nivel global se considera comúnmente como riesgo transversal, emergente, complejo y multifactorial⁴,

² De acuerdo con la definición de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), en *Psychosocial factors at work: recognition and control*, *Occupational Safety and Health*, series n. 56.

Además, de acuerdo con el documento de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, *Ricerca sullo stress correlato al lavoro (Lussemburgo 2000)*, Roma, 2002, 15, estos riesgos se caracterizan por «aspectos relativos al diseño, organización y gestión del trabajo, así como a los respectivos contextos sociales y ambientales, que tienen el potencial de dar lugar a daños de tipo físico y psicológico».

³ Cabe señalar, sin embargo, que en la legislación italiana, entre todos los riesgos psicosociales, el estrés relacionado con el trabajo es el único al cual el legislador ha dado un reconocimiento normativo tanto de tutela como de prevención.

⁴ La relevancia de la naturaleza multifactorial es explicada por Bernardi, F. e Sprini, G., *I fattori di rischio psicosociale nei luoghi di lavoro*, 2, disponible en www.ismob.it, según los cuales, frente a la patología del trabajo con etiología monofactorial (por exposición anormal en el trabajo, a polvo, humo, gas y vapores, ruidos etc.), resulten en aumento el estrés laboral y la patología por “estrés-relacionado” de tipo no específico y con etiología multifactorial.

cuya consecuencia sobre los aspectos socio-laborales ha sido desde algún tiempo objeto de estudio.

En este sentido, ya en 2000, un estudio realizado por la Comisión Europea mostraba que por lo menos cuarenta millones de trabajadores pudieran considerarse afectados de cualquier manera por molestias debidas al estrés, con relevantes consecuencias económicas y sociales⁵. Afirmación compartida en varias ocasiones también por la actividad de investigación y de apoyo a las instituciones de la Unión Europea proporcionada por la Fundación Europea para el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo (Eurofound) y por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (Osha), en cuyos informes o estudios se reportan la entidad, la incidencia y la creciente importancia, para los trabajadores y las trabajadoras, de las molestias e incomodidades atribuibles al estrés laboral.

Más específicamente, Eurofound, en la cuarta encuesta sobre las condiciones de trabajo en Europa realizada en 2005, afirmaba que el 35% de los trabajadores creía que el trabajo influía en la propia salud, destacando, entre los problemas mas frecuentemente evocados, precisamente aquellos relacionados a la incidencia del estrés en el trabajo (22,3%)⁶, problemática profundizada desde la perspectiva económica en una investigación del Osha llevada a cabo en 2009, en la cual se demostraba como un porcentaje entre el 50 y el 60% de las horas de trabajo perdidas podía en cualquier modo reconducir (también) a este fenómeno⁷. Finalmente, en cambio en confirmación de la creciente difusión de este fenómeno en los lugares de trabajo, el quinto informe sobre las condiciones de trabajo en Europa publicado por Eurofound en el 2012, ha señalado un perfil aún más inquietante: en la UE-27, para el 20% de los trabajadores se podría hablar de “salud mental en situación de riesgo”,

⁵ Así la Comisión hacia hincapié en los motivos inspiradores de la publicación de la Guía: «Work-related stress is conditioned by, and contributes to, major environmental, economic and health problems. It affects at least 40 million workers in the 15 EU Member States and costs at least 20 billion euro annually. It contributes to a host of human suffering, disease and death. It also causes very considerable disturbances in terms of productivity and competitiveness. And much of all this is highly likely to be preventable» (European Commission, *Guidance on work-related stress*, p. IV).

⁶ Véase European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Fourth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, 2007, pp. 61 ss.

⁷ Véase European Agency for Safety and Health at Work, *OSH in figures. Stress at work – facts and figures*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2009.

situación que debería requerir una especial atención en los lugares de trabajo sobre el tema de la tutela de la salud mental de los trabajadores⁸.

Dentro de las fronteras italianas se ha hablado, en cambio, de los riesgos por el estrés relacionado con el trabajo como las enfermedades del futuro, circunstancia recientemente subrayada también por el Instituto nacional para la aseguración contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (Inail). En ese sentido, en el informe anual Inail de 2013, sobre la tendencia de los accidentes de trabajo en 2012, el Instituto observa como la situación económica desfavorable, las nuevas realidades contractuales y la introducción de formas de flexibilidad, así como de precariedad laboral, han contribuido en provocar en algunos trabajadores enfermedades y malestares psicológicos, hasta materializarse en algunos casos, en enfermedades reales, definidas como trastornos psíquicos por estrés relacionado con el trabajo. Fenómenos respecto de los cuales el Inail, sin desconocer, por un lado, una subestimación del riesgo y, por otro, la evidente dificultad en distinguir la específica enfermedad psíquica, considera poder cuantificar en 500 casos anuales el número de denuncias presentadas en los últimos cinco años en promedio⁹.

2. Perfiles definitorios y enfoques de la UE

Sobre el tema del estrés relacionado con el trabajo, antes del reconocimiento jurídico, hubo un largo debate sobre el problema de la definición, condición necesaria para definir y limitar su ámbito de referencia.

A este respecto, en primer lugar, se debe partir de la definición de salud, establecida por la Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO en sus siglas inglesas) e incorporada en su totalidad por el ordenamiento italiano en el artículo 2, párrafo 1, letra o), del Decreto Legislativo no. 81/2008, según la cual la salud debe ser entendida como un «estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente en la ausencia de malestares o enfermedades»

⁸ Para los trabajadores con más de cincuenta años, además, esa proporción de riesgo resulta mayor en un 7% respecto a los trabajadores menores de 35 años, con un diferencial que, por otra parte, parece más contenido respecto a cuanto se mide entre estos diversos grupos de edad por cuanto se refiere al nivel de salud “general”: cf. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Fifth European Working Conditions Survey*, Luxembourg, 2012.

⁹ Véase Inail, *Informe anual 2012*, Roma, julio 2013.

del cual, de hecho, surge el elemento del bienestar psicofísico sobre el cual se han construido diferentes definiciones a nivel internacional.

Fuera de las fronteras de la UE, desde 1988, el Instituto americano que se ocupa de la salud y seguridad de los trabajadores (Niosh) define tales trastornos como «reacciones físicas y emocionales dañosas que se manifiestan cuando el trabajo no es proporcional a las capacidades, los recursos o las necesidades de los trabajadores»¹⁰, introduciendo por primera vez, la correlación necesaria entre las peticiones del trabajo y las capacidades de los trabajadores. En esta línea, en 2000, fue introducida en Europa una definición similar, según la cual tales fenómenos se manifiestan «cuando las personas perciben un desequilibrio entre las peticiones que se les hacen y los recursos que tienen a su disposición para hacer frente a tales peticiones»¹¹; noción que respecto a la americana no tomaba posición sobre los efectos nocivos derivados, que el Niosh describía como reacciones físicas y emocionales, y además quedaba vaga en su elemento peculiar del desequilibrio entre las peticiones planteadas y los recursos disponibles.

Situación de incertidumbre luego superada, pero no a nivel normativo, sino como resultado de una confrontación positiva entre los interlocutores sociales europeos que ha llevado, en 2004, a la adopción del Acuerdo Marco sobre el estrés relacionado con el trabajo¹², hasta la fecha reconocido como la única referencia común en Europa, aunque con todas las limitaciones derivadas del hecho de que en algunos países todavía no se ha aplicado. El Acuerdo en cuestión, de hecho, además de confirmar que el fenómeno del estrés relacionado con el trabajo no es una enfermedad, proporciona una definición comunitaria de este problema considerándolo como «una condición que puede ir acompañada por trastornos o disfunciones de naturaleza física, psicológica o social, que es consecuencia del hecho de que algunas personas no se sienten capaces de satisfacer las peticiones y expectativas relacionadas con el trabajo», precisando así, de forma completa, tanto el objeto del que se origina el riesgo, como las manifestaciones negativas (disfunciones) resultantes.

Entonces, queriendo identificar los aspectos en común de las posibles definiciones, son dos los puntos clave sobre los cuales es necesario detenerse.

¹⁰ Esta es la definición dada por el *National Institute of Occupational Safety and Health* de Estados Unidos; véase Niosh, *Psychosocial Occupational Health*, Washington D.C., 1988.

¹¹ Definición propuesta por la Agencia Europea para la Salud y Seguridad en el Trabajo. Véase *European Agency for Safety and Health at Work, Research on Work-Related Stress*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2000.

¹² Implementado en Italia por el Acuerdo Interconfederal del 9 de octubre de 2008.

Por un lado, se deja claro que el estrés no constituye una enfermedad en sí mismo y, por otra parte, al mismo tiempo, emerge, como rasgo característico, la percepción subjetiva por parte del trabajador de la propia inadecuación respecto a las tareas a realizar.

Además de estos puntos fijos que se mantienen, por lo tanto, solo a nivel teórico, la grande problemática entorno a la uniformidad de la definición, e inevitablemente también de las protecciones correspondientes, reside en el hecho que la concepción del estrés relacionado con el trabajo, tal como se define en el Acuerdo Marco de 2004, no es compartida por la generalidad de los Estados miembros, debido a que ha sido introducida no a través de una fuente normativa vinculante sino mediante acuerdo de los interlocutores sociales de libre transposición. De hecho, en la actualidad, es la misma Comisión Europea, en el informe dedicado en 2011 a la implementación del Acuerdo Marco, a juzgar como insuficientes los esfuerzos realizados por los Estados miembros en la materia, al no haberse logrado el objetivo de un grado mínimo común de protección en el contexto de la UE¹³. Efectivamente, la transposición de los contenidos en el marco regulatorio interno aparece, en muchos países, solo formal y, en aquellos que optaron por la vía convencional y no legislativa, o, simplemente, decidieron por adoptar la forma todavía más liviana de las directrices (o de las buenas prácticas), emerge una cobertura de los trabajadores (y de las empresas) «en todo caso desigual»¹⁴.

Desde una perspectiva comparada, países como Suecia, Finlandia, Dinamarca aparecen como auténticos “precursores” sobre la materia, habiendo incorporado en la legislación nacional ya a partir de los años 70 y 80 del siglo pasado un sistema de prevención dirigido a “todos” los riesgos¹⁵.

Camino que, de cierta forma, solo fue seguido en otros países como: Bélgica, donde un capítulo de la ley nacional sobre el bienestar de los trabajadores se dedicó en 2002 a los riesgos por el estrés relacionado con el trabajo, y Portugal e Italia, donde, en ambos casos, la legislación nacional, junto a un acuerdo de las partes sociales de transposición del Acuerdo Marco Europeo, se actualizó también al riesgo objeto de la presente análisis. Por el contrario en Alemania,

¹³ En este punto, y especialmente sobre los métodos de evaluación a nivel comparado se señala Giovannone, M., “Lo stress lavoro-correlato in Europa: tecniche di valutazione e approccio regolativo in chiave comparata”, *Dir. Rel. Ind.*, 2011, 2, pp. 565 ss.

¹⁴ Triomphe, C., “I paradossi dell’Europa sociale attraverso la regolazione dei rischi psicosociali”, *Lav. Dir.*, 2012, 2, p. 187.

¹⁵ En este sentido, se señala Lerouge, L., “Il rischio psicosociale, un’analisi giuridica comparata tra il Nord ed il Sud dell’Europa”, *Lav. Dir.*, 2012, 2, pp. 233 ss.

Francia y España no se refleja en cambio una específica intervención regulatoria de aplicación del Acuerdo Marco, pero hay un cierto activismo de las partes sociales que se han comprometido en la difusión de los contenidos del mismo y han desarrollado, a nivel industrial, diversos instrumentos prácticos para la medición y gestión de este riesgo específico.

Peculiar, en cambio, es el caso de Gran Bretaña, en el que el contenido del Acuerdo Marco no ha sido traducido con una ordinaria intervención normativa o con acuerdos de las partes sociales, sino con la adopción de específicas directrices entre el gobierno, los representantes de los empleadores y los sindicatos de los trabajadores.

3. Evolución normativa en el contexto italiano

En el contexto nacional italiano, primero se debe señalar que el Acuerdo Europeo sobre el estrés relacionado con el trabajo, adoptado en 2004, ha sido implementado con un Acuerdo interconfederal del 9 de junio de 2008. Dicha implementación, por otra parte, se concretizó en una simple traducción del texto del Acuerdo Europeo, con la única precisión adicional que por cada alusión hecha a los trabajadores debería entenderse dirigida tanto a los trabajadores como a las trabajadoras. No hay duda, por lo tanto, de que la elección de un enfoque minimalista haya llevado a renunciar, de hecho, a la posibilidad de implementar en ese momento los contenidos del Acuerdo europeo¹⁶ como también a dar legitimidad a otros riesgos psicosociales como, por ejemplo, la intimidación, respecto a la cual Italia todavía no se ha comprometido en implementar el Acuerdo Europeo del 2008 especialmente dedicado a este último tema.

Sin embargo, el retraso de cuatro años¹⁷ en la transposición del Acuerdo ha sido compensado con ocasión de la actualización de las normas en materia de salud y seguridad producida el 9 de abril de 2008, cuando en el artículo 28 del Decreto Legislativo No. 81, además de prever una explícita obligación de evaluación de todos los riesgos, se dio eficacia general a los contenidos del Acuerdo con una explícita mención del mismo.

¹⁶ Así en Gottardi, D., "El estrés relacionado con el trabajo: la acogencia del Acuerdo Marco Europeo", *Guía para el Trabajo*, 2008, 26, pp. 20 ss.

¹⁷ En efecto en el Acuerdo Marco Europeo, había una fecha límite de vencimiento fijado para octubre de 2007.

En efecto, el concepto de evaluación de todos los riesgos no viene propiamente de la pluma del legislador italiano, sino que se mueve de la lógica de la Directiva Europea No. 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 (Directiva matriz en materia de salud y seguridad), que prevé el objetivo de «adaptar el trabajo al hombre» en «cada situación relacionada con el trabajo que signifique un daño a la seguridad y/o salud física y psicológica del trabajador»¹⁸. Principio después reiterado a nivel comunitario, también por una conocida sentencia de la Corte de Justicia europea del 2001 respecto a Italia, con la cual ha sido impuesta una condena por no haber obligado a los empleadores a evaluar “todos” los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores y trabajadoras. Además, con este pronunciamiento, la Corte ha querido también precisar que los riesgos profesionales objeto de evaluación por parte de los empleadores «no son establecidos de forma permanente, sino que están en constante cambio, en función, sobre todo, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de la investigación científica en materia de riesgos profesionales»¹⁹.

Con la disciplina actualizada de la evaluación de los riesgos, se definen, entonces, con más precisión, respecto al pasado, los límites de la obligación de seguridad, cerrando cada espacio a posibles “zonas francas”²⁰ donde de hecho pueda continuar a ocultarse una falta de protección para los trabajadores y trabajadoras.

Por otra parte, en relación con los aspectos que nos interesan, a pesar que la Ley de delegación No. 123/2007 no hubiese dejado espacio a la propuesta presentada por las organizaciones sindicales en un documento de diciembre de 2006 que preveía la introducción de una referencia expresa a los tipos de riesgo de naturaleza psicosocial y organizacional²¹, el Decreto Legislativo No. 81/2008, innovando de manera significativa en relación al marco normativo vigente, ha introducido, sin embargo, la obligación para el empleador, de evaluar, por lo menos, el riesgo específico del estrés relacionado con el trabajo. Específicamente, la disposición actual del artículo 28, dedicada al «objeto de evaluación de los riesgos», dispone en el primer párrafo: «La evaluación mencionada al artículo 17, párrafo 1, letra a), incluso en la elección de las

¹⁸ Véase el documento COM (88) 73 final de 7 de marzo de 1988.

¹⁹ Para una lectura más detallada de la sentencia, véase Corte Justicia CE, 15 de noviembre de 2001, en C-49/00, Comisión c. República Italiana, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pp. 221 ss.

²⁰ En estos términos Nunin, R., *La prevención del estrés relacionado con el trabajo. Perfiles normativos y responsabilidad del empleador*, EUT (Edizioni Universitarie di Trieste), Trieste, 2012, p. 44.

²¹ La referencia es hecha al documento de 21 de diciembre de 2006 que contiene las observaciones de CGIL, CISL y UIL al esquema del diseño de ley.

dotaciones de trabajo y de las sustancias o de los productos químicos utilizados, así como el diseño de los lugares de trabajo, debe cubrir todos los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, incluidos para aquellos trabajadores expuestos a riesgos particulares, entre los cuales aquellos que tienen que ver con el estrés relacionado con el trabajo, de acuerdo con el contenido del Acuerdo Europeo del 8 de octubre de 2004, y los relativos a las trabajadoras embarazadas, de conformidad con el Decreto Legislativo del 26 de marzo 2001, No. 151, así como los relacionados con el género, la edad, a la procedencia de otros países, y los relacionados con el tipo específico de contrato a través del cual viene desarrollado el trabajo».

A nivel operativo en la fase de adopción de un modelo de evaluación común en el territorio nacional, el Decreto Legislativo No. 106/2009, añadiendo al artículo 28 el párrafo primero bis, prevé que «la evaluación del estrés relacionado con el trabajo a que se refiere el párrafo primero, se llevará a cabo de acuerdo con las instrucciones previstas en el artículo 6, párrafo 8, letra m-quater»²². De esta forma, se ha vinculado la entrada en vigor de la metodología para la evaluación del riesgo en cuestión a la labor de la Comisión Asesora Permanente para la salud y seguridad en el trabajo como órgano subsidiario del legislador para efectos de la completa aplicación de la normativa especial en la materia²³.

Esta Comisión pudo concluir su tarea, pudiendo moverse entre una amplia gama de materiales, entre los cuales una propuesta metodológica desarrollada por la Ispesl²⁴ (Instituto ahora fusionado con Inail), asumiendo de manera significativa de la experiencia inglesa, y de algunos documentos presentados por las Regiones²⁵. Definitivamente, las indicaciones de la Comisión Consultiva han sido adoptadas el 17 de noviembre de 2010, después de un camino no poco fatigoso, y comunicadas mediante circular del Ministerio de

²² Artículo 6, párrafo 8, letra m-quater – previsión también agregada al Decreto No. 81/2008 por el Decreto Legislativo N. 106/2009 – establece, entre las funciones encomendadas a la Comisión Consultiva Permanente para la Salud y Seguridad en el trabajo, aquella de «elaborar las indicaciones necesarias para la evaluación del riesgo por el estrés relacionado con el trabajo».

²³ Las funciones de la Comisión Consultiva Permanente para la Salud y Seguridad en el trabajo se enumeran en el Artículo 6 del Decreto Legislativo No. 81/2008.

²⁴ ISPEL, *El estrés en el lugar de trabajo. Directrices para los empleadores y responsables de los servicios de prevención*, Roma, 2002.

²⁵ Véase por ejemplo la *Guida operativa sulla valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato*, aprobada el 25 de marzo de 2010 por los representantes de las Regiones de Lazio, Veneto, Marche, Abruzzo, Toscana, Lombardia, Liguria, Emilia Romagna.

Trabajo del 18 de noviembre de 2010²⁶, que la ha hecho efectiva y consecuentemente vinculante para todos los empleadores.

En este sentido, sin embargo, debe señalarse que ya la elección de difundir el documento con las indicaciones de la Comisión mediante una circular – como modo para oficializar y dar a conocer los contenidos – ha desatado más de una duda en cuanto a la idoneidad del instrumento elegido²⁷, ya que podría parecer a primera vista más apropiada – teniendo en cuenta también la relevancia y la novedad del tema – la adopción para tal fin de un decreto ministerial; la necesidad de acabar con la creciente controversia sobre este punto, ha hecho que el Ministerio de Trabajo y de la política social procediese a la publicación de las mencionadas indicaciones de la Comisión Asesora también en la Gaceta Oficial²⁸.

Por lo tanto, con esta disciplina normativa, la intervención realizada por el artículo 28 del Decreto Legislativo No. 81/2008 ha extendido el campo de verificación del estrés relacionado con el trabajo, como un problema no de unos pocos trabajadores, sino de todos los trabajadores, independientemente del tipo de actividad o de tarea desarrollada. Inevitablemente, la disposición actual se convierte, por lo tanto, también en una concreta declinación de un principio de protección general de la salud, permitiendo considerar aspectos de esta última que hasta ahora no se habían considerado adecuadamente – precisamente el estrés relacionado con el trabajo –, porque considerados no directa o inmediatamente atribuibles a la integridad psicofísica, sino como accidentes “sólo” al bienestar de la persona entendida en sentido más amplio²⁹.

²⁶ *Indicazioni della Commissione consultiva per la valutazione dello stress lavoro-correlato*, adjunto a Ministerio de Trabajo, [circular 18 noviembre 2010](#), en *Boll. spec. ADAPT*, 2013, n. 12.

²⁷ En este sentido, Tiraboschi, M., y Giovannone, M., “Valutazione dello stress lavoro-correlato: indicazioni dalla Commissione consultiva”, *Guida Lav.*, 2010, 46, pp. 11 ss., donde se señala que no debería plantear problemas «la forma administrativa del documento final, ya que nada dijo al respecto el Texto único de seguridad; la opción por un una circular en lugar de un decreto, debe entonces entenderse no ya como un síntoma de una eficacia menos incisiva y vinculante del procedimiento, sino como una respuesta inmediatamente preceptiva del ordenamiento a una necesidad real del sistema productivo, teniendo en cuenta también la fecha límite de vencimiento del 31 diciembre 2010».

²⁸ Comparar G.U. n. 304, de 30 de diciembre de 2010.

²⁹ Sobre el punto Bonardi, O., “Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale”, *Lav. Dir.*, 2012, n. 2, pp. 290 ss.

4. El estándar italiano en la evaluación del riesgo por el estrés relacionado con el trabajo

En la circular que se mencionó en el párrafo anterior, se ha delineado la metodología individualizada por el Ministerio que establece los pasos a seguir en el momento de la fase de evaluación.

Sin embargo, dada la complejidad de la metodología de evaluación, si bien se dedica a ella un espacio más amplio respecto a la parte de la definición, las indicaciones ministeriales se limitan a recordar, de hecho a copiar, el camino trazado por las Regiones en 2010.

De hecho, de acuerdo con las directrices operacionales interregionales, en la circular se atribuye a la actividad de evaluación la función de “guía” para los empleadores, con el fin de identificar los factores de riesgo por el estrés relacionado con el trabajo, para planificar e implementar medidas correctivas idóneas a eliminar, o al menos a minimizar, tales factores.

Se ha delineado, de este modo, un modelo de procedimiento dinámico, basado en el principio de progresividad de las acciones de valoración, que prevé la articulación en dos fases (con diferentes requisitos y finalidades), con respecto a las cuales se proporcionan los contenidos sobre las acciones macro que son objeto de investigación e instrumentación.

Entrando en el fondo del modelo de procedimiento de evaluación, respecto a la primera fase de valoración, la circular se limita a establecer el carácter necesario y preliminar, destinado a la detección de indicadores objetivos y verificables y, si es posible, numéricamente apreciables, pertenecientes al menos a tres familias, tales como: eventos centinela, factores contextuales del trabajo y factores de contenido del trabajo³⁰. El objetivo principal en esta fase de evaluación preliminar es fotografiar la realidad de las operaciones empresariales, cuantificando el nivel de riesgo según una escala paramétrica

³⁰ En el primer grupo se incluyen, a título de ejemplo: las tasas de accidentes; las faltas por enfermedad; la rotación excesiva; el número de procedimientos y sanciones; los informes oficiales del médico; las quejas específicas y frecuentes formalizadas por los trabajadores, que se tienen que evaluar siempre sobre la base de parámetros homogéneos individualizados internamente por la empresa. Diversamente, los factores de contenido del trabajo se refieren al ambiente de trabajo y al equipamiento; a la variación de las cargas y de los ritmos de trabajo; al horario de trabajo y a los turnos; así como a la correspondencia entre las habilidades de los trabajadores y los requisitos profesionales exigidos. Por factores de contexto de trabajo, se entiende, en cambio, el papel cubierto en el ámbito de la organización; los niveles de autonomía en las decisiones y el control; los conflictos interpersonales en el trabajo; la evolución y el desarrollo de la carrera; la comunicación.

bajo/medio/alto, y poner en marcha oportunos correctivos para prevenir los riesgos detectados, dando información de los mismos en el documento de evaluación de los riesgos (DVR).

En cuanto a la segunda fase, debe entenderse como un momento de comprobación meramente eventual, ya que se activa solo si después de la evaluación preliminar han surgido elementos de riesgo por el estrés relacionado con el trabajo y han sido ineficaces las medidas correctivas adoptadas para hacer frente a ellos ya en la primera fase. Esta, sin embargo, adquiere un carácter más detallado y completo, ya que investiga sobre las percepciones subjetivas de los trabajadores, con el fin de identificar y caracterizar el riesgo y sus causas, y representa un valioso dato informativo sobre las condiciones de salud de una organización y de los trabajadores, sobretudo en realidades empresariales en las que es compleja la percepción del riesgo por el estrés relacionado con el trabajo con la sola adopción de listas de verificación.

En concreto, las obligaciones de valoración se diferencian (y naturalmente se complican) dependiendo del resultado de la determinación preliminar. De hecho, si no surgen riesgos que requieran el uso de medidas correctivas, el empleador simplemente tendrá que dar cuenta de ello en el documento de evaluación del riesgo y prever un plano de monitoreo. Si en cambio, mediante la evaluación preventiva, emergiera este tipo de riesgo que necesita corrección, el empleador deberá planificar y adoptar las medidas adecuadas (de naturaleza organizativa, técnica, de procedimiento, de comunicación y formación, etc.). Sólo si estas operaciones no dan lugar a una disminución del riesgo, se pasa a la segunda fase.

No está claro, en cambio, que es lo que va a pasar después de la segunda fase; se puede suponer que, basándose en los resultados del screening subjetivo realizado, el empleador y su personal estarán obligados a adoptar las medidas correctivas necesarias para reducir el riesgo por el estrés relacionado con el trabajo y establecer un programa más intensivo de monitoreo³¹.

En resumen, de acuerdo con la interpretación administrativa, sólo la primera fase es obligatoria; la segunda, basada en factores subjetivos, es meramente eventual y dejada a la discrecionalidad del empleador, sin embargo, puede convertirse en obligatoria en el caso de la ineficacia de las medidas correctivas de la fase preliminar después de la cual permanecen los riesgos por el estrés relacionado con el trabajo. En esencia, el Ministerio establece la obligatoriedad de mero control numérico de datos y de elementos que ya deberían estar en

³¹ Así como se dice en Pasquarella, V., “La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità”, *I working papers di Olympus*, 6, 2012.

posesión de las empresas porque son incluidas en el documento de evaluación de los riesgos, independientemente de la específica evaluación del riesgo por el estrés. Mientras que la fase de evaluación en profundidad, sigue siendo eventual siempre y cuando de la evaluación preliminar no surjan riesgos o, en caso contrario, los mismos hayan sido efectivamente prevenidos; de otra manera adquirirán carácter vinculante.

La diferencia sustancial entre las dos fases descritas se refleja también en los instrumentos a utilizarse. En particular, en la evaluación preliminar, se sugiere el uso del check-list o listas de control usadas directamente por los sujetos empresariales de la prevención, que permiten una evaluación objetiva, total y paramétrica de las tres familias de factores mencionados. Sólo para evaluar los factores de la segunda y de la tercera familia se prevé la necesidad de escuchar a los trabajadores y/o al representante de los trabajadores para la seguridad (tanto interno como territorial), pero la modalidad de la audición es dejada a la discrecionalidad del empleador, de la cual será responsable.

Para la fase en profundidad, en cambio, se prevé la participación y la colaboración activa de los trabajadores (por grupos homogéneos respecto a los cuales se han detectado los problemas), mediante el uso de cuestionarios, focus group, entrevistas semi-estructurales sobre las familias de factores mencionados.

Una particular atención es dirigida después a los límites de tamaño de las empresas; de hecho, en la circular, por un lado, en modo genérico y sin fijar umbrales precisos, se prevé que, en las grandes empresas, la fase de profundidad se pueda llevar a cabo a través de un campeón representativo de trabajadores; por otro lado, en cambio, para las empresas más pequeñas y más precisamente con un número de trabajadores no superior a cinco, para evitar innecesarios gravámenes procedimentales y económicos, se introduce una simplificación, sustituyendo a las herramientas de evaluación en profundidad (antes identificados) aquellos elegidos discrecionalmente por el empleador, basados en la participación directa de los trabajadores en la búsqueda de las soluciones y en la verificación de su eficacia.

El Ministerio, de la misma manera, define también el campo de aplicación subjetivo del procedimiento, desde el punto de vista tanto de los sujetos activos involucrados, como de los destinatarios. En cuanto a los primeros, siendo la evaluación de los riesgos por el estrés relacionado con el trabajo parte integrante de la operación de evaluación de los riesgos (en el sentido del artículo 28 del Decreto Legislativo No. 81/2008), sin alterar el sistema ordinario delineado por la normativa especial en materia de salud y seguridad, resultan implicados los mismos sujetos: la gestión es confiada, de hecho, al

empleador, que cuenta con la colaboración del responsable del servicio de prevención y protección (RSL). Este último asume un papel fundamental a efectos preventivos, por cuanto está cerca de los trabajadores y entonces es generalmente informado sobre las dificultades por ellos manifestados y la problemática señalada.

Respecto a los destinatarios, en cambio, se aclara que la generalidad de la actividad de evaluación debe llevarse a cabo con referencia a todos los trabajadores, incluyendo gerentes y supervisores, bajo el supuesto que el estrés puede afectar a cualquier persona que realice una actividad de trabajo, independientemente de la función y el cargo que ocupa. Además, debe ser informada no al trabajador en si mismo, que podría tener su propia percepción peculiar de las condiciones de trabajo, sino a grupos homogéneos (por funciones o secciones organizativas) de trabajadores expuestos a riesgos del mismo tipo, de acuerdo con una evaluación efectuada sobre la base de la efectiva organización empresarial (trabajadores por turnos, trabajadores de un mismo sector, etc.).

Sin embargo, tratándose de una metodología introducida recientemente, queda por lo tanto a experimentar y a repetir en el tiempo, y por tal razón hay en curso un periódico monitoreo a cargo de la Comisión Consultiva permanente para la salud y seguridad de los trabajadores con el fin de garantizar la verificación sobre la eficacia de la metodología adoptada y en la óptica de evaluar la oportunidad de adiciones de la misma, la cual, sin embargo, desde su introducción ha traído consigo críticas operativas, en particular por la dificultad aplicativa a los diferentes ambientes de trabajo y a las peculiares condiciones de trabajo presentes en ellos.

5. Evolución jurisprudencial antes y después del Decreto Legislativo No. 81/2008, pasando por la sentencia de la Corte Constitucional No. 179/1988

Las patologías psicosociales por el estrés por el trabajo han adquirido una especial relevancia en los últimos años, tanto por el cambio del sistema organizativo del trabajo, como, entre otro, por el empleo de nuevas tecnologías o nuevas tipologías de trabajadores, factores que estadísticamente han influido sin duda en la propagación de las mismas.

Sin embargo, la protección/compensación de estos trastornos no constituye una novedad absoluta en el ordenamiento jurídico italiano. De hecho, sobre la base de la responsabilidad contractual³², ya antes del reconocimiento legal del riesgo por el estrés relacionado con el trabajo, que precisamente se produjo en 2008 con el Decreto Legislativo No. 81³³, habían sido indemnizadas, como si fueran accidentes de trabajo, patologías psíquicas derivadas de eventos relacionados con el trabajo, siempre que hubieran tenido incidencia en la actitud en el trabajo.

En este sentido, de hecho, fueron por lo general indemnizados, por ejemplo, empleados de las oficinas postales víctimas de repetidos robos, por las alteraciones psíquicas derivadas de la repetición de eventos imprevistos y fuertemente desestabilizantes que, por supuesto, no podían no constituir condiciones de estrés emocional conectado al trabajo³⁴.

Como se puede imaginar, sobre este tema específico, la Corte de Casación ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, en la que el estrés relacionado con el trabajo ha adquirido relevancia, como por ejemplo en el caso específico del infarto, mediante la asignación de un valor concausal a las más diversas situaciones, a condición de que sean atribuibles al trabajo³⁵.

De esta manera, se han considerado accidentes de trabajo especialmente los casos de muerte por infarto causado por el estrés emotivo³⁶.

En ese sentido, cabe señalar que si en un primer momento el estrés era relevante, para los fines de la indemnización, sólo cuando se presentaba con las características de la causa violenta, vale decir, con acción concentrada en el tiempo (que constituyen los elementos peculiares de la definición de accidentes), sucesivamente el estrés laboral ha sido tomado en consideración como agente lesivo con acción prolongada en el tiempo, entonces como posible

³² Basado esencialmente en el principio del artículo 2087 del Código Civil, según el cual «El empleador está obligado a adoptar, en el ejercicio de la empresa, las medidas que, de acuerdo a la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores».

³³ La falta de evaluación del riesgo constituye para el empleador una significativa responsabilidad penal.

³⁴ Así como se afirma en *Il rischio da stress lavoro-correlato. La tutela dell'Inail*, Dossier n. 1, 2011.

³⁵ A este respecto, véase, entre otros, Cass. 14 ottobre 2010, n. 21203; Cass. 20 mayo 2012, n. 12351; Cass. 17 febrero 2009, n. 3786; Cass. 17 febrero 2009, n. 3785; Cass. 1 febrero 2008, n. 2491; Cass. 24 julio 2006, n. 16881; Cass. 24 febrero 2006, n. 4184; Cass. 20 febrero 2006, n. 3650.

³⁶ Algunos ejemplos pueden extraerse de Cass. 2003, n. 19682, da Cass. 1998, n. 9888 y de Cass. 2000, n. 13741.

causa no sólo de accidente en el trabajo, sino también de enfermedad profesional.

El cambio en la orientación a la que nos hemos referido, encuentra el necesario presupuesto lógico-jurídico en la sentencia de 1988, No. 179 de la Corte Constitucional. Antes de esta histórica sentencia, eran protegidas sólo las enfermedades profesionales que se citaban en la tabla del d.p.r. 1124/1965 (sucesivamente modificado), que en ninguna parte indicaban el estrés como una causa de enfermedad protegida, de modo que el estrés podía venir en relieve solo con causa violenta y, entonces, como causa de accidente en el trabajo³⁷.

Esta diversa consideración se enmarca en la más general línea evolutiva de la jurisprudencia que ha dilatado las nociones originarias de causa violenta, de ocasión de trabajo y de nexo de causalidad (este último con especial relieve a las enfermedades multifactoriales) y, en general en la evolución de la protección de la salud y seguridad en los lugares de trabajo, también para efectos de los procedimientos normativos esencialmente orientados a la plena aplicación del artículo 38 de la Constitución, según el cual «los trabajadores tienen derecho a que sean previstos y asegurados medios adecuados a sus exigencias de vida en caso de accidente, enfermedad, invalidez».

Bajo el aspecto de la consolidación del principio jurisprudencial del nexo de causalidad, sobre todo en lo que respecta a las enfermedades profesionales multifactoriales³⁸, la evolución jurisprudencial, al menos por ahora, coincide en el punto según el cual «el juez, para poder confirmar la causalidad de la conducta de omisión del imputado respecto a la patología sufrida por el trabajador, es necesario demostrar que esta no ha tenido un origen exclusivo en el diverso factor teóricamente idóneo y que la exposición al factor de riesgo de

³⁷ Antes de la sentencia de la Corte Constitucional n. 179 de 1988, eran reconocidas como únicas enfermedades profesionales las que figuran en las tablas, en las que, por otra parte, están precisadas las específicas tareas respecto a las cuales es reconocida la exposición al riesgo y, por último, el periodo dentro del cual es admisible la solicitud de indemnización. Este sistema, confiere presunción legal de origen a las enfermedades de la lista, sin exigir ninguna prueba del nexo de causalidad entre la enfermedad y el trabajo. En cambio, después de la sentencia mencionada, se pasó del sistema tabular a un sistema mixto, en el cual es posible la indemnización también de aquellas patologías no presentes en la tabla (como por ejemplo el estrés relacionado con el trabajo) respecto a los cuales los interesados pueden llegar a demostrar el nexo de causalidad.

³⁸ Atribuibles a causas y/o concausas múltiples de riesgo, a menudo subsistente fuera del contexto de trabajo.

matriz de trabajo ha sido una condición necesaria para la aparición o para una significativa aceleración de la patología»³⁹.

6. Conclusiones

Como se ha señalado, aunque los riesgos psicosociales y, en particular, los riesgos por el estrés relacionado con el trabajo se encuentran entre las patologías más comunes entre los trabajadores (y otros), tendientes además a aumentar con el tiempo, diferentes son los elementos para afirmar que a nivel normativo, en relación con los aspectos de protección y prevención, deben todavía cumplirse varios pasos.

En primer lugar, a nivel de la UE, ciertamente no ayuda el hecho de no tener una disciplina vinculante que, por un lado, defina el significado del estrés relacionado con el trabajo y, por otro lado, regule un marco de los preceptos básicos compartidos por todos los Estados miembros. De lo contrario, se continuará todavía con una protección de estos riesgos no equilibrada, como debería ser, entre los trabajadores de los diferentes países de la UE.

Otro problema, que impacta sobre todo en Italia, es el de la metodología de evaluación del estrés relacionado con el trabajo que, si bien supone al menos una aceptación legislativa de la protección del riesgo, sin embargo, al momento de funcionamiento, demuestra una serie de limitaciones. Por un lado, debido a la complejidad del concepto del estrés difícilmente imputable a factores de riesgo específico, siendo una peculiar enfermedad profesional multifactorial, y por otra parte por la imposibilidad de aplicar la metodología estándar identificada por el Ministerio de Trabajo y Política Social en la circular de 2010, a los ambientes de trabajo y sobre todo a los diferentes tipos de trabajadores.

Sin embargo, se espera que una gran contribución venga dada por la próxima Estrategia europea de salud y seguridad en el trabajo (2013-2020), principalmente en el plano regulatorio, con el fin de superar los enfoques heterogéneos respecto al tema que existe hoy en los diferentes países.

El objetivo debe ser un poco lo que era la filosofía inspiradora del Acuerdo Europeo sobre el estrés relacionado con el trabajo en 2004 y, en relación con el caso italiano, del acuerdo interconfederal, de transposición, de 2008.

³⁹ En este punto, una de las más recientes sentencias es Cass. Pen. 29 enero 2013, n. 4489.

En esta perspectiva, la política de prevención debería basarse también en la evaluación del estrés relacionado con el trabajo como bienestar organizacional, apuntando al buen funcionamiento de una estructura de trabajo, que reporta beneficios en una doble dirección. En un primer sentido, respecto a los aspectos empresariales, así como a los aspectos económicos, en el sentido de aumentar la productividad, la competitividad y la eficiencia/eficacia, y respecto a los aspectos sociales, con el mejoramiento del clima empresarial y de la calidad de vida laboral, así como con la reducción del porcentaje de los accidentes, de las enfermedades profesionales y del absentismo laboral. En un segundo sentido, el de los trabajadores, debería tener lugar un aumento de la autoestima y la motivación de los trabajadores y, por tanto, de la realización personal, y con una reducción de los problemas de salud.

Además, sería interesante que el punto de partida, en apoyo de políticas comunes, no prescindiera de aquellos que son los ejemplos positivos de las estrategias organizativas, productivas y de gestión de los recursos humanos utilizados normalmente por los empleadores, para elaborar técnicas de evaluación y gestión de riesgo para efectos de la prevención. Y esto, especialmente donde se encuentran los diversos puntos deficientes entre indicaciones y referencias necesarios para los empleadores que, ocupados en el momento de evaluación del riesgo, se encuentran a veces a plantear sea cuestiones de compatibilidad entre fuentes europeas y la nacional de transposición, sea problemas de dificultad práctica en utilizar la metodología de evaluación, por sí genérica, aplicándola al peculiar contexto de trabajo.

7. Bibliografía

BERNARDI F., FARACI P., SPRINI G., *I fattori di rischio psicosociale nei luoghi di lavoro*, en F. MARINI, M. MONDO (a cura di), *Il Benessere nei contesti lavorativi e formativi*, Carocci, 2008

BONARDI O., *Oltre lo stress: i nuovi rischi e la loro valutazione globale*, en *LD*, 2012, n. 2

COX T., GRIFFITHS A., RIAL-GONZÁLEZ E., [Ricerca sullo stress correlato al lavoro](#), Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, 2000, en www.osha.europa.eu/it

FRASCHERI C., *Il concetto di stress lavoro-correlato e l'organizzazione del lavoro*, en *ISL*, 2010, n. 5

GIOVANNONE M., *Lo stress lavoro-correlato in Europa: tecniche di valutazione e approccio regolativo in chiave comparata*, en *DRI*, 2011, n. 2

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION, *Psychosocial factors at work: Recognition and control*, Occupational safety and health series, 1986, n. 56
- LEROUGE L., *Il rischio psico-sociale, un'analisi giuridica comparata tra il Nord ed il Sud dell'Europa*, en *LD*, 2012, n. 2
- MILCZAREK M., SCHNEIDER E., RIAL GONZÁLEZ E., [OSH in figures: stress at work – facts and figures](#), European Agency for Safety and Health at Work, European Risk Observatory Report, 2009, n. 9, en www.osha.europa.eu/en
- NUNIN R., *La prevención del estrés relacionado con el trabajo. Perfiles normativos y responsabilidad del empleador*, Edizioni Universitarie di Trieste, 2012
- PARENT-THIRION A., FERNÁNDEZ MACÍAS E., HURLEY J., VERMEYLEN G., [Fourth European Working Conditions Survey](#), European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007, en www.eurofound.europa.eu
- PARENT-THIRION A., VERMEYLEN G., VAN HOUTEN G., LYLÿ-YRJÄNÄINEN M., BILETTA I., CABRITA J., [Fifth European Working Conditions Survey](#), European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2012, en www.eurofound.europa.eu
- PASQUARELLA V., [La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali; limiti e criticità](#), I working papers di Olympus, 2012, n. 6
- TIRABOSCHI M., GIOVANNONE M., *Valutazione dello stress lavoro-correlato: indicazioni dalla Commissione consultiva*, en *GLav.*, 2010, n. 46
- TRIOMPHE C.-E., *I paradossi dell'Europa sociale attraverso la regolazione dei rischi psico-sociali*, en *LD*, 2012, n. 2

El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica mexicana

de Patricia Kurczyn Villalobos

1. Apreciaciones generales

La violencia laboral se practica a través de diversas modalidades; enumerarlas sería oficioso pues cada vez se encuentran más formas de practicarla: el acoso y el hostigamiento, así como la discriminación en general son formas comunes de esta violencia.

Los medios para practicarlas son tantos como la imaginación pueda crear; por ejemplo, la discriminación (incluida la segregación) por razones genéticas era inimaginable hace 15 o 20 años; hoy puede ser una práctica sencilla. Discriminar en la política, en el comercio, en los deportes, en la educación y en cualquier ámbito de la vida social puede ocurrir no solo por género o sexo, sino por talla, por peso, por atributos físicos, por tono de voz, y por otras tantas formas. Estas que se mencionan, son tal vez las modalidades más simples o comunes que se ejercen. El estado civil, el color de la piel, la raza, el lenguaje, el status social o económico, las relaciones públicas, las habilidades no necesarias para el tipo de actividad a desempeñar, así como la zona de residencia, escuela o universidad de egreso, se suman a las formas conocidas y a las que pueden entenderse como troncales: raza, edad, género, estado civil, nacionalidad, ideología política o religión, de ahí la importancia de que se defina con precisión y se difunda el significado de igualdad, lo que representa la desigualdad y los daños que se ocasionan en la persona afectada y en la sociedad misma.

La discriminación está a la vista de todos, parece no haber limitaciones para practicarla; basta con recordar lo que parecería increíble referente a dos hechos actuales ocurridos en los más altos peldaños de la política, tanto en América

del Sur como en Europa que podrían pensarse como actos vergonzantes del siglo; son comentarios ocurridos públicamente, uno cuando el Presidente de Uruguay se refirió a su homóloga la Presidenta de Argentina en forma despectiva¹; y, dos cuando el vicepresidente del senado de Italia se refirió a la ministra de la Integración como “orangután”². Estos hechos casi increíbles ocurrieron en 2013, en público, en esferas de muy alto nivel y en países que presumen de ejercer la democracia.

La práctica de la violencia es también conducta de rutina; las noticias de los actos inhumanos que se cometen en comunidades islámicas en contra de mujeres, muchas de ellas niñas, vendidas o entregadas en matrimonio sin consideración alguna³, así como las prácticas de mutilación sexual, de violaciones multitudinarias⁴, de secuestros de larga duración y el alza de feminicidios son indiscutiblemente ejemplo de que la violencia en contra de la mujer sigue latente. Si la violencia ocurre a la vista de multitudes es conocido que igualmente ocurre en áreas más cerradas como son los centros de trabajo, sobre todo los pequeños talleres en que la inspección es prácticamente nula. La violencia laboral igualmente se da de distintas maneras, puede ser directa o indirecta, por acción u omisión.

En esta breve ensayo se hace referencia al acoso moral principalmente y el tratamiento en la legislación mexicana.

¹ *Esta vieja es peor que el tuerto*. José Mújica, Presidente de Uruguay con referencia a Cristina Kirchner, Presidenta de Argentina, denota la discriminación por género.

² En Italia el vicepresidente del senado, Roberto Carderoli comparó a Ministra de la Integración, Cecile Kyenge, con un orangután. <http://elcomercio.pe/actualidad/1603702/noticia-italia-vicepresidente-senado-italiano-comparo-ministra-orangutan>. Denota la discriminación racial y género.

³ Saná, 9 de septiembre. Una niña yemení de ocho años, casada con un hombre de 40 años, murió a causa de heridas sexuales sufridas durante su noche de bodas. <http://www.excelsior.com.mx/global/2013/09/09/917789?video=2#link-content>.

⁴ Nueva York/El Cairo. Una de las corresponsales estrella del programa *60 Minutes* de la cadena CBS, Lara Logan, sufrió una brutal agresión sexual durante la celebración popular en las calles de El Cairo tras la caída del régimen del ex presidente Hosni Mubarak, informó ayer la televisora en un comunicado. <http://sipse.com/archivo/violacion-multitudinaria-contra-reportera-en-egipto-89189.html>.

En Bombay, una joven fotoperiodista india ha sido violada por cinco personas mientras trabajaba en un reportaje para una revista. <http://www.cmi.com.co/?n=113798>.

Apreciaciones generales en Derecho mexicano

La Constitución mexicana fue reformada en junio de 2011 con lo cual cambió la fisonomía del sistema legal mexicano; a partir de entonces se han dado reformas en distintos ámbitos y uno de ellos es el laboral.

La reforma preponderante constitucional del año 2011 hace el reconocimiento formal de los derechos humanos y a través de ella se incorporan al sistema legal las normas derivadas del derecho internacional en materia de derechos humanos. De tal suerte que parte de la reforma legislativa de la Ley Federal del Trabajo, (en adelante LFT) que como su nombre lo indica, es de aplicación en los 32 estados de la federación, contiene nuevas disposiciones en torno al tema de igualdad y al que nos ocupa que en concreto es el acoso laboral.

Al referir la reforma que introduce los derechos humanos a la Constitución debe aclararse que su obligatoriedad aparecía fundada en normas que las garantizaban, cuya observancia y defensa encontraba protección en la importante institución del juicio de amparo que continúa vigente. También debe decirse que el sentimiento jurídico mexicano nunca abandonó los derechos humanos y cuenta de ello es que la Constitución Política promulgada en 1917, de corte social en su origen, marcó detalladamente desde su texto original las garantías individuales y de una manera particular, con una modalidad novedosa en el constitucionalismo mundial, integró un título específico para el trabajo y la previsión social, lo que se le conoció después de unos años como las garantías sociales y hoy se identifica como el fundamento del constitucionalismo social.

Las garantías individuales de entonces, hoy derechos humanos y sus garantías, reconocieron desde su texto original los derechos individuales al trabajo y a la asociación; más la importancia para el tema laboral se centra en un sólo artículo, el 123, de cierta extensión, que regula con mayor detalle las relaciones laborales tanto individuales como colectivas y establece el sistema de defensa jurisdiccional a través de órganos especiales denominados Juntas de Conciliación y Arbitraje de composición paritaria⁵. Hoy en día, con algunas modificaciones interesantes, este artículo constitucional conserva buena parte de sus disposiciones originales y sus leyes reglamentarias principales que son la Ley Federal del Trabajo, referida al apartado A que rige las relaciones entre particulares y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que reglamenta el apartado B para el sector público federal.

⁵ Este artículo constitucional ha sido reformado en múltiples ocasiones pero su espíritu permanece inalterable en la defensa de los derechos de los trabajadores.

La importancia de la modificación constitucional aludida fue esencial y produjo un cambio de enorme importancia para el sistema jurídico mexicano lo que puede ejemplificarse con el hecho, como se dice antes, de que las garantías a los derechos individuales si bien estaban confirmadas o avaladas por la norma suprema, para hoy tal protección queda reforzada con la expresión de reconocimiento a los derechos humanos en la Carta Magna, así como la importancia que se aprecia en el cambio sustancial o principal que se produce, al dilucidar el polémico tema sobre la jerarquía normativa y determinar que los tratados y convenios de derechos humanos, ratificados por el Estado mexicano, en los términos del artículo 133 de la misma Constitución, tienen el mismo orden constitucional y que en su caso se aplicará el principio *pro persona* (*pro homine*). Esta nueva sumisión al orden internacional de los derechos humanos complementa seriamente la legislación mexicana toda vez que se han ratificado instrumentos internacionales de gran envergadura como son el CEDAW y 6 de los 8 los convenios fundamentales de la OIT, entre ellos el 100 y 111, por citar algunos en particular.

La influencia de la reforma constitucional en la de la LFT habida en noviembre de 2012 no es de grandes dimensiones pues para empezar no atrajo el rubro esperado de que el trabajo es un derecho humano. Puede apreciarse que se introdujeron temas que aparecen en convenios y programas de la OIT aun cuando sin expresión directa, como es al referirse a trabajo decente (trabajo digno ya existía) y que se ampliaron conceptos que ya contenía la ley, como el de discriminación y la regulación específica del tema del acoso y del hostigamiento en el trabajo.⁶ No obstante que los cambios no han sido de la trascendencia que se esperaba han empezado a influir en las relaciones laborales.

En las múltiples propuestas de reforma laboral puede decirse que la transversalización de género fue secundaria. Los temas de equidad de género no se atendieron con la profundidad que ameritan. Entre las más de 300 propuestas de modificaciones se incluyeron muchas referidas a temas de violencia laboral y de discriminación por maternidad y aun por responsabilidades familiares que no fueron atendidas.

⁶ La LFT tiene otras modificaciones relacionadas con la subcontratación, la protección al trabajo minero, normas sobre licencia de maternidad por adopción, trabajo infantil y otras en materia procesal.

2. Terminología y conceptualización

El acoso es violento. ¿Qué más decir de la violencia? Es un poderoso factor de discriminación, que asusta, advierte, limita, inhibe, lastima, daña, no solo a la víctima directa porque indirectamente puede producir efectos sobre todo un grupo, en varios grupos y en la sociedad misma. Así, las víctimas tanto pueden ser afectadas de manera directa o indirecta como por acción u omisión.

El acoso es una forma de discriminar y debe considerarse como tal porque el simple temor al mismo fenómeno inhibe a una persona en el goce de sus derechos humanos. La persona acosada prefiere evitar la cercanía o el encuentro con los acosadores y por ello perder derechos que el caso laboral puede llegar hasta la pérdida de empleo, la estabilidad, la prestaciones sociales, etcétera.

Una de las finalidades al combatir la violencia es conseguir la igualdad absoluta, no solo entre hombres y mujeres, sino entre todas las personas. Se trata de arribar a la igualdad formal y a la sustantiva, esto es, en derecho y en los hechos, bajo las consideraciones de las diferencias biológicas que deben otorgar derechos específicos a las mujeres en orden a la protección a la maternidad como el hecho social de perpetuación de la especie al decir de Durkheim. Para conseguir la igualdad de género lo primero sería prevenir y erradicar cualquier tipo de discriminación en los términos que documentos internacionales como la CEDAW marcan puntualmente. La sanción es también indispensable cuando hay razón y para ello quienes deban actuar jurisdiccionalmente con perspectiva de género deben hacerlo sin que les tiemblen las manos para firmar y ejecutar las sentencias.

La discriminación de hecho, la de palabra y la de omisión, genera culpabilidad y genera daños físicos, morales, psicológicos y económicos que sin duda deben repararse en la medida de lo posible; pero más importante que reclamar y sancionar es evitarla e impedir su repetición; este es el verdadero *quid*. Esta forma genérica de violencia y en particular los casos de acoso y hostigamiento deben estar prohibidos expresamente, pero se sabe que la simple prohibición no es suficiente, que para el cumplimiento eficaz de esta proscripción se requieren otros instrumentos además de la regulación misma. Para prevenir, para educar y erradicar la violencia pueden ser efectivos varios medios científicos multidisciplinarios que permitan combinar la educación, la psicología, la sociología, la salud y el derecho – piezas básicas – a las que pueden agregarse otras como la economía, la ciencia política, el trabajo social y las relaciones industriales que también ejercen una importante función en la construcción del

ambiente de igualdad o más aun, en la construcción de ambiente de dignidad en el medio laboral.

Por fortuna la legislación mexicana no ha incluido los anglicismos que se refieren a la violencia laboral, no obstante que así parecen preferirlo los medios de comunicación y en algunos casos algunos autores, como ha ocurrido con otros términos que deja de lado al español, como es el caso del *outsourcing*. Los medios de comunicación suelen tomar los anglicismos y hablan del *burn out*, *del mobbing* y *el bullying* en ocasiones con distintas interpretaciones que la población acomoda según su entender o su interés. Ello es entendible porque se trata de acciones o conductas que llaman la atención por su importancia y porque los medios la destacan por el escándalo que producen, en consecuencia dichos términos se extienden inmisericordemente. En ocasiones no solo se importa el término sino que también se importan modelos de conductas, usos y costumbres de empresas transnacionales como acompañantes de sistemas y organizaciones de trabajo, modos y condiciones, tal cual ocurre con la tecnología. Todo ello forma parte de la globalización.

Lo cierto es se ponen de moda algunos términos y aun practicados en el lenguaje común no suelen pasar como tales a las reglamentaciones y es difícil que se conviertan en términos legales. En otro sentido, la expresión *techo de cristal*, no obstante haberse iniciado en país anglosajón,⁷ no ha pasado a las legislaciones pero sí se tiene una importante difusión sociológica y política sin necesidad de recurrir al anglicismo o al término mismo. La razón verdadera por la cual tiene importancia el uso correcto de un término es para identificar correctamente una acción, un sentido, una finalidad y evitar cuando son palabras en lengua extranjera, lo que contribuye a la buena impartición de justicia.

En el tema que nos ocupa está la palabra *mobbing*⁸, la cual se traduce en francés como *asaillir*, que en español significa “sitiar” o “atacar”⁹ pero también

⁷ Gay Bryant, editor norteamericano empezó a utilizar en la década de los 80 la expresión *glass ceiling* para describir los obstáculos invisibles en las carreras laborales de las mujeres.

⁸ V. De Rivera, L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del bullying, el mobbing y otras formas de acoso*, Publicaciones Alcaria, 2011, *passim*.

⁹ Para mayor fundamento habrá que decir que “sitiar” en inglés se traduce como “*to surround*” y así podría seguirse una cadena de vocablos que transportan de concepto en concepto hasta que se pueda encontrar que “sitiar” es “acorralar” y que “acorralar” se parece a la expresión de “quedar entre la espada y la pared”, que no se sabe que hacer, lo que crea confusión, angustia, etc., y cuyo resultado siempre es el de perder a aquel que se coloca en tal situación. Esto se parecería al chiste entre el español y el inglés: Ojos = eyes; eyes (ice) = yellow (hielo); yellow = amarillo.

quiere decir “atestar” o “testar”, palabras que a su vez tiene otros sentidos: “meter o introducir algo en otra cosa”, “rellenar”, “atracar de comida”, “dar con la cabeza”, “porfiar” y “pegar a alguien, por la fuerza a una pared o a un árbol”, y aún como sinónimos, pueden encontrarse: “declarar”, “testificar”, “asegurar”¹⁰. De pronto parecería que *mobbing*, en su sentido más puro, nada tiene que ver con molestar sino con atacar que representa consecuencias mayores.

El uso de los anglicismos en países latinoamericanos, particularmente respecto del ambiente legal es limitado y se utiliza o se conoce solo por una reducida parte del foro jurídico¹¹. En ocasiones *mobbing* lleva a confundir el empleo de “*bullying*” con el riesgo de retraso en las sentencias cuando hay juicio ante la posibilidad de confusión en las distintas interpretaciones de un concepto no claro del todo. *Bullying*, por otra parte, se refiere a situaciones escolares, si bien en ambos casos parece reflejar acciones cometidas por grupos, al menos por varias personas con el afán de molestar y a veces de agredir físicamente¹².

Por lo pronto puede concluirse que para estas fechas no hay una única conceptualización homogénea de acoso o de hostigamiento, moral o psicológico y sexual; sin embargo, tampoco sería deseable encasillar el tema en una única definición o un solo concepto, pues por tratarse de una conducta, o de conductas que se dan prácticamente en todo el mundo y que generan múltiples efectos formal y/o sustantivamente; conviene entonces buscar cierta flexibilidad y permitir o calificar elementos atenuantes o agravantes, según el caso y de acuerdo al entorno jurídico y sociológico y precisar en cada legislación nacional los conceptos que convengan.

La Organización Mundial de la Salud define al *mobbing* como una situación de violencia o acoso recurrente dirigida hacia una persona con el objetivo de

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22^a. Ed.

¹¹ El uso de inglés comercial o turístico representa a otros sectores de la población. En la abogacía y precisamente en el foro judicial el inglés no es una lengua corriente en su uso. Puede tomarse en cuenta que las universidades públicas hasta hace muy poco han introducido el inglés como lengua obligatoria y en otros casos se exige el dominio o la comprensión de otro idioma que no necesariamente es el inglés.

¹² <http://blog.occeducacion.com/blog/bid/289014/3-maneras-de-enfrentar-el-acoso-laboral>. El *bullying* laboral, mejor conocido como *mobbing* es un problema social tan antiguo como el trabajo mismo, sin embargo en las últimas décadas ha cobrado importancia en el ámbito de Recursos Humanos como una de las mayores amenazas al equilibrio de cualquier trabajador y de cualquier empresa. Con esto se ejemplifica la confusión conceptual aun por organismos de prestigio.

aislarlo de un grupo laboral¹³; se caracteriza por conductas crueles y hostiles que se convierten en una tortura psicológica para la víctima. Algunas manifestaciones pueden ser: rumores y calumnias; aislar o excluir a una persona; insultos o motes a la persona; ignorar o no dejar participar a una persona; y, amenazar.

Para la UE *mobbing significa* según la resolución de 14 de mayo de 2001: «Comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores o inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante mucho tiempo, de manera directa o indirecta, de parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío»¹⁴. Entendemos y damos por representativo que *mobbing* representa una situación de desgaste psicológico y de comportamiento abusivo sobre una persona durante un periodo más o menos prolongado, lo que no debe confundirse con momentos de discusión o tensión entre compañeros o con jefes¹⁵. Tal vez hablar de *mobbing* refiera acciones colectivas, varias personas acosando a una.

El *mobbing* es un problema social tan antiguo como el trabajo mismo, sin embargo en últimas décadas ha cobrado importancia en el ámbito de los Recursos Humanos como una de las mayores amenazas al equilibrio de cualquier trabajador y de cualquier empresa. En 2012 OCC Mundial-Mexico, informa haber encuestado a más de 2 mil profesionistas para obtener cifras sobre el *mobbing* en México, y encontró que el 51% de los encuestados habían sido víctimas de acoso laboral en algún momento de su vida¹⁶. De nueva cuenta se aprecia la confusión terminológica pues se habla de *mobbing* y se refiere a acosos individuales.

Al referir párrafos atrás la flexibilidad en la conceptualización y hablar de la laxitud o gravedad como efectos de la violencia, no se intenta, ni se pretende demeritar la importancia del acoso y del hostigamiento pero lo cierto es, que habrá que considerar circunstancias atenuantes y agravantes. Habrá que tomar

¹³ *Idem.*

¹⁴ Espada Guerrero, M. M.: “Acoso laboral: concepto, causas y motivaciones. Definiciones de acoso en el trabajo, sus objetivos y las motivaciones para hacer el *mobbing* contra un trabajador”, en *Los Recursos Humanos.com Portal sobre la gestión de recursos humanos en las organizaciones*, 2 julio 2013.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ OCC Mundial es una compañía de colocación. Los datos fueron tomados de una nota de CNN, por lo que no puede tener valor científico ni oficial en virtud de que no se marca la metodología para la obtención de datos; la información puede ser solo un referente. <http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2012/08/08/mexicanos-sufren-bullying-en-el-trabajo>.

en cuenta lo que ocurre en ciertas regiones en que las mujeres cuentan legalmente con más elementos para su defensa, tal vez con más empoderamiento, incluso con normatividad específica a su favor, se aplique o no; en otros casos existe un terrible sometimiento al varón que hace que su condición de igualdad sea de mayor fragilidad. De ahí puede deducirse que las acciones afirmativas son y deben ser diferentes en cada país y de que los programas de organismos internacionales se apliquen con más o menor rigor e intensidad según el caso.

Los efectos de la violencia laboral en cualesquiera de sus manifestaciones generan e impulsan en las víctimas, problemas psicológicos como angustia, irritabilidad y depresión, pérdida de autoestima; condiciones fisiológicas como pérdida de peso, dolores de cabeza o insomnio, dolores musculares; problemas laborales como disminución de productividad y ausentismo, y dificultades sociales como son contrariedades familiares y hasta la auto segregación ante el temor de la agresión.

Por su parte, las empresas también pierden: la violencia laboral es una de las causas principales de la baja productividad, el ausentismo y la rotación de personal. Por ello cada vez más compañías e instituciones implementan protocolos y programas internos para prevenir y denunciar conductas inapropiadas en el centro de trabajo o con motivo de las relaciones laborales; por su parte, instituciones de protección a los derechos de los trabajadores abren espacios para denunciar abusos como medio de defensa no jurisdiccional.

La falta de conceptos homogéneos permite que se adopten los de organismos internacionales o los que elaboren la doctrina, que pueden adaptarse en cada región o país de acuerdo al estatus socio jurídico de cada uno. Por ejemplo, la conceptualización de Marie France Hirigoyen resulta muy completa, y ésta manifiesta al: «acoso moral laboral [...] como toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud [...]) que daña por su repetición o su sistematización, la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el clima de trabajo»¹⁷. Derivado de ello damos igualmente por aceptadas las clasificaciones que elabora, la marca de causas y origen y los efectos de estas acciones sobre el trabajador(a),

¹⁷ I Congreso Internacional de *Mobbing* y *Bullying*, Mayo 2013. www.congresomobbingbullying.com o www.acamlu.org mayo 2013. Consultado el 02 de julio de 2013.

tanto en el orden físico como psicológico, la repercusión en el tema de seguridad social y las consecuencias que alteran la productividad¹⁸.

El hecho de que estas conductas, sean llamadas acoso, hostigamiento o *mobbing*, no debe repercutir en la prevención, en el tratamiento y en la sanción de las mismas. Es cierto que las formas en que ocurren las acciones tienen diferencias en sus manifestaciones y en sus modos, así, el acoso moral o psicológico es distinto del sexual; pero tan grave es uno como el otro y tanto daño puede causar el primero como el segundo. De esta manera, una consideración en lo particular es que para efectos jurídicos no debiera preocupar principalmente hacer distinciones que más corresponden al campo de la sociología y de la psicología. Por el contrario, las diferenciaciones que puedan afectar en el ámbito de las leyes laborales, civiles y penales principalmente, han de considerarse y su gravedad debe medirse jurídicamente para efectos de sancionar. La conceptualización es importante hasta el punto de considerar la tipificación del delito y el tratamiento penal que debe dársele al sujeto activo. De manera general lo que importa es no perder de vista que en todo caso de violencia laboral se violan derechos humanos; se atenta contra de la dignidad de la víctima por lo que los resultados que le produzcan sean leves o sean graves, sin excepción deben ser sancionados.

La claridad de la definición y de la conceptualización es fundamental para la judicialización, para juzgar, definir y delimitar responsabilidades y sanciones. En el campo procesal, en lo particular, es necesario formular nuevas acciones procesales concretas y encontrar los medios de evidencia, pues la ausencia de unas y otras obstaculiza la efectividad de los derechos sustantivos.

3. Marco legal mexicano

Al inicio de este ensayo se hace el planteamiento general del derecho mexicano del trabajo por lo que ahora se incursiona en el análisis de la legislación mexicana sobre acoso y hostigamiento en que aparecen algunos conceptos como los de trabajo digno y decente y la igualdad sustantiva.

El primer pronunciamiento de dignidad laboral aparece en la Constitución al declarar en el artículo 123, que «Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil».

¹⁸ Para los efectos del acoso y hostigamiento en la seguridad social, v. Mendizábal G., *op. cit.*, nota 20.

Es claro que el trabajo digno, como se concebía en 1917, fecha de promulgación de la Carta Magna, no ha variado. Éste se refiere a la condición de dignidad de la persona, cuya esencia humana de por sí la inviste con esta cualidad en homenaje a su propio decoro. La ley reglamentaria del artículo 123, la Ley Federal del Trabajo, introduce con la reforma de 2012¹⁹ que las normas del trabajo tienden a propiciar el trabajo digno o decente con lo cual se entendería como una norma permisiva para que el trabajo sea o decoroso de acuerdo a la dignidad del ser humano o sólo decente, esto es, lo que debe ser para la persona ya que decente se refiere a lo justo. En tal sentido, trabajo decente significa lo que la ley misma señala: la no discriminación (que es parte de la dignidad), salario remunerador, capacitación y los derechos que derivan de ésta, seguridad e higiene preventivos de riesgos de trabajo así como los derechos colectivos. A lo que se puede agregar el trabajo igual sustantivamente.

La dignidad tiene su vinculación tanto en la esencia del ser humano mismo como en la potencialidad que le da su trabajo para satisfacer sus necesidades, para superar sus condiciones de bienestar, lo que lo distingue definitivamente de otros seres vivos. Por ello el trabajo dignifica a la persona y por ello su derecho al trabajo digno.

Congruente con el trabajo digno, la LFT declara en su artículo 3 que el trabajo no es artículo de comercio y que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores «por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana».

Se transcribe parte de la disposición porque la última frase es de especial consideración ya que el legislador deja abierta la prohibición para cualquier otra modalidad en contra de la dignidad humana, de tal suerte que la violencia al inhibir o lastimar, altera los derechos humanos de igualdad, con lo cual se fundamenta que la violencia laboral es parte de la discriminación.

¹⁹ Artículo 20 – Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

3.1. Acoso y hostigamiento

Una vez que se encuentra la vinculación entre la discriminación y los conceptos de acoso y hostigamiento como modalidades de la violencia²⁰ conviene analizar la disposición laboral que consigna dichas conductas en el artículo 3 bis LFT que a la letra dice:

Para efectos de esta Ley se entiende por:

- a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas²¹; y
- b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos²².

Los conceptos se tomaron de la Ley General de Acceso de la mujer a una vida libre de violencia (LGAMVLV en adelante) y con ligeras modificaciones el legislador pretendió adecuarlos al entorno laboral, lo que dio por resultado una deformación y que las reformas no tuvieran el impacto en la judicialización que era de esperarse.

La distinción entre las dos conductas es elocuente; en primer término hay que detectar si hay o no, una relación de poder que caracterizaría en el primer caso al hostigamiento. Esa relación de poder la delimita la ley a que sea una *subordinación real* entre las partes. Sin poder detectar a que se refiere la ley al hablar de subordinación real, habrá de suponerse que se trata de una persona al

²⁰ V. Mendizabal Bermúdez, G., *Acoso laboral y seguridad social en México*: <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/Mexico-Bermudez.pdf>. El análisis normativo y el comparativo que hace la autora de esta importante ponencia marcan la importancia de considerar el acoso laboral como un riesgo de trabajo que la ley mexicana ignoraba hasta hace unos meses. El trabajo de la Dra. Mendizabal se presentó antes de las reformas de la Constitución en 2011 y de la LFT en noviembre de 2012.

²¹ Concepto tomado del artículo 13 LGAMVLV. El hostigamiento sexual es el ejercicio del poder, en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en los ámbitos laboral y/o escolar. Se expresa en conductas verbales, físicas o ambas, relacionadas con la sexualidad de connotación lasciva.

²² Concepto tomado del mismo artículo 13 citado antes: El acoso sexual es una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo de poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

mando o dirección, supervisión y vigilancia y que tenga expresiones verbales o físicas; sin marcar qué clase de expresiones, esto es, sin referir si se trata de amenazas, injurias, propuestas y sin definir la intención de esas locuciones o gestos. Si se presumiera que el legislador quiso referirse a burlas, insultos, propuestas sexuales o indecorosas, o algo semejante, la conducta a sancionar solo puede provenir de un superior dejando ausente una conducta de un compañero de trabajo, de un miembro del sindicato, de un proveedor, de un cliente o terceros en general en el centro o ámbito de trabajo. En virtud de que la ley prohíbe al empleador comportamientos semejantes y fija al acoso y al hostigamiento como causales de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para los trabajadores lo cual significa que el trabajador (a) víctima de tal conducta tenga derecho a exigir mediante acción procesal el pago de la indemnización equivalente a un despido injustificado; sin embargo, al no ser el agresor el empleador o sus representantes, en el proceso podría aducirse que en razón de que el empleador es quien ejerce la autoridad que le da la subordinación, como elemento que es de la relación de trabajo, el demandado o señalado como agresor queda fuera de la jurisdicción laboral y por ende habría que recurrir a las instancias civiles o penales.

En cuanto al acoso, la ley lo define como violencia (¿acoso el hostigamiento no lo es?), y dice que aun no habiendo subordinación, elemento distintivo del hostigamiento, hay un ejercicio abusivo del poder, lo cual se considera un condicionante para probar que se trata de un acoso; de no evidenciar el poder la conducta quedará impune.

3.2. Elementos de hostigamiento y de acoso

Para considerar que la conducta refleja hostigamiento debe haber:

- a) relación de trabajo;
- b) ejercicio del poder;
- c) subordinación real y;
- d) expresiones verbales o físicas.

Al no presentarse alguno de estos elementos puede quedar fuera la calificación como hostigamiento, tal ocurriría entre compañeros de trabajo, con miembros del sindicato, ni de personas vinculadas con el empleador – salvo sus representantes – familiares, al no existir una relación de poder real tal cual se expresa antes.

Por otra parte, es grave dejar fuera el hostigamiento que pudiera ejercerse indirectamente, como es el silencio, el ignorar a la persona, marginarla, es decir

la conducta por omisión ya que el concepto legal refiere exclusivamente a expresiones verbales o físicas.

En cuanto al acoso, deben darse los siguientes supuestos:

- a) ejercicio abusivo de poder;
- b) creación de indefensión o riesgo;
- c) comisión en uno o varios eventos.

¿A qué poder se quiso referir el legislador? ¿Al poder económico, al poder físico, al poder mental, al poder político? ¿Cuál sería la indefensión de la víctima y cual el riesgo. Puede tratarse de un riesgo de trabajo? La definición legal de acoso no parece contar con los elementos necesarios para presentarla como causal de rescisión laboral en un juicio laboral porque al no haber subordinación, en los términos de la LFT, no hay relación laboral y por lo tanto la acción debiera encauzarse por la vía civil o penal. No se hace referencia al acoso indirecto ni a la presencia de expresiones físicas o verbales.

Tampoco se menciona si se trata, en cualquiera de los casos, de atentados morales o psicológicos o sexuales, ni de los posibles daños que pudieran generarse. Cómo se advierte, las disposiciones respecto a la prohibición para el empleador se refieren a *hostigamiento y/o acoso sexual*, sin distinguirlas y solo en el capítulo de sanciones se invierte para referirse al *acoso y/o de hostigamiento sexual*. Para interpretar esta disposición habría que aplicar el principio *in dubio pro operario* y considerar que las normas se refieren tanto a acoso psicológico – por distinguirlo – como acoso sexual y a hostigamiento sexual como a hostigamiento psicológico o moral, lo cual en juicio representaría un fuerte dolor de cabeza.

4. La LFT y otras normas

La LFT antes de ser reformada ya incluía la prohibición de maltrato y violencia laboral que evidentemente es una forma de maltrato; desde luego es más conveniente explicitar las modalidades de ese maltrato a que en juicio deba hacerse la interpretación; sin embargo el tema no era llevado a los tribunales de trabajo (Juntas de Conciliación y Arbitraje), tampoco se incluía en las políticas públicas y la difusión quedaba al margen de las actividades laborales. Hoy los temas de equidad de género caminan un poco más de prisa y empiezan a hacerse presentes en distintos ámbitos, uno de ellos es en el Poder Judicial que

ha instalado y puesto en práctica un programa de sensibilización muy completo al que se hace referencia al final de este trabajo²³.

Se conoce la firma de un Protocolo para Prevención y Atención y Sanción del Acoso Sexual en los órganos de poder en el Distrito Federal y que algunas empresas han iniciado la elaboración de protocolos en el mismo sentido. En ese sentido podríamos calificar como de noticia buena que es un adelanto que la LFT especifique el acoso y el hostigamiento; lo mala es que lo hace de manera incorrecta y sin judicialización viable.

Por otra parte, vale la pena destacar que las reformas se hicieron superficialmente y que sólo se adicionaron disposiciones ya existentes cuando lo deseable sería que las normas sobre el tema de la violencia se colocaran en redacciones nuevas agregadas como otras tantas que se hicieron.

4.1. Art. 4.1. LFT

La falta de probidad o de moralidad ya estaba sancionada por la LFT con la rescisión de las relaciones de trabajo sin responsabilidad para el trabajador, que como se indica antes, dan lugar a acciones procesales para exigir el pago de una indemnización equivalente a un despido injustificado, además de que el empleador se hace acreedor a una multa. Las prohibiciones al empleador quedaron en el siguiente sentido:

- se reconoce como causal de despido justificado: Cometer el trabajador actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo²⁴;
- se estipulan como causales de rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad del trabajador: 1) incurrir el patrón, sus familiares o cualquiera de sus representantes, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, hostigamiento y/o acoso sexual, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos; 2) incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del

²³ La Unidad de Igualdad de Género tiene como objetivo sensibilizar y formar en perspectiva de género a quienes desempeñan labores jurisdiccionales dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como propiciar la transversalización de la misma en su ámbito administrativo, a través de generar ambientes libres de violencia y discriminación. La Unidad de Igualdad de Género está integrada a la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Corte.
<https://esmg42.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=8mr1il8171rci#mail>.

²⁴ Art. 47 frac. VIII.

servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo²⁵;

- se prohíbe a los empleadores y a sus representantes: 1) realizar actos de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el lugar de trabajo; 2) permitir o tolerar actos de hostigamiento y/o acoso sexual en el centro de trabajo²⁶;
- en el capítulo de sanciones se determina imponer: multa de, 250 a 5000 veces el salario mínimo general, al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo; al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores²⁷.

Por otra parte, la LFT ha incluido el concepto de la igualdad sustantiva como un complemento a la igualdad formal²⁸; es un hecho de que lo dispuesto en la norma positiva no siempre se cumple y que debe complementarse con normatividad y con políticas públicas, hoy también con los instrumentos internacionales ratificados, cuyo valor es similar a las normas constitucionales. También es cierto que las acciones positivas existen pero no con la fuerza que debieran aplicarse para conseguir dicha igualdad.

4.2. LGMVLV (2007)

Esta ley se refiere a diversos tipos violencia contra las mujeres; primero las clasifica en: psicológica, económica, física, patrimonial y sexual, las cuales describe y señala posibles efectos. Posteriormente, en dos disposiciones por separado alude a la violencia laboral – junto con la violencia docente – que al texto dicen:

Artículo 10 – Violencia Laboral y Docente: Se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de

²⁵ Art. 51 fracciones II y III.

²⁶ Art. 133, fracciones XII y XIII.

²⁷ Art. 994, fracción VI.

²⁸ La igualdad sustantiva es la igualdad de hecho o material por oposición a la igualdad de derecho o formal. Supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública. Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php.

poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad.

Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual.

Artículo 11 – Constituye violencia laboral: la negativa ilegal a contratar a la Víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género.

Cómo se advierte, esta conceptualización si bien no es la mejor que pudiera tenerse, sí cubre un ámbito más amplio y reflejan más protección a las víctimas. Su copia en la LFT no fue afortunada.

4.3. Código Penal Federal

Por su parte, el Código Penal Federal (CPF) tipifica el hostigamiento sexual de la siguiente forma:

Artículo 259 Bis – Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

El Código Penal no es tampoco un referente preferencial; es aplicable sólo cuando pueda probarse que se cometió un perjuicio o un daño, sin especificar si este es físico o psicológico; requiere la existencia de una relación de jerarquía y la multa que se determina es ínfima. Con estas disposiciones es fácil considerar que la mayor parte de los acosos u hostigamientos, sexuales o psicológicos, quedan impunes lamentablemente.

5. Igualdad de género en la Suprema Corte de la Nación

El Programa de Equidad de la SCJN²⁹, antes citado ha encontrado elementos que permiten señalar lo que es acoso laboral y sexual pero no hay referencias concretas para discernir entre acoso moral y psicológico. El intento de conceptualizar el acoso laboral, o el hostigamiento, que incluye este programa, no es una definición judicial y tampoco responde a un pronunciamiento jurisdiccional, pero la seriedad del estudio permite considerarlo como una guía para definir legalmente lo que es acoso laboral y marcar sus modalidades: psicológico y sexual. De ahí pueden definirse o delimitarse los efectos sociales, jurídicos, físicos, psicológicos y morales.

Se han identificado una serie de conductas o comportamientos que son indiciarios de la existencia del acoso moral y/o psicológico en el trabajo. Entre éstos encontramos: conductas que pretenden atentar contra la reputación de la víctima o contra el ejercicio de su trabajo, y conductas que traten de manipular la comunicación en información con los demás compañeros o superiores. Dichas conductas tienen como resultado, por lo general, daños a la salud laboral y a la dignidad del trabajador.

Comúnmente encontramos que son actos repetitivos, sistemáticos o recurrentes, pero no debe fijarse un periodo mínimo para hablar de la existencia de acoso laboral. Asimismo, también se ha establecido que estos actos no necesariamente tiene una finalidad, propósito o intención clara o consciente por parte de quien los ejerce, ya que pueden deberse a conductas reactivas o a patologías de la personalidad; y asimismo, tampoco son necesariamente padecidos de manera clara y consciente por la víctimas, ya que pueden ir mezclados con sentimientos de culpa o inferioridad.

6. Conclusiones

La legislación mexicana carece de un sistema legal eficaz que proteja de la violencia laboral; las normas que se hallan en distintos cuerpos normativos, a saber, la LFT, EL CFP Y La LGAMVLV, no tienen sincronización. Utilizan las mismas expresiones y en algunos elementos puede hallarse coincidencia; sin embargo, la falta de precisión, la confusión conceptual misma, deja al juzgador sin elementos para juzgar. En lo que concierne a lo laboral, es

²⁹ <https://esmg42.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=8mr1il8171rci#mail>.

necesario delimitar que tanto el acoso como el hostigamiento – que no hay necesidad de distinguir – son parte de la violencia laboral y que requieren medidas preventivas, así como sanciones. Para sancionar es importante que en el derecho procesal se consignen acciones específicas con definición de la carga de la prueba.

Por otra parte es necesario que se establezcan programas para elaborar protocolos de comportamiento aplicables tanto en las relaciones horizontales como verticales, incluidas las sindicales. El Instituto Nacional de las Mujeres ha avanzado en el tema de los protocolos que habrán de ser modelo para las instituciones oficiales.

7. Bibliografía

I Congreso Internacional de Mobbing y Bullying, Montevideo, 8-10 Mayo 2013

DE RIVERA L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del bullying, el mobing y otras formas de acoso*, Altaria, 2011

EFE, *Una periodista sufre una violación múltiple mientras trabajaba en Bombay*, en *CM& La noticia*, 23 agosto 2013, www.cmi.com.co

ESPADA GUERRERO M.M., *Acoso laboral: concepto, causas y motivaciones. Definiciones de acoso en el trabajo, sus objetivos y las motivaciones para hacer el mobbing contra un trabajador*, en www.losrecursoshumanos.com, 2009

JRR, *Niña de 8 años muere por lesiones durante su noche de bodas*, en *Excelsior*, 9 septiembre 2013, www.excelsior.com.mx

KURCZYN VILLALOBOS P., *El acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, en www.biblio.juridicas.unam.mx

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ G., *Acoso laboral y seguridad social en México*, en www.islssl.org

SANTIAGO JUÁREZ M., *Igualdad y acciones afirmativas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007, en www.conapred.org.mx

VARGAS HERNÁNDEZ I., *El 'mobbing' afecta a 50% de empleados*, en *CNN Expansión*, 9 agosto 2012, www.cnnexpansion.com

2.

EL ACOSO MORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo

de José Luis Gil y Gil

1. Introducción

El ordenamiento jurídico reconoce al empresario poderes de autotutela privada, que se caracterizan por su discrecionalidad, para que defienda un interés propio y de índole exclusivamente privada. ¿Qué sucede cuando la violencia o el acoso menoscaban la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador? La ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo no puede traducirse en un atentado a la dignidad del trabajador. A diferencia de lo que sucede con otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien trabaja no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo¹. No puede separarse el trabajo de la persona del trabajador. El trabajador subordinado se halla sometido a la dirección de la empresa, que puede disponer no solo de la prestación laboral, sino también de la persona del deudor del trabajo². En suma, el trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede

¹ Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 73.

² Tales son las observaciones de Sinzheimer, cuando explica la situación de dependencia personal en que se encuentra el trabajador: cfr. *op. cit.*, pp. 81 y 113.

constituir el objeto posible de un contrato de derecho civil³. Por eso, el fin esencial del derecho del trabajo es la protección de la dignidad del trabajador⁴. No existiría un verdadero estado social sin la protección de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan y, en particular, sin una prevención y erradicación de los riesgos psicosociales en la empresa. Pero, al proteger al trabajador, el derecho del trabajo no puede privar al empresario de ciertos poderes, que se fundamentan en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Como los riesgos psicosociales ponen en peligro la dignidad y ciertos derechos fundamentales del trabajador, surge el problema de conciliar la discrecionalidad de los poderes del empresario con la necesidad de tutela de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. Y, para resolverlo, juega un papel esencial el principio de la buena fe, que impone al empresario un deber de salvaguardia de los intereses de la contraparte, pero sin sufrir un sacrificio o gravamen excesivo a su cargo.

2. Los poderes del empresario como actos de autotutela privada

Para analizar la relación que existe entre las prerrogativas del empresario y los riesgos psicosociales en el trabajo, es menester partir de la naturaleza jurídica, fundamento, tipos de poderes, ámbito de actuación, titularidad y limitación y control de los poderes del empresario.

El empresario goza de poderes de autotutela privada, que puede ejercer de forma unilateral y extrajudicial, para la defensa de sus propios intereses⁵. En efecto, el empresario ejerce un poder concreto, reconocido expresamente por la ley, que habilita a defender el propio interés mediante un acto o negocio jurídico unilateral y extrajudicial⁶. Los poderes del empresario son poderes *ex*

³ Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 275.

⁴ Cfr., al respecto, Sinzheimer, *op. cit.*, p. 73 y, asimismo, Arany Tóth, M., “The right to dignity at work: Reflections on Article 26 of the Revised European Social Charter”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, Vol. 29, 3, Illinois, pp. 275-316. En general, acerca de la dignidad del trabajador en la relación laboral, cfr. García Fernández-Lomana, M., “La dignidad del trabajador en la relación de trabajo”, en Martínez-Calcerrada, L. (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Vol. 3, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 3237-3250, y (2001) y Pacheco, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2007.

⁵ Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

⁶ Cfr. esa definición en Gil, *op. cit.*, p. 20.

lege, imprescriptibles, indisponibles e intransferibles. Desde un punto de vista técnico, los poderes empresariales se ejercen mediante derechos potestativos o de modificación jurídica⁷. El concepto de derecho potestativo ha suscitado una gran polémica⁸. Según se sabe, los derechos potestativos son un tipo especial

⁷ Para Rivero, los poderes empresariales son derechos potestativos o facultades de formación jurídica: Rivero, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, pp. 83 y 84. Galgano cita, como un supuesto típico de derecho potestativo, el despido del trabajador por parte del empresario: Galgano, F., *Diritto civile e commerciale. Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, Cedam, 1990, pp. 28 y 29. Tras algunos titubeos, Fernández López acepta la calificación del poder disciplinario empresarial como derecho potestativo: Fernández López, M^aF., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 42, nota 53. Cfr., asimismo, Gil, J.L., *op. cit.*, pp. 33 ss. y, en la doctrina judicial, por todas, la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de febrero de 2011 (Ar. 2517/2012).

⁸ Según Larenz, la noción de derecho potestativo la creó Seckel en 1903: cfr. Larenz, K., *Decrecho civil. Parte general*, versión castellana de la tercera edición alemana y notas a cargo de Izquierdo y Macías-Picavea, M., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 281, nota 38. Castro menciona los esfuerzos de Zitelmann y Seckel, entre 1898 y 1903, por elaborar la nueva figura: cfr. Castro, F. de, *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, reimpresión de la quinta edición, Madrid, 1970, p. 135. En cambio, y para Castán, Chiovenda expuso, por vez primera, la teoría de los derechos potestativos: cfr. Castán, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 42. No se ha logrado ni siquiera un acuerdo acerca del nombre más apropiado que debería darse a esta variedad de derechos subjetivos. Se han propuesto así los de derechos de formación, potestativos o del poder jurídico, poderes, titularidades de adquisición y derechos negativos, o negocios de voluntad. A juicio de Castro, *op. cit.*, p. 135, la doctrina moderna tiende a reducir el contorno de la figura, pues «considerar como derechos la mera posibilidad de una actuación, resultaba posible aceptando literalmente la teoría de la voluntad; no, en cambio, cuando se distingue de las facultades el concepto estricto o técnico de derecho subjetivo (conjunto tipificado de facultades)». La discusión ha servido, en el sentir de Castro, para llamar la atención sobre ciertas «*facultades individualizadas*», las cuales, «si bien como tales accesorias a determinadas relaciones jurídicas, tienen una suerte parcialmente separada (plazos de ejercicio, decadencia, renunciabilidad), que permite denominarlas *facultades independizadas* (por ejemplo, acciones de impugnación, rescisión y revocación, reducción y revocación de donaciones, redención de cargas, retractos legales; también opción y recuperación de la nacionalidad) o, en sentido laxo, “derechos secundarios”, de “*formación o potestativos*”» (p. 136). Castro afirma, pues, que «se podría hablar de “poderes jurídicos” en el sentido de “posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”, como tipo especial de las facultades jurídicas», y que «también se podrían distinguir ciertos poderes, con valor de derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o a relaciones jurídicas, de contenido reducido al mero poder de producir un efecto jurídico concreto» (cfr. *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, Libro preliminar, *Introducción al derecho civil*, segunda edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 605). Y concluye que «a unas y otros, si no fuera por el peligro de incurrir en antiguas o nuevas confusiones, se les podría reservar, con utilidad técnica, el término de derechos del poder jurídico» (p. 605 y 606). Pese a las objeciones que al mismo se han dirigido, el concepto de

de derechos subjetivos, que se caracterizan por que una de las partes puede modificar o extinguir la relación jurídica de forma unilateral, y la contraparte se encuentra en una posición de sujeción, pues ha de soportar la actividad ajena⁹. En el supuesto que nos ocupa, el trabajador se halla en una situación de sujeción, y el empresario puede modificar o extinguir la relación laboral, mediante un acto jurídico unilateral¹⁰. En suma, como el empresario defiende sus propios intereses, y no los de un tercero, los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico son derechos potestativos, y no potestades¹¹.

derecho potestativo resulta útil. Galgano, *op. cit.*, p. 28 destaca que ciertas normas no imponen deberes o prohibiciones, sino que configuran una situación de sujeción: el sujeto ha de soportar, de forma pasiva, las consecuencias de un acto ajeno. El concepto de poder designa «la situación activa, correlativa a una sujeción», ya venga reconocida por el derecho público o privado. A los poderes que reconoce el derecho privado se les da normalmente el nombre de derechos potestativos.

⁹ Como definición de derecho potestativo, puede aceptarse la de Larenz, *op. cit.*, p. 281: es, en su opinión, aquel que habilita a una persona a establecer una relación jurídica con otra, o a determinarla específicamente en su contenido, modificarla o extinguirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo común, una declaración de voluntad. Al derecho potestativo «corresponde por parte del otro, el oponente de ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica» (p. 282). Parecida es la formulación de Messina, quien escribe que el derecho potestativo faculta a su titular para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, mediante una actividad propia de carácter unilateral (cit. por Castro, *Derecho civil de España, op. cit.*, p. 603, nota 4).

¹⁰ El acto de autotutela en que se traduce el ejercicio de los poderes del empresario no requiere el consentimiento del afectado para que se produzca la modificación jurídica. La precisión es importante, porque Larenz, *op. cit.*, pp. 281 y 282, ha recordado, siguiendo a Bötticher, que para que se produzcan los efectos jurídicos con la sola voluntad del titular del derecho potestativo, se requiere normalmente el consentimiento del afectado, dado que el ejercicio de ese poder específico supone una irrupción o modificación de su esfera jurídica. En otros casos, sin embargo, y tal y como sucede con los poderes del empresario, la propia ley valora los intereses de las partes, y atribuye a una de ellas un poder especial para afectar de modo perjudicial a la esfera jurídica de la otra, sin que deba intervenir el consentimiento de esta.

¹¹ En cambio, Cremades considera que el poder disciplinario es una potestad, en cuanto «poder abstracto y genérico, sin referencia a un objeto concreto y sin obligados singulares»: Cremades, B.M., *La sanción disciplinaria en la empresa (Estudio de la responsabilidad disciplinaria del trabajador)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 98. No es infrecuente, en la doctrina, el uso del término potestad para referirse a los poderes del empresario. Tal calificación solo es posible si el fundamento de los poderes empresariales es la institución, y el empresario los ejercita para la defensa del interés de la empresa, o se identifica el interés de un tercero, a cuya protección se dirige el ejercicio de la prerrogativa. En este último sentido, Gutiérrez-Solar ha tratado de distinguir una posición jurídica de carácter extrapatrimonial en el contrato de trabajo, referida a la prevención de los riesgos laborales, y ha mantenido que existe una potestad del empresario para prevenir tales riesgos, cuyo ejercicio pretende satisfacer un interés ajeno, el de la

Así pues, mediante el ejercicio de los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico, el empresario defiende un interés propio y de índole exclusivamente privada. La tensión entre la lógica igualitaria del contrato y la acumulación de poderes en la empresa da una fisonomía peculiar al derecho del trabajo, que han tratado de explicar, tradicionalmente, dos teorías antagónicas: la institucionalista y la contractualista. Ambas doctrinas han desempeñado una función ideológica. La calificación del ejercicio del poder disciplinario como acto de autotutela privada pone de relieve que el fundamento del poder disciplinario empresarial solo puede hallarse en una fuente heterónoma de integración del contenido del contrato, y no en la institución o en el contrato de trabajo¹². En efecto, los poderes empresariales no se fundamentan en el contrato de trabajo, sino en un elemento externo y heterónimo¹³, el cual actúa como fuente de integración del contenido del contrato de trabajo, en virtud del artículo 1258 Cc¹⁴. El fundamento de los *management powers* procede situarlo

seguridad y salud del trabajador: Gutiérrez-Solar, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Madrid, CES, 1999, pp. 191 ss. Cos acepta ese planteamiento, y sostiene que, en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, el empresario se halla investido de un poder-deber, al ser titular de unos poderes cuyo ejercicio constituye un deber jurídico para él: Cos, M., “El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales”, comunicación al Congreso internacional *Violencia, salud y trabajo en tiempo de crisis. Violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Santiago, 15, 16 y 17 de julio de 2013. Asimismo, para Jurado, más que hablar de un ejercicio obligado del poder disciplinario, cabe afirmar que la ley en supuestos de cierta gravedad, a través de las causas de despido disciplinario, y de modo complementario la negociación colectiva, tipificando como falta ciertos comportamientos y previendo su sanción, atribuyen al empresario una potestad jurídica al servicio, entre otro tipo de medidas, de su deber de protección: Jurado, Á., *Acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, Madrid, La Ley, 2008, p. 350. A mi juicio, y por las razones que expondré luego con más detalle, el ejercicio obligado de los poderes empresariales para salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, que constituye una excepción al carácter discrecional de los poderes de autotutela privada, es un deber accesorio que deriva del principio de la buena fe, y no transforma en potestades los derechos potestativos de que goza el empresario. El deber de salvaguardia de los intereses del trabajador constituye uno de los grupos de casos que ilustran la función completiva o integradora de la buena fe en el contrato de trabajo: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 227 ss.

¹² Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, op. cit., pp. 42 ss.

¹³ Rivero, op. cit., pp. 36 y 37.

¹⁴ En nuestro Derecho, el artículo 1.258 Cc expresa la pluralidad de fuentes de la regulación contractual, cuando ordena que quien contrata queda obligado contractualmente, no solo a lo consentido, «sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Dicha norma, aplicable con carácter supletorio a la relación laboral, permite distinguir entre el objeto y el contenido del contrato de trabajo, no siendo necesario establecer una diferencia ulterior, como hace un sector de la doctrina, entre el contenido y los

en la atribución de poderes por un grupo de normas, que arrancan de la CE con el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE), y que tienen como centro de imputación la empresa en cuanto institución social, esto es, como forma de producción históricamente situada, y que precisa, por exigencias funcionales, de una organización y jerarquía, que culmina con la atribución de poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno¹⁵. En suma, el fundamento último de los poderes del empresario es el principio constitucional de la libertad de empresa¹⁶. Por eso, al proteger la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, el derecho del trabajo debe respetar también la libertad de empresa. El ordenamiento jurídico atribuye al empresario un poder directivo y disciplinario. Ante todo, el empresario goza de un poder de organización y dirección, que es un poder de ordenación de las prestaciones laborales¹⁷. Así, de acuerdo con el artículo 1.1 ET, es trabajador la persona que presta sus servicios retribuidos «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Por eso, el trabajador está obligado a «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» [art. 5 c) ET], y «a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 ET). La subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador halla su correspondencia en el poder directivo de que goza el empresario. Además, ha de tenerse en cuenta que el contrato de trabajo crea

efectos del contrato. Cfr. Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 49 ss.

¹⁵ Rivero, *op. cit.*, pp. 36 y 37; Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 54; Rodríguez-Piñero, M., “Derecho, trabajo y despido”, *Relaciones Laborales*, 1, Quincena del 1 al 15 de enero, 1997, I, Madrid, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 5, y “Control judicial y despido”, *Relaciones Laborales*, 10, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio, 2010, I, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 4, y, asimismo, la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de febrero de 2011 (Ar. 2517/2012).

¹⁶ Acerca de la libertad de empresa en el derecho del trabajo, cfr. Cfr. Sagardoy, J.A. y Gil, J.L. (2003), “Los derechos laborales del empresario”, en Sempere, A.V. (Dir.) y Martín, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 361-396.

¹⁷ Montoya, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos; “Artículo 20. Dirección de la actividad laboral”, en Borrajo, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (artículos 19 a 25), *Derechos y deberes contractuales*, Madrid, Edersa, Madrid, pp. 99-152, y “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, Fascículo 1, 2000, Madrid, pp. 575-596, y Román, M^aD., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992.

una relación jurídica con vocación de continuidad. De ahí que resulte preciso especificar, a lo largo del tiempo, el contenido de la obligación de actividad que debe el trabajador al empresario a cambio de una retribución. Normalmente, cuando se habla del poder directivo en el derecho del trabajo español, se adopta un criterio restringido, y se sostiene que legitima al empresario a dar órdenes generales o particulares sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; a especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles, conforme a la cualificación profesional del trabajador; y a controlar el desarrollo de la actividad productiva¹⁸. En cambio, concebido en sentido amplio, el poder de dirección se confunde con la libertad de organización de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Desde ese punto de vista, serían manifestaciones del poder de dirección cualesquiera decisiones económicas, técnicas, organizativas o de producción, como la apertura de un nuevo centro de trabajo, el traslado de uno existente o la selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo.

Además, cuando el trabajador incurre en una falta laboral, el empresario puede ejercer un poder disciplinario. En el ejercicio del poder disciplinario empresarial, concurren las notas que caracterizan a la autotutela privada¹⁹: en los artículos 54 y 58 ET, el ordenamiento reconoce al empresario un poder concreto o derecho potestativo para aplicar y ejecutar unilateralmente el despido y las sanciones disciplinarias. De ese modo, el empresario defiende un interés propio, a través de un negocio jurídico unilateral, sin la intervención previa del juez. Según la ley, la dirección de la empresa puede sancionar al trabajador, si comete un incumplimiento laboral, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que establezcan las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable (art. 58.1 ET). No cabe imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber (art. 58.3 ET). La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa son siempre revisables ante la jurisdicción social (arts. 58.2, inciso primero, del ET, y 114 y 115 LRJS). A su vez, el ET prevé el despido disciplinario para los supuestos de incumplimiento contractual grave y culpable (arts. 54 y ss.). La ley y, en su caso, la negociación colectiva imponen ciertos requisitos de procedimiento y forma, como el derecho de defensa [arts.

¹⁸ Alonso Olea, M. y Casas, M^aE., *Derecho del trabajo*, Madrid, Civitas, 2009, 506 ss., y Sagardoy, J.A., Valle, J. M. del y Gil, J.L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 204 ss.

¹⁹ Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, op. cit.

55.1 y 68 a) ET], o la comunicación escrita en los casos de sanción de las faltas graves y muy graves, en que se hagan constar la fecha y los hechos que la motivan (art. 58.2, *in fine*, ET).

En la lucha contra los riesgos psicosociales, en especial el acoso, es importante que el convenio colectivo tipifique la falta laboral, puesto que la ley solo regula, como un incumplimiento contractual grave y culpable, «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa» [art. 54.2 g) ET]²⁰. Aun cuando el artículo 54.2 g) ET ha supuesto un avance en la lucha contra la violencia en el trabajo, ha creado una dicotomía entre las distintas formas de acoso, que relega las no previstas en el mismo a alguna otra de las causas de despido disciplinario, como la indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 52.2 b) ET], las ofensas verbales o físicas [art. 54.2 c) ET] o la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2 d) ET]. Tal diferenciación jurídica es criticable. Previsiblemente, serán raros los supuestos de acoso al empresario. Por lo que hace al hostigamiento a las personas que trabajan en la empresa, podrá afectar a trabajadores del mismo, inferior o superior nivel en la escala jerárquica de la empresa. El convenio colectivo también puede prever, como infracciones, el encubrimiento de las faltas de acoso cometidas por otros trabajadores, o la falta de colaboración de los trabajadores en los procedimientos de investigación relativos a las quejas por acoso. Asimismo, el convenio colectivo puede disponer, de modo expreso, la obligatoriedad de sancionar ciertos actos o comportamientos de violencia física u hostigamiento psicológico en el trabajo. Tal previsión puede reforzar la idea, derivada del principio de la buena fe, del ejercicio obligado de los poderes del empresario para prevenir y erradicar los riesgos psicosociales en el trabajo.

Tradicionalmente, el empresario ha gozado de un verdadero poder normativo. Podía dictar los reglamentos de régimen interior, hoy desaparecidos del elenco de fuentes que enumera el artículo 3.1 ET²¹. En el sistema actual, y como

²⁰ Cfr., por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2010 (JUR. 114288) para un supuesto de despido procedente de acoso por razón de sexo a una compañera de trabajo.

²¹ En otros países, el reglamento de régimen interior constituye también una fuente de derecho. En Francia, el reglamento de régimen interior es un documento por el cual el empresario fija, de forma unilateral, las reglas de organización y disciplina, las normas de seguridad e higiene aplicables en el lugar de trabajo y, asimismo, los derechos de defensa del trabajador y ciertas disposiciones sobre el acoso sexual y psicológico. La elaboración del reglamento de régimen interior es responsabilidad exclusiva del empresario, que, sin embargo, antes de la entrada en vigor del texto, debe consultar al comité de empresa o delegados de personal, así como al

derivación del poder directivo, el empresario conserva la facultad de emanar directrices generales o particulares acerca de la prestación de servicios, a través de medios de publicidad como el tablón de anuncios, las circulares difundidas a través de la jerarquía interna de la empresa o las nuevas tecnologías de la información y la comunicación²². En cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen, entre otras, las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (art. 20.2 ET). El poder de dirección que se exterioriza a través de órdenes o instrucciones generales ha de acomodarse al ordenamiento jurídico y, en numerosas ocasiones, debe ir precedido de un informe del comité de empresa o de los delegados de personal, tal y como se desprende del artículo 64.5 f) ET. Si las órdenes generales se pactan con los representantes de los trabajadores, no nos hallaremos ante una manifestación del poder directivo, sino ante un convenio colectivo, sea de carácter estatutario o extraestatutario. Como se ha señalado, una de las características que presiden la emergencia y el desarrollo del derecho del trabajo es la amortiguación paulatina de la remisión a la voluntad empresarial como normativa²³. Pues bien, las órdenes generales o particulares del empresario pueden servir para prevenir y hacer frente a los riesgos psicosociales. Es importante que el empresario informe a los trabajadores de las conductas prohibidas, declare que no tolerará la violencia o

comité de higiene, seguridad y mejora de las condiciones de trabajo. La sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 1991 consideró el reglamento de régimen interior como «un acto reglamentario de derecho privado» (Cass. soc., 25 septembre 1991, *Bull. civ.*, V, 381). El contenido del reglamento de régimen interior lo enmarcó, de forma estricta, la ley de 4 de agosto de 1982 (Cass. soc., 12 décembre 1990, *Bull. civ.*, V, 670), lo que lo diferencia de los códigos éticos o de empresa, que han proliferado en los últimos años, y que no poseen un estatuto jurídico claro. Dentro de los límites que establecen los artículos L. 1311-1 a L. 1322-4 del *Code du travail*, el reglamento de régimen interior constituye una fuente del derecho del trabajo: cfr. Mazeaud, A., *Droit du travail*, 7^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 88 ss., y Favennec-Héry, F., y Verkindt, P.Y., *Droit du travail*, 3^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2011, pp. 270 ss.

²² La facultad es común en otros ordenamientos. Así, bajo la rúbrica *Directives générales et instructions à observer*, el artículo 321d del Código de las obligaciones suizo dispone, en el apartado primero: «L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières». Y añade, en el segundo apartado: «Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données». El texto puede consultarse en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a328>.

²³ Alonso Olea, M. y Casas, M^aE, *op. cit.*, p. 507.

el acoso, y comunique cuáles son los procedimientos de prevención y los cauces de reclamación en la empresa.

En cuanto al ámbito en que se ejercen los poderes del empresario, se deduce de los artículos 1.1 y 20 ET que se corresponde con la empresa, centro de trabajo u organización productiva autónoma. El empresario solo responde de los actos que se produzcan en el marco de ejercicio de los poderes que le otorga el ordenamiento jurídico. En este sentido, como indica el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, los actos deben producirse «en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo». En el derecho administrativo sancionador, para establecer el criterio de imputación de las faltas muy graves de acoso sexual o acoso discriminatorio, el artículo 8, apartados 13 y 13 bis, de la LISOS alude al «ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo» de la conducta. De igual modo, en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, que puede seguirse en los supuestos de acoso, el artículo 177.1 LRJS exige que «la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios». Con carácter excepcional, los poderes del empresario pueden ejercerse más allá del ámbito de la empresa o una de sus partes. Así, en el trabajo a distancia, la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa (art. 13.1 ET). Con todo, el empresario sigue ejerciendo el poder directivo y disciplinario. Asimismo, en las empresas de tendencia, las órdenes generales o particulares pueden referirse a aspectos de la vida privada del trabajador que guarden una relación estrecha o una conexión directa con la prestación de servicios, aunque se desarrollen fuera de los locales de la empresa. Para establecer el juicio de imputación, puede plantearse el problema del conocimiento por parte del empresario o de la persona en que se halle delegado el poder de dirección. El empresario debe conocer o, al menos, hallarse en condiciones de conocer los hechos que atentan contra la dignidad o los derechos fundamentales del trabajador. Para exonerarse de la responsabilidad, no basta con que alegue la falta de conocimiento. Responde también por la falta de diligencia en el uso de las prerrogativas y poderes que tiene atribuidos. El empresario debe ejercer los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico de forma regular y diligente [arts. 5 c) y 20.2 ET]. En ciertos casos de riesgos psicosociales, responderá aunque no haya conocido si, a la luz de las circunstancias, debiera haberlo hecho, de haber ejercido de forma regular y diligente los poderes que le otorga el derecho.

En lo que se refiere a la titularidad, el poder de dirección lo ejerce el empresario por sí o a través de otras personas: necesariamente ha de ejercerse a través de otras si el empresario es una persona jurídica, y voluntariamente puede ejercitarse de forma indirecta en cualquier caso²⁴. Así, cabe distinguir entre una atribución originaria y otra delegada²⁵. El titular de los poderes empresariales es el empresario, en cuanto responsable de la empresa, o la persona en quien delegue (art. 20.1 ET). El empresario es el titular básico del poder de dirección, el cual ostenta un título inmediato sobre el ejercicio del poder, y es, en definitiva, el sujeto originario y propio del poder y de su actuación. Y así, junto al empresario individual, cuya caracterización jurídica no ofrece problemas particulares, se halla el supuesto del empresario social, en el que el titular originario es la propia sociedad, a través de sus órganos de gobierno²⁶. Por lo que hace a la atribución delegada, la estructura jerárquica de la empresa exige un reparto de competencias, y existen funciones de dirección de carácter alto, medio y bajo²⁷. Nos encontramos así, en primer lugar, con el alto directivo, que define hoy el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, y a cuyo tenor «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas a los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad». Pero, junto al alto directivo, existen en la empresa directores técnicos, gerentes intermedios y supervisores de primera línea, los cuales poseen también funciones de mando, que decrecen a medida que aumentan las funciones de simple ejecución²⁸. En definitiva, en una empresa de ciertas dimensiones, existe una cadena de delegación de poderes. Así, según los casos, tomará la decisión el consejo de administración, el consejero delegado, el alto directivo, el jefe de personal o de recursos humanos, o el jefe del centro de trabajo, establecimiento, sucursal o sección. En definitiva, por derecho propio o por

²⁴ Alonso Olea, M., y Casas, M^aE., *op. cit.*, p. 506.

²⁵ Montoya, A., *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, pp. 197 ss.

²⁶ Montoya, A., *op. cit.*, p. 201.

²⁷ Montoya, A., *op. cit.*, pp. 203 ss.

²⁸ Montoya, A., *op. cit.*, pp. 210 ss. El autor cita, como ejemplo de gerente intermedio o trabajador con funciones de dirección media, a los contra maestres de las industrias del vidrio, que definía el artículo 14.2 c) de su Reglamentación como «los empleados que con mando directo de sus subordinados y a las órdenes inmediatas del jefe de fabricación o encargado de taller, poseen y aplican en su caso los conocimientos adquiridos en una especialidad, cuidan de la disciplina del personal» (p. 211).

delegación, el titular de hecho del poder de dirección es el estamento directivo de la empresa²⁹. Si un trabajador con facultades directivas conoce una situación de riesgo psicosocial, debe ponerlo en conocimiento de la persona u órgano superior, para posibilitar una reacción rápida y adecuada que sirva para prevenir o, en su caso, reparar las consecuencias del ilícito. El órgano que tenga atribuido el poder disciplinario debe actuar de forma tempestiva, antes de que transcurran los plazos de prescripción de las faltas laborales (art. 60.2 ET), o se produzca un retraso desleal (*Verwirkung*), que constituye uno de los grupos de casos de la función limitativa de la buena fe³⁰.

En fin, en un Estado de derecho, los poderes de autotutela privada han de hallarse sometidos a una limitación y un control, como los poderes que se ejercen en el ámbito del derecho público. En gran medida, el derecho del trabajo es una lucha lenta y azarosa contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder empresarial. En esa tarea, la limitación de los poderes ha supuesto, al mismo tiempo, su reconocimiento y legitimación. El sendero ha sido y es, además, largo y tortuoso³¹. Los poderes de autotutela privada en las relaciones contractuales se caracterizan por su discrecionalidad, y por el hecho de que se puede abusar fácilmente de ellos³². El ordenamiento jurídico debe velar para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad. Como el empresario es titular de ciertos poderes, que el ordenamiento jurídico le atribuye para la dirección y organización de la empresa y para reaccionar contra los incumplimientos del trabajador, no cabe asimilar la posición jurídica de aquel a la propia de los poderes públicos, aunque exista la necesidad de limitar y

²⁹ Alonso Olea y Casas, *op. cit.*, p. 506.

³⁰ Gil, J.L., *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1993, pp. 65 ss; *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 132 ss.; “La buena fe en el contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 163, octubre de 1996, Madrid, pp. 33 ss.; *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2000, pp. 102 ss., y *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 264 ss.

³¹ Tal y como se ha dicho, «embridar al poder con el Derecho ha sido siempre trabajoso y lento y, con frecuencia, algo constantemente recomenzado porque nunca ha sido del todo eficaz» (cfr. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición, Madrid, Civitas, 1992, p. 27).

³² Cfr. Di Majo, A., *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, F., Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 501 pp. y, asimismo, las observaciones de Buoncristiano, M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, y del propio Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, pp. 356 ss. Como se ha advertido, el poder genera siempre un *surplus* de poder, que exige una forma de control: cfr. Di Majo, A., “Limiti ai poteri privati nell’esercizio dell’impresa”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, 1983, I, p. 358.

controlar el ejercicio del poder privado. El derecho del trabajo y del derecho administrativo deben afrontar un problema común: la juridificación del poder. Pero cada rama del derecho dispone de instrumentos específicos. Así, el principio de la buena fe es un instrumento idóneo de limitación y control de los poderes del empresario³³, y hace ocioso el recurso a instituciones como la desviación de poder. Para someter el poder privado del empresario a la ley y al derecho, no resulta necesario transformarlo en un poder público, ni convertirlo en una potestad, mediante el manejo de nociones muy discutibles, como el interés de la empresa³⁴. En la prevención y lucha contra los riesgos psicosociales, resulta esencial el ejercicio regular y conforme a la buena fe de los poderes del empresario. En muchos supuestos, la violencia o el acoso provienen de un uso inadecuado de los poderes directivo y disciplinario.

¿Cómo se concilia la discrecionalidad de los poderes del empresario con la necesidad de tutela de los derechos fundamentales del trabajador? Por su esencia, los poderes del empresario son discrecionales. El ordenamiento jurídico atribuye al empresario el poder directivo y disciplinario para que defienda sus propios intereses, que hallan su fundamento en el principio constitucional de la libertad de empresa. Por eso, el empresario puede o no hacer uso del poder para la defensa de sus propios intereses. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando se hallan en juego los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como sucede en los supuestos de acoso en el trabajo? ¿Puede permanecer inactivo el empresario, cuando conoce la vulneración de los derechos fundamentales del trabajo en el ámbito de organización y dirección de la empresa? Conviene subrayar que los riesgos psicosociales pueden menoscabar una pluralidad de derechos: la dignidad en todo caso, pero también la no discriminación y otros derechos fundamentales, como la

³³ Cfr., con detalle, Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, op. cit., pp. 83 ss., y *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 185 ss. Por el contrario, otros autores han expresado una visión crítica acerca de un uso incontrolado de la buena fe como límite a los poderes del empresario: cfr. Persiani, M., “Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, 1995, I, pp. 135-151, y Montuschi, L., “L’applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 1, inverno 1996, Bologna, pp. 139-152, y “Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3/1999, Padova, pp. 723-742.

³⁴ Lyon-Caen, A., “Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation”, *Semaine Social Lamy*, 21 avril 1992, Rueil- Malmaison, p. 3; “Note a Cassation sociale 25 février 1992”, *Dalloz*, Sommaires commentés, 1992, Paris, p. 294. Sobre el interés de la empresa en el derecho francés, cfr., por todos, Escande-Varniol, M.C., “La Cour de Cassation et l’intérêt de l’entreprise”, *RJS*, 4/2000, pp. 260-266.

integridad física y moral, y, asimismo, la seguridad y salud laboral³⁵. Por eso, en el tratamiento de los riesgos psicosociales como el acoso, el centro de atención se ha desplazado desde las áreas tradicionales de la seguridad y la salud y la calidad en el trabajo, hacia el terreno de la lucha contra la discriminación y de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales en el trabajo³⁶. En lo que sigue, para analizar la relación entre los poderes del empresario y los riesgos psicosociales en el trabajo, trataré de forma conjunta los poderes directivo y disciplinario y adoptaré una perspectiva basada en los derechos y que dé la máxima virtualidad al principio de la buena fe³⁷.

3. Buena fe y deber de salvaguardia de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador

El principio general de la buena fe obliga al empresario a salvaguardar los intereses de la contraparte³⁸ y, en particular, la dignidad y los derechos

³⁵ Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “El acoso psicológico en el trabajo”, en Casas, M^aE., Durán, F., Cruz, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 817 ss., y Gil, J. L., “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, del Chapitre II “La reconnaissance progressive des droits du travail”, en Lerouge, L. (Dir.), *Risques psychosociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal*, Paris, L’Harmattan, Paris, pp. 128 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, en Mella, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 159 ss.

³⁶ Di Martino, V., Hoel, H. y Cooper, C. L., *Preventing violence and harassment in the workplace*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, p. 5.

³⁷ En mi opinión, la buena fe es un principio constitucional implícito, por tratarse de un principio inmanente a las relaciones de coordinación, un principio de la *iustitia protectiva* en las relaciones de poder y, en suma, un principio constitutivo e indispensable del Estado de derecho: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 144 ss. Ha aceptado esta tesis Conde, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 237, 238, 327, 345 y 352. También la recoge Eckl, C., *Treu und Glaube im spanischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 183, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 5, 155, 180 y 181.

³⁸ La idea del respeto a los intereses a la contraparte puede deducirse de la buena fe. En la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, la buena fe exige un deber de salvaguardia de los intereses de la contraparte. Ha acentuado esta dimensión del principio Bianca, M., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, 1983, I, Padova, pp. 209 y 210. La buena fe impone a las partes un comportamiento que preserve los intereses de la contraparte, más allá de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual del *neminem laedere*. Tal deber halla su límite en el interés propio. El sujeto

fundamentales del trabajador³⁹. El empresario tiene un deber positivo de salvaguardia y prevención, derivado de la buena fe, que va más allá del deber

está obligado a salvaguardar el derecho ajeno, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio personal o económico apreciable. En definitiva, en cuanto deber de salvaguardia, la buena fe puede identificarse como el deber de cada parte de salvaguardar la utilidad de la otra, sin que ello suponga un sacrificio apreciable a su cargo. La jurisprudencia y la doctrina italianas han aceptado también la propuesta de Bianca: cfr. Carbone, V., “L’affaire Fiuggi”, nota a Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, *Il Corriere Giuridico*, 5/1994, Milanofiori Assago (MI), pp. 574 y 575, y Castelvetri, L., “L’obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1995, 4, pp. 467 ss. El deber de tomar en consideración los intereses de la contraparte aparece también, como un corolario de la buena fe, en los derechos alemán, holandés, griego y francés: cfr. Stammler, R., *Tratado de filosofía del derecho*, traducción de la segunda edición alemana por Roces, W., Editorial Reus, 1930, p. 397; Coing, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, traducción castellana de Mauri, J. M., con el título de *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, pp. 158 y 192; Larenz, K., *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, traducción al castellano y presentación de Díez-Picazo, L., con el título de *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, Madrid, 1985, p. 98; Hesselink, M., “Good Faith”, in Hartkamp, A.; Hesselink, M.; Hondius, E.; Joustra, C.; Du Peron, E. (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Second Revised and Expanded Edition, Nijmegen-The Hague y otras ciudades, Ars Aequi Libri and Kluwer Law International, p. 288, nota 4; Stathopoulos, M.P., *Contract Law in Hellas*, The Hague y otras ciudades y Athens, Kluwer Law International-Sakkoulas, 1995, p. 59; Le Tourneau, P., “Bonne foi”, *Recueil Dalloz*, V, *Contrats et obligations*, octubre 1995, Paris, p. 7, y Mazeaud, D., “Constats sur le contrat, sa vie, son droit”, in *Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94e Congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, *Les Petites Affiches*, 6 mai 1998, 54, p. 13, y “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? “, en *L’avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, pp. 617 ss. Asimismo, el artículo 1: 201 de los *Principles of European Contract Law* impone a los contratantes un deber de mutua consideración: cfr. Lando, O. y Beale, H. (Eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Prepared by the Commission on European Contract Law, Chairman: Professor Ole Lando, The Hague y otras ciudades, Kluwer Law International, 2000, p. 115. En el contrato de trabajo, la buena fe obliga al empresario a proteger los intereses del trabajador en la mayor medida posible. Aun así, el deber de salvaguardia no impide al empresario que defienda sus intereses legítimos – y, en especial, los de la empresa – por todos los medios lícitos, aunque sea a costa del trabajador: Hueck, A. y Nipperdey, H. C., *Compendio de derecho del trabajo*, versión castellana a cargo de Rodríguez-Piñero, M. y Villa, L. E. de la, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 158. Para mayores detalles, cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 227 ss.

³⁹ Cfr., al respecto, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Aranzadi Social*, 13, 2003, Cizur Menor; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 133 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 167 ss.; Sagardoy, J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cizur Menor, Civitas, 2005, pp. 42 ss, y Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “El acoso psicológico en el trabajo”, *op. cit.*, pp. 822 ss.

de neutralidad y de abstenerse de toda conducta que suponga un menoscabo de tales derechos. En definitiva, el principio general de la buena fe obliga al empresario a prevenir el menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador (3.1), a acomodar razonablemente la organización productiva (3.2) y a ejercer de forma obligada los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador (3.3).

3.1. Prevención del menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador

Ante todo, el principio de la buena fe obliga al empresario a prevenir el menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador⁴⁰.

Más importante que la represión de conductas como el acoso, es la prevención de las mismas en la empresa. En la lucha contra los riesgos psicosociales, el derecho puede ser más útil por medio de la prevención que de la sanción⁴¹. El artículo 26 de la Carta Social Europea, adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, pone de relieve la necesidad de promover la sensibilización, la información y la prevención en materia de acoso sexual y, asimismo, de actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos, dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra

⁴⁰ En el derecho suizo, el artículo 328 del Código de las obligaciones establece el deber de respeto y protección de la personalidad del trabajador. Bajo la rúbrica *Protection de la personnalité du travailleur*, el precepto dispone, en el apartado primero: «L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes». Y añade, en el apartado segundo: «Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui». El texto puede consultarse en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a328>. Cfr. Aubert, G., "Les sources du droit du travail en Suisse", en Teyssié, B. (Dir.), *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, pp. 109 y 110, aun cuando la Constitución, la jurisprudencia y la doctrina suizas solo admiten la *Drittwirkung* indirecta de los derechos fundamentales.

⁴¹ Con respecto al *mobbing*, cfr. Däubler, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, fünfte Auflage, Frankfurt am Main, Bund-Verlag, 2004, p. 205.

dichas conductas⁴². Asimismo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, y los acuerdos marcos europeos sobre el estrés y sobre la violencia en el trabajo subrayan la importancia de la prevención⁴³. Además de atentar contra la dignidad de la persona, los riesgos psicosociales repercuten en el rendimiento del trabajador y en su salud física y psíquica, y pueden producir una baja laboral, u obligar al trabajador a solicitar la extinción del contrato. Asimismo, degradan el ambiente de trabajo. Pese a su importancia capital, el aspecto preventivo no ha merecido aún la atención necesaria por parte de la jurisprudencia. La prevención consiste, ante todo, en impedir que se desarrollen situaciones de riesgo en la empresa⁴⁴.

Con carácter general, el deber de prevención del riesgo se fundamenta en la buena fe del empresario, y se concreta en el deber legal de protección de la seguridad y salud laboral, que desarrollan los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL)⁴⁵. En efecto, la ley impone al empresario un conjunto de

⁴² Sobre el precepto, cfr. Arany Tóth, M., *op. cit.* España ha firmado, pero no ratificado, la Carta Social Europea (revisada) de 1996. Tan solo ha ratificado la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

⁴³ El considerando séptimo de la Directiva 2006/54/CE afirma: «En este contexto, debe alentarse a los empresarios y a los responsables de la formación profesional a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo y, en particular, a tomar medidas preventivas contra el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo y en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales». Cfr. el acuerdo marco europeo sobre el estrés, puntos 2, 4 y 6, y el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, puntos 2 y 4.

⁴⁴ En suma, la prevención de los riesgos psicosociales corresponde, ante todo, al empresario, que ha de evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva. Si el empresario conociera una situación de riesgo psicosocial y no adoptara medida alguna para evaluarlas y evitarlas, incurriría en responsabilidad por incumplimiento de lo previsto en el artículo 16 LPRL y los artículos 3 y siguientes del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales. En la prevención, pueden participar también otros actores, en especial los representantes de los trabajadores y los delegados de prevención. Así, debe tenerse en cuenta que el acoso horizontal puede adoptar la forma de prácticas a menudo subterráneas, no conocidas por el empresario o sus representantes. En este sentido, el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuviesen conocimiento y que pudieran propiciarlos.

⁴⁵ Desde un punto de vista contractual, la buena fe es el fundamento de ese deber de protección del empresario: Gil, J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 204 y 205; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 135 ss, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 167 ss; Acepta la idea Jurado, A., *op. cit.*, pp. 244 ss. Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 143 ss, niega, sin embargo, a la buena fe el carácter de

fundamento del deber empresarial de seguridad y salud en el trabajo. En su opinión, tal fundamento radica en el deber de protección. La autora contrapone el deber de buena fe, como técnica de origen estrictamente contractual, y el deber de protección del empresario (*Fürsorgepflicht*), como correlación de la dependencia personal del trabajador (p. 144). A su juicio, la buena fe impone tan solo al empresario un deber de orientación negativa, consistente en evitar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales al trabajador. Por el contrario, el deber de protección impone al empresario deberes positivos, encaminados a potenciar la salud del trabajador. Posee, pues, un contenido más extenso e intenso que el derivado del deber de buena fe (pp. 147 y 148). Por otro lado, mientras que la lógica patrimonial que domina la buena fe justifica, en virtud de la ponderación de los intereses contrapuestos, el carácter limitado de los deberes de protección que se fundamentan en ella, la lógica extrapatrimonial que inspira el deber de protección del empresario excluye, en virtud de la subordinación de los intereses patrimoniales a los extrapatrimoniales, la limitación de los deberes de protección en que se concreta, siempre que así lo aconseje la protección de los intereses extrapatrimoniales (p. 148). La autora añade otro argumento. De acuerdo con una interpretación literal del artículo 20 ET, la buena fe es tan solo una fuente de deberes instrumentales de la obligación básica contractual, y modaliza la realización de esta última, circunscribiendo su actuación a la esfera patrimonial de la relación laboral. Sin embargo, el deber de protección del empresario se concreta en diferentes deberes autónomos respecto de la obligación principal de contenido económico, dirigidos a tutelar los intereses extrapatrimoniales del trabajador, por lo que se configura como el eje de la esfera estatutaria de la relación laboral (pp. 149 y 150). Conviene hacer unas breves observaciones a la tesis de la autora citada. En primer lugar, la buena fe no solo impone deberes de carácter negativo, sino que obliga a cooperar y a salvaguardar los intereses de la contraparte. La buena fe genera, pues, deberes accesorios, de carácter positivo. Entre ellos, se encuentra un deber de protección, cuya intensidad es proporcional a la duración y a la implicación de las partes en el desarrollo de la relación jurídica. En el ámbito laboral, la buena fe fundamenta un deber de protección del empresario, más intenso que en otras relaciones jurídicas, como consecuencia del tracto sucesivo y el carácter personal de la prestación del trabajador. En el derecho español, no hay base legal para configurar un deber autónomo de protección del empresario, con los caracteres que atribuye a este Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 143 ss. El deber de protección no es sino un corolario del principio general de la buena fe. En este sentido, se ha puesto de relieve que, en el derecho italiano, y a diferencia de cuanto sucede en Alemania, la teoría de los deberes de protección halla su fundamento dogmático en las normas que configuran la relación jurídica como una relación compleja, cuyo fin de tutela comprende, además del interés de prestación (art. 1174 Cc), el interés de protección que contempla el artículo 1175 del Código civil italiano, cuando impone un deber de corrección a las partes; así, los deberes de protección no reciben su sentido del deber genérico del *neminem laedere*, como en Alemania, sino de la relación específica en que surgen: cfr. Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 3, settembre 1984, Napoli, pp. 512 y 513. Iguales consideraciones podrían hacerse en el derecho español. Como destacó Federico de Castro en sus obras, no siempre pueden trasladarse a nuestro derecho las doctrinas alemanas. En fin, según he tratado de demostrar, la buena fe es un instrumento adecuado para proteger los intereses extrapatrimoniales del trabajador: cfr. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.* Sea como fuere, cfr., por todos, en el derecho alemán, Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 51 ss), acerca de los *Fürsorge-, Rücksichtnahme- und Treuepflichten*, derivados de los parágrafos 241 y 242 del BGB, como fundamento del deber de protección contra el acoso psicológico.

deberes accesorios en materia de protección de la seguridad y salud laboral, como el principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador⁴⁶ o la protección de los trabajadores sensibles a determinados riesgos⁴⁷, que pueden

⁴⁶ En la prevención del estrés, resulta de gran utilidad el principio de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo, y que ha de tenerse en cuenta particularmente en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, y a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo. Recogen el principio: el artículo 6.2 d) de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio; el artículo 13 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre; el artículo 15.1, d), de la LPRL, y el artículo 36.5 ET. El principio de adecuación del trabajo a la persona es una concreción del principio general de la buena fe: cfr. Sagardoy, J.A. Valle, J.M. del y Gil, J.L. *op. cit.*, p. 244. En suma, la buena fe impone al empresario el deber accesorio de adaptar el trabajo a la persona del trabajador, para proteger su seguridad y salud laboral. Un elemental sentido de la justicia quiere que la ejecución del contrato de trabajo no ponga en peligro la vida, la seguridad y la salud del trabajador. En la medida de lo posible, el empresario debe cooperar con el trabajador, para salvaguardar esos bienes constitucionalmente protegidos: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, p. 311, nota 567. Pues bien, junto con los mecanismos tradicionales del contrato, como la diligencia y el rendimiento mínimo, o los descansos, los permisos retribuidos y las vacaciones, el deber de adaptación del trabajo a la persona puede ser un instrumento eficaz para la prevención del cansancio, la monotonía y el estrés en el trabajo.

⁴⁷ Posee también una gran relevancia el deber de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. El empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado psicológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. El trabajador tiene derecho a no ser empleado en aquellos puestos de trabajo para los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Cfr. el artículo 25 LPRL. Asimismo, el artículo 189 de la anterior LGSS, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que conserva valor reglamentario, dispone: «Sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro». Los preceptos citados dan cumplimiento al artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, a cuyo tenor los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. De este modo, en los supuestos de disminución de la capacidad física, el trabajador tiene derecho a un cambio de puesto de trabajo y a ser empleado en otro compatible con su estado. Cfr. una aplicación del

servir para prevenir los nuevos riesgos psicosociales y, en particular, el estrés y el acoso. El deber de seguridad y salud laboral posee hoy una indudable autonomía, y ha conocido un desarrollo normativo importante, en el derecho de la Unión Europea e interno. Con el paso del tiempo, ha evolucionado hacia un deber independiente, de naturaleza especial. Con todo, no debe perderse de vista la conexión de tales obligaciones accesorias con el deber general de buena fe. Por muy detalladas que sean, las reglas legales y convencionales no agotan ni anulan las potencialidades futuras del principio de la buena fe. La buena fe no solo es el fundamento de ciertos deberes accesorios que prevén la ley y el convenio colectivo, sino la fuente con que, en caso de insuficiencia de la ley, la jurisprudencia ha de afrontar las nuevas necesidades de limitación y control de los poderes del empresario.

Así, la buena fe impone al empresario la obligación de prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en los lugares de trabajo y de mantener un ambiente de trabajo adecuado. Tal obligación de medios se descompone en los siguientes deberes accesorios⁴⁸: mantener unas instalaciones seguras en la empresa o centro de trabajo, en particular en los lavabos, vestuarios o lugares de reposo; garantizar la seguridad durante el trayecto o la ejecución del trabajo, en especial con respecto a los trabajadores que realizan turnos de noche; garantizar la vigilancia y educación del personal, a fin de prevenir el acoso sexual; adoptar todas las medidas contra los comportamientos de acoso sexual, o proteger la vida privada de los trabajadores que han sido víctimas del acoso. El empresario puede incurrir en responsabilidad contractual, si incumple el deber de prevención y el trabajador sufre daños y perjuicios. El deber ha hallado una concreción en el artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁴⁹, y en el artículo 48.1

precepto en la sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de abril de 2006 (Ar. 1155). Así pues, antes de llevar a cabo un despido objetivo por ineptitud, el empresario debe agotar las posibilidades de darle ocupación en un puesto adecuado a su capacidad: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 308 ss.

⁴⁸ Kawaguchi, M., "Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en droit japonais", *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Comptresec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000, p. 75.

⁴⁹ Bajo la rúbrica *Prevención de la discriminación*, el artículo preceptúa: «los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación

de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁰. De igual modo, en virtud del principio de la buena fe, el empresario debe adoptar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso psicológico a los trabajadores, o la modalidad del acoso discriminatorio, por motivos tales como la religión o la discapacidad⁵¹.

La información es uno de los medios más eficaces para hacer frente a los riesgos psicosociales⁵². El empresario debería informar a los trabajadores, mediante los medios de publicidad adecuados, de que las conductas de acoso se hallan prohibidas, y de cuáles son los procedimientos de prevención y los cauces de reclamación en la empresa. También posee una gran importancia la formación de los mandos y directivos de la empresa, que pueden recibir información acerca del acoso, así como consejos prácticos sobre el modo de

profesional y en la promoción». El precepto procede del artículo 2.5 de la Directiva 76/2007/CEE, de 9 de febrero, en la redacción dada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre.

⁵⁰ El precepto dispone que las empresas deberán promover las condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. A tal fin, podrán establecerse medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Cfr. Vicente, F., “Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, en García Ninet, J. I. (Dir.) y Garrigues, M^aA. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, 2007, pp. 381-395 y, asimismo, acerca del tratamiento de los riesgos psicosociales y del acoso en la negociación colectiva, Martínez Abascal, V. A., “La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo”, *Temas Laborales*, n. 92, 2007, Sevilla, pp. 31-118 y Meléndez, L. y Pérez Campos, A. I., “Tratamiento de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, en Sánchez Trigueros, C. (Dir.) y González Díaz, F.A. y Hierro, F.J. (Coords.), *Los riesgos psicosociales: Teoría y práctica*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 163-184.

⁵¹ La Ley francesa de modernización social, de 17 de enero de 2002, ha impuesto este deber al empresario en el nuevo artículo L. 1152-4 del *Code du travail*. Además, según el nuevo artículo L. 1221-2 del *Code du travail*, «le contrat est exécuté de bonne foi». El legislador francés ha querido dar un nuevo alcance al deber de buena fe, que debería servir de apoyo a la prohibición del acoso psicológico: cfr. en Lapérou-Schneider, B., *op. cit.*, p. 316, las referencias a los debates en la Asamblea Nacional. En nuestro país, mencionan el principio de la buena fe, al analizar supuestos de acoso, las SSTSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002 (Ar. 2457) y de 6 de julio de 2004 (Ar. 2059), Madrid de 21 de enero de 2008 (Ar. 947) y Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2008 (Ar. 1684).

⁵² En Francia, el artículo L. 1321-2 del *Code du travail* establece que, junto a las disposiciones relativas al derecho de defensa de los trabajadores y al abuso de autoridad en materia sexual, debe figurar en el reglamento de régimen interior la prohibición de toda práctica de acoso moral. Cfr., en la doctrina, Lapérou-Schneider, B., *op. cit.*, p. 316.

hacer frente al mismo⁵³. En este sentido, el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo contempla la necesidad de que las empresas indiquen, de forma clara, que no tolerarán tales situaciones⁵⁴. En especial, la prevención de los conflictos relativos al acoso puede dar lugar al establecimiento de sistemas de mediación, previos al recurso a la jurisdicción social⁵⁵. Al respecto, el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo indica que la declaración de las empresas de que no tolerarán el acoso y la violencia, especificará los procedimientos que deben seguirse cuando se presenten los casos. El acuerdo prevé una serie de aspectos orientativos en los que podría basarse un procedimiento adecuado, tales como la discreción y la confidencialidad, la diligencia en la investigación de las quejas, los principios de audiencia, imparcialidad y trato correcto hacia las personas involucradas, o la necesidad de que las quejas deban apoyarse en una información detallada. Señala también que las falsas acusaciones no deben tolerarse, y pueden dar lugar a acciones disciplinarias. Indica que puede resultar útil la asistencia externa, y que los procedimientos podrán incluir una etapa informal, en la que una persona de confianza del empresario y de los trabajadores esté disponible para dar consejo y ayuda. En fin, para proteger al trabajador que denuncia, también es importante la garantía de indemnidad, elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que recoge hoy el artículo 17.1, *in fine*, del ET, con respecto al principio de igualdad de trato y no discriminación⁵⁶.

⁵³ Lapérou-Schneider, B., *op. cit.*, pp. 316 y 317.

⁵⁴ Tal y como se ha destacado, más allá de las medidas de conciliación, formación y afirmación de tolerancia cero contra el acoso y la violencia a que apunta el acuerdo, como herramientas de prevención, no queda recogida entre ellas una eventual aplicación a estos casos de los instrumentos preventivos en materia de seguridad y salud laboral que estén previstos legal o convencionalmente en cada ámbito. En este tema, el acuerdo recoge una mención, en su parte introductoria, a que las normas de la Unión Europea y nacionales definen la obligación del empresario de proteger a los trabajadores contra el acoso y la violencia en el lugar de trabajo. En nota a pie de página, sin ánimo exhaustivo, el acuerdo recoge las Directivas sobre la aplicación del principio de igualdad y la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre medidas para fomentar la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo: cfr. Consejo Económico y Social, “Acuerdos europeos sobre el acoso laboral”, *Cauces*, Cuadernos del Consejo Económico y Social, 1, verano 2007, julio, agosto, septiembre, Madrid, pp. 26 y 27.

⁵⁵ Cfr., en el derecho francés, el artículo L. 1152-6 del *Code du travail* y, en la doctrina, Lapérou-Schneider, B., *op. cit.*, pp. 317 y 318. Cfr. Martínez Abascal, V.A., *op. cit.*, acerca de la protección extrajudicial frente al acoso psicológico en el trabajo.

⁵⁶ El precepto dispone: «Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». El Tribunal

3.2. Acomodación razonable de la organización productiva

En segundo término, el principio de la buena fe obliga al empresario a acomodar la organización productiva para tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador⁵⁷. El principio de neutralidad del empresario, que aparece en la jurisprudencia constitucional, sirve para excluir que éste tenga el deber de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador⁵⁸. Tal doctrina se ha aplicado a derechos fundamentales como la libertad religiosa y el derecho a la educación⁵⁹. Es criticable, en la medida en que no impone al

Constitucional ha invocado la garantía de indemnidad para rechazar los despidos por represalia. Sentó esta doctrina en la sentencia 14/1993, de 18 de enero, y ha ido perfilando su alcance en las sentencias 54/1995, de 24 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 168/1999, de 27 de septiembre; 101/2000, de 10 de abril; 196/2000 y 199/2000, ambas de 24 de julio; 198/2001, de 4 de octubre; 5/2003, de 20 de enero; 55/2004, de 19 de abril; 87/2004, de 10 de mayo; 38/2005, de 28 de febrero; 144/2005, de 6 de junio; 171/22005, de 20 de junio; 298/2005, de 21 de noviembre; 3/2006, de 16 de enero; 16/2006, de 19 de enero; 44/2006, de 13 de febrero; 65/2006, de 27 de febrero; 120/2006, de 24 de abril; 138/2006, de 8 de mayo; 277/2006, de 17 de julio; 257/2007, de 17 de diciembre; 125/2008, de 20 de octubre; 75 y 76/2010, ambas de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre. Cfr., en la doctrina, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 307 y 308 y Gil, J. L. y Sagardoy, Í., *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007, pp. 126 ss.

⁵⁷ Cfr. Fernández López, M^aF., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1985, II, Madrid, pp. 429 y 430; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M^aF., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, pp. 220 ss.; Rey, S. del, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Alarcón, R. (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 45 ss.; Calvo, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, pp. 173 ss. y 248 ss., y Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, op. cit.; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, op. cit., pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, op. cit., pp. 170 ss.

⁵⁸ El Tribunal Constitucional ha recalcado que el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato. Como indica la STC 6/1988, de 21 de enero, el trabajador no podrá invocar las libertades constitucionales para «romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas». Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales «no constituyen por sí mismos cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales» (STC 129/1989, de 17 de julio).

⁵⁹ SSTC 19/1985, de 13 de febrero, y 129/1989, de 17 de julio. A la vista de tal jurisprudencia, Valdés (1992: 46) ha mantenido que «no hay en la jurisdicción laboral una cultura garantizadora

empresario un deber mínimo de acomodar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. En el derecho norteamericano, la *Civil Rights Act* obliga a una acomodación razonable de la organización productiva, para tratar de compaginar las exigencias de esta con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. De igual modo en el derecho español, debe existir un punto intermedio entre el deber de garantizar la realización plena de los derechos fundamentales, que no corresponde al empresario, y la obligación de este último de no menoscabarlos. El principio de la buena fe sirve para fundamentar, desde una nueva perspectiva, el deber de acomodación razonable de la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador⁶⁰. Si cabe discutir la existencia de ese deber en nuestro derecho, como una simple derivación de los derechos fundamentales que el ordenamiento reconoce al trabajador⁶¹, la vigencia del

de los derechos fundamentales del trabajador o, por expresar la idea con mayor precisión, los derechos fundamentales – los individuales, me refiero – quedan disueltos o envueltos en una lógica contractual que mantiene, al menos en parte, residuos ideológicos de una concepción comunitaria del contrato de trabajo». Al estudiar el poder directivo del empresario, Román (1992: 318) abunda en iguales observaciones críticas.

⁶⁰ Gil, J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *op. cit.*; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 170 ss.

⁶¹ Aun así, Rey, S. del, *op. cit.*, p. 56, fundamenta el deber de acomodación razonable en el rango constitucional del derecho implicado. En general, la obligación de realizar o garantizar los derechos fundamentales recae tan solo en el Estado, y no en los particulares. Para analizar la vinculación del Estado y los particulares a los derechos fundamentales, puede ser útil seguir la tipología de obligaciones de los Estados que prevé el derecho internacional, y que han elaborado los órganos de vigilancia de los tratados internacionales y los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos: cfr., por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general n.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990, y “El derecho al trabajo”, Observación general n. 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Tema 3 de programa provisional, GE.06-40316 (S) 010306 020306, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, apartados 22 ss.; Naciones Unidas, *Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos*, Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el acto de celebración del quincuagésimo cuarto aniversario del Centro Universitario de formación policial de la Policía Nacional de Colombia en Manizales, 8 de mayo de 2006, Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia, pp. 6 ss.; Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2005, pp. 40 ss. Madrid, 91 pp. Cfr. también, acerca de los efectos y las funciones de protección de los derechos fundamentales,

deber no ofrece dudas en cuanto concreción del principio de la buena fe⁶². El empresario no solo debe evitar el menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador. Aunque no tiene el deber de promocionar tales derechos, el principio de la buena fe le obliga a salvaguardarlos, siempre que eso no suponga un sacrificio apreciable de sus intereses, que derivan del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). En suma, el principio de la buena fe sirve para reforzar la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. Aunque no sitúa al empresario en el mismo plano que los poderes públicos, la buena fe le obliga a tener en cuenta los derechos

Hufen, F., *Staatsrecht II. Grundrechte*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, pp. 50 ss., y sobre la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, Abramovich, V.; Courtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 65 ss., y Escobar, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE) y Trama Editorial, 2005, pp. 75 ss. Cabe distinguir entre las obligaciones de respeto, protección y garantía o realización. Las de respeto y protección son de carácter defensivo; la de realizar o garantizar afecta a la vertiente prestacional del derecho. En primer lugar, el empresario debe respetar el derecho fundamental. Debe abstenerse de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho. De carácter inmediato, la obligación incluye el respeto por los esfuerzos que puedan realizar las propias personas para ejercer el derecho. En segundo lugar, el empresario debe proteger el derecho fundamental. Debe adoptar medidas tales como una organización adecuada, para impedir a terceros que interfieran en el disfrute del derecho. Así pues, el empresario debe proteger al trabajador contra los actos del personal directivo, los compañeros de trabajo o los clientes que supongan una injerencia en el ejercicio del derecho. Por el contrario, la obligación de realizar o garantizar los derechos fundamentales – esto es, de protegerlos en todo tiempo para asegurar su plena vigencia – atañe exclusivamente a esa estructura institucionalizada de poder que llamamos Estado. Es, en consecuencia, una obligación privativa de las personas físicas que ejercen los poderes públicos. En síntesis, mientras el deber de respetar los derechos fundamentales vincula tanto al Estado como a los particulares, el deber de asegurar la realización o de garantizarlos recae tan solo en las autoridades públicas.

⁶² Fundamentan el deber de adecuación en la buena fe: Fernández López, M^aF., *op. cit.*, pp. 429 y 430; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M^aF., *op. cit.*, pp. 221 y 222; *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, Madrid, pp. 93, 94 y 97; Calvo, F. J., *op. cit.*, pp. 173 ss. y 247 ss.; “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, *Aranzadi Social*, 22, marzo 2001, Cizur Menor, pp. 67 y 68; Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *op. cit.*; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 170 ss.; Sagardoy, J. A., *op. cit.*, pp. 42 ss.; García Jiménez, M., “El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública”, *Aranzadi Social*, 2005 (BIB 2005/1754), Cizur Menor, en <http://www.westlaw.es>, p. 6; Jurado, Á., *op. cit.*, pp. 240 ss. y, en el derecho francés, Savatier, J., “Note à Cour de Cassation (Chambre sociale)”, 24 mars 1998, *M. Azad c/ Chamsidine M’Ze*”, *Droit Social*, 6, juin 1998, Paris, pp. 240 ss.

fundamentales del trabajador en la organización del trabajo, siempre que ello no ponga en peligro el buen funcionamiento de la empresa.

La libertad religiosa ofrece un buen ejemplo para comprender el alcance de este deber. Vinculado por el principio de la buena fe, el empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador en la organización del trabajo. Cuando el trabajador alega una incompatibilidad entre sus obligaciones laborales y sus creencias u obligaciones religiosas, ha de cooperar con el empresario para procurar resolverla sin forzar un cambio⁶³. Si persiste la incompatibilidad, recae sobre el empresario el deber de realizar una acomodación razonable del sistema organizativo, a fin de removerla. En realidad, el empresario debe efectuar una acomodación mínima. No tiene, pues, que soportar un gravamen excesivo o indebido (*undue hardship*). Para que exista tal gravamen, no se requiere ni la violación del convenio colectivo, ni la de derechos individuales de los demás trabajadores. El perjuicio puede medirse tanto en términos económicos como no económicos; pero ha de ser real, y no previsible o hipotético. No basta con aducir que la acomodación podría motivar la protesta de los demás trabajadores. Al empresario le basta con realizar una propuesta razonable, aunque el trabajador no la prefiera. Con todo, si conduce a un sacrificio excesivo de los intereses del trabajador, el empresario debe justificar su procedencia, sobre todo si existen alternativas menos perjudiciales para este. En definitiva, el principio de la buena fe impone al empresario el deber de acomodar razonablemente el sistema productivo, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Así, el empresario no puede llevar a cabo exigencias contrarias a la moral del trabajador, a través de órdenes evitables, que pueden dirigirse a otros trabajadores⁶⁴. En general, el empresario no debe imponer al trabajador que realice tareas contrarias a sus convicciones, o en determinados periodos de tiempo incompatibles con sus creencias religiosas, sin hacer lo posible para acomodar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Del mismo modo, el empresario no puede exigir al médico católico que realice un aborto, si la orden puede evitarse, al haber otros médicos dispuestos a realizarlo⁶⁵. En

⁶³ A partir de ahora, resumo las indicaciones de Rey, S. del, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

⁶⁴ Sigo a Valle, J.M. del, "Los límites a los poderes del empresario en el estado de derecho", en Borrajo, E. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Actualidad Editorial, S.A., 1993, p. 198. Vid., al respecto, la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 (Ar. 3751).

⁶⁵ La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. En su apartado II, el Preámbulo de la ley señala: «Asimismo se recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, que será articulado (sic) en un desarrollo futuro de la Ley». De la cuestión se ocupa el artículo 19.2, apartados segundo y tercero, de la Ley

fin, para hacer frente a los riesgos psicosociales, el empresario debe acomodar razonablemente la organización productiva, lo que puede traducirse, por ejemplo, en un cambio de funciones para evitar el trabajo estresante, o del lugar de prestación de servicios del acosador para que no pueda hostigar a la víctima, o de esta para alejarla de aquel.

En el derecho contemporáneo, se ha abierto paso la idea de que la buena fe impone un deber de renegociar el contrato, en los supuestos de excesiva onerosidad, derivados de un cambio de circunstancias (*hardship*). Cabe mencionar, al respecto, el artículo 6.2.3 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y el artículo 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos⁶⁶. En ocasiones, la buena fe obliga también al empresario a renegociar el contrato de trabajo, con vistas a su adaptación. Así sucede, en particular, cuando el trabajador cambia de creencias o convicciones éticas, y eso produce una excesiva onerosidad en la prestación laboral. Del mismo modo, situaciones de riesgo psicosocial como el estrés o el acoso psicológico pueden solventarse, en ciertas hipótesis, renegociando el contrato de trabajo. Un cambio de funciones, el paso a otra sección, el traslado a otro centro, pueden servir para atajar el estrés o el acoso. Así, la autonomía de la voluntad puede coadyuvar a la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. El deber de renegociar el contrato va más allá del simple deber de salvaguardia, y constituye uno de los grupos de casos que ilustran la función limitativa de la buena fe⁶⁷.

3.3. Ejercicio obligado de los poderes empresariales

En tercer lugar, la buena fe puede obligar al empresario a ejercer los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador. El ordenamiento reconoce al empresario ciertos poderes, a fin de que defienda sus

Orgánica, bajo la rúbrica *Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud*. Cfr. Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios”, en Martínez-Torrón, J.; Meseguer Velasco, S.; Palomino Lozano, R. (Coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Vals, Volumen I, Religión y Derecho*, Madrid, Iustel, 2013, pp. 1119-1149.

⁶⁶ Cfr., para mayores detalles, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 308 ss.

⁶⁷ Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 308 ss., y “El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 19, octubre de 2004, Madrid, pp. 51-81.

propios intereses, incluso mediante actos de autotutela privada⁶⁸. El empresario ejerce, pues, sus poderes de forma discrecional. ¿Qué sucede, aun así, cuando los terceros respecto a la relación de trabajo individualmente considerada tienen un interés digno de tutela en que el empresario ejerza sus poderes? ¿Goza en tales casos el empresario de un poder discrecional, o el mismo ha de considerarse de uso obligado⁶⁹? En particular, el problema se plantea en las hipótesis de comportamientos contrarios a la dignidad e intimidad del trabajador. Cuando se produce un acoso en la empresa, ¿puede permanecer inactivo el empresario, pese a las quejas del agraviado? Parece razonable sostener que, si un trabajador acosa a otro, el empresario ha de ejercer los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico. La duda puede tener una solución más fácil si la ley o el convenio colectivo prevé el despido disciplinario del trabajador que vulnere los derechos fundamentales de un subordinado o compañero, como, por ejemplo, en los casos de atentado a la dignidad, intimidad, libertades públicas o individuales, o acoso psicológico o discriminatorio. En tales hipótesis, la norma tiene como destinatarios naturales a todos los trabajadores de la plantilla, y el empresario asume el papel de garante de la efectividad de la misma. De ahí que la doctrina haya discutido si la protección de tales valores no transforma en un poder de uso obligado lo que normalmente es una facultad discrecional, y si, más que un deber negativo de no atentar él mismo contra los derechos fundamentales del trabajador, la norma legal o convencional no impone un deber de actuar e impedir el ataque a esos derechos a través del ejercicio del poder disciplinario. Por eso, ha llegado a aceptarse, con matices, la posibilidad de un uso obligado de los poderes empresariales para proteger la violación de los derechos fundamentales de un trabajador por parte de sus superiores, compañeros, clientes o usuarios⁷⁰.

⁶⁸ Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*

⁶⁹ Vid. un análisis del ejercicio obligado de los poderes empresariales en Gil, J. L., “Les pouvoirs de l’employeur”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Université Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, pp. 14 ss.; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 236 ss.; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 139 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁷⁰ Fernández López, M^aF., *op. cit.*, pp. 220 ss); Gil, J.L., “Les pouvoirs de l’employeur”, *op. cit.*, pp. 15 y 16; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 236 ss.; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 139 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 173 ss.; Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 194 ss.; Mazeaud, A., “Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation”, *Droit Social*, 3, mars 2002, Paris, p. 323, y Cos, M., *op. cit.* Por el contrario, en el derecho francés, algún autor se limitó a constatar que el antiguo artículo L. 122-47 del *Code du travail* no obligaba al empresario a imponer una sanción al trabajador que realizaba un acoso sexual: Martin-Serf, A.L., “Sur le

El principio de la buena fe condena la inactividad del empresario, en presencia de un acoso que llegue a su conocimiento. En los supuestos de atentado a un derecho fundamental del trabajador, el empresario pierde la discrecionalidad sancionadora y ha de hacer un uso obligado de un poder que se ha concebido tradicionalmente para la defensa exclusiva de su propio interés. En definitiva, el empresario se halla investido de una misión de prevención, pero también de represión, a fin de proteger los derechos de la persona en la empresa. Debe asegurarla por medio del poder disciplinario o, en su caso, mediante el ejercicio de la movilidad funcional o geográfica. No actúa según las exigencias de la buena fe el empresario que no ejercita sus poderes, para hacer cesar los comportamientos de acoso. En resumen: en este terreno, el principio de la buena fe obliga al empresario a salvaguardar la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores. Debe, pues, ejercitar los poderes que le reconoce el ordenamiento. En particular, el empresario debe ejercitar el poder disciplinario, para evitar una responsabilidad por omisión que, de otro modo, podría exigírsele⁷¹. El empresario puede – y aun debe – sancionar o despedir al trabajador que acosa a otro⁷². En este sentido, el acoso psicológico supone un

harcèlement sexuel. Huit années d'application des articles L. 122-46 à L. 122-48 du Code du travail”, *Droit Social*, 6, juin 2001, Paris, p. 623.

⁷¹ He recogido el parecer de Rodríguez-Piñero, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996, I, Madrid, pp. 115. Alonso Olea, M. y Casas, M^ªE., *op. cit.*, p. 521, observan también que, «sin perjuicio de la responsabilidad directa de los sujetos activos del comportamiento discriminatorio y lesivo de los derechos de los trabajadores al empresario toca, en tal caso, proceder contra los culpables usando de sus poderes, incluido, en su caso, el despido disciplinario del trabajador acosador [art. 54.2 g) ET], respondiendo, en caso contrario, frente al trabajador por aquel comportamiento lesivo con base en sus deberes de protección, además de incurrir en las infracciones administrativas vistas». Cfr., asimismo, Navarro (2010: 10) y, en el derecho alemán, Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 56 ss, acerca del *Anspruch auf Disziplinierung des Mobbers*. El acuerdo marco europeo indica que, si se produce una situación de acoso o violencia, se tomarán las medidas apropiadas contra sus autores, que irán de la sanción disciplinaria al despido. Asimismo, el acuerdo prevé el apoyo y, si es preciso, la ayuda para la reincorporación de la víctima, y añade que los empresarios establecerán, revisarán y controlarán tales procedimientos, en consulta con los trabajadores o sus representantes, a fin de asegurar que resultan efectivos tanto para evitar problemas, como para tratarlos cuando surjan.

⁷² Las SSTSJ de Madrid de 21 de enero y 29 de febrero de 2008 (Ar. 947 y 1123), 9 de abril de 2010 (Ar. 1602) y 18 de marzo y 14 de abril de 2011 (JUR 167094 y 198375) señalan que, «en los supuestos de acoso moral horizontal, el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario contra el acosador». El mismo criterio puede mantenerse en los supuestos en que un trabajador lleva a cabo un acoso vertical ascendente o descendente. Tal y como indica la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (Ar. 1602), «una máxima ética elemental, común a cualquier civilización, exige tratar a los demás como nosotros mismos queremos que nos traten. Naturalmente, la empresa, a la que incumbe la obligación de velar por la salud de sus

incumplimiento contractual, grave y culpable, sancionable con despido disciplinario, ya constituya una indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 52.2 b) ET], una ofensa verbal o física [art. 54.2 c) ET], una transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2 d) ET] o un acoso discriminatorio [art. 54.2 g) ET]⁷³. Las sanciones disciplinarias deben ser proporcionadas a la gravedad de las faltas. En general, el despido debe considerarse como una *ultima ratio*, a la que recurrirá el empresario cuando no sean posibles otras alternativas menos drásticas⁷⁴. Junto al ejercicio del poder disciplinario y del poder de despido, el empresario puede adoptar otras medidas, como el cambio de funciones o el traslado de uno u otro trabajador⁷⁵.

Desde esa perspectiva, ¿podría el trabajador solicitar del juez o tribunal la condena del empresario, para que este despida o sancione al superior o compañero que ha violado el derecho fundamental?⁷⁶. Alguna sentencia lo descarta; otras lo admiten, en pronunciamientos *obiter dicta*⁷⁷. En el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a que puede recurrirse en los supuestos de acoso, el artículo 182 c) de la LRJS admite, como un contenido posible de la sentencia, que el juez ordene «la obligación de realizar una actividad omitida», cuando resulte exigible según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. Cabría pensar que el precepto ampara la pretensión del trabajador, relativa al ejercicio obligado de los poderes por parte del empresario. Utilizaríamos así una norma adjetiva o procesal para solventar una controversia de índole sustantiva, doctrinal o

operarios, debe reaccionar disciplinariamente ante esta situación de acoso y maltrato a sus empleados, si no se quiere hacer ella misma responsable de la situación, haciendo frente a las consecuencias sancionadoras y resarcitorias que tal conculcación de derechos fundamentales conlleva».

⁷³ Cfr., por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2010 (JUR. 114288) para un supuesto de despido procedente de acoso por razón de sexo a una compañera de trabajo.

⁷⁴ Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 58 ss.

⁷⁵ Así, en el derecho japonés, la jurisprudencia y la doctrina exigen que el empresario adopte todas las medidas adecuadas contra los comportamientos de acoso sexual y, entre ellas, los cambios de funciones o traslados y las sanciones disciplinarias. Cfr. Kawaguchi, M., *op. cit.*, pp. 73 y 75.

⁷⁶ Apuntan esta posibilidad, que critica Jurado, Á., *op. cit.*, p. 349, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, p. 237; “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 174 y 175, y Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., *op. cit.*, p. 828.

⁷⁷ Para la STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009 (Ar. 2308), el juez o tribunal no puede acordar que varíe la dependencia jerárquica o se condene a la empresa a ejercer el procedimiento disciplinario, pues no puede inmiscuirse en la esfera del poder de dirección y organización de la estructura empresarial. Sin embargo, las sentencias citadas en la nota número 72 indican que el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario.

dogmática. No sería la primera vez que se sigue ese modo de proceder. Por poner un ejemplo, ni la CE ni las leyes laborales establecen con carácter general, salvo en el caso del principio de no discriminación o de la libertad sindical y el derecho de huelga, la *Drittwirkung* o aplicación horizontal de derechos fundamentales en la relación laboral. El Tribunal Constitucional parece haber acogido la doctrina de la *Drittwirkung* horizontal directa, que se ha descartado en países como Alemania o Suiza⁷⁸. Pues bien, la ley procesal, y no la sustantiva, ha extraído las consecuencias de esa doctrina en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba, para exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad⁷⁹. Pero, dejando a un lado ahora el problema de si es correcto dirimir una controversia doctrinal con una norma adjetiva o procesal, y volviendo al supuesto que nos interesa, cabe preguntarse si resultaría fundada, por ejemplo, la pretensión de que el empresario despidiera, en todo caso, al acosador. Tal petición eliminaría la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes del empresario. No es lo mismo controlar el ejercicio irrazonable o arbitrario del poder, que imponer una de las varias posibilidades de ejercicio razonable del poder. Dicho de otro modo, el empresario puede y debe ejercer los poderes que le otorga el ordenamiento jurídico para proteger los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Pero, si caben varias alternativas, como el cambio de funciones, el traslado, la sanción o el despido del trabajador que acosa, debe disponer de un margen de discrecionalidad para elegir la que considere más adecuada, para preservar el equilibrio entre el interés organizativo que deriva de la libertad de empresa y la protección de los derechos y libertades públicas del trabajador que sufre el acoso. No parece que la víctima pueda seleccionar una sola de las alternativas, como pretensión de la demanda, y el juez imponerla, en todo caso, al

⁷⁸ Para mayores detalles, cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, op. cit., pp. 94 ss. y 227 ss.

⁷⁹ El artículo 179.2 LPL establecía ya esa distribución de la carga de la prueba. En la actualidad, el artículo 96.1 LRJS preceptúa que, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» y, en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, el artículo 181.2 LRJSS prevé que, «en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

empresario. Sea como fuere, desde un punto de vista práctico, una condena al empresario para que sancione o despida al trabajador que acosa choca con la dificultad para ejecutar, en sus propios términos, las obligaciones de hacer. En este supuesto, el ordenamiento jurídico no establece medios eficaces, como las multas, para disuadir al empresario condenado a una obligación de hacer. Y, por eso, en general, la negativa del empresario a ejercer de forma obligada los poderes directivo y disciplinario se traducirá, o en una imputación de responsabilidad, sea penal, administrativa o contractual, o bien en la condena al cese inmediato de la conducta, el restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que proceda. En suma, el trabajador tiene derecho a que el empresario ejerza sus poderes de forma obligada para prevenir o para reaccionar contra los riesgos psicosociales en el trabajo. Pero, si el empresario no los ejerce, incurrirá en una responsabilidad por omisión.

El empresario tiene una razón de peso para prevenir y hacer frente al acoso, mediante el ejercicio de sus poderes directivo o disciplinario. En efecto, en el terreno de la responsabilidad administrativa, según el artículo 8, apartado 13 bis, de la LISOS, entre los requisitos que deben concurrir para que exista una infracción laboral muy grave, como consecuencia de un acoso discriminatorio en el trabajo, se encuentra el de que el empresario no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo, en caso de conocerlo⁸⁰. Entre tales medidas, se halla la sanción o el despido disciplinario, aunque caben otras, como el cambio de funciones o el traslado a otro centro de trabajo. De ese modo, se refuerza la idea de que el principio de la buena fe impone al empresario el deber de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, y prevenir y hacer frente a las situaciones de acoso en la empresa.

⁸⁰ La STC 74/2007, de 16 de abril, considera que la resolución judicial recurrida en amparo ofrece una respuesta motivada, razonable y no manifiestamente errónea o arbitraria, que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incluso desde la exigencia de motivación reforzada que implica la existencia de un derecho sustantivo fundamental afectado: el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). La sentencia recurrida había excluido la responsabilidad del empresario, por falta de conocimiento de los hechos, en un supuesto de acoso psicológico llevado a cabo por un compañero de la víctima.

4. Conclusiones

En el tratamiento de los riesgos psicosociales, el centro de gravedad se ha desplazado desde las áreas tradicionales de la seguridad y la salud y la calidad en el trabajo, hacia el terreno de la lucha contra la discriminación y de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, y desde la lógica de la reparación a la de la prevención. En la actualidad, prevalece un enfoque basado en los derechos. El trabajador, como titular de derechos fundamentales, tiene derecho a que el empresario prevenga los riesgos psicosociales y, si sobrevienen, repare las consecuencias ilícitas que ocasionen. Por eso, el derecho del trabajo ha de lograr un difícil equilibrio entre la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, por un lado, y el respeto de la libertad de empresa, por otro. En la materia, posee una gran relevancia la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, que ha elaborado el Tribunal Constitucional y ha codificado, en parte, la LRJS. También es importante el papel que se asigne a la buena fe en el contrato de trabajo. Aunque el empresario no tiene el deber de garantizar la realización plena de los derechos fundamentales del trabajador, el principio de la buena fe le obliga a salvaguardarlos, siempre que eso no suponga un sacrificio apreciable de sus intereses, que derivan del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Desde luego, el cumplimiento del deber de salvaguardia de los derechos fundamentales del trabajador resulta más fácil en las empresas de unas ciertas dimensiones o en las administraciones públicas. En las pequeñas y medianas empresas, puede ser complicado llevar a cabo, por ejemplo, una acomodación razonable.

El empresario puede incurrir en responsabilidad, si incumple el deber de prevención y el trabajador sufre daños y perjuicios. La responsabilidad es contractual, aunque el sujeto sea un tercero, si el riesgo psicosocial adviene en el ámbito de organización y dirección del empresario, es decir, en el lugar de trabajo o en conexión con el mismo. Si bien la prevención es más importante que la reparación, una tutela efectiva contra riesgos psicosociales como el acoso exige que la cuantía de las indemnizaciones sea adecuada. Para objetivar el perjuicio, la jurisprudencia aplica varios criterios, como la valoración de los daños y perjuicios ocasionados en los accidentes de circulación⁸¹, o las cuantías

⁸¹ Cfr., entre otras, la STS de 20 de septiembre de 2007 (Ar. 8304) y las SSTS del País Vasco de 25 de enero de 2005 (JUR 77335) y 19 de enero y 21 de diciembre de 2010 (Ar. 921 y 1697/2011), que aplican el baremo contenido en el anexo del Real Decreto-ley 8/2004, en los casos de accidentes de circulación. Con cita de abundantes sentencias, las SSTSJ del País Vasco de 25 de enero de 2005 (JUR 77335) y 19 de enero y 21 de diciembre de 2010 (Ar. 921

de las sanciones administrativas⁸². De gran relevancia es la posibilidad, reconocida primero por los tribunales y codificada luego por el legislador, de compatibilizar las indemnizaciones tasadas en la ley con una indemnización adicional por daños y perjuicios, en los supuestos de violación de un derecho fundamental o una libertad pública. Con todo, en la práctica, la cuantía de la indemnización no siempre es proporcionada a la gravedad de la lesión del derecho.

5. Bibliografía

- ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2002
- ALONSO OLEA M., CASAS B., *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 27ª edición, 2009
- AMNISTÍA INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS PARA LA DIGNIDAD HUMANA, *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, España, Amnistía Internacional, 2005
- ARANY TÓTH M., *The right to dignity at work: Reflections on Article 26 of the Revised European Social Charter*, en *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, vol. 29, 3

y 1697/2011) indican que se han sentado algunos criterios, en la aplicación de esta forma de fijación de los daños y perjuicios: se toman los valores correspondientes al momento en que se fija la indemnización; la situación de baja laboral se indemniza con el importe asignado a los días de baja no impeditiva, ya que la parte estrictamente reparadora de la pérdida de salario queda compensada con la prestación de seguridad social, que en el caso de los que fueron con ingreso hospitalario se incrementan con la diferencia prevista en el Anexo entre la baja hospitalaria y la baja laboral no hospitalaria; no es obligado fijar cantidad alguna por el factor de corrección correspondiente a perjuicios económicos cuando la tabla correspondiente no establece un porcentaje mínimo de incremento; la forma de compensar la prestación básica de seguridad social por el reconocimiento de un grado de invalidez permanente a consecuencia de las secuelas sufridas es no dando cantidad alguna como factor de corrección por tal concepto; las mejoras de seguridad social derivadas del accidente se descuentan íntegramente; no se compensa lo que el trabajador perciba por recargo debido a falta de medidas de seguridad; la culpa del trabajador en el accidente se valora con arreglo a los propios criterios previstos en esa normativa específica, por lo que el derecho al resarcimiento a cargo del empresario incumplidor del deber preventivo se reduce en la parte correspondiente a la participación del accidentado.

⁸² Respecto de la prueba y cuantificación de los daños morales, se ha entendido aplicable la doctrina de la STC 247/2006, de 24 de julio, que los fija, una vez acreditados, de acuerdo con las cuantías fijadas para las sanciones administrativas. Cfr., por ejemplo, la STS de 15 de diciembre de 2008 (Ar. 388/2009), a la que alude la STSJ de Madrid de 12 de junio de 2009 (Ar. 1125/2010).

- AUBERT G., *Les sources du droit du travail en Suisse*, en B. TEYSSIÉ (dir.), *Les sources du droit du travail*, France, Presses Universitaires de France, 1998
- BIANCA M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1983
- BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Italia Padova, Cedam, 1986
- CALVO F.J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, España, Consejo Económico y Social, 1995
- CARBONE V., *L'affaire Fiuggi, nota a Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775*, en *Il Corriere Giuridico*, 1994, n. 5
- CASTÁN J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1993
- CASTELVETRI L., *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei Lavoratori*, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1995, n. 4
- COING H., *Fundamentos de filosofía del derecho*, España, Ediciones Ariel, 1961
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Observación general n. 3, 14 de diciembre de 1990
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *El derecho al trabajo*, Observación general n. 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Tema 3 de programa provisional, GE.06-40316 (S) 010306 020306, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006
- CONDE E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, España, La ley, 2007
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Acuerdos europeos sobre el acoso laboral*, en *Cauces, Cuadernos del Consejo Económico y Social*, 1, julio, agosto, septiembre, 2007
- COS M., *El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales*, comunicación al Congreso internacional Violencia, salud y trabajo en tiempo de crisis. Violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo, Universidad de Santiago, 15, 16 y 17 de julio de 2013
- CREMADES B.M., *La sanción disciplinaria en la empresa* (Estudio de la responsabilidad disciplinaria del trabajador), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969
- DÄUBLER W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, fünfte Auflage*, *Bund-Verlag*, Frankfurt am Main, 2004
- DE CASTRO F., *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, España, Instituto de Estudios Políticos, 1995

- DE CASTRO F., *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, quinta edición, Madrid, 1970
- DE VICENTE F., *Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*, en J.I. GARCÍA NINET (dir.) y M.A. GARRIGUES (coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Valencia, 2007
- DEL REY S., *Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en R. ALARCÓN CARACUEL (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1995
- DEL VALLE J.M., *Los límites a los poderes del empresario en el estado de derecho*, en E. BORRAJO (dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, España, Actualidad Editorial, S.A., 1993
- DI MAJO A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1983
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1987
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1988
- DI MARTINO V., HOEL H., COOPER C.L., *Preventing violence and harrassment in the workplace*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2003
- ECKL C., *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, n. 183, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007
- ESCANDE-VARNIOL M.-C., *La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise*, en *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, 4
- ESCOBAR G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo, 2007
- FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, Francia, LGDJ, 2007
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Libertad ideológica y prestación de servicios*, en *Relaciones Laborales*, 1985, II
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Cedam, 1990
- GARCIA DE ENTERRIA E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992
- GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA M., *La dignidad del trabajador en la relación de trabajo*, en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. 3, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001

- GARCÍA JIMÉNEZ M., *El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública*, en *Aranzadi Social*, 2005
- GARCÍA VIÑA J., *La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario*, en *Aranzadi Social*, marzo 2001, 22
- GIL J.L., *La prescripción de las faltas laborales*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993
- GIL J.L., *Les pouvoirs de l'employeur*, en *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Francia, Université Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, 1993
- GIL J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, España, Ministerio de Justicia, 1994
- GIL J.L., *La buena fe en el contrato de trabajo*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, octubre de 2006
- GIL J.L., *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, España, Comares, 2000
- GIL J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, España, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003
- GIL J.L., *El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador*, en *Aranzadi Social*, 2003, 13
- GIL J.L., *El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, octubre de 2004, 19
- GIL J.L., *La dynamique de prise en compte par le droit espagnol*, en *Chapitre II La reconnaissance progressive des droits du travail*, en L. LEROUGE (dir.), *Risques psychosociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal, Francia*, L'Harmattan, 2009
- GIL J.L., *Violencia de género y acoso por razón de sexo*, en L. Mella (dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, España, La Ley, 2012
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, España, CES, 1999
- HESSELINK M., *Good Faith*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERON (eds.), *Towards a European Civil Code*, Second Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri and Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague y otras ciudades, 1998
- HUECK A., NIPPERDEY H.C., *Compendio de derecho del trabajo*, en *Revista de Derecho Privado*, 2000
- HUFEN F., *Staatsrecht II. Grundrechte*, Verlag C.H. Beck, München, 2007

- JURADO Á., *Acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, España, La Ley, 2008
- KAWAGUCHI M., *Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en droit japonais*, en *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Comptrasec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000
- KOLLMER N., *Mobbing im Arbeitsverhältnis. Was Arbeitgeber dagegen tun können – und sollten*, 4. Auflage, Rehm, 2007
- LAPÉROU-SCHENEIDER B., *Les mesures de lutte contre le harcèlement moral*, en *Droit Social*, mars 2002, 3
- LARENZ K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Alemania, Larenz, Karl, 1978
- LARENZ K., *Ichtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, España, Civitas, 1985
- LE TOURNEAU P., *Bonne foi*, en *Recueil Dalloz*, vol. V, *Contrats et obligations*, octobre 1995
- LYON-CAEN A., *Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation*, en *Semaine Social Lamy*, 21 avril 1992
- LYON-CAEN A., *Note a Cassation sociale 25 février 1992*, Dalloz, Sommaires commentés, 1992
- MARTIN-SERF A.L., *Sur le harcèlement sexuel. Huit années d'application des articles L. 122-46 à L. 122-48 du Code du travail*, en *Droit Social*, juin 2001, 6
- MARTÍNEZ ABASCAL V.A., *La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo*, en *Temas Laborales*, 2007, 92
- MAZEAUD A., *Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation*, en *Droit Social*, mars 2002, 3
- MAZEAUD A., *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2010
- MAZEAUD D., *Constats sur le contrat, sa vie, son droit*, in *Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94e Congrès des notaires de France, Lyon, Les Petites Affiches, 54, 1998
- MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, en *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Paris, 1999
- MELÉNDEZ L., PÉREZ CAMPOS A.I., *Tratamiento de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.) y F.A. GONZÁLEZ DÍAZ, F.J. HIERRO (coords.), *Los riesgos psicosociales: Teoría y práctica*, España, Aranzadi, Cizur Menor, 1999
- MENGGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, settembre 1984, 3
- MONTOYA A., *El poder de dirección del empresario*, España, Instituto de Estudios Políticos, 1965

- MONTOYA A., *Artículo 20. Dirección de la actividad laboral*, en E. BORRAJO (dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (artículos 19 a 25), *Derechos y deberes contractuales*, España, Edersa, 1985
- MONTOYA A., *El poder de dirección del empresario (art. 20)*, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, Fascículo 1, 2000
- MONTUSCHI L., *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, en *Lavoro e Diritto*, invierno 1996, 1
- MONTUSCHI L., *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1999, 3
- NAVARRO F., *Impulsos y resistencias judiciales en la tutela frente al acoso moral*, en *Aranzadi Social*, 2010, 21
- ONU, *Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos*, Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia, 2006
- PACHECO L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007
- PEDRAJAS A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, España, Editorial Trotta, 1992
- PERSIANI M., *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, en *Il Diritto del Lavoro*, 1995
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995
- RIVERO J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, en *Relaciones Laborales*, 1996
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Derecho, trabajo y despido*, en *Relaciones Laborales*, 1, Quincena del 1 al 15 de enero, 1997
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Control judicial y despido*, en *Relaciones Laborales*, 10, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio, 2010
- ROMÁN, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, España, Ediciones Grapheus, 1992
- SAGARDOY J.A., GIL J.L., *Los derechos laborales del empresario*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.) y R. MARTÍN JIMÉNEZ (coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003

- SAGARDOY J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, España, Civitas, Cicur Menor, 2005
- SAGARDOY J.A., GIL J.L., *El acoso psicológico en el trabajo*, en M.E. CASAS, F. DURÁN, J. CRUZ (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, España, La Ley, 2006
- SAGARDOY J.A., VALLE J.M., GIL J.L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, España, Civitas, Madrid, 2006
- SAGARDOY J.A., GIL J.L., *La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, S. MESEGUER VELASCO, R. PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Vals*, Volumen I, Religión y Derecho, España, Madrid, 2013
- SAVATIER J., *Note à Cour de Cassation (Chambre sociale), 24 mars 1998, M. Azad c/ Chamsidine M'Ze*, en *Droit Social*, juin 1998, 6
- SINZHEIMER H., *La esencia del derecho del trabajo*, en *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1927
- SINZHEIMER H., *El hombre en el derecho del trabajo*, en *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1930
- SINZHEIMER H., *El problema del hombre en el derecho*, en *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1933
- STAMMLER R., *Tratado de filosofía del derecho*, España, Editorial Reus, 1930
- STATHOPOULOS M.P., *Contract Law in Hellas*, La Haya, Kluwer Law International-Sakkoulas, 1995
- VALDÉS F., *Podere del empresario y derechos de la persona del trabajador*, en J.Y. APARICIO, A. BAYLOS (coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, España, Editorial Trotta, 1992

El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales

de Manrique Cos Egea

1. El poder de dirección como causa y solución de los riesgos psicosociales

1.1. El poder de dirección y organización del empresario como causa de los riesgos psicosociales

El objeto de la presente comunicación es analizar la relación entre el poder de dirección del empresario, entendido éste como instrumento al servicio del cumplimiento del deber de seguridad, y los riesgos psicosociales.

Por tanto, en el presente trabajo no se considera el poder de dirección en su concepción clásica de medio, a través del cual, el empresario actualiza su derecho general de crédito en derecho a prestaciones concretas¹, sino lo que la doctrina² ha calificado como “potestad” del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, cuyo ejercicio tiene como finalidad combatir los riesgos de carácter psicosocial.

¹ Esta idea del poder de dirección como instrumento que actualiza el derecho general de crédito del empresario en derecho a prestaciones concretas en Montoya Melgar, A., *El poder de dirección del empresario*, España, Instituto de Estudios Políticos, 1965, 6. En este sentido, destaca Supiot que si el contrato de trabajo definiese ab initio de forma precisa el conjunto de tareas que debe prestar el trabajador, no quedaría ningún espacio para el ejercicio del poder de dirección del empresario: Supiot, A., *Crítica Del Derecho del Trabajo*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 145.

² Gutiérrez-Solar Calvo, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, España, Consejo Económico y Social, 1999, p. 191.

La relación entre el poder de dirección del empresario y los riesgos psicosociales puede, así, abordarse desde una doble perspectiva. Por una parte, nos encontramos con que la causa de la aparición de dichos riesgos estaría en el mal uso o abuso por parte de la empresa del poder directivo.

Prestado en el «ámbito de organización y dirección del empresario» (art. 1.1. ET), el trabajo objeto de la prestación laboral es un trabajo dependiente o subordinado, lo que supone la atribución al empresario del poder de organizar laboralmente la empresa y dictar las singulares prestaciones de cada trabajador contratado³.

Definidos por la OIT los factores de riesgo psicosociales como «las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores por otro», es claro que los mismos tienen como causa una inadecuada dirección y organización del trabajo en la empresa⁴.

En cuanto a este tipo de riesgos, debe señalarse que los cambios continuos y sustanciales que está sufriendo el trabajo – precarización en el empleo, intensificación del trabajo, creciente externalización y subcontratación, etc. – y que, teniendo como causa exigencias de productividad y competitividad, introducen demandas crecientes de flexibilidad para el trabajador, están provocando un incremento de estos riesgos de carácter organizativo⁵.

Así, el estrés laboral, entendido como estado del trabajador que es resultado de la incapacidad de los individuos de estar a la altura de las exigencias o las expectativas puestas en ellos⁶, se verá potenciado por la exigencia implacable de productividad a la que nos aboca un mercado cada vez más competitivo⁷; por otra parte, el acoso, como conducta no deseada que tiene por objeto o

³ Montoya Melgar, A., “El poder de dirección del empresario”, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, Civitas, Tomo I, 2000, p. 584.

⁴ Rodríguez Pérez, M.C., “La nueva dimensión de los riesgos psicosociales y el papel de la Inspección de Trabajo en su control y represión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 323, 2010, p. 21.

⁵ En este sentido, Cruz Villalón, J., “Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas”, *Relaciones Laborales*, La Ley, 10, 2006, p. 344; Collantes Ibáñez, P., “Prevención de riesgos psicosociales y salud mental”, *La salud mental de los trabajadores*, Collantes, P. et alia, España, La Ley, 2012, p. 25.

⁶ Descripción dada por el “Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés ligado al Trabajo” de 2004, traspuesto inicialmente al marco español de negociación colectiva en el anexo del ANC 2005.

⁷ En la STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2011 (AS 2011/1826) se relaciona el estrés profesional con la «tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad en el empleo y la falta de estabilidad laboral».

consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo⁸, se verá «alimentado por la nuevas estrategias de organización del trabajo que propician unas relaciones intersubjetivas cada vez menos solidarias y más deshumanizadas»⁹.

Además, la respuesta que, frente a la crisis económica, están adoptando las empresas no contribuye sino a agravar la situación descrita. Señala el profesor García González¹⁰ que riesgo psicosocial y crisis económica se nos presentan como conceptos íntimamente ligados y que factores como el exceso de trabajo, la ausencia de estabilidad en el empleo, las reestructuraciones traumáticas, las regulaciones de empleo, los cambios en la organización o la escasez de recursos humanos o materiales para el desempeño de las tareas encomendadas constituyen factores de riesgo psicosocial. Como destaca la STSJ de Galicia de 25 de enero de 2012¹¹, la gestión empresarial frente a la crisis económica ha provocado «el aumento de la precarización laboral y situaciones laborales de tensión y coacción, y con ello un incremento de la conflictividad que se manifiesta en trastornos, dolencias y daños psíquicos que trastocan la salud de los trabajadores».

⁸ Este concepto básico de acoso, que parte de las definiciones que del mismo se da en nuestro ordenamiento interno (art. 7 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal de las personas con discapacidad; art. 28.1.d) Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social; art. 7 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre), pero prescindiendo de las referencias concretas de discriminación que en las mismas se hacen, en Cavas Martínez, F., “Breves consideraciones sobre la prevención de riesgos psicosociales”, Sánchez Trigueros, C. *et alia*, *Los Riesgos Psicosociales: Teoría y Práctica*, España, Aranzadi, 2009, pp. 106-107.

⁹ Cavas Martínez, F., “Breves consideraciones...”, *Óp. cit.*, p. 118. En clave sindical, apunta el profesor Cabeza Pereiro, que la violencia en el trabajo «constituye una derivación más de una empresa sin órganos representativos y sin presencia sindical», destacando que «la falta de sindicato y de apego a él nos ha envilecido las conciencias» (Cabeza Pereiro, J., “El recargo de prestaciones en el marco de los riesgos psicosociales”, *Los Riesgos Psicosociales...*, *Óp. cit.*, p. 263).

¹⁰ García González, G., “Crisis económica y riesgos psicosociales: el suicidio como accidente de trabajo. Perspectiva jurídico-preventiva”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, 50, 2010, p. 141.

¹¹ AS 2012/99.

1.2. El poder de dirección y organización del empresario como solución de los riesgos psicosociales

Una vez señalado como origen de los riesgos de carácter psicosocial la inadecuada organización y dirección de la empresa, procede analizar la segunda perspectiva de la que hablamos anteriormente, conforme a la cual la protección de este tipo de riesgos va a venir de la mano precisamente de las facultades empresariales de carácter organizativo.

Y es que, como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa ejercida por su titular¹² para la satisfacción de su interés patrimonial, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales impone unas exigencias de seguridad y salud al diseño organizativo y productivo de la empresa, sacrificando espacios de libertad del empresario¹³. Por tanto, puede afirmarse que el poder de dirección es el fundamento del deber empresarial de seguridad y salud¹⁴.

En cuanto a los riesgos psicosociales es conocido que, pese a no existir una regulación preventiva específica de los mismos, entran en el ámbito de aplicación de la normativa prevencionista. Que el deber de seguridad de la empresa se predique respecto a este tipo de riesgos se debe tanto al amplio alcance que la doctrina jurisprudencial otorga a este deber empresarial como al hecho de que existen preceptos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en adelante) que recogen expresamente factores de orden psicosocial. En cuanto a lo primero cabe recordar que el deber de seguridad configurado en el art. 14.1 LPRL exige del empresario adoptar «cuantas medidas sean necesarias» para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, lo que implica abarcar todos los riesgos que puedan tener su origen en el trabajo, incluidos los

¹² STS de 27 de mayo 1996 (RJ 1996/ 4496). En este sentido señala Romagnoli que en el marco de un contrato de trabajo el trabajador recibirá, a cambio de su colaboración subalterna disciplinada por el poder directivo y organizativo del empresario, «no sólo la retribución, sino también la socorredora asistencia necesaria “para tutelar su integridad física y su personalidad moral”» (Romagnoli, U., *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, España, Consejo Económico y Social, 1997, p. 135).

¹³ Santos Hernández, M^aD., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, España, Bomarzo, 2005, pp. 158-159. Señala Supiot a este respecto que la idea de seguridad física ha sido y continúa siendo el corazón mismo del Derecho del Trabajo, apareciendo en el origen histórico de todos los derechos del trabajo europeos y constituyendo la parte irreductible de este sector del ordenamiento jurídico: Supiot, A., *Óp. cit.*, p. 91.

¹⁴ Gutiérrez-Solar Calvo, B., *El deber de seguridad... Óp. cit.*, 141.

psicosociales¹⁵. En cuanto a la previsión normativa específica de este tipo de riesgos, debe destacarse entre otros el art. 15.1.g) LPRL que establece, como principio que ha de guiar el cumplimiento empresarial del deber de seguridad, el que la acción preventiva se planifique «buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo», dando de esta forma cabida a factores de orden psicosocial.

Por tanto, «cuando el empresario conoce que un trabajador padece un tipo de estrés que puede tener consecuencias nocivas para su salud, por su naturaleza y duración y que pudiera venir causado por factores directamente relacionados con el trabajo, debe actuar contra él en el marco de las obligaciones genéricas de protección de la seguridad y salud en el trabajo porque sobre el empleador pesa la obligación también genérica de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14 LPRL) y para ello debe adoptar cuantas medidas sean necesarias y este deber impuesto por el texto legal se extiende no sólo a las obligaciones específicamente previstas en los arts. 15 y siguientes de la LPRL sino también a todas aquellas que no previstas son una consecuencia natural de su poder de dirección y organización» (SSTSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005¹⁶ y de 30 de junio de 2006¹⁷; STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2012¹⁸).

Interesa destacar, a efectos del presente trabajo, la última afirmación de las resoluciones judiciales transcritas, en tanto lo que caracteriza la respuesta jurídico-preventiva frente a los riesgos psicosociales es que la misma actuará principalmente sobre la “organización del trabajo” – autonomía del trabajador, duración y distribución del tiempo de trabajo, clima laboral, asignación de tareas, etc.¹⁹ –, sin que sea necesario que la normativa prevencionista recoja expresamente la concreta medida organizativa con la que combatir este tipo de riesgos. De esta forma, el empresario, en cumplimiento de su deuda de seguridad, y para combatir los riesgos de carácter psicosocial, puede verse

¹⁵ Cavas Martínez, F., “Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, 5, 2006, 557. La STC 160/2007 reconoce la aplicación del art. 14 LPRL ante situaciones de riesgo psicosocial: riesgo para la salud psíquica de una trabajadora, motivada por una vivencia anticipada de lo que sería el ambiente laboral en caso de cumplir una orden de traslado, que suponía volver a trabajar bajo la dirección de una persona a la que se había previamente denunciado.

¹⁶ AS 2005/2555.

¹⁷ AS 2007/536.

¹⁸ AS 2012/1316.

¹⁹ Igartua Miró, M. T., *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, España, Tecnos, 2011, p. 34.

obligado a ejercer sus poderes directivo y sancionador. Esta utilización de viejas instituciones laborales, como son el poder de control y el poder disciplinario, en aras de una mejor tutela del ambiente de trabajo supone alterar la esencia y finalidad de las mismas para configurarlas como medidas de tutela de la salud de los trabajadores²⁰.

Esta funcionalidad de los poderes empresariales, orientados a la consecución de fines completamente diferentes a los que justifican su atribución, tendría su razón de ser en el hecho de que el amplio alcance del deber de seguridad configurado en la normativa prevencionista constituye al empresario como garante del derecho fundamental de los trabajadores a la vida en integridad física y moral (art. 15 CE)²¹, debiendo aquél no sólo abstenerse de llevar a cabo actuaciones que pongan en riesgo la seguridad y salud de éstos sino también observar una conducta activa en orden a la preservación del citado derecho²². Tal y como señala para un supuesto de “acoso ambiental”, la STSJ de Galicia de 31/10/2005²³, la obligación del empresario frente a esta situación «se asienta sobre las facultades de dirección que tiene la empresa sobre el conjunto de su organización productiva de forma que está obligada a impedir, mediante el ejercicio de las mismas, que en el seno de esa organización se dañen bienes jurídicos fundamentales de los que es titular el trabajador».

De lo visto hasta ahora y siguiendo en lo que se va a decir el trabajo de la profesora Gutiérrez-Solar Calvo²⁴, cabe diferenciar en el seno de la relación laboral, dos relaciones jurídicas particulares diferentes. Por una parte, nos encontramos con una relación jurídica particular de carácter patrimonial, construida a partir del derecho subjetivo de crédito del empresario y la correlativa prestación de hacer del trabajador, a cuya realización coadyuvan los poderes empresariales de dirección y disciplinario, en sentido estricto. Por otra

²⁰ Cruz Villalón, J., *Óp. cit.*, pp. 351-352.

²¹ Sempere Navarro, A.V., et alia, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, España, Civitas, 2001, 41-42. Por su parte, el profesor Gil y Gil fundamenta en el principio constitucional de la buena fe el deber empresarial de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, en la medida en que resulte compatible con la libertad de empresa: Gil y Gil, J.L., “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, 13, 2003 (BIB 2003/1246), pp. 5-6 (versión internet).

²² García Jiménez, M., “El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, 2005 (BIB 2005/1754), pp. 4-5 (versión internet); Fernández López, M^aF., *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas 1991, pp. 223-224.

²³ AS 2005/3553.

²⁴ Gutiérrez-Solar Calvo, B., *El deber...*, *Óp. cit.*, pp. 197-208.

parte, nos encontramos con una relación jurídica particular de carácter extra patrimonial referida a la prevención de riesgos laborales en la que el empresario cuenta con unos poderes cuyo ejercicio pretenden satisfacer un interés ajeno, el interés personal del trabajador a su seguridad y salud. La instrumentalización de estos poderes autónomos del empresario de dar órdenes en materia preventiva y sancionar su incumplimiento a la protección de intereses ajenos implicará el ejercicio obligatorio de los mismos.

Por tanto, en materia preventiva el empresario tendrá una “potestad jurídica” en tanto cuenta con unas facultades que se le atribuyen para satisfacer intereses ajenos. Tal y como señala Lumia²⁵, quienes están investidos de una potestad no son libres de ejercitar o no los poderes que se le han conferido en interés ajeno, sino que están obligados a ejercitarlos. Por tanto, el empresario es, en materia preventiva, titular de unos poderes cuyo ejercicio constituye para él un deber jurídico, esto es, está investido de un poder-deber en la materia.

Ahora bien, estos cambios organizativos que exigen el tratamiento de los riesgos psicosociales pueden ser apreciados por el empresario como una injerencia de la prevención de riesgos laborales en sus facultades de dirección²⁶, pudiendo pretender la empresa anteponer su interés económico al cumplimiento de su deber de seguridad. La respuesta a esta situación conflictual que puede darse entre la utilización empresarial de las facultades organizativas para la satisfacción del derecho de crédito y la necesaria adopción como medida preventiva de una medida organizativa para la satisfacción del interés extra patrimonial del trabajador a su seguridad y salud, ha de ser la de dar preferencia a esta última en razón de la trascendencia del bien jurídico protegido (vida e integridad física y moral del trabajador afectado por el riesgo psicosocial, art. 15 CE). Tal y como destaca la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001²⁷ para un supuesto de estrés laboral, el deber de seguridad empresarial se configura como un «deber elemental de protección de bienes jurídicos muy superiores al interés productivo de la empresa, como son la vida e integridad física», lo que obliga a «primar éstos, alejando al trabajador de aquello que le causa daño. En definitiva la relación de servicios [...] implica la cesión por el trabajador a favor del empleador de una determinada actividad o esfuerzo productivo durante un tiempo determinado, pero no conlleva cesión alguna de la salud, la vida o la integridad física del trabajador a favor de su empleador, algo que por su propia naturaleza es, con carácter ordinario, inexigible».

²⁵ Lumia, G., Principios de teoría e ideología del Derecho, España, Debate, 1978, p. 106.

²⁶ García González, G., *Óp. cit.*, p. 149.

²⁷ AS 2001/4273.

En definitiva, los riesgos de carácter psicosocial derivan del ejercicio del poder de dirección y organización empresarial por lo que la protección frente a los mismos exigirá la adopción empresarial de medidas de carácter organizativo, configurándose así este poder empresarial como causa y solución de los riesgos psicosociales.

En los siguientes apartados nos centraremos en esta segunda manifestación del poder de dirección, según la cual, como se ha dicho, el ejercicio del mismo se configura como medida de protección tendente a satisfacer el interés del trabajador en preservar su seguridad y salud en el medio laboral.

Nos centraremos, por una parte, en la consideración del trabajador afectado por un riesgo psicosocial como trabajador especialmente sensible, lo que supondrá la obligación empresarial de aplicar el régimen preventivo previsto en el art. 25 LPRL, cuya interpretación judicial se ha concretado en el deber empresarial de llevar a cabo la adaptación de las condiciones de trabajo, la movilidad funcional del trabajador o la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo.

Por otra parte, y en cuanto al poder disciplinario, veremos que el ejercicio empresarial del mismo deviene obligatorio para combatir las situaciones de acoso, desde el momento en que la omisión de dicho ejercicio puede interpretarse como actitud consentidora de la empresa de los comportamientos constitutivos de dicha situación.

Repárese en que nos situamos en la fase de protección y no en la de prevención de riesgos psicosociales; esto es, en la necesaria actuación empresarial una vez conocida la manifestación del riesgo psicosocial y no en las actuaciones empresariales tendentes a evitar la aparición del mismo (obligaciones de evaluación y planificación, art. 16 LPRL; información, art. 18 LPRL; formación, art. 19 LPRL). Además, circunscribimos nuestro objeto de estudio a los supuestos de estrés laboral, problemas de salud derivados de la distribución del tiempo de trabajo (trabajo nocturno y a turnos) y acoso psicológico, no siendo objeto de análisis las manifestaciones de acoso sexual y acoso discriminatorio.

2. Aplicación del art. 25 LPRL a los riesgos psicosociales

2.1. Ámbito subjetivo de aplicación del art. 25 LPRL y riesgos psicosociales

La aplicación del art. 25 LPRL a los trabajadores que se encuentran sometidos a un riesgo psicosocial ha sido defendida por la doctrina académica²⁸ y judicial. Conocido que, respecto al riesgo de estrés laboral, «cada persona puede reaccionar de manera diferente ante situaciones iguales y que un mismo sujeto puede también reaccionar de manera diferente ante situaciones parecidas en distintas etapas de su vida» (STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005)²⁹, el art. 25 LPRL se muestra como una vía idónea para tratar este tipo de riesgo derivado del trabajo, toda vez que el citado precepto prevencionista se aplica a los trabajadores que presenten «factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales», que no pueden combatirse «con la adopción de medidas dirigidas a la salvaguarda de la salud de los trabajadores que ordinariamente sufren el mismo» (STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001)³⁰. Así, respecto a las “características personales” a las que se refiere el precepto prevencionista, nos encontramos con un concepto de amplio alcance³¹, en el que se pueden incluir, además de aspectos físicos, aspectos de carácter psíquico como la personalidad, el temperamento, el comportamiento³² o el estado de ánimo del trabajador que lo haga especialmente sensible a los riesgos laborales. En cuanto al factor de riesgo derivado de la ordenación del tiempo de trabajo, el art. 25 LPRL será aplicable a aquellos trabajadores cuyos problemas de salud puedan verse agravados por el trabajo nocturno o a turnos.

Respecto a las conductas de violencia psicológica calificables como acoso moral y a las situaciones de conflicto interpersonal, ha de advertirse que son causas de estrés y desequilibrio psíquico, por lo que el trabajador que sufre estas situaciones presenta unas características o estado de salud que han de ser tenidas en cuenta por el empresario al cumplir con su obligación de seguridad ya que «la misma se extiende a todos los riesgos relacionados con las

²⁸ Por todos, Cavas Martínez, F., “Derecho de la prevención...”, *Óp. cit.*, p. 557; Urrutikoetxea Barrutia, M., “Reflexiones en tono a la prevención de los riesgos psicosociales”, *Revista Derecho Social*, Bomarzo, 39, 2007, p. 89.

²⁹ AS 2005/2555.

³⁰ AS 2001/4273.

³¹ Burgos Giner, M. A. y Ruano Albertos, S., García Ninet, J. I *et alía*, *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, España, Universidad Jaume I, 1998, p. 265.

³² En este sentido, Díaz Moliner, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. II, España, Dijusa, 1998, p. 281.

condiciones de trabajo, incluidos los riesgos psicológicos y sociales, y, entre ellos, los inherentes a las relaciones interpersonales que se producen en el trabajo y, muy particularmente, los problemas y conflictos surgidos entre los compañeros de trabajo» (STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007)³³.

En cuanto al acoso moral, es de destacar también que el Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social señala la aplicación del art. 25 LPRL ante situaciones de este riesgo psicosocial.

2.2. Medidas de protección frente a los riesgos psicosociales derivadas de la aplicación del art. 25 LPRL

Una vez defendida la aplicación del art. 25 LPRL en supuestos en los que el trabajador presente una situación de estrés laboral, debida bien a la organización del trabajo, bien a situaciones conflictivas o de acoso, lo que procede dilucidar a continuación es cuál será el concreto comportamiento empresarial exigible.

Y es que el último inciso del primer párrafo del art. 25.1 LPRL establece que, una vez que se han evaluado los riesgos teniendo en cuenta las características del trabajador que lo hacen especialmente sensible, el empresario procederá a adoptar «las medidas preventivas y de protección necesarias», sin descender a concretar las medidas preventivas específicas que deben acometerse en la empresa para preservar la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles³⁴.

³³ AS 2007/1579. Resulta criticable, por tanto, la afirmación contenida en la STS de 15 de diciembre de 2008 relativa a que las obligaciones preventivas derivadas de los arts. 14 y 15 LPRL no pueden «en modo alguno abarcar la prevención en un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral». Un comentario crítico acerca de esta resolución judicial en Gutiérrez-Solar Calvo, B., «El acoso en el trabajo: límite de los deberes empresariales de protección y responsabilidades solidarias», *Relaciones Laborales*, La Ley, 20, 2009.

³⁴ Esta deficiente concreción normativa hace necesario, tal y como destaca Igartua Miró, «cierto desarrollo de esta materia, anunciado en la propia LPRL que considera entre las materias a tratar en futuros reglamentos las «condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas [...] cuando se presenten riesgos derivados de determinadas características o situaciones especiales de los trabajadores» [Art. 6.1 e)]» (Igartua Miró, M. T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, España, Laborum, 2000, 181).

En una primera aproximación a lo que va a ser objeto de desarrollo a continuación, podemos afirmar que, de la doctrina judicial mayoritaria, se deduce que la integración de esta norma sustantiva se produce exigiendo del empresario la adopción de una serie de medidas preventivas que se han de abordar de manera escalonada, de forma que resulte lo menos oneroso posible para el trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales.

Así, y tras el intento de eludir los riesgos mediante adaptaciones del puesto de trabajo, procederá la modificación de las condiciones de trabajo: «en primer lugar aquellas que no comportan cambios de funciones, como son las relativas a la jornada de trabajo y con ello a horarios, sistema de trabajo a turnos o turnos de trabajo, y en última instancia a las funciones» (STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2008)³⁵.

Por tanto, siguiendo la sistemática que de manera explícita recoge el art. 26 LPRL para el supuesto de la protección de la maternidad, la aplicación del art. 25 LPRL exigirá el intento por parte del empresario de conjurar los riesgos que afectan al trabajador especialmente sensible a través de, en primer lugar, una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y sólo cuando esto no resultase posible, a través de la asignación de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado.

En cuanto a la necesaria adaptación de las condiciones de trabajo, podemos citar la SJS de 14 de enero de 2005³⁶ en la que se reconoce el derecho del trabajador a la resolución indemnizada del contrato del art. 50.1.c) ET por incumplimiento empresarial del deber de seguridad. En el supuesto de hecho enjuiciado, el trabajador sufre estrés laboral y la empresa, lejos de atender sus requerimientos y quejas, le «somete a una exigencia implacable de productividad» – prolongación de la jornada; escasos medios personales para afrontar los trabajos de los que es responsable el actor, lo que supone no solo obviar sus obligaciones en materia preventiva – entre ellas, las derivadas del art. 25 LPRL – sino además provocar un mayor deterioro psíquico del actor en lo que constituye un evidente atentado a «su integridad psicofísica “ex” art. 15 CE». En este caso, tal y como destaca la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005³⁷ – que confirma en suplicación la citada resolución judicial –, la empresa, concedora «de la existencia de un problema de estrés relacionado con el trabajo, con la organización y gestión por ella implantadas, no ha adoptado medidas encaminadas a prevenirlo, eliminarlo o reducirlo en lo posible pues no ha existido actuación alguna encaminada a *ajustar las*

³⁵ JUR 2008/138737.

³⁶ AS 2005/1152.

³⁷ AS 2005/2555.

demandas laborales del actor»³⁸, lo que hubiese implicado un respeto de la duración de la jornada máxima del trabajador y una decisión organizativa en cuanto al incremento de los medios personales.

Siguiendo con el deber empresarial de adaptar las condiciones de trabajo, podemos destacar la STSJ del País Vasco de 20 de febrero de 2007³⁹ que reconoce el derecho de una trabajadora a la indemnización de daños y perjuicios por omisión empresarial de medidas de prevención frente a riesgos psicosociales. Tras aclarar la citada resolución que el régimen del art. 25 LPRL resulta aplicable a estos supuestos, se entiende que la empresa incumplió su deber de otorgar una protección eficaz frente al estrés ocasionado por una situación de conflictividad laboral, toda vez que «no procedió a identificar y evaluar los factores desencadenantes de la tensión laboral, ni adoptó medida alguna en las esferas individual, grupal y organizativa, tendentes a eliminarla o minimizarla y a fomentar la *integración de la actora en el equipo de trabajo* [...]» ni a «implementar medidas que contribuyesen a *mejorar el clima laboral*»⁴⁰.

Por lo que se refiere a las adaptaciones del tiempo de trabajo, la SJS de Granada de 9 de mayo de 2005⁴¹ reconoce el derecho de una trabajadora a la adecuación de su puesto de trabajo por razones de salud, consistente en un cambio de horario por el que ha de pasar la empresa. La trabajadora que sufre diversas patologías – entre ellas, de carácter psicológico: trastorno mixto ansioso-depresivo – debido a que su horario de tarde no le permite conciliar su vida familiar y laboral, había solicitado de la empresa la reordenación de su tiempo de trabajo, medida que también había sido propuesta por el Gabinete de Prevención y la Inspección de Trabajo y a la que empresa se niega alegando razones organizativas y de funcionamiento. La citada resolución entiende, tras analizar detalladamente las razones organizativas esgrimidas por la empresa para denegar el ajuste del horario laboral, que ésta ha incumplido su deber de seguridad puesto que, pese a encontrarse la trabajadora en situación transitoria que la hace no responder a la exigencias psicofísicas de su puesto de trabajo (art. 25 LPRL), no se ha adaptado el trabajo a la persona (art. 15.1.d) LPRL). Se reconoce, por tanto, el derecho de la trabajadora al cambio de horario, destacándose en la citada resolución judicial que «es de superior valor el derecho a la vida e integridad física, que la facultad organizativa de la empresa,

³⁸ La cursiva es nuestra.

³⁹ AS 2007/1579.

⁴⁰ Las cursivas son nuestras.

⁴¹ AS 2005/1733.

ya que el sacrificio que se impone al derecho fundamental del trabajador, no es proporcional con la satisfacción del interés empresarial».

En ocasiones, las adaptaciones del tiempo de trabajo afectarán al régimen de jornada o de trabajo a turnos, cuando el estado de salud del trabajador pueda verse afectado por esta ordenación del tiempo de trabajo. Tal y como destaca la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001⁴², el «trabajo nocturno, el trabajo a turnos y el trabajo según un cierto ritmo constituyen riesgos para la salud de los trabajadores susceptibles de dar lugar a enfermedades de etiología profesional que, por tanto, ha de ser objeto de la correspondiente atención preventiva a cargo de la empresa, previa identificación y valoración del riesgo, para poner las medidas necesarias para prevenir su materialización». Por tanto, cuando los riesgos a los que está sometido el sujeto especialmente sensible tengan como causa la ordenación del tiempo de ejecución de la prestación laboral, las «medidas preventivas y de protección necesarias», a cuya adopción el empresario viene obligado en virtud del art. 25.1 LPRL en aras a la consecución de la adaptación del trabajo a la situación particular del trabajador, incluirán la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001⁴³, la STSJ de Madrid de 4 de abril de 2005⁴⁴ y la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2008⁴⁵; STSJ de Galicia de 8 de julio de 2011⁴⁶; SSTSJ de Navarra de 11 de marzo de 2008⁴⁷ y de 27 de abril de 2012⁴⁸.

⁴² AS 2001/4273.

⁴³ AS 2001/4273. Esta resolución judicial aplica, de manera conjunta, los arts. 36.4 ET y 25.1 LPRL para reconocer el derecho de un trabajador cuyas particulares condiciones hacen que sufra en grado particularmente elevado el riesgo derivado del estrés y del trabajo nocturno a un cambio de puesto de trabajo.

⁴⁴ JUR 2005/114997. Se declara el derecho de una trabajadora que sufre taquicardias a seguir desempeñando sus funciones profesionales en condiciones que no requieran trabajar en turno de noche ni en ambientes estresantes propios de las guardias y alertas.

⁴⁵ JUR 2008/138737. En esta resolución judicial se entiende que las modificaciones de jornada de trabajo y de funciones integran el contenido material del mandato preventivo recogido en el art. 25 LPRL, aunque se desestima la pretensión del trabajador especialmente sensible – padece una enfermedad crónica: diabetes – de ser adscrito al turno de mañana fijo en tanto su turno de trabajo – de tarde fijo – no resulta contraindicado a su estado de salud.

⁴⁶ JUR 2011/324504. Reconoce este pronunciamiento judicial el derecho de una trabajadora que sufre frecuentes hipoglucemias nocturnas sin sintomatología de alerta a quedar excluida de los turnos de noche.

⁴⁷ AS 2008/1794. En esta sentencia se destaca el carácter «gravemente estresante del trabajo nocturno, que provoca alteraciones fisiológicas en el sueño, horario y secuencia de las comidas, y afecta gravemente a las relaciones familiares y sociales del trabajador», y se reconoce el derecho de un trabajador que padece hipertensión arterial, epilepsia y problemas lumbares a ser destinado a un puesto de trabajo diurno.

Debe entenderse que, respecto a estas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que implicará la no realización del trabajo nocturno o a turnos, no será necesario, dada su finalidad preventiva – que no organizativa o económica –, seguir los trámites previstos en el art. 41 ET⁴⁹.

Por último, el art. 25.1 LPRL, en su segundo párrafo, prohíbe el empleo de los trabajadores especialmente sensibles en puestos de trabajo que, debido a las condiciones del trabajador, puedan suponer un peligro para él mismo u otros trabajadores y personas relacionadas con la empresa.

La expresión “no serán empleados” utilizada por el art. 25.1 LPRL implica la necesidad de cambiar al trabajador de ocupación⁵⁰, acudiendo así la empresa, en cumplimiento de su obligación preventiva, a la movilidad funcional del trabajador especialmente sensible como medida de prevención de riesgos laborales⁵¹. Por tanto, la medida movilizadora por causa de salud derivada del art. 25.1 LPRL se trata de un «derecho irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación del empresario» (STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2004)⁵².

Nos encontraríamos ante lo que la doctrina ha denominado una “movilidad funcional objetiva” que implicaría cambios funcionales que no dependen tanto de la voluntad de las partes como de una situación de riesgo que el legislador estima necesario proteger⁵³.

Una aplicación de esta movilidad funcional objetiva a un supuesto de riesgos psicosociales la encontramos en la STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006⁵⁴, en la que se reconoce el derecho de un trabajador, cuya discapacidad auditiva le supone una situación de estrés agudo permanente pero no le incapacita para ejercer su vida laboral, a ser destinado a un puesto de trabajo en el que no esté presente el factor estresante de atención al público.

⁴⁸ JUR 2012/370875. Se reconoce el derecho de un trabajador a turnos que padece alteración de su tensión arterial a quedar excluido del turno de noche.

⁴⁹ STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1187).

⁵⁰ Igartua Miró, M.T., *Óp. cit.*, p. 181.

⁵¹ En este sentido Rodríguez Ramos, M. J., y Pérez Borrego, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en Ojeda Avilés, A, *et alía, La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, España, Aranzadi, 1996, p. 412 y Sala Franco, T. y Arnau Navarro, F., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, España, Tirant lo Blanch, 1996, 109.

⁵² AS 2004/2365.

⁵³ Fabregat Monfort, G., *La movilidad funcional por razones objetivas*, España, Tirant lo Blanch, 2002, p. 29.

⁵⁴ AS 2006/2617.

3. El poder disciplinario de la empresa frente al acoso moral

3.1. El poder disciplinario como instrumento necesario para el cumplimiento del deber de seguridad empresarial

En el presente apartado vamos a analizar el poder disciplinario del empresario como medida protectora de obligada adopción para combatir el acoso moral en el trabajo. Para ello, se examinará en primer lugar la doctrina jurisprudencial y judicial que funcionaliza el ejercicio empresarial del poder sancionador como instrumento necesario para el válido cumplimiento de la deuda de seguridad, para posteriormente aplicar esta doctrina a los supuestos de hostigamiento psicológico.

En cuanto a la instrumentalización del poder disciplinario para el cumplimiento del deber de seguridad, debe partirse de que, pese a la remisión explícita al art. 58 ET, puede apreciarse una importante diferencia entre el poder disciplinario “general” reconocido en el precepto estatutario y la facultad disciplinaria que el art. 29 LPRL prevé para el concreto ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Esta importante diferencia estriba en las posibilidades de su ejercicio. Y es que, el carácter irrenunciable que caracteriza al poder disciplinario recogido en el art. 58 ET, en tanto su atribución forma parte del orden público laboral, no empieza para la eventual renuncia o dejación de su ejercicio, que operaría como una condonación de la falta del trabajador (Montoya Melgar)⁵⁵. Sin embargo, esta “renunciabilidad” en el ejercicio no es predicable respecto al poder disciplinario del que habla el art. 29 LPRL, en tanto en este último supuesto, nos encontramos no sólo ante un derecho sino también ante un deber que opera como mecanismo de garantía del cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones en materia preventiva (Igartua Miró)⁵⁶.

Este carácter obligacional de lo que, en principio, aparece reconocido como facultad tiene su fundamento en el hecho de que, jurisprudencialmente, la sanción frente al incumplimiento del trabajador se ha configurado como integrante del denominado “deber de vigilancia” empresarial y, por ende, de la deuda de seguridad.

Así, al determinar el alcance de la deuda de seguridad, el TS, tradicionalmente, ha entendido que «la responsabilidad de la empresa no acaba con la puesta a

⁵⁵ Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, España, Tecnos, 2012, p. 366.

⁵⁶ Igartua Miró, M. T., *La obligación general de seguridad*, España, Tirant lo Blanch, 2000, 380.

disposición de sus trabajadores de los medios precautorios adecuados, sino que se exige la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas» (STS de 22 de abril de 1989)⁵⁷.

La imprudencia de los trabajadores que voluntariamente deciden no utilizar los medios de protección puestos a su disposición o que desobedecen órdenes e instrucciones expresas de la empresa en materia preventiva no sirve para exonerar de responsabilidad al empresario, pues se entiende que el deber de seguridad de éste «obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios dispositivos preventivos de seguridad, impidiendo, si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, por imprudencia o negligencia, incumplan el debido uso de aquéllos, *incluso a través del ejercicio de la actividad disciplinaria*»⁵⁸ (SSTS de 3⁵⁹ y 27⁶⁰ de marzo de 1998, que siguen de esta forma doctrina jurisprudencial sentada por resoluciones anteriores⁶¹).

Como vemos, el ejercicio del poder disciplinario se configura como el último eslabón de la vigilancia y control del cumplimiento en la empresa de la normativa prevencionista; vigilancia y control que integran la obligación general de seguridad empresarial.

Así lo entiende la doctrina judicial que, al imputar al empresario la responsabilidad por infracciones en materia preventiva acude como criterio de imputación a la *culpa in vigilando*, y señala que «el deber de vigilancia ha de exigirse dentro de parámetros de normalidad, por lo que el empresario queda exonerado de responsabilidad si acredita un ejercicio diligente, según lo racionalmente exigible, de sus facultades de dirección y control, con utilización, en su caso, de la actividad disciplinaria»⁶².

Por tanto, el uso efectivo del poder sancionador por parte del empresario actúa como prueba de su actitud diligente y no consentidora de los incumplimientos advertidos (García Murcia)⁶³.

⁵⁷ RJ 1989/2877.

⁵⁸ El subrayado es nuestro.

⁵⁹ RJ 1998/2307.

⁶⁰ RJ 1998/2869.

⁶¹ STS de 6 de noviembre de 1976 (RJ 1976/5759); STS de 22 de octubre de 1982 (RJ 1982/5794); STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877).

⁶² STSJ de Aragón de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004/268929). En parecidos términos, las SSTSJ de Galicia de 25 de noviembre de 1996 (RJCA 1996/1717) y 31 de julio de 2001 (JUR 2002/3038). Es de señalar que en las citadas resoluciones judiciales se rechaza la exoneración de responsabilidad empresarial precisamente por no haber ejercido el empresario adecuadamente sus poderes de dirección y disciplinario.

⁶³ García Murcia, J., “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en Casas Baamonde, M. E., Palomeque López, M. C., Valdés Dal-Ré, F. (Coord.),

Así configurado el ejercicio del poder disciplinario, no resulta posible para el empresario permitir o admitir la inobservancia por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad (STSJ de Valencia de 2 de mayo de 2007)⁶⁴, puesto que dicha permisividad constituye un indicador de falta de diligencia en el cumplimiento del deber de seguridad, con la subsiguiente responsabilidad derivada de la misma.

3.2. El poder disciplinario como medida de protección frente al acoso

En cuanto a las situaciones de acoso moral en la empresa, es claro que el comportamiento de un trabajador que hostiga psicológicamente y, por tanto, vulnera el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral de un compañero o subordinado⁶⁵, es constitutivo de un incumplimiento grave y culpable, merecedor de sanción disciplinaria.

Aplicando la doctrina judicial y jurisprudencial analizada en el punto anterior a los supuestos de acoso moral en la empresa, debemos entender que en los casos en los que las actividades preventivas – elaboración y difusión de una declaración de principios en la que se recoge la “tolerancia cero” de la empresa frente a conductas de hostigamiento psicológico, información y formación a los trabajadores sobre este riesgo psicosocial, evaluación de riesgos – no han resultado operativas para la evitación de la aparición de un supuesto de mobbing en la empresa, el ejercicio del poder disciplinario deviene obligatorio para el empresario, en tanto, a través del mismo, el empresario estará dando cumplimiento a su deber de seguridad⁶⁶.

Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales, España, La Ley-Actualidad, 1997, p. 199.

⁶⁴ JUR 2007/261814.

⁶⁵ Recuerda la STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2005 (AS 2005/3553) que «la empresa no solamente tiene obligaciones en relación con el acoso jerárquico, que le es directamente imputable al provenir de la cadena de mando bajo la cual está el trabajador, sino también en relación al denominado acoso ambiental».

⁶⁶ Este carácter subsidiario del poder disciplinario respecto a las medidas preventivas en Valdés De La Vega, quien mantiene que si «tanto la prevención como la organización fuesen insuficientes para evitar situaciones de acoso moral, el empresario debe hacer uso de sus facultades disciplinarias para reprimir y sancionar tales conductas» (Valdés De La Vega, B., “El tratamiento del acoso moral desde la autotutela colectiva”, en Correa Carrasco, M. *et alía*, *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, España, Comares, 2007, 217). También se muestran partidarios del carácter obligado y no discrecional del ejercicio del poder disciplinario frente a situaciones de acoso., Vallejo Dacosta, R., *Riesgos Psico-Sociales: Prevención, Reparación y Tutela Sancionadora*, España, Aranzadi, 2005, p. 71 y Soriano

A este respecto, debe señalarse que el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo (2007) recoge este carácter reglado del poder disciplinario empresarial al señalar que, en el caso de que hayan tenido lugar en la empresa actos de acoso o violencia, «se tomarán medidas apropiadas contra sus autores», medidas que irán «de la sanción disciplinaria al despido».

La imposición de sanciones disciplinarias en los supuestos de acoso tendrá como finalidad principal garantizar la seguridad y salud de los trabajadores sobre los que se ha ejercido la violencia psicológica, por lo que las mismas «han de mostrarse razonablemente eficaces para erradicar cualquier reincidencia» (SJS Sevilla de 26 de diciembre de 2002)⁶⁷. Igualmente, a través del ejercicio del poder disciplinario, la empresa pondrá de manifiesto su posición clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no van a ser toleradas en el seno de la organización – política de “tolerancia cero” a la que se refiere el citado Acuerdo Marco Europeo –, lo que, sin duda, jugará un importante papel preventivo de la aparición de futuras conductas de acoso psicológico, papel disuasorio y ejemplarizante de la sanción frente a potenciales trabajadores acosadores. Por último, es de señalar que alguna resolución judicial se ha referido a la necesidad de sancionar las conductas hostigadoras en aras de resarcir el daño moral sufrido por el trabajador víctima de las mismas, STSJ de Castilla y León de 28 de enero de 2010⁶⁸.

Si, como hemos analizado en el apartado anterior, el fundamento contractual de este “deber de sancionar” ha sido fijado jurisprudencialmente en la configuración del mismo como parámetro que sirve para verificar el cumplimiento diligente de la deuda de seguridad, en los supuestos de hostigamiento psicológico se añade un fundamento constitucional. Y es que, dada la conducta activa exigible al empresario en cuanto a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores afectados por el acoso, éste

Cortés, D., “El poder disciplinario en los supuestos de acoso en el trabajo”, en De La Flor Fernández, M^aL., *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 175 (versión PDF). Otros autores, sin embargo, rechazan este carácter obligatorio y consideran al poder disciplinario como un instrumento complementario para cumplir la obligación de seguridad pero de ejercicio discrecional: Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, España, La Ley, 2008), p. 350; Navarro Nieto, F., “Impulsos y resistencia judiciales en la tutela afrente al acoso moral”, *Aranzadi Social*, Aranzadi, 21, 2010, p. 7 (versión internet). Por su parte, Cruz Villalón apunta la posibilidad de que el legislador, con el fin de dar mayor relevancia a la tutela de la salud, corrija la discrecionalidad en el ejercicio del poder disciplinario e imponga como obligatoria la sanción: Cruz Villalón, J. *Óp. cit.*, p. 352.

⁶⁷ AS 2003/3044.

⁶⁸ JUR 2010/101360.

deberá actuar respondiendo frente al ataque a estos derechos a través del instrumento del poder disciplinario⁶⁹. El poder disciplinario ejercido frente al acosador se articula, así, como medio necesario para proteger el derecho fundamental de los trabajadores acosados a su vida e integridad psicofísica (art. 15 CE).

Nos encontramos, pues, ante una “potestad sancionadora” del empresario, cuyo ejercicio no es libre, en tanto, como se dijo en el primer apartado de este trabajo, no se orienta a la satisfacción de su interés patrimonial sino a la protección de un interés ajeno, el del trabajador a ver respetada su dignidad y su vida e integridad psicofísica⁷⁰. Por tanto, ante supuestos de acoso moral, «el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario», SSTSJ de Madrid de 24 de abril de 2006⁷¹, de 31 de marzo de 2006⁷² de 4 de junio de 2007⁷³ y 18 de marzo de 2011⁷⁴.

En definitiva, en los supuestos de acoso, nos encontramos con situaciones en las que se atenta contra derechos fundamentales de la víctima, por lo que, como ha señalado el profesor Gil y Gil, el empresario pierde la discrecionalidad sancionadora y debe ejercitar el poder disciplinario, «para evitar una responsabilidad por omisión que, de otro modo, se le podría exigir»⁷⁵.

El cumplimiento diligente del empresario de su deuda de seguridad frente a situaciones de acoso exigirá el ejercicio del poder disciplinario frente al acosador, puesto que la omisión empresarial de dicho ejercicio implicará pasividad o permisividad empresarial frente al riesgo psicosocial detectado. La inactividad de una empresa que, conocedora de una situación de hostigamiento laboral, no proceda a ejercer su poder disciplinario, supondrá que ésta sea responsable de la situación de acoso. Tal y como destaca la SJS Sevilla de 26 de diciembre de 2002⁷⁶, «si el empresario conocedor del acoso desatiende su obligación de hacer, es decir de impedir la reproducción de estos episodios en su condición de garante del deber de seguridad de la integridad física y de la dignidad del trabajador en el trabajo, responderá entonces, aun cuando él no sea el agresor, de los daños causados».

⁶⁹ Fernández López, M.F., *Óp. cit.*, 221.

⁷⁰ Gutiérrez-Solar Calvo, B., *El deber de seguridad...*, *Óp. cit.*, p. 193.

⁷¹ AS 2006/2280.

⁷² AS 2006/1694.

⁷³ JUR 2007/252767.

⁷⁴ AS 2011/1826.

⁷⁵ Gil y Gil, J. L., *Óp. cit.*, p. 8.

⁷⁶ AS 2003/3044.

La responsabilidad empresarial por pasividad ante situaciones de acoso es tenida en cuenta por la STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2004⁷⁷ que, al declarar procedente el despido de un trabajador por – entre otros incumplimientos – haber proferido ofensas verbales contra una subordinada a lo largo de un periodo de dos meses, destaca que «la calificación de tal actuación no puede sino ser reprobada y de necesaria actuación de la empresa contra el que las vierte [...] para no ser responsable el empresario y por pasividad de una situación que hubiera podido dar lugar a una demanda o denuncia por acoso moral o mobbing por parte de la trabajadora».

En esta misma línea de configurar el ejercicio del poder disciplinario como medida de protección frente a situaciones de acoso, en la SJS de Vigo de 28 de febrero de 2002⁷⁸ se establece que es obligación de la empresa «conseguir un entorno laboral adecuado, con el debido respeto a la dignidad de los trabajadores, adoptando para ello todas las medidas que sus facultades – incluidas las disciplinarias – le permiten; y al no hacerlo así, incurre en un incumplimiento contractual grave» que permite al trabajador acosado la resolución causal del contrato por la vía del art. 50.1.c) ET.

También se recoge expresamente el deber empresarial de sancionar en la STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009 que, en proceso de tutela de derechos fundamentales, conoce de un supuesto de acoso descendente. La citada resolución judicial condena al superior jerárquico (6.000 euros) y a la empresa (1.200 euros) a indemnizar a una trabajadora por una conducta de acoso en el trabajo vulneradora de los derechos fundamentales a la integridad física y moral y del derecho al honor. En cuanto a la conducta de la empresa – que, conocedora de la situación, había advertido a la víctima del hostigamiento psicológico sobre la existencia de un protocolo para el tratamiento de las situaciones de acoso moral y propuesto un cambio de puesto –, la citada resolución destaca que «desde el punto de vista sancionador, el acoso moral vertical hubiera merecido una respuesta sancionadora por parte de la empresa [...]. De ahí que establezcamos una responsabilidad económica a cargo de la empresa al no haber ejercido el procedimiento disciplinario contra el acosador, esto es, por su conducta omisiva y, en cierto modo, permisiva con la situación».

Es de señalar que, el que la imposición empresarial de sanciones disciplinarias frente al acosador se configure como la vía idónea para lograr el cese

⁷⁷ JUR 2004/199763.

⁷⁸ AS 2002/634. La “pasividad” del empresario frente a situaciones de acoso conocidas justificará igualmente la imposición a la empresa del recargo de prestaciones: por todas, STSJ de Valencia de 17 de enero de 2012 (AS 2012/974).

inmediato de la conducta hostigadora así como el restablecimiento del acosado en la integridad de su derecho, permitiría a la víctima, que recaba la tutela de su derecho a través del proceso de tutela de derechos fundamentales, solicitar que se condene a la empresa a ejercer el poder disciplinario sobre el trabajador responsable del hostigamiento laboral.

Esta posibilidad de que, en el suplico de la demanda, se incluya pretensiones que han de desplegar sus efectos sobre el trabajador responsable inmediato de la vulneración del derecho fundamental, ejercicio por parte de la empresa del poder disciplinario, fue tenido en cuenta por nuestra jurisprudencia – STS de 30 de enero de 2008⁷⁹ – y hoy lo es por nuestra normativa – art. 177.4 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social⁸⁰ – al prescribir la necesidad en estos supuestos de codemandar a la empresa y al trabajador responsable – litisconsorcio pasivo necesario – en los procesos de tutela de derechos fundamentales. En este sentido, entiendo que la condena a la empresa de sancionar conductas constitutivas de acoso podría tener acomodo en el art. 182.1.c) de la citada ley rituarial que prevé, como posible contenido de la sentencia estimatoria de la demanda en procesos de tutela, el que se obligue a «realizar una actividad omitida».

Por tanto, se ha de rechazar el criterio mantenido en la citada STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009⁸¹ que, pese a condenar a la empresa, en proceso de tutela de derechos fundamentales, a indemnizar a la víctima de acoso por «no haber ejercido el procedimiento disciplinario contra el acosador» – codemandado –, no estima la pretensión de la víctima de condenar a la empresa a ejercer dicho procedimiento, por entender la citada resolución que no procede inmiscuirse «en la esfera del poder de dirección y de organización de la estructura empresarial, que exclusivamente incumben y competen a la empresa»⁸².

⁷⁹ RJ 2008/2777.

⁸⁰ La aplicación de este precepto para la «búsqueda de la sanción-despido del provocador de la falta de salud mental» en Benito-Brutón Ochoa, J. C., «Jurisprudencia dictada en el área social sobre salud mental en el trabajo», en *La salud mental de los trabajadores*, *Óp. cit.*, p. 475.

⁸¹ AS 2009/2308.

⁸² También rechaza la pretensión de que se traslade a la trabajadora acosadora, pese a entender que la conducta pasiva de la empresa vulnera el derecho fundamental de la trabajadora hostigada, la STSJ de Andalucía de 23 de febrero de 2011 (AS 2012/2517). Entiende esta resolución judicial que el carácter preventivo y sancionador de la medida solicitada carece del carácter reparador al que se refería el art. 180.1 de la ley procedimental entonces aplicable (RD-Leg. 2/1995, de 7 de abril). Frente a este último criterio, entendemos más acertado el mantenido en la ya citada STSJ de Castilla y León de 28 de enero de 2010, (JUR 2010/101360) según el cual la sanción disciplinaria del hostigador resarce el daño moral sufrido por el trabajador víctima del acoso.

En cuanto a la sanción a imponer, debe partirse del hecho de que las situaciones de acoso pueden presentar distintos grados teniendo en cuenta la intensidad de la conducta, su duración en el tiempo, sus efectos sobre la salud de los trabajadores, su intencionalidad⁸³.

El despido disciplinario, como sanción máxima a imponer en el orden social, se reservará pues para aquellos supuestos en los que la gravedad de las conductas y la culpabilidad del hostigador requieran esta drástica respuesta⁸⁴, siendo deseable que los convenios colectivos tipifiquen en el cuadro de infracciones y sanciones otro tipo de medidas correctoras/sancionadoras – movilidad funcional, cambios de centro de trabajo, traslados, etc. – para hacer frente a situaciones de menor gravedad.

4. Bibliografía

BENITO-BUTRÓN OCHOA J.C., *Jurisprudencia dictada en el área social sobre salud mental en el trabajo*, en P. COLLANTES *et alía*, *La salud mental de los trabajadores*, España, La Ley, 2012

BURGOS GINER M.A., RUANO ALBERTOS S., J.I. GARCÍA NINET *et alía*, *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, España, Universidad Jaume I, 1998

GIL Y GIL J.L., *El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador*, en *Aranzadi Social*, 2003, 13 (BIB2003/1246)

CAVAS MARTÍNEZ F., *Breves consideraciones sobre la prevención de riesgos psicosociales*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS *et alía*, *Los Riesgos Psicosociales: Teoría y Práctica*, España, Aranzadi, 2009

CAVAS MARTÍNEZ F., *Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales*, en *Aranzadi Social*, 2006, 5

COLLANTES IBÁÑEZ P., *Prevención de riesgos psicosociales y salud mental*, en P. COLLANTES *et alía*, *La salud mental de los trabajadores*, España, La Ley, 2012

⁸³ Entendemos que para que exista acoso no es necesaria la concurrencia de una determinada intencionalidad del agente causante del mismo en orden a minar o dañar psicológicamente a la víctima en aras de lograr su salida de la empresa. Optamos, por tanto, por un concepto objetivo de mobbing, según el cual, es suficiente para encontrarnos ante estas situaciones de riesgo el hecho de que las conductas hostigadoras hayan creado un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo para la víctima. Cuestión distinta es que el criterio subjetivo-intencional deba tenerse en cuenta al valorar la gravedad de la conducta hostigadora.

⁸⁴ Declaran la procedencia del despido disciplinario, en supuestos de acoso, por transgresión de la buena fe contractual: STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006/140879) y STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2007 (AS 2007/337).

- CRUZ VILLALÓN J., *Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas*, en *Relaciones Laborales*, 2006, 10
- DÍAZ MOLINER R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. II, España, Dijusa, 1998
- FABREGAT MONFORT G., *La movilidad funcional por razones objetivas*, España, Tirant lo Blanch, 2002.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M^ªF., *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas 1991
- GARCÍA GONZÁLEZ G., *Crisis económica y riesgos psicosociales: el suicidio como accidente de trabajo. Perspectiva jurídico-preventiva*, en *Revista de Derecho Social*, 2010, 50
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública*, en *Aranzadi Social*, 2005 (BIB 2005/1754)
- GARCÍA MURCIA J., *Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en M.E. CASAS BAAMONDE, M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, F. VALDÉS DAL-RÉ (coord.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, España, La Ley-Actualidad, 1997
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, España, Consejo Económico y Social, 1999
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., *El acoso en el trabajo: límite de los deberes empresariales de protección y responsabilidades solidarias*, en *Relaciones Laborales*, 2009, 20
- IGARTUA MIRÓ M.T., *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, España, Tecnos, 2011
- IGARTUA MIRÓ M.T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, España, Laborum, 2000
- IGARTUA MIRÓ M.T., *La obligación general de seguridad*, España, Tirant lo Blanch, 2000
- JURADO SEGOVIA A., *Acoso moral en el trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, España, La Ley, 2008
- LUMIA G., *Principios de teoría e ideología del Derecho*, España, Debate, 1978
- MONTOYA MELGAR A., *El poder de dirección del empresario*, España, Instituto de Estudios Políticos, 1965
- MONTOYA MELGAR A., *El poder de dirección del empresario*, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, España, Civitas, Tomo I, 2000
- MONTOYA MELGAR A., *Derecho del Trabajo*, España, Tecnos, 2012

- NAVARRO NIETO F., *Impulsos y resistencia judiciales en la tutela afrente al acoso moral*, en *Aranzadi Social*, 2010, 21
- CABEZA PEREIRO J., *El recargo de prestaciones en el marco de los riesgos psicosociales*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS *et alía*, *Los Riesgos Psicosociales: Teoría y Práctica*, España, Aranzadi, 2009
- RODRÍGUEZ PÉREZ M.C., *La nueva dimensión de los riesgos psicosociales y el papel de la Inspección de Trabajo en su control y represión*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 2010, 323
- RODRÍGUEZ RAMOS M.J., PÉREZ BORREGO G., *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en A. OJEDA AVILÉS *et alía*, *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, España, Aranzadi, 1996
- ROMAGNOLI U., *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, España, Consejo Económico y Social, 1997
- SALA FRANCO T., ARNAU NAVARRO F., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, España, Tirant lo Blanch, 1996
- SANTOS HERNÁNDEZ M^aD., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, España, Bomarzo, 2005
- SEMPERE NAVARRO A.V. *et alía*, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, España, Civitas, 2001
- SORIANO CORTÉS D., *El poder disciplinario en los supuestos de acoso en el trabajo*, en M^aL. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007
- SUPIOT A., *Crítica Del Derecho del Trabajo*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA M., “Reflexiones en tono a la prevención de los riesgos psicosociales”, *Revista Derecho Social*, Bomarzo, 39, 2007
- VALDÉS DE LA VEGA B., *El tratamiento del acoso moral desde la autotutela colectiva*, en M. CORREA CARRASCO *et alía*, *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, España, Comares, 2007
- VALLEJO DACOSTA R., *Riesgos Psico-Sociales: Prevención, Reparación y Tutela Sancionadora*, España, Aranzadi, 2005

Riesgos psicosociales, autonomía colectiva y prevención de riesgos

de José Fernando Lousada Arochena

1. El tratamiento de la prevención de riesgos en la negociación colectiva

Riesgos psicosociales, autonomía colectiva y prevención de riesgos son tres tópicos que, hace menos de 40 años, sería impensable estuvieran relacionados en orden a su tratamiento jurídico. La afirmación se hace especialmente evidente, y no necesitaría más explicaciones, si tomamos en consideración que los riesgos psicosociales no han sido identificados como riesgos laborales hasta las últimas décadas del Siglo XX. El estrés laboral es un concepto nacido en la década de los setenta, lo mismo que el acoso sexual, si bien este ni siquiera se calificó como riesgo laboral hasta entrada la década de los noventa, siendo entonces también cuando se elaboran conceptos como el *burn out* o el acoso moral, sexista o discriminatorio.

Pero acaso no sea una afirmación tan evidente si nos centramos en los otros dos tópicos de la trilogía, a saber la autonomía colectiva y la prevención de riesgos. Y, como afirmación de partida de nuestro análisis, lo que nos interesa destacar es, precisamente, que el tratamiento de la prevención de riesgos en la negociación colectiva era, hace menos de 40 años, prácticamente testimonial, como lo ratifican los primeros estudios de la doctrina española sobre prevención de riesgos y negociación colectiva¹. Aunque el conocido Informe

¹ Goerlich Peset, J. M., denunció la limitación de la negociación en la materia a la monetización del riesgo a través de pluses de peligrosidad, penosidad y toxicidad, o de mejoras de prestaciones de seguridad social derivadas de contingencias profesionales, lo cual, lejos de fomentar una cultura preventiva, la dificulta al asumir la inevitabilidad del riesgo, y a la regulación de órganos representativos especializados, lo cual, siendo acertado, tampoco supone una regulación directa de normas preventivas (“Aproximación al estado de la seguridad e

Durán² seguía manifestando carencias en la regulación, al igual que otros estudios más actuales³ y al igual que, hasta el momento, el más completo realizado⁴, los progresos han sido significativos.

¿Por qué ese progresivo crecimiento del papel de la negociación colectiva en materia preventiva? En las últimas décadas, el papel de la negociación colectiva ha crecido, pasando de su tradicional relación de mejora de las normas legales, a ocupar espacios reguladores más amplios, bien completando las normas legales, bien arrinconándolas en la supletoriedad. De este modo, el progresivo crecimiento de la negociación colectiva en materia preventiva sería una manifestación específica de ese fenómeno más general. Aunque la evolución acaecida en tal ámbito presenta particularidades que se analizan a

higiene en la negociación colectiva”, *Revista de Política Social*, 143, 1984). Apenas unos años después, González Ortega, S., hablaba de “formidable déficit” (“Derecho a la salud y control de los trabajadores”, *Relaciones Laborales*, I, 1990), Valdés Dal-Ré, F., calificaba a la negociación en la materia de posibilidad “infrautilizada” (“La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, I, 1994), y Quesada Segura, R., concluía al respecto con un balance “sumamente descorazonador” (*La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997).

² El Informe Durán (*Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, dirigido por Durán López, F., Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001) señalaba que el tratamiento de la negociación colectiva en este ámbito no reflejaba hasta el momento, ni cuantitativa ni cualitativamente, su importancia objetiva. Aproximadamente la mitad de los convenios analizados en el Informe Durán, y aun respecto de actividades laborales con elevado riesgo, no contenían previsión expresa alguna sobre la salud laboral, al tiempo que los que sí la hacían, y salvo contadas y meritorias excepciones, lo hacían en términos de pura traslación mimética y mecánica de los contenidos legales.

³ Los estudios de Luque Cortina, M., García Benavides, F., Montagut, R., Del Rey Guanter, S., (“Análisis de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva española”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 11, 2002), o de Navarro Nieto, F. (“El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 75, 2004), han detectado un incremento cuantitativo y un cierto enriquecimiento cualitativo, aunque denuncian que esos avances se encuentran lastrados por la ausencia de una visión estratégica sobre el papel de la negociación colectiva en la materia y sobre la función que cada nivel negocial puede jugar.

⁴ Nos referimos al estudio de Tudela Cambroner, G., Valdeolivas García, Y. (*La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, CCNCC, Madrid, 2009), que, tras el análisis de 1540 convenios, alcanza sintéticamente las siguientes conclusiones: importante incremento cuantitativo de las cláusulas negociales de prevención de riesgos laborales; cierta pobreza cuantitativa con una notable tendencia a la reproducción mimética de las normas legales; mantenimiento de cláusulas negociales dirigidas a monetizar el riesgo; solo ocasionalmente regulaciones de verdadero alcance preventivo; y existencia de unos contenidos negociales en general buenos en la materia de representación especializada.

continuación y que es necesario destacar para entender el tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales.

1.1. El reconocimiento legal de los espacios negociales

El proteccionismo paternalista de la legislación laboral franquista determinó la predominancia en la configuración normativa de la deuda de seguridad del aspecto público sobre el privado a través de una regulación heterónoma exhaustiva – en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9.3.1971 –, lo que desplazaba – en un régimen con represión de la libertad sindical – cualquier posibilidad de regulación autónoma de la prevención de riesgos laborales, y ello operó como corriente de arrastre en los primeros años del periodo democrático. Los riesgos laborales solo se contemplaban en perspectiva retributiva, pluses de peligrosidad, penosidad o toxicidad o mejoras de prestaciones por contingencias profesionales.

Probablemente influyese de manera importante en esa inicial ausencia de normas sobre prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva, además de la corriente de arrastre a causa del marcado paternalismo y de la represión sindical características del ordenamiento laboral franquista, la creencia de que, por su carácter eminentemente técnico, las normas sobre prevención de riesgos eran impropias para su abordaje a través de la negociación colectiva. Una creencia sin duda errónea como lo ha demostrado el paso del tiempo a la vista de la proliferación actual de normas preventivas en la negociación colectiva no obstante el carácter cada vez más técnico de la normativa prevencionista.

La situación comenzó a cambiar en los ochenta. El Estatuto de los Trabajadores destacó el aspecto privado de la deuda de seguridad cuando, en su artículo 4.2.d), enumera entre los derechos de los trabajadores en la relación de trabajo el derecho «a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene». Tal expresión, si la interpretamos al amparo del Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, incluye, más allá del cumplimiento de las normas técnicas, la formación, información y participación de los trabajadores, o la organización de la prevención, que – a diferencia de las normas técnicas – son cuestiones cuya regulación puede abordarse en negociación colectiva.

Con la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, la denominada Directiva Marco, se regulan diversas

materias que permiten de manera clara la entrada de la negociación colectiva: los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud; la eliminación de los factores de riesgo y accidente; la información, la consulta y la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales; la formación de los trabajadores y de sus representantes; y las líneas generales para la aplicación de esos principios.

Será en los noventa cuando, a causa de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se reconocen y amplían los espacios negociales. Y es que en su mismo artículo 1, bajo la titulación «normativa sobre prevención de riesgos laborales», se establece que «la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito». Por lo tanto, se está reconociendo de manera expresa a la autonomía colectiva como una de las fuentes de la regulación.

No extraña, en consecuencia, que tanto la LPRL como sus normas de desarrollo contengan referencias a la negociación colectiva, como son, en la LPRL, sus artículos 2.2 y 35.4 y su disposición transitoria 1, y, en sus normas de desarrollo, la disposición adicional 7 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención, y el artículo 11 y la disposición adicional 2 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de coordinación de actividades empresariales. No corresponde analizar esas normas – que hemos analizado en otro lugar⁵ –, pero sí de destacar el reconocimiento que suponen de espacios negociales.

1.2. La transversalización de la prevención de riesgos laborales

El progresivo crecimiento del papel de la negociación colectiva en materia preventiva no solo se explica en atención al reconocimiento legal de los espacios negociales. Otra circunstancia coadyuva ese crecimiento. Se trata de la denominada transversalización de la prevención o integración de la prevención en la totalidad de las condiciones de trabajo, que es una moderna

⁵ Un análisis más específico de esas normas legales y reglamentarias lo acometí en mi estudio “La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva”, *Revista Técnico Laboral*, 134, 2012.

teorización doctrinal según la cual un ambiente de trabajo saludable incluye el reconocimiento de ciertos mínimos en las condiciones de trabajo en el entendido de que, a través del respeto de ciertos mínimos y de la consiguiente mejora de las condiciones de trabajo, se aumenta el bienestar del trabajador y, en resumen, se mejora la salud física y psíquica.

Aunque la práctica totalidad de las condiciones de trabajo presentan una potencial dimensión preventiva, la transversalización de la prevención se ha materializado, hasta el momento, solo en algunas condiciones de trabajo, acaso las más relevantes sobre la salud del trabajador: la normativa sobre jornada de trabajo, la protección de la maternidad, la edad mínima para trabajar y el trabajo de los menores de edad, o la protección de los trabajadores atípicos. Igualmente se ha aplicado la perspectiva preventiva en el ámbito del principio de igualdad de trato y de oportunidades, con la consiguiente prohibición de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Consecuencia inmediata del reconocimiento de una perspectiva preventiva en dichas condiciones de trabajo – insistimos en que esa perspectiva puede aparecer en todas las condiciones de trabajo, pero hasta el momento solo a estas se les ha aplicado – es que, no solo pasan a ser formalmente condiciones de salud laboral, sino que materialmente se les pasa a aplicar la lógica preventiva característica del tratamiento jurídico de las condiciones de salud laboral o, dicho en otros términos más directos, al legislador se le exige, más allá de la adopción de medidas que sancionan los incumplimientos de esas condiciones de trabajo, la adopción de medidas que previenen los incumplimientos de esas condiciones de trabajo.

La legislación comunitaria ofrece magníficos ejemplos de la transversalización de la prevención. Así es que, en el marco de la antes citada Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, se han dictado directivas sobre salud laboral de trabajadores temporales o de empresas de trabajo temporal⁶, sobre salud laboral de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia⁷, sobre

⁶ Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporales.

⁷ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

ordenación del tiempo de trabajo⁸ y sobre trabajo de menores y jóvenes⁹. Igualmente dentro de las directivas sobre igualdad existen referencias a medidas preventivas de la discriminación¹⁰.

Pues bien, este fenómeno de transversalización de la prevención ha sido otro motor del progresivo crecimiento del papel de la negociación colectiva en materia preventiva. Y ello se comprende solo con recordar el destacado papel que, en las diversas materias a las que se acaba de aludir, puede ostentar la regulación del convenio colectivo, en especial desde una lógica preventiva. De este modo, la transversalización de la prevención ha supuesto, no solo la consideración de determinadas materias como condiciones de salud laboral y la consiguiente aplicación a las mismas de medidas de carácter preventivo, sino, además, la entrada de la negociación colectiva en el establecimiento de dichas medidas de carácter preventivo.

2. La eclosión de los riesgos psicosociales y su abordaje a través de la negociación colectiva

2.1. Normativa sobre prevención de los riesgos psicosociales a través de la negociación colectiva

El reconocimiento legal de los espacios negociales en la materia preventiva y la transversalización de la prevención sobre las condiciones de trabajo son dos fenómenos acaecidos en las últimas décadas que han operado como motores del progresivo crecimiento del papel de la negociación colectiva en materia preventiva y que, añadimos ahora, son el telón de fondo de la salida a la escena jurídica de los riesgos psicosociales. Un telón de fondo que – parece evidente – ha condicionado fuertemente el tratamiento jurídico de los riesgos

⁸ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, modificada por la 2000/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, y ambas refundidas en la 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre ordenación del tiempo de trabajo.

⁹ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre trabajo de menores y jóvenes.

¹⁰ Véase el artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), cuando obliga a los Estados miembros a alentar a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar «medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción».

psicosociales a nivel europeo e igualmente a español interno¹¹. De este modo, la negociación colectiva ocupa un importante papel en la prevención de los riesgos psicosociales¹².

No es de extrañar, en consecuencia, que la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo – que es la primera norma comunitaria donde se aborda un riesgo psicosocial, el acoso sexual, desde una perspectiva preventiva – expresamente afirme que «las políticas y los procedimientos recomendados más adelante deberían adoptarse, según sea necesario, tras consultar o negociar con los sindicatos o con los representantes de los trabajadores», argumentando que así «tienen más posibilidades de ser eficaces». Tampoco es de extrañar que, junto a las recomendaciones para las empresas, se contengan otras para los sindicatos.

Más allá han ido las siguientes normas comunitarias en la medida en que son normas ya directamente nacidas de la negociación colectiva. Se trata del Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés laboral (2004), del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (2007), y del Acuerdo-Guía Multisectorial sobre violencia y acoso de terceros (2010). Además, se suele delegar en los miembros nacionales de los agentes firmantes la implementación interna. En el caso del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo su implementación en España se ha realizado en el Anexo IV del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para 2008, BOE de 14.1.2008.

Siguiendo claramente esta orientación normativa, el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, después de obligar a las empresas a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, agrega que «con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación». También la negociación colectiva es central en la prevención en la Administración General

¹¹ Véase el análisis de los distintos modelos en García Jiménez, M., De la Casa Quesada, S., Molina Navarrete, C., *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: un panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*, Bomarzo, Albacete, 2011.

¹² Y, por extensión, los sindicatos. Al respecto, véase el Anuario Internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo de 2011, Molina Navarrete, C. y González Vicente, E. (coordinado por), *El papel de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos psicosociales: un desafío global*, Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales de la UGT, Madrid, 2011.

del Estado (véase artículo 62 y Acuerdo de 27.7.2011 de Mesa General de Negociación de la AGE, BOE de 8.8.2011).

2.2. Contenidos obligados/recomendados en las cláusulas negociales

No es momento de abordar en detalle a qué obligan y/o qué recomiendan esas normas a la negociación colectiva en orden a la prevención del acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral y de los riesgos psicosociales. Sobre ello hay varios estudios de gran interés¹³. Pero sí es oportuno a efectos de nuestro análisis – y, más específicamente, a los efectos de verificar la implantación de medidas preventivas de los riesgos psicosociales en nuestra negociación colectiva – acometer una aproximación general de a qué obligan y/o qué recomiendan esas normas a la negociación colectiva. De esa aproximación general se concluye que, según esas normas, la negociación colectiva debería abordar las siguientes cuestiones:

1. la inclusión de una definición de acoso sexual y de acoso sexista, de acoso discriminatorio, de acoso moral y de riesgos psicosociales que sean lo suficientemente amplias para recoger la variedad de supuestos y que expresamente integre tanto el chantaje sexual como el acoso ambiental;
2. una declaración de principios, que se puede contener en el propio texto del convenio colectivo, garantizando el compromiso de la empresa y de sus directivos de tolerancia cero en el tratamiento del acoso sexual y del acoso sexista, del acoso discriminatorio y, en general, del acoso moral;
3. la contemplación de los riesgos psicosociales – incluyendo todos los acosos – dentro de las medidas de salud laboral, posibilitando una mejora en la prevención como preferente sobre las medidas sancionadoras;
4. el establecimiento de un procedimiento informal de solución que evite de raíz actos no deseados sin necesidad de acudir a procedimientos formales de sanción disciplinaria. Para la tramitación de las quejas, sería conveniente instaurar la figura del asesor – o mejor asesora – confidencial;

¹³ Normalmente bajo el formato de guías publicadas por organismos oficiales, por sindicatos o por organizaciones no gubernamentales. Por citar alguna, véase la elaborada por Vilches Arribas, M. J., Hernández Canosa, M., Pérez del Río, T., *Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva*, Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, y la elaborada por Ballester Pastor, M. A., *Guía de negociación sobre el acoso moral en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006.

5. la adecuada regulación del procedimiento sancionador, evitando formalismos innecesarios y garantizando celeridad y confidencialidad, debiéndose establecer la participación de representantes de trabajadores/as, y, en caso de estar instauradas, de comisiones para la igualdad de trato;
6. la tipificación de infracciones disciplinarias, y sus correspondientes sanciones, considerando el principio de proporcionalidad, debiendo valorar que, si siempre se califica como muy grave, los comportamientos que no sean muy graves tenderán a quedarse impunes;
7. el reconocimiento de una garantía de indemnidad a favor de quienes denuncien conductas de acoso y, en general, de cualesquiera personas que intervengan en un procedimiento tanto formal como informal;
8. el compromiso del empleador y de los agentes sociales en la formación de los intervinientes en las relaciones laborales, correspondiendo especialmente al empleador formar a sus directivos, y a los sindicatos formar a sus afiliados, especialmente si son representantes del personal.

3. La situación de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva española

Una vez se ha constatado la importancia que las normas comunitarias e internas atribuyen a la negociación colectiva en el tratamiento preventivo de los riesgos psicosociales, y examinada grosso modo a qué obligan y qué recomiendan esas normas comunitarias e internas, procede, para continuar nuestro análisis, verificar la implantación de medidas preventivas de los riesgos psicosociales en nuestra negociación colectiva. Sobre ello hay varios estudios de gran interés¹⁴. A los efectos de nuestro análisis, bastará con limitarnos a los riesgos psicosociales más prototípicos, a saber el acoso sexual/sexista y el acoso moral,

¹⁴ El análisis del tratamiento negocial del acoso sexual / sexista y del acoso moral ha ocupado en los últimos años a la doctrina laboralista española, con lo cual la cita se podría alargar de manera importante sin conseguir la exhaustividad dado el riesgo siempre latente de olvidar algún estudio, sobre todo si consideramos que los estudios monográficos sobre el acoso sexual / sexista y moral suelen contener referencias a la negociación colectiva. Menos usuales son los estudios conjuntos del tratamiento negocial todos los riesgos psicosociales. De entre ellos, San Martín Mazzucconi, C. (investigadora principal), *El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: Pautas de la negociación colectiva actual y propuestas de futuro*, Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales de la UGT, Madrid, 2008.

y con recordar aquí las conclusiones que, en relación con dichos riesgos, hemos alcanzado en un anterior estudio¹⁵.

3.1. Acoso sexual y acoso sexista

Tanto con carácter general como cuando se habla de negociación colectiva, la lucha contra el acoso sexual y sexista ha partido de la tolerancia social de la conducta, ha seguido un camino lento al enfrentarse a muchas resistencias, y aún no ha concluido en la inexorable dirección de dignidad de las personas. De este modo, nos encontramos en una evolución que nos debería conducir a la regulación del acoso sexual y sexista en convenios colectivos, planes de igualdad, protocolos antiacoso y/o códigos de conducta, estableciendo al efecto cláusulas conceptuales, declaraciones de principios, mecanismos de prevención, sanciones disciplinarias y garantías de procedimiento, adaptadas a la realidad del convenio colectivo.

Así las cosas, las definiciones de acoso sexual son relativamente frecuentes en la negociación colectiva, aunque, desafortunadamente, no aparecen en la totalidad de los convenios colectivos, ni siquiera en la totalidad de los convenios colectivos con referencias al acoso sexual, que a veces limitan esas referencias a recoger tales conductas como infracciones, pero sin conceptuarlas. Mucho menos usuales son las referencias al acoso sexista a consecuencia de su más reciente implantación en nuestro ordenamiento jurídico interno, con la adicional circunstancia de que, como ocurría con el acoso sexual, algunos convenios colectivos se limitan a recoger tales conductas como infracciones, pero tampoco las conceptúan.

Las declaraciones de principios sobre tolerancia cero del acoso sexual y sexista, debidamente publicadas, son un elemento fundamental dentro de una política empresarial de lucha contra el acoso sexual y sexista. Tales declaraciones se pueden realizar por la sola voluntad de la empresa, adoptando la fórmula de códigos de conducta, o se pueden integrar en la negociación colectiva, manifestándose en convenios colectivos o planes de igualdad. Aunque los códigos de conducta – precisamente al ser una declaración emanada de la empresa – suelen comenzar con una declaración de principios, no son muchos, sin embargo, los convenios colectivos que contienen declaraciones de principios, lo cual deberá ser objeto de crítica.

¹⁵ Me refiero a *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, estudio que dirigí y dentro del cual analicé, precisamente, el tratamiento del acoso sexual / sexista y del acoso moral, CCNCC, Madrid, 2008.

Tampoco los mecanismos de prevención – como el procedimiento informal de solución – suelen aparecer ni en convenios colectivos ni en planes de igualdad y, cuando aparecen, las referencias adolecen de una escasa concreción y denotan desconocimiento de los fines preventivos. Una causa de esa situación son las dificultades de concreción de los mecanismos de prevención de los riesgos psicosociales. Pero también hay otros factores, como la tendencia a formalizar el conflicto y a las respuestas sancionadoras, una tendencia que se considera propia de nuestra cultura jurídica, aunque aquí se podría discutir sobre si es una tendencia propia del sistema español o, en general, es típica de las sociedades androcéntricas.

Mientras las anteriores cláusulas negociales relativas al acoso sexual y al sexista están menos extendidas, las relativas a la sanción disciplinaria están muy generalizadas, de ahí que sean muchos los convenios colectivos donde la única referencia a la cuestión del acoso sexual y sexista sea, justamente, en materia disciplinaria. Y al momento de extraer conclusiones generales, la más destacada es la tendencia a la severidad de la sanción. Una tendencia que es criticable cuando se lleva al extremo de sancionar todas las conductas de acoso sexual o sexista con el despido disciplinario. Debe la severidad de la sanción ser conjugada con el reconocimiento de un campo calificador que no lleve inexorablemente a un despido disciplinario.

La última modalidad de cláusulas negociales sobre acoso sexual y sexista se refieren a las garantías del procedimiento disciplinario, que buscan facilitar el ejercicio de los derechos de las personas implicadas, y, en particular, de las víctimas, en relación con la imposición de sanción disciplinaria al agresor. Tales garantías llegarían a configurar, de aceptarse en su totalidad, una modalidad especial de procedimiento disciplinario, donde, además, se podrían integrar intentos de arreglo a solicitud siempre de la persona denunciante. Pero, sin embargo, los convenios colectivos suelen acoger solamente alguna o algunas garantías de procedimiento, sin llegar a configurar una modalidad especial de procedimiento disciplinario.

3.2. Acoso moral

De una manera algo más rápida que el acoso sexual/sexista – probablemente al haber aprovechado los caminos que previamente este había roturado –, el tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva ha evolucionado desde la ausencia absoluta de cláusulas antimobbing a una situación en la cual, sin todavía ser la deseable, esas cláusulas encuentran una cierta implantación.

Menor – eso sí – que las cláusulas relativas a acoso sexual/sexista en la medida en que no hay ninguna norma legal donde se obligue a las empresas a adoptar medidas preventivas del acoso moral. Tampoco las cláusulas negociales sobre acoso moral son tan detalladas, abarcando tres clases: las conceptuales, las preventivas y las sancionadoras.

1. La ausencia de un concepto normativo de acoso moral en el ordenamiento jurídico español convierte en especialmente relevantes las cláusulas negociales sobre el concepto de acoso moral, y, acaso conscientes de esa circunstancia, los negociadores colectivos, cuando han decidido regular el acoso moral, han asumido la tarea adicional de conceptuarlo, de ahí que, en la mayoría de los convenios con tratamiento específico del acoso moral, se contengan definiciones que clasificaremos en tres grupos:

1. un primer grupo de definiciones construyen un concepto propio del acoso moral frente al acoso sexual y al discriminatorio, con elementos que entroncan con las elaboraciones clínicas, como son los siguientes: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima;

2. un segundo grupo de definiciones sustituye o complementa las anteriores definiciones generales con ejemplos de actos de acoso moral;

3. un tercer grupo de definiciones utilizan elementos definatorios propios de otras situaciones. Y nos corresponde alertar sobre este último grupo de definiciones en la medida en que, al difuminar los elementos característicos del acoso moral de conformidad con las elaboraciones clínicas, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el concepto con las consiguientes disfunciones tanto desde una perspectiva meramente pedagógica como desde una perspectiva estrictamente jurídica. Desde una perspectiva meramente pedagógica, se difumina la conducta, lo cual dificultará su exacta identificación, con la consecuente inseguridad de los/as trabajadores/as en cuanto a sus derechos. Y desde una perspectiva estrictamente jurídica, se corre el riesgo de abarcar situaciones que no son acoso moral – como el maltrato, la desconsideración, o el ejercicio arbitrario del mando –, dificultando la aplicación de medidas preventivas.

2. La respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso moral ha tomado como modelo la respuesta negocial preventiva y sancionadora frente al acoso sexual. Yendo algo más allá, se podría afirmar, en línea de principio y salvadas matizaciones, que todo lo que se ha dicho en orden al tratamiento negocial del acoso sexual es extensible al tratamiento negocial del acoso moral. Ahora bien, con dos matizaciones.

Una primera se refiere a los mecanismos preventivos y es en cuanto a la eficacia que con respecto al acoso moral puede tener el procedimiento informal de solución que es considerado mecanismo preventivo idóneo con respecto al acoso sexual. Tal procedimiento informal de solución puede ser eficaz cuando se trata del acoso sexual y, por extensión, del acoso sexista. Pero en el caso del acoso moral es más dudosa su eficacia directa en cuanto se trata de una conducta perversa. Ahora bien, el procedimiento informal de solución sí es eficaz para resolver conflictos interpersonales en el seno de la empresa, y, en consecuencia, como medida de prevención de riesgos psicosociales, lo cual redundará de manera indirecta en la prevención del acoso moral, que está demostrado surge menos en ambientes de trabajo sin riesgos psicosociales. Por lo tanto, es eficaz no directa sino indirectamente.

Y una segunda matización se refiere a los mecanismos sancionadores porque – a diferencia de lo que ocurre con el acoso sexual/sexista – es acertado sancionar el acoso moral siempre con una sanción muy grave, y tendencialmente con la más grave, que es el despido disciplinario, siempre que, naturalmente, consideremos un concepto estricto de acoso moral, sustentado en los elementos utilizados en las elaboraciones clínicas: la sistematicidad o recurrencia de las conductas, la prolongación temporal de las conductas, la violencia o la hostilidad psicológica, y la intencionalidad destructiva del acosador moral sobre la dignidad de la persona víctima.

4. Algunas conclusiones finales

El reconocimiento legal de los espacios negociales en la materia preventiva y la transversalización de la prevención sobre las condiciones de trabajo son dos fenómenos acaecidos en las últimas décadas que han condicionado fuertemente el tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales a nivel europeo e igualmente a nivel español interno. De este modo, la negociación colectiva está destinada a ocupar un importante papel en la prevención de los riesgos psicosociales. Y así lo demuestra el somero análisis acometido en orden a los contenidos de la negociación colectiva española relativos a la prevención del acoso sexual/sexista y moral como riesgos psicosociales más prototípicos y con un mayor desarrollo negocial.

Pero a la hora de realizar unas conclusiones finales no debemos pasar por alto una diferencia bastante apreciable en la negociación colectiva española entre el tratamiento del acoso sexual/sexista y el acoso moral. Ciertamente, ninguna de esas instituciones está regulada con la suficiente atención, ni cuantitativa ni

cualitativamente. Aún así, el tratamiento del acoso sexual/sexista aparece más extendido y, normalmente, con mayor perfección. Y en esa diferencia ha sido decisivo el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una regulación legal que ha incidido positivamente en el tratamiento del acoso sexual/sexista en la negociación colectiva española.

Todo ello nos conduce a la conclusión final de que, aunque dejar el tratamiento preventivo de los riesgos psicosociales a la negociación colectiva es una tendencia acorde al devenir de los tiempos y, en particular, con el mayor papel que la negociación colectiva progresivamente asume en materia de prevención de riesgos laborales, la ley debe ocupar también su lugar, fomentando, cuando no obligando, a que la negociación colectiva aborde determinadas cuestiones. A nuestro juicio, solo la combinación de la acción de las normas heterónomas con las normas autónomas conseguirá realmente que estas últimas asuman de una manera adecuada el papel que están llamadas a desempeñar en la prevención de los riesgos psicosociales.

5. Bibliografía

- BALLESTER PASTOR M.A., *Guía de negociación sobre el acoso moral en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006
- DURÁN LÓPEZ F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001
- GARCÍA JIMÉNEZ M., DE LA CASA QUESADA S., MOLINA NAVARRETE C., *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de : panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*, Bomarzo, Albacete, 2011
- GOERLICH PESET J.M., *Aproximación al estado de la seguridad e higiene en la negociación colectiva*, en *Revista de Política Social*, 1984, n. 143
- GONZÁLEZ ORTEGA S., *Derecho a la salud y control de los trabajadores*, en *Relaciones Laborales*, 1990, I
- LOUSADA AROCHENA J.F. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, CCNCC, Madrid, 2008
- LOUSADA AROCHENA J.F., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, en *Revista Técnico Laboral*, 2012, 134
- LUQUE CORTINA M., GARCÍA BENAVIDES F., MONTAGUT R., DEL REY GUANTER S., *Análisis de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva española*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2002, 11

- MOLINA NAVARRETE C., GONZÁLEZ VICENTE E. (coords.), *El papel de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos psicosociales: un desafío global*, Anuario Internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo de 2011, Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales de la UGT, Madrid, 2011
- NAVARRIO NIETO F., *El tratamiento de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, en *Temas Laborales*, 2004, 75
- QUESADA SEGURA R., *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI C. (investigadora principal), *El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: Pautas de la negociación colectiva actual y propuestas de futuro*, Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales de la UGT, Madrid, 2008
- TUDELA CAMBRONERO G., VALDEOLIVAS GARCÍA Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, CCNCC, Madrid, 2009
- VALDÉS DAL-RÉ F., *La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva*, en *Relaciones Laborales*, 1994, I
- VILCHES ARRIBAS M.J., HERNÁNDEZ CANOSA M., PÉREZ DEL RÍO T., *Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva*, Consejería de Trabajo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003

Negociación colectiva y acoso laboral. Prácticas efectivas en los convenios colectivos

de Francisco Trujillo Pons

1. Introducción del concepto de acoso moral. Regulación comunitaria

Actualmente, el acoso moral en el trabajo, también conocido como *mobbing*¹ u hostigamiento psicológico está considerado como uno de los fenómenos que causa una mayor preocupación en el mundo del Derecho Laboral. Según la Real Academia de la Lengua Española, el término “acosar” equivale a: perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos; en definitiva, conductas con las que se persigue perjudicialmente a una persona de manera insistente y continuada². Se trata de un problema grave, serio y delicado que, al considerarse como un riesgo psicosocial y subjetivo llega a plantear grandes confusiones ya que, a diferencia del acoso sexual o la violencia física, no deja huellas aparentes y resulta complicada su prueba por las escasas evidencias físicas u objetivas que deja.

Podría pensarse que se trata de un concepto emergente y de “nuevo cuño” debido a la difusión social, pero bien es cierto que el acoso moral en el trabajo al igual que cualquier otro tipo de violencia (física, psíquica, sexual, etc.) viene existiendo desde que aparecieron las primeras relaciones de poder, esto es, la presión que ejercen los más fuertes (figura del empresario o empleador) frente a los más débiles (figura del trabajador o empleado) dentro de la organización productiva. No en vano el acoso moral tiene su base en dicha relación de poder,

¹ Término anglosajón proveniente del verbo *to mob* (atacar, agredir, maltratar en masa).

² La STSJ de la Comunidad de Madrid, de 5 mayo (AS 2008/1273) también destaca la definición que realiza la Academia de la Lengua, así indica lo siguiente: «El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el verbo acosar como acción de perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona».

donde existe un conflicto desigual entre víctima y agresor, y donde suelen aparecer sinónimos como, dominio, rivalidad, violencia, resentimiento, etc.

El *mobbing* encuentra relación con los procesos productivos que preferentemente se dan en los países desarrollados, los cuales debido a las consecuencias económicas que trae el fenómeno consigo, repercuten de forma negativamente en sus arcas (mediante los costes sociales), así como a una disminución importante de su productividad (absentismo, bajas laborales, despidos, etc.). En esta línea, ante la generalización de nuevas formas de organizar el trabajo, la doctrina española³ señala como factores clave de aparición las propias peculiaridades organizativas y estructurales del sistema: las cada vez más complejas relaciones interpersonales, donde existe una dura competitividad, como son las condiciones estresantes, la estructura jerarquizada; la estabilidad en el puesto de trabajo; la práctica inexistencia de responsabilidad ante situaciones de abuso, además de; la incompetencia e inoperancia en el cargo, etc. Todo ello, efectivamente tiene mucho que ver en la aparición del *mobbing*, cuyas consecuencias, resultan desagradables para la persona afectada. En este sentido, estas conductas ven favorecida su emergencia en organizaciones con métodos de trabajo y producción muy pobres, con ausencia de apoyo e interés por parte de los superiores, ausencia de posibilidades de colaboración, existencia de múltiples jerarquías, excesos de demanda de trabajo, escaso control sobre el trabajo, problemas de definición de rol, ausencia de ética empresarial (todo vale), mala gestión del conflicto o bien escasa cultura de prevención de los riesgos laborales y de los psicosociales en particular.

Tal y como hemos avanzado, se trata de un concepto actual y, desgraciadamente, cuenta con un elevado índice de aparición en los sistemas de trabajo. Ello hace que debido al alcance, magnitud y relevancia que se deriva del acoso deban preverse medidas para su erradicación. Así, tanto los medios de comunicación, la celebración de jornadas y conferencias, las asociaciones creadas para ayudar a estas personas y a sus familias, las organizaciones sindicales que defienden los derechos de los trabajadores, luchan para que se ponga fin a esta lacra tan negativa para la sociedad, y lógicamente para la persona afectada y persiguen que sea entendido el *mobbing* como un auténtico riesgo laboral que perjudica la salud del trabajador.

³ Agra Viforcós, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, "El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 233-234, 2002, pp. 22 y ss.

La gravedad del fenómeno y la existencia de una mayor sensibilización social, llevó a la Unión Europea a definir el concepto y a plantear una normativa europea específica de prevención del acoso moral o *mobbing*. Desde este prisma, destaca en un primer término la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 al referirse al acoso moral, como aquellos «actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo» como también, en un segundo término, la Comisión Europea al señalar a fecha 14 de mayo de 2001 como característica esencial del acoso, «los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto».

Por su parte, las Directivas 43/2000, de 29 de junio, y 78/2000, de 27 de noviembre, al referirse al acoso moral desde la perspectiva jurídica de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo⁴. También resulta importante a nivel comunitario la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre el Acoso Moral en el Lugar de Trabajo y en la que se encarga a la Comisión Europea la elaboración de un Libro Verde⁵ sobre esta materia a fin de combatirlo y erradicarlo. La misma Resolución, entre otras cosas, hace hincapié en los efectos devastadores del acoso moral para la salud física y psíquica de las víctimas y, con ello, de sus familias, que a menudo necesitan asistencia médica y psicoterapéutica y, por lo general, se ven abocadas a ausentarse del trabajo por incapacidad laboral o a dimitir.

Por tanto, desde la Unión Europea se define el acoso moral señalando las conductas que lo desencadenan y, asimismo, se insta a los países miembros a presentar un plan de acción sobre las medidas contra el acoso moral en el trabajo.

En este mismo orden, sin salir del ámbito normativo comunitario y, siendo el eje del presente trabajo, resulta esencial la referencia al Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo firmado el 26 de abril de 2007 entre las principales organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea, el cual definió el acoso como el que se produce cuando «uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados,

⁴ Tal y como indica la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 10 septiembre (AS 2008/925).

⁵ Para la redacción del denominado Libro Verde sobre el tema, se le concedió como plazo máximo para el cumplimiento de dicho encargo el de marzo de 2002, plazo que evidentemente no se ha cumplido, no existiendo por tanto en la actualidad el mismo.

repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo». El Acuerdo Marco Europeo pone de manifiesto que las prácticas hostigadoras son numerosas y se expanden de una forma importante dentro de las organizaciones empresariales de la Unión Europea, de forma que se configuran como un nuevo riesgo profesional y psicosocial “emergente” de importantes dimensiones y trágicas consecuencias para la persona víctima del hostigamiento. No cabe duda que este Acuerdo supone un paso al frente en cuanto al sistema de gestión y planificación de estos riesgos en las empresas. Concretamente, está enmarcado en la acción europea, concretamente, en la acción de la Directiva 89/391 CE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Pese a no ser vinculante para las empresas, realmente sirve como pauta para evaluar el cumplimiento empresarial del deber legal de protección de la salud del trabajador en cuanto a los riesgos psicosociales.

En nuestro país, el presente Acuerdo Marco ha sido asumido en España, a través del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva del año 2008⁶

⁶ Resolución de 21 de diciembre 2007. Registra y publica el Acta de prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (ANC 2007) y sus anexos (BOE 14 enero 2008). La presente Acta, prácticamente no modifica nada respecto al acuerdo publicado en 2007. En su Anexo IV, *Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, 26 de abril de 2007*, se adoptó a la realidad española el citado Acuerdo Marco Europeo sobre estrés laboral. Desde este prisma y para mayor información, merece recoger de su anexo IV y más concretamente, de su cuarto punto, la literalidad siguiente: «Concienciar y formar adecuadamente a jefes y trabajadores puede reducir la probabilidad del acoso y la violencia en el trabajo. Las empresas deben tener una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no serán tolerados. Esta declaración especificará los procedimientos que se seguirán cuando se presenten los casos. Los procedimientos pueden incluir una etapa informal en la cual una persona de confianza del empresario y de los trabajadores esté disponible para dar consejo y ayuda. Los procedimientos ya existentes pueden ser apropiados para abordar los problemas del acoso y de la violencia. Un procedimiento adecuado se apoyará, de manera no limitativa, en lo siguiente: 1) Interesa a todas las partes proceder con la discreción necesaria para proteger la dignidad y la confidencialidad de todos. 2) No se debe divulgar ninguna información a partes no implicadas en el caso. 3) Las quejas deben ser investigadas y tratadas sin demoras indebidas. 4) Todas las partes implicadas deben conseguir una audiencia imparcial y un tratamiento justo. 5) Las quejas deben estar apoyadas por información detallada. 6) Las acusaciones falsas no deben ser toleradas y pueden dar lugar a acciones disciplinarias. 7) La ayuda externa puede ayudar. Si se comprueba que ha ocurrido acoso y violencia, se tomarán medidas apropiadas con relación a los autores. Esto puede significar acciones disciplinarias, incluso llegar al despido. La(s) víctima(s) recibirá(n) apoyo y, en caso de necesidad, ayuda para su reintegración. Los empleadores, consultando con los trabajadores y/o sus representantes, establecerán, repasarán y supervisarán estos procedimientos para asegurarse que son eficaces tanto en la prevención de problemas como en

el cual, establece criterios, orientaciones y recomendaciones comunes a los negociadores de los convenios sobre diversos temas. Así pues, resulta necesario hacer un análisis en perspectiva para observar desde el año en que se firmó el Acuerdo Interconfederal hasta el día de hoy en qué medida se han ido adoptando y reflejando en las empresas españolas las cuestiones relativas al acoso moral propuestas por el legislador comunitario. De este modo, tanto el propio Acuerdo sobre acoso y violencia en el trabajo como las recomendaciones elaboradas por Organismos Internacionales [repertorio de recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre violencia en el sector de servicios 2003], coinciden en recoger actuaciones específicas para llevar a cabo programas de intervención para prevenir, identificar y hacer frente a las situaciones de acoso y violencia⁷:

- a) dentro de la política empresarial, fijar como principio general de la empresa el compromiso de tolerancia cero frente a estos riesgos, de forma que se consiga crear una cultura empresarial asentada en los valores de respeto y reconocimiento de todos;
- b) definir una política de actuación centrada en la formación específica de la dirección y los trabajadores para identificar y evitar cualquier maltrato, capacitándolos para solucionar estos problemas;
- c) especificación de procedimientos de actuación para tratar los casos de acoso y violencia que se produzcan. Los protocolos de actuación deben respetar los principios de dignidad, confidencialidad, imparcialidad y trato equitativo;
- d) adopción de medidas sancionadoras contra los autores de estos actos, que irán desde la sanción disciplinaria hasta el despido;
- e) establecimiento de procedimientos de apoyo a las víctimas;
- f) por último, establecimiento de sistemas de control de la eficacia de las medidas, que será consultado con los trabajadores y/o sus representantes.

Como se puede observar, aunque el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo no hace alusión a la incidencia de los factores organizacionales sobre la generación de estos riesgos, no debemos olvidar que tienen un peso muy importante en su generación. De tal forma que, si se actúa sobre las malas condiciones laborales y se mejoran las relaciones sociales, no sólo eliminamos una fuente de estrés laboral, sino que también actuamos sobre los riesgos de acoso.

tratarlos cuando se presenten. Cuando proceda, las previsiones de este capítulo se pueden aplicar para tratar de casos de violencia externa».

⁷ AA.VV., Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 98, 2012, Madrid, pp. 173 y 174.

2. La negociación colectiva en España respecto a esta materia. Análisis de convenios colectivos

En definitiva, los agentes sociales de España deben tener en cuenta el contenido de dicho Acuerdo Marco de cara a futuras regulaciones de convenios colectivos que traten la problemática relativa al acoso moral en el trabajo. En consecuencia, siguiendo el cauce y directrices propuestas a nivel comunitario y reflejadas en el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo resulta necesario y aconsejable crear dentro de las empresas – como mecanismos de prevención – unos protocolos de actuación⁸, que recojan además de una declaración de principios de no tolerancia ante situaciones proclives al acoso moral, el establecimiento en las empresas de medidas tendentes a la posibilidad de presentación de quejas y sugerencias (mediante el buzón de quejas a la vista de los trabajadores; siempre respetando la confidencialidad) ante esta clase de conflictos.

En este mismo orden, analizando los diversos aspectos que traen consigo la evaluación y prevención del *mobbing*, la aparición constante y con peso específico de los convenios colectivos ha supuesto la “visibilidad” de este tipo de riesgo psicosocial por medio de cláusulas en las que se recogen la definición del acoso moral así como un procedimiento de actuación y de evaluación ante esta situación negativa en el trabajo. De modo y manera que a través de la negociación colectiva se cristaliza el compromiso por parte de los empleadores de prevenir, reparar y poner fin a estas conductas laborales consideradas como tóxicas. Indudablemente, los convenios colectivos resultan fundamentales al tratarse de un instrumento destinado a prevenir el acoso moral en el trabajo regulando mecanismos preventivos de seguridad y salud los cuales, establecen planes de igualdad en la empresa, mediante la disposición de cláusulas anti-discriminatorias. Sin embargo, como se va a concretar en adelante, queda por ver si estas cláusulas son efectivas en los senos de las empresas y evitan o minimizan la aparición de estas conductas constitutivas de acoso moral.

Según el análisis pormenorizado de convenios colectivos a nivel estatal, autonómico y estatal, existe un elevado número de estos convenios que definen el fenómeno y establecen códigos de conducta y procedimientos

⁸ En el Estado español, el Código de Conducta del año 1992 sirvió de base para que muchos convenios colectivos propusieran tales protocolos de actuación para prevenir el acoso e impulsar los procedimientos de reacción frente al mismo.

sancionadores⁹ al respecto, aunque tal y como se ha señalado en el comentario precedente, en muchas ocasiones solamente “visibilizan” el riesgo psicosocial mediante una declaración de principios o de intenciones y queda la duda por saber si resultan ser eficaces en la práctica y no simplemente en eso, es decir, en una declaración de intenciones de lucha contra el fenómeno psicosocial.

Es especialmente relevante que los convenios colectivos recojan principios de actuación y que también ante la falta de una definición conceptual del *mobbing* en el ordenamiento jurídico español, definan el concepto con el fin de que los trabajadores que se encuentren dentro del campo de aplicación del convenio en cuestión, sepan su significado, sus repercusiones y cómo está tipificada la conducta sancionable, así como también especificar las conductas constitutivas de acoso y las que no lo son del mismo modo que la inclusión de las sanciones que se tipifican para dichas conductas.

Seguidamente, en cuanto a los convenios colectivos vigentes analizados¹⁰ que citan el fenómeno de hostigamiento laboral o *mobbing* y proponen medidas de actuación para acotar su aparición, se van a ir nombrando algunos y analizando su contenido a fin de concretar las medidas concretas y el alcance de sus cláusulas relativas al acoso moral en el trabajo. De esta forma, como se va a comprobar, establecen la definición del acoso moral y las causas constitutivas del mismo, recogen procedimientos de prevención y tratamiento de situaciones de acoso con la adopción de las medidas preceptivas y llevan a cabo un tratamiento disciplinario ante el acoso moral señalando como faltas muy graves y siendo motivo de suspensión de empleo en unos casos y en otros de despido disciplinario, la concurrencia en la empresa de acoso moral.

⁹ Los mecanismos reparadores de los convenios colectivos ponen fin a la situación de acoso moral en el trabajo mediante el procedimiento sancionador, los cuales pueden ser de carácter informal: se produce un ambiente de trabajo hostil y se denuncia tal situación y de carácter formal: donde el trabajador es víctima de un acoso y se trata de un procedimiento laborioso en el que se debe presentar denuncia ante el departamento de Recursos Humanos y se inicia la apertura de un expediente interno mediante la correspondiente sanción a la parte hostigadora del conflicto.

¹⁰ De los convenios colectivos examinados a nivel estatal, autonómico y provincial de España que citan el acoso moral en unos casos definen el riesgo psicosocial, señalando como infracción muy grave merecedora de despido y estableciendo un protocolo de actuación. En concreto, de modo numérico se encuentran respectivamente un total de 121 convenios colectivos a nivel estatal, 245 a nivel autonómico y 264 a nivel provincial que hablan de la incidencia e importancia cada vez mayor del presente riesgo laboral en las empresas nacionales.

3. Convenios colectivos ante el acoso moral. Cláusulas: definición, procedimiento de actuación y tratamiento disciplinario

En un primer término, a falta de una conceptualización en el ordenamiento jurídico nacional del término acoso moral, los convenios colectivos recogen una definición del mismo que, pese a no ser textualmente idéntica en todos ellos, no existe variación real alguna entre unas y otras al redundar en el carácter sistemático o recurrente en el seno de una relación de trabajo y que supone directa o indirectamente un menoscabo o atentado contra la dignidad, o la integridad física o psíquica del trabajador. Así, por ejemplo los convenios del sector de Cemento de Córdoba¹¹ y de empresas consignatarias de buques, empresas estibadoras, transitarios y agentes de aduanas de Castellón¹² definen el acoso moral en el trabajo¹³ como «toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, que se produce en el marco de la empresa, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo» siendo, simultáneamente constitutivo de acoso moral por razón de género cuando «este tipo de comportamientos tenga relación o como causa el sexo de una persona».

Lejos de quedarse en una definición, además y, siendo muy aconsejable para el conocimiento de los trabajadores del sector de aplicación del convenio en cuestión, recogen las conductas que aisladamente o en combinación con otras, pasivas o activas, pueden llegar a ser constitutivas de acoso moral, tal y como se señalan seguidamente:

- a) al trabajador/a se le ignora, se le excluye o se le hace el vacío;
- b) se evalúa su trabajo de manera desigual o de forma sesgada, criticando el trabajo que realiza despectivamente;
- c) se le deja sin ningún trabajo que hacer, ni siquiera a iniciativa propia, o se le asignan tareas o trabajos absurdos, sin sentido, o por debajo de su capacidad profesional o competencias;

¹¹ Convenio Colectivo del sector de Derivados del Cemento de Córdoba. Delegación Provincial Consejería Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de Córdoba. BO. Córdoba 12 abril 2013.

¹² Convenio Colectivo del Sector de Empresas Consignatarias de Buques, Transitarios y Agentes de Aduanas de Castellón (Código de Convenio 12002005012002). Resolución de 1 de enero 2013.

¹³ Merece destacar el carácter laboral de este acoso moral, de tal forma que se presume «al producirse en el ámbito de la organización de la empresa, así como cuando la conducta se pone en relación con las condiciones de empleo, formación o promoción en el trabajo» (Convenio Colectivo del Sector de Empresas Consignatarias de Buques, Transitarios y Agentes de Aduanas de Castellón. Código de Convenio 12002005012002).

- d) se le exige una carga de trabajo insoportable de manera manifiestamente malintencionada o que pone en peligro su integridad física o su salud;
- e) recibe ofensas verbales, insultos, gritos;
- f) recibe críticas y reproches por cualquier cosa que haga o decisión que tome en su trabajo;
- g) le humillan, desprecian o minusvaloran en público ante otros colegas o ante terceros y por último;
- h) se le impiden oportunidades de desarrollo profesional.

Muchos convenios colectivos recogen protocolos de actuación al abrigo de los puntos señalados anteriormente en el Acuerdo Marco Europeo sobre la Violencia en el trabajo. Así, entre otros, el Convenio estatal para las empresas inmobiliarias¹⁴ y el Convenio colectivo estatal del sector de la mediación en seguros privados¹⁵, recogen un protocolo de actuación ante situaciones de acoso moral en el que se recoge el compromiso de las empresas de velar por la consecución de un ambiente adecuado en el trabajo, libre de comportamientos indeseados constitutivos de acoso moral, obligándose expresamente a adoptar las medidas oportunas al efecto. En este mismo orden, se dispone que, con independencia de las acciones legales que puedan interponerse al respecto ante cualesquiera instancias administrativas o judiciales, el procedimiento interno e informal se iniciará con la denuncia de acoso ante una persona de la dirección de la empresa. La denuncia dará lugar a la inmediata apertura de expediente informativo por parte de la empresa, especialmente encaminado a averiguar los hechos e impedir la continuidad del acoso denunciado, para lo que se articularán las medidas oportunas al efecto, quedando la empresa exonerada de la posible responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales. Se pondrá en conocimiento inmediato de la representación de los trabajadores la situación planteada, si así lo solicita la persona afectada. Como se comprobará seguidamente, en caso de que el acoso moral sea haya materializado y existan causas justificadas, éste dará lugar, entre otras medidas – tales como despido disciplinario o suspensión de empleo –, a la imposición de una sanción siempre que el sujeto activo se halle dentro del ámbito de dirección y organización de la empresa.

En suma, las empresas recogen cláusulas genéricas de no discriminación y de tolerancia cero ante este tipo de actuaciones y establecen un procedimiento de prevención y tratamiento de estas situaciones de acoso moral señalando al

¹⁴ Resolución de 23 de noviembre 2011. IV Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. BOE 10 diciembre 2011.

¹⁵ Resolución de 23 de enero 2012. Registra y publica el Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados. BOE 3 febrero 2012.

empleador como el responsable de velar para que los trabajadores no enfermen en el trabajo, incluso a causa de acoso moral o sexual, instando con objeto de conseguir un entorno laboral libre de conductas indeseadas, de comportamientos hostiles y opresores, políticas, con distribución de normas y valores claros en todos los niveles de la organización, que garanticen y mantengan entornos laborales libres de acoso, donde se respete la dignidad del trabajador/a y se facilite el desarrollo de las personas. En suma, la responsabilidad de la empresa radica en «la adecuación de las medidas correspondientes en los casos de acoso moral y/o sexual del personal comprendido en el ámbito de este convenio tal y como se recoge en la legislación vigente», estas empresas, en su caso, «crearán y mantendrán un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual y personal del conjunto de personas que trabajan, manteniéndolas preservadas de cualquier ataque físico, psíquico o moral»¹⁶ alcanzado además su responsabilidad a la comunicación a los trabajadores del procedimiento de estos protocolos de actuación.

Indudablemente, supone una ventaja para los asalariados la previsión por parte de las empresas de estas medidas preventivas dado que a través de éstas se detendrán los posibles riesgos psicosociales y, en su caso, se procederá a la evaluación de los mismos promoviendo adicionalmente, la detección precoz de situaciones de riesgo a través de la vigilancia de la salud.

Por último, entrando a valorar el aspecto disciplinario de los convenios colectivos analizados ante situaciones de acoso moral, en general, se tipifican como faltas graves o muy graves¹⁷ siempre que el sujeto activo se halle dentro del ámbito de dirección y organización de la empresa, y siendo motivo de

¹⁶ Resolución de 25 de marzo 2013. Convenio Colectivo del Sector de Arqueología de la Comunidad Valenciana. DO de la Comunidad Valenciana 17 abril 2013.

¹⁷ En la tarea de mencionar entre otros los convenios que consideran las conductas anteriormente descritas como faltas muy graves, se pueden señalar tanto el VII Convenio colectivo nacional de Cataluña de laboratorios fotográficos para los años 2009-2010-2011. Resolución TRE/1754/2010, de 4 de mayo DO. Generalitat de Catalunya 4 junio 2010 como el Convenio colectivo de trabajo para el sector del comercio de muebles de Cataluña para los años 2010-2012 (Código de Convenio 7901695). Resolución TRE/2915/2010, de 24 de agosto. Desde esta perspectiva a su vez, es especialmente relevante el VI convenio estatal de loterías y rifas (Resolución de 23 de julio 2012. Dirección General Empleo. BOE 8 agosto 2012) al recoger en su artículo 56 entre faltas muy graves el acoso moral o sexual efectuado a compañeros o compañeras de trabajo o a cualquier persona relacionada con el centro de trabajo, siendo, paralelamente motivo de sanción disciplinaria por faltas muy graves: «la primera vez suspensión de empleo y sueldo hasta 20 días acompañado de apercibimiento de despido; la segunda vez hasta despido disciplinario. La concurrencia de acoso moral o sexual será constitutiva de causa de despido disciplinario».

despido disciplinario. Por ejemplo, según el Convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio¹⁸ dispone que: «los trabajadores que participen directa o indirectamente en la comisión de delito tipificado en el Código penal, como acoso sexual, y/o el moral, una vez abierto expediente y oídas las partes, si como consecuencia de ello se demuestra que existen indicios de culpabilidad, será causa de despido». En líneas generales, estas actuaciones están consideradas como faltas muy graves independientemente de aquéllas realizadas entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos. No obstante, como apunte, conviene citar nuevamente el Convenio estatal de seguros privados pues señala como especial gravedad «aquellos casos cuando se hubieran cometido prevaleciéndose de una relación de superioridad».

4. Conclusiones

Cabe afirmar que en España, desde la publicación del Acuerdo Marco, hasta el día de hoy en la negociación colectiva existe una presencia constante de protocolos y de medidas preventivas que cristalizan una política firme ante el acoso moral. Indudablemente, ello evidencia la gran relevancia que está teniendo el *mobbing* en la sociedad y en la conciencia de las empresas habida cuenta del grave riesgo laboral que supone para la seguridad y salud del trabajador.

La declaración de principios y de propósitos frente al acoso moral y sexual en el trabajo es unánime en todos los convenios colectivos tal y como se ha podido comprobar en el presente trabajo lo que, unido a la definición del concepto y los procedimientos de actuación frente al mismo y al tratamiento disciplinario del mismo, supone un avance importante a falta de una regulación legal o reglamentaria de aplicación general.

5. Bibliografía

AA.VV., *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2012, 98

¹⁸ Comunidad Autónoma de Catalunya. Dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio para los años 2012-2014 (Código de Convenio 79001905012002). Resolución EMO/2911/2012, de 21 de diciembre.

AGRA VIFORCOS B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R., TASCÓN LÓPEZ R., *El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 2002, 233-234

Los protocolos de actuación en situaciones de acoso laboral

de María del Carmen Rodríguez Pérez

1. El papel de la negociación colectiva y de los acuerdos de empresa

El papel de la negociación colectiva es potencialmente importante en el impulso de políticas antiacoso, particularmente en relación con los códigos de conducta y los procedimientos de solución de conflictos, y en relación con la inclusión de sanciones por acoso moral¹. Sin embargo el reflejo de esta temática es aún escaso en los convenios colectivos, los escasos convenios que se refieren a esta cuestión se limitan al establecimiento de principios y compromisos a cargo de la empresa y su inclusión entre las infracciones laborales sancionables (aunque sin definirse las más de las veces el concepto de acoso laboral)² Por lo demás, tampoco en el mundo empresarial existe un tratamiento significativo de estos aspectos, siendo escasas las experiencias de buenas prácticas empresariales al respecto³, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la LOI ha regulado el establecimiento de

¹ Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, Madrid, MTIN, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Colección Informes y estudios, Serie Relaciones laborales, 2009, pp. 35-70.

² Ballester Pastor, M. A., *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 67 y ss. y en el estudio de Cuatrecasas Abogados, S. A., “Código de buenas prácticas en prevención del acoso laboral en el trabajo”, Madrid, 2006. Se recoge una descripción y análisis de las cláusulas sobre el acoso moral en los convenios colectivos.

³ Rodríguez Copé, M. L., “Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso”, en Correa Carrasco, M. (Coord.) *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 115-116. En un estudio del tratamiento del acoso laboral en las empresas del IBEX 35.

protocolos de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Parece que la negociación colectiva y los acuerdos de empresa están llamados a tener un protagonismo de primer orden para conseguir un entorno laboral libre de acoso⁴, existiendo experiencias cuyos resultados han sido calificados como altamente positivos⁵. Según las pautas establecidas en estos acuerdos, la negociación colectiva, principalmente de carácter supraempresarial, y los acuerdos de empresa, habrán de plantear medidas sobre prevención de riesgos psicológicos en el trabajo, y particularmente sobre acoso moral, en las que se tenga en cuenta: definición de las normas éticas y de buena conducta que han de informar las relaciones laborales y que las partes firmantes se comprometan a hacer respetar⁶, excluir expresamente todo tipo de conductas que implique violencia, coacción, contacto, gestualización, chantaje, intimidación verbal, lenguaje obsceno, frases de doble sentido, etc., articular un procedimiento sencillo en el seno de la empresa para plantear los incumplimientos por parte de cualquier trabajador, con independencia de la posición que ocupe en el organigrama de la misma y creación de una comisión sectorial ajena a las empresas, en la que puedan plantearse los casos de mayor gravedad, dotándola de los medios necesarios para la investigación de las denuncias formuladas, dicha comisión realizará propuestas concretas de solución del conflicto, que vincularían a la empresa. Las denuncias habrían de gozar de absoluta confidencialidad respecto a los sujetos implicados, en suma, la negociación colectiva abre una serie de posibilidades en la materia, insuficientemente exploradas hasta el momento y que permitirían afrontar y resolver supuestos de acoso moral, sin necesidad de acudir a la vía judicial.

Por lo demás, junto al procedimiento contemplado, tampoco olvidan los negociadores, aun tratándose de una previsión ciertamente excepcional,

⁴ Romero Ródenas, M. J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004, pp. 43-44.

⁵ Como señala Romero Ródenas, M. J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004, pp. 43-44, en febrero de 2001 entró en vigor un Acuerdo suscrito con los Sindicatos del Transporte Público de Turín, cuyo objeto consiste en la prevención del acoso sexual, la intimidación y la discriminación. También existen Acuerdos de esta naturaleza en el grupo Volkswagen y en el Convenio de trabajadores de la OIT.

⁶ Téngase en cuenta el importante estudio realizado por Merino Segovia, A. y Rentero Jover, J., "Fórmulas atípicas de regulación de las relaciones laborales de la empresa transnacional: códigos de conducta y buenas prácticas", en Baylos Grau, A. P. (Coord.) *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, Bomarzo, pp. 271-302; sobre establecimiento de "buenas prácticas", Aramburu-Zabala Higuera, L., "Respuesta al acoso laboral. Programas y estrategias", Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 20, 2, 2002, pp. 347-348.

encomendar a la comisión mixta del convenio la evaluación y seguimiento del funcionamiento e implantación en las empresas afectadas del procedimiento previsto para la actuación frente al acoso, que se valorará a los doce meses de su puesta en marcha, con el fin de sugerir cualquier modificación que permita mejorar la consecución de sus objetivos, o adecuar la estructura de los órganos competentes de su valoración a la dimensión de cada empresa.

La representación unitaria y sindical⁷ en la empresa protagoniza un papel destacado en la prevención del estrés laboral tanto por la vía de concienciar a los trabajadores sobre la magnitud del problema, con llamamientos a favor de la denuncia de las conductas generadoras de estrés laboral como por la de negociar colectivamente procedimientos de solución de conflictos de esta naturaleza, o finalmente prestando apoyo de todo tipo, incluido el jurídico, para la defensa de los trabajadores que vean mermada su salud como consecuencia del estrés laboral⁸.

Desde las fórmulas más sencillas hasta las más complejas, la práctica convencional va dando prueba de su intención de concretar cauces para averiguar, valorar y reprimir los comportamientos de acoso en el trabajo, así, las reglas procedimentales más asequibles consisten en la puesta en conocimiento de la dirección de la empresa y de los representantes de los trabajadores de la situación de acoso por parte de las personas que se sientan víctimas del mismo, para que aquellos sujetos, conjuntamente, recaben los datos y lleven a cabo el seguimiento adecuado para tomar las medidas oportunas con la mayor rapidez y el sigilo que el caso requiere⁹, procedimiento

⁷ Romero Ródenas, M. J., “El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales: su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral”, *Justicia Laboral*, 22, 2005, pp. 25-30. Respecto a las estrategias sindicales de intervención frente al estrés laboral.

⁸ Para ahondar en mayor profundidad, en la salud mental de los trabajadores: Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales y UGT, “El papel de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos psicosociales”, *Boletín para la prevención de riesgos laborales*, 89, 2011, pp. 1-12; Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales UGT, *Enfermedades mentales derivadas del trabajo en España y su coste sanitario directo en 2010*, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011; Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales UGT, *Las consecuencias de la organización del trabajo en la salud laboral en la empresa: estudio de las variables que intervienen en la aparición de riesgos psicosociales*, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011.

⁹ [Tudela Cambrero](#), G. y [Valdeolivas García](#), Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, Madrid, MTIN, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Colección Informes y estudios, Serie Relaciones laborales, 2009, p. 152. Señalan que hay unas pautas a seguir en el procedimiento preventivo, realizan un análisis minucioso y detallado de los convenios colectivos, también en materia de acoso laboral.

al que otros convenios añaden la competencia, en defecto de los representantes de los trabajadores, de la Comisión Paritaria del convenio, señalando también la necesidad de asesorar a la persona afectada de los pasos a seguir en cuantas actuaciones legales sean precisas para evitar que se produzcan tales actos, debiéndose guardar, en todo momento, un absoluto respeto y discreción para proteger la intimidad de la persona acosada o agredida. Otras veces, sin fijar un procedimiento concreto, se atribuye a la Comisión Mixta del Convenio, la competencia para conocer denuncias previas sobre acoso sexual y moral, pudiendo adoptar las recomendaciones oportunas a la vista de la documentación aportada y oídas ambas partes de la relación laboral o se prevé simplemente que el procedimiento de corrección, del que no se dice nada, se hará con prontitud y confidencialidad, asegurando la posibilidad de acudir a la vía penal de quien ha sido objeto del acoso.

En primer término, es necesaria la sensibilización de los trabajadores respecto de los daños a la salud que pueden provocar estrés laboral, en este contexto, a los sindicatos les corresponde, tanto dentro como fuera de la empresa, el importante papel de sensibilizar a la opinión pública en general y a los trabajadores en particular, acerca de los devastadores efectos que el estrés laboral puede producir en la salud de los trabajadores, así como en sus economías y en la de las empresas, dando cuenta de la trascendencia social del fenómeno. Es por ello que la estrategia sindical en la empresa frente a situaciones de estrés laboral debe pasar por la comunicación, comprobar la realidad del estrés, exponer ante la dirección las condiciones de trabajo que puedan ser constitutivas de estrés y, en el supuesto de que exista una actuación pasiva, denunciar tales comportamientos ante la Inspección de Trabajo o facilitar el apoyo jurídico a los trabajadores afectados, ejerciendo acciones en su nombre para conseguir ante los tribunales el cese de tales comportamientos.

En otro orden de actuaciones resultaría imprescindible hacer lo necesario para impedir el aislamiento del trabajador estresado, lo que supone no sólo prestarle el apoyo que precise, sino también solidarizarse con él mismo para hacer ver, al conjunto de la plantilla, que se trata de una situación motivada por una mala organización del trabajo, tratando así de construir o conformar un bloque homogéneo de apoyo social del resto de la plantilla. No debe olvidarse que en las situaciones de acoso laboral se produce un aislamiento de quien lo sufre respecto del colectivo de trabajadores, presentándose en ocasiones a la víctima del acoso como una persona desequilibrada y única responsable de la situación, se ridiculiza al acosador intentando el respaldo y la aprobación del resto de la plantilla, pretendiendo hacerle ver que la culpabilidad de la situación reside en el acosado y no en el acosador, se busca una cierta aprobación del colectivo de

trabajadores, o al menos su pasividad, para que el hostigamiento psicológico resulte plenamente eficaz, al romperse los lazos de comunicación del agredido con el resto de sus compañeros.

En segundo término está la formulación de propuestas, con independencia de las actividades que con carácter general debe desplegar la representación sindical de los trabajadores, y en su caso la representación unitaria, parece conveniente que ante supuestos concretos de estrés laboral la dirección de la investigación se asuma por el comité de seguridad y salud, y en aquellas empresas que no cuenten con dicho organismo – principalmente las de menos de 50 trabajadores – por los delegados de prevención. La circunstancia de que en las reuniones del comité de seguridad y salud participen con voz y sin voto los delegados sindicales¹⁰ y el hecho de que también puedan existir trabajadores que cuenten con «información respecto de concretas cuestiones [...]», posibilita que dicho órgano pueda convertirse en instrumento eficaz para investigar las posibles situaciones de estrés laboral en la empresa, máxime teniendo en cuenta que entre sus competencias figura la de promover iniciativas para la efectiva prevención de los riesgos (art. 39.1.b) LPRL), estando facultado para «conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas» (art. 39.2.c) LPRL), por lo que el cauce adecuado para la investigación del estrés laboral habrá de ser el citado comité de seguridad y salud.

Es necesario ser conscientes de que las condiciones de trabajo son las causas que producen estrés laboral en los trabajadores por lo que las medidas a tomar deben ser colectivas y no individuales, igualmente, sin necesidad de que se produzcan denuncias sobre la existencia de estrés laboral, dicho comité puede asumir iniciativas sobre evaluación o autoevaluación de riesgos psicosociales (art. 39.1.a) LPRL), con la finalidad de conocer en todo momento, de forma dinámica y permanente, si el trabajo se desarrolla en un entorno libre de estrés. En último término, es reseñable el papel de la negociación colectiva y de los Acuerdos de Empresa: el Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral y su transposición al ordenamiento interno, las cuestiones relativas a la salud laboral de los trabajadores vienen incorporándose a la negociación colectiva y ha sido objeto de tratamiento específico en los convenios colectivos. El cambio se produjo fundamentalmente por la firma del Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral¹¹ firmado por los cuatro sindicatos más grandes de la Unión Europea y

¹⁰ Art. 10 LOLS y art. 38.2 LPRL.

¹¹ Acuerdo Marco europeo sobre el estrés laboral, firmado el 8 de octubre de 2004 por UNICE, UEAPME, CEEP y CES en el marco del art. 139 del Tratado CE, incluido en el anexo para el

CEEP, UNICE y UEAPME, lo cual representa un paso muy importante en el desarrollo del diálogo social bipartito y autónomo, dirigido a impulsar la consideración y la regulación en las relaciones laborales de una cuestión que puede afectar de forma importante «en el clima sociolaboral de las empresas y en la salud de los trabajadores en Europa»¹².

Estas políticas antiacoso pueden ser relevantes en distintos planos, así, los procedimientos y protocolos de actuación son importantes desde la perspectiva del ejercicio por el empresario de su poder disciplinario frente al trabajador acosador, porque al empresario no le bastarán los meros indicios para justificar medidas de movilidad geográfica, de despido por acoso moral, así pues, pueden servir igualmente, como elemento probatorio para el acosado demandante, en procesos de tutela de derechos fundamentales.

La fórmula convencional más frecuente para afrontar las conductas de acoso en el trabajo es la previsión expresa, casi sin excepción, de la calificación de las mismas, a efectos de su sanción, como falta laboral grave o muy grave, siendo circunstancia agravante prevalerse de una posición jerárquica o emplear abuso de posición privilegiada, en cuyo caso nunca se aplicarán las sanciones en su grado mínimo o se producirá la inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando, aunque tampoco se ignoran consecuencias relativas a la garantía de la continuidad en el puesto del sujeto acosado. Por lo demás, también existen ejemplos convencionales de calificación como falta laboral de la falsa denuncia o la simulación de la situación de acoso.

2. Los protocolos de actuación frente al acoso laboral

Una vez detectadas las situaciones de violencia en el trabajo, va a resultar imprescindible abordarlas adecuadamente, será fundamental en el futuro próximo de las empresas¹³, realmente, la violencia en el trabajo no es un problema reciente, pero hasta ahora ha sido insuficientemente abordado¹⁴, es

Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva en el 2005 (BOE de 16 mar. 05) con carácter “obligacional”.

¹² Observatorio de Relaciones Industriales, “Acuerdo marco europeo sobre estrés en el trabajo”, Boletín CES, 74, 2004, p. 1-2.

¹³ Rodríguez Pérez, M. C., *Action protocol in the event of workplace harassment*, Copenhague, Octavo Congreso Internacional sobre intimidación y acoso laboral/8th International Conference on Workplace Bullying and Harassment, Universidad de Copenhague, 2012.

¹⁴ Carbonell Vayá, E. J., Gimeno Navarro, M. A. y Mejías García, A., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 15-61.

preciso dejar de buscar definiciones para este fenómeno, práctica que fue habitual en el inicio de su estudio, es hora de encontrar soluciones. Hasta el momento las formas de actuar han sido dos¹⁵.

En primer lugar, la evaluación de riesgos psicosociales, éste es un proceder preventivo, al ser una obligación legal, sin embargo, no está extendido en las empresas¹⁶, la limitación de esta evaluación radica en que se trata de un procedimiento general que no articula la forma de actuar frente a las situaciones de violencia laboral, además, su consideración es exclusivamente preventiva, lo que no permite actuar sobre todos los factores que favorecen las situaciones de violencia laboral.

En segundo lugar, la instauración de un protocolo de actuación limitado a tratar los cuadros graves de violencia, de estos protocolos existe una amplia gama¹⁷. Esta forma de proceder supone intervenir sólo cuando surge una denuncia, lo que suele darse cuando el deterioro en la salud del trabajador es elevado, es un planteamiento reactivo, tardío y puntual, en el mismo sólo se consideran las situaciones de acoso sexual y psicológico, no considerando la violencia organizacional en su conjunto. Normalmente, sólo ofrece solución al problema que suscita la denuncia, sin extenderse sobre los factores organizativos que lo producen, no se trata, a mi entender, de un método preventivo de actuación pues no está integrado en la actividad preventiva de las organizaciones, más bien es una forma interna de gestionar las denuncias, en un intento de que las mismas no lleguen a la vía judicial.

Un protocolo antiacoso es un documento elaborado en el seno de la empresa, preferentemente a través de la negociación¹⁸, que recoge procedimientos

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Op. cit.* 15.

¹⁷ *Idem*; entre otros, art. 39 CCCA “Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de Navarra”. Protocolo de prevención y atención al acoso sexual y moral, en la empresa; D.A. 2 CCCA “Comercio de Alimentación de Navarra”. Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso sexual y laboral en el puesto de trabajo. A) Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso sexual. B) Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso moral en el puesto de trabajo; art. 35 y 36 “Industrias de Panadería y Pastelería de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”. Código de Conducta en Materia de Acoso Sexual y Protocolo para la Prevención y Tratamiento de los casos de Acoso Moral en el Puesto de Trabajo; art. 67 y 68 CCCA “Siderometalurgia de Islas Baleares”. Código de Conducta en Materia de Acoso Sexual y Protocolo para la Prevención y Tratamiento de los casos de Acoso Moral en el Puesto de Trabajo; art. 63 y 64 CCCA “Comercio” de Islas Baleares. Protocolo de actuación separadamente para el acoso sexual en su art. 63 y para el acoso moral en el art. 64 del convenio.

¹⁸ Entre otros, art. 63 y 64 CCCA “Comercio de las Islas Baleares”. Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso sexual y acoso moral en el puesto de trabajo;

específicos de actuación para prevenir y castigar el acoso que tenga lugar en ella, creando sistemas autónomos de resolución interna de conflictos¹⁹. Aunque la LOI sólo contempla su elaboración para los casos de acoso sexual y por razón de sexo, la incorporación al ordenamiento español del Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, del mismo año, ha llevado a un escenario de elaboración de protocolos de más amplio espectro. Desde el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, los agentes sociales habían venido insistiendo en la necesidad de «adaptar el tratamiento del acoso sexual» en la negociación colectiva, si bien se dieron algunos notables ejemplos de protocolos en empresas que abordaban la cuestión en ese periodo, así como en las Administraciones Públicas, lo cierto es que hasta 2007 no puede hablarse con rigor de la presencia normalizada de protocolos antiacoso en el sistema español de relaciones laborales.

Se mencionan explícitamente como: protocolo, procedimiento, código de conducta o medidas, los protocolos son, en definitiva, una más de las herramientas que deben ser empleadas para conseguir una plena implantación del principio de igualdad en la empresa. El deber de establecer protocolos de actuación contra el acoso sexual y por razón de sexo sólo existe, en principio, en el caso de las Administraciones Públicas, ahora bien, identificando los protocolos con los procedimientos del primer párrafo del art. 48.1 LOI y no con las medidas del segundo párrafo, sí puede hablarse de un claro deber de las empresas de tener protocolos contra este tipo de comportamientos.

En cuanto a la eficacia jurídica que tiene un protocolo antiacoso, en el convenio colectivo tendrá la eficacia general de que esté dotado, en su caso, en el Plan de igualdad, habrá que estar a la eficacia que los autores de éste le

Acuerdo “Empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, y de droguería, perfumería y anexos” en el que se contiene el Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso; art. 35 y 36 CCCA “Industrias de Panadería y Pastelería de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”. Código de Conducta en Materia de Acoso Sexual y Protocolo para la Prevención y Tratamiento de los casos de Acoso Moral en el Puesto de Trabajo; art. 76 CCE “Empresas de gestión y mediación inmobiliaria”. Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, por razón de sexo y acoso moral; art. 36 CCCA “Comercio de vidrio, loza, cerámica y similares de Cataluña”. Protocolo de actuación en supuestos de acoso; art. 69 CCE “Mediación en seguros privados”. Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, o acoso por razón de sexo, o de acoso moral.

¹⁹ Realiza un estudio sobre las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y en concreto, acerca de los protocolos antiacoso: Maneiro Vázquez, Y. y Miranda Boto, J. M., “Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: Los protocolos antiacoso”, en Velasco Portero, M. T. (Dir.) *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 61-84.

hayan otorgado²⁰, si el propio Plan está incluido en un convenio colectivo, sirve lo anteriormente dicho, si al Plan se le ha reconocido la naturaleza de un acuerdo de empresa, será igualmente vinculante, en el Acuerdo de empresa, también tiene el carácter de eficacia general y carácter plenamente vinculante. Respecto al contenido esencial de un protocolo antiacoso, el art. 48 LOI impone a las empresas la obligación de promover las condiciones de trabajo que resulten necesarias para evitar el acoso sexual y por razón de sexo, además, habrán de establecer los procedimientos que resulten necesarios para su prevención y para tramitar las denuncias de quienes hubieran sufrido algún tipo de acoso. Pese a que el precepto sólo hace referencia al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, las medidas previstas en él resultan perfectamente aplicables a la conducta de acoso moral en el trabajo, de acuerdo con el art. 62 LOI, el protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, que será negociado por las Administraciones Públicas y la representación legal de los trabajadores, comprenderá, al menos, los siguientes principios: el compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; la instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres; el tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario; la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

²⁰ Entre otros, art. 89.k) CCE “Comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines”. Capítulo XIV. Igualdad de oportunidades. Objetivos de los Planes de Igualdad: establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral, sexual y por razón de sexo, para lo que se consensuarán medidas preventivas, formativas de sensibilización, tutela, estableciendo protocolos para dicho fin; D.A. 3 CCE “Industria azucarera”. Ley de igualdad: las empresas deberán promover políticas de acciones positivas para cumplir con los objetivos de igualdad e incorporarán medidas específicas para prevenir el acoso sexual, el acoso por razón de sexo en el trabajo y el acoso moral; art. 11.d) CCE “Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias”. Los planes de igualdad incluirán medidas para prevenir el acoso sexual, laboral y acoso por razón de sexo. La ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, dando un paso más allá de lo estipulado por el estatuto de los trabajadores y la ley de prevención de riesgos laborales establece en su art. 48 la necesidad de que las empresas promuevan condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual, laboral y el acoso por razón de sexo, así como el arbitraje de procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

En ocasiones, se incluye el protocolo de actuación respecto a los conceptos de política de igualdad de oportunidades, no discriminación y violencia de género²¹. En la mayoría de los casos, se establece un procedimiento que parece sólo indicado para los casos más graves, en algún sentido, es un fracaso para la empresa utilizar este tipo de procedimientos, significa recurrir al mismo en los casos más extremos, con el objetivo de no iniciar la vía judicial.

A veces, sin un ánimo exhaustivo, se enuncia un breve protocolo de actuación pero no se presenta con esa denominación, dan unas breves pautas sin llegar al detalle y finalmente, se crean protocolos de actuación con una serie de normas a seguir²². Algunos convenios colectivos recogen el propósito de crear un protocolo, todavía no lo poseen pero manifiestan el deseo de implantarlo²³.

²¹ Entre otros, Capítulo XVIII CCE “Ciclo de comercio del papel y artes gráficas”. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en el seno de la Comisión de Igualdad las partes negociarán un Protocolo de Acoso moral, sexual y acoso por razón de sexo; art. 69 CCE “Contratas Ferroviarias”. Acoso sexual, psicológico y por razón de sexo. Las partes firmantes asumen el compromiso de velar porque exista dentro de las empresas un ambiente exento de acoso sexual, psicológico y por razón de sexo estableciendo y dando a conocer los procedimientos creados para prevenir, controlar y sancionar todo tipo de actuaciones que se produzcan, relativos a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo; Capítulo XVI CCE “Industria Química”. Igualdad de oportunidades. Art. 103.k) Objetivos de los planes de igualdad: establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral y sexual; art. 58.k) CCCA Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid. Objetivos de los planes de igualdad: establecer medidas para detectar y corregir posibles riesgos para la salud de las trabajadoras, en especial de las mujeres embarazadas, así como acciones contra los posibles casos de acoso moral y sexual.

²² Entre otros, D.A. 7 CCE “Seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo”. Protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, o acoso por razón de sexo, o de acoso moral; art. 36 CCCA “Comercio de vidrio, loza, cerámica y similares de Cataluña”. Protocolo de actuación en supuestos de acoso; C. A. CCCA “Comercio de Asturias”. Protocolo de acoso moral y sexual; D. F. CCP “Empresas de Fabricación, Venta e Instalación de Todo Tipo de Toldos, Sombrillas y Encerados y Sus Trabajadores de Las Palmas”. Protocolo de actuación en las empresas para abordar el problema del acoso sexual y violencia de género en el trabajo, además de otras formas de discriminación; Capítulo III CCP “Oficinas y Despachos de Málaga”. Organización del trabajo, poderes del empresario y derechos fundamentales. Art. 14. Acoso sexual y laboral y art. 15. Procedimiento de actuación; Capítulo IX CCE “Grandes Almacenes”. Procedimiento de prevención y tratamiento de situaciones de acoso moral y sexual y acoso por razón de sexo; art. 55. Declaración de principios; art. 56. Medidas preventivas; art. 57. Definición del acoso moral y sexual; art. 58. Procedimiento de actuación; art. 59. Evaluación y revisión. D.F. 5. Procedimiento de actuación; D.A. 1 “Industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicos de la Comunidad Valenciana”. Procedimiento de prevención y tratamiento de situaciones de acoso sexual y moral en el sector del azulejo. A. Declaración de principios. B. Medidas preventivas. C. Definiciones de acoso. D. Procedimiento de actuación. E. Evaluación y revisión; Acuerdo “Telefónica Móviles España,

En la regulación convencional son visibles varios tipos de convenios, en multitud de ocasiones aparecen el acoso sexual y moral como falta muy grave²⁴ y la sanción correspondiente y en algún caso además, se definen los dos conceptos, el acoso sexual y el acoso moral, se puede observar en los convenios colectivos analizados que con frecuencia aparece sólo el acoso sexual como falta muy grave. Es muy frecuente establecer un concepto y quedarse en ese punto de partida, sin buscar normas de prevención para que este tipo de situaciones no sucedan.

El protocolo de actuación que se ha elaborado en varios convenios colectivos con frecuencia es común tanto para el acoso sexual como para el acoso moral²⁵, demuestra la notoria consolidación del acoso sexual como figura jurídica y no así la del acoso laboral, todavía no afianzada. Puede señalarse finalmente que existen protocolos destinados a combatir el acoso moral o en común para acoso sexual y acoso moral y protocolos orientados a la lucha contra el acoso sexual y por razón de sexo. En muy pocas ocasiones pero si sucede, se establece un protocolo de actuación tan solo para el acoso sexual²⁶, porque existe una preferencia en muchos de los convenios por regular el acoso sexual y no el acoso moral. El tipo penal del acoso sexual se estableció en 1995 y el acoso laboral ha sido tipificado muy recientemente, en 2010, de ahí quizás ese desarraigo todavía existente en la negociación colectiva, quizás el análisis del acoso sexual, al haber sido más ampliamente estudiado, resulta beneficioso para el acoso laboral, para su definitiva consolidación como figura jurídica y el hallazgo de soluciones eficaces.

S. A. U.” Plan de igualdad y protocolo de actuación en supuestos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo en el trabajo.

²³ Art. 52 CCP “Hostelería de ciudad de Ceuta”.

²⁴ Art. 45.23 CCP “Trabajo de estiba y desestiba de la provincia de Tarragona”; art. 55.19 CCP “Derivados del Cemento de Córdoba”; art. 44.C).16 y 17 CCCA “Panadería y Pastelería de la Comunidad Valenciana”; art. 61.17, 18 y 19 CCE “Industria Química”.

²⁵ D.A. 1 CCCA “Industria de Azulejos, Pavimentos y Baldosas Cerámicas de la Comunidad Valenciana”. Procedimiento de prevención y tratamiento de situaciones de acoso sexual y moral en el sector del azulejo.

²⁶ Art. 61. CCP “Actividad de Pompas Fúnebres de Valencia”; Acuerdo de protocolo de actuación ante situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso por razón de orientación sexual en desarrollo del Plan de Igualdad de BIMBO, S. A. U.; D.A. 2 CCE “Empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, y de droguería, perfumería y anexos”. Se establece el acuerdo sobre protocolo de prevención frente al acoso, acoso sexual y por razón de sexo; Plan marco de igualdad de la UGT y protocolo de actuación para la prevención del acoso en el trabajo que se incorpora al texto del Convenio Colectivo; Montoya Melgar, A., “Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales”, *Aranzadi Social*, n. 13, 2000, p. 63-75.

Las sanciones están de acuerdo a la gravedad: amonestación por escrito, suspensión de empleo y sueldo (en períodos que van de varios días a tres meses), traslado, inhabilitación definitiva para el ascenso, despido disciplinario. Existe además una gran preocupación por salvaguardar los principios de confidencialidad e intimidad, hay una especial predilección en España por marcar unas pautas, ser muy cuidadoso en estas cuestiones, dejar unas directrices claras y precisas, proporciona seguridad jurídica a los interlocutores sociales. El papel de la Comisión Paritaria (representación de la dirección de la empresa y los sindicatos más representativos de forma permanente) es de hacer cumplir lo establecido en el convenio colectivo y en este caso, una de sus funciones, es la aplicación de estos protocolos cuando así se haya establecido y hacer las revisiones precisas si se considera oportuno para su mayor efectividad. Se insiste en la importancia de la divulgación de los procedimientos, que los trabajadores conozcan su existencia mediante todos los mecanismos posibles en la empresa (portal corporativo, tablón de anuncios, distribución de circulares, información en lo sucesivo a los trabajadores que ingresen en la empresa), es preciso además, conocer las normas y directrices establecidas, para un uso adecuado y efectivo del procedimiento.

El estrés se deriva en gran medida de la manera en que está organizado el trabajo, por consiguiente, solamente se puede prevenir si los trabajadores procuran reorganizar el trabajo, haciéndolo de manera colectiva a través de sus sindicatos, como lo demuestra la experiencia, un enfoque participativo es un factor crítico para el éxito de cualquier estrategia de prevención del estrés, cualquier estrategia adoptada desde la dirección sin incluir la participación del empleado está condenada al fracaso y para que tengan éxito, las políticas de prevención se deben planear, aplicar y evaluar con la participación activa de los trabajadores y de sus representantes sindicales²⁷.

Hacer frente a las negativas consecuencias de los cambios en el carácter del trabajo siempre ha sido una de las funciones clave de las relaciones laborales. El cambio constante de la organización del trabajo y el consecuente estrés y fatiga son retos para los trabajadores sindicalizados y sus respectivas organizaciones, se necesitan nuevas actitudes y estrategias para hacer frente a este nuevo ámbito de protección de los trabajadores, es decir, crear conciencia entre la afiliación sindical es un elemento importante al defender las medidas de prevención. Los sindicatos deben hacer que se conozca el síndrome del estrés, sus causas y los problemas que el mismo origina, así como explicar la

²⁷ Mureau, A. M., "Cuando la negociación colectiva se ocupa del estrés laboral", *Educación Obrera*, 126, 2002, pp. 89-90. Referencia al papel de los sindicatos, en relación a las cuestiones de estrés en el trabajo.

necesidad de una rápida intervención. Asimismo, deberían incorporar a sus actividades prácticas, que refuercen la toma de conciencia, a fin de permitir que sus miembros reclamen a sus empleadores, que tomen las medidas necesarias y que la prevención se anteponga a la cura, como sucede sólo, en algunos convenios²⁸.

3. El procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral

Finalmente, Gimeno Navarro cuando propone un procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral²⁹ lo hace desde esa perspectiva de prevención, que es la importante, es evitar las situaciones y no limitarse a reaccionar frente a ellas, es la perspectiva doctrinal mayoritaria. El Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral que propone, ofrece solución a las limitaciones de los dos mencionados modos de actuar (la evaluación de riesgos psicosociales y la instauración de un protocolo de actuación), recogiendo sus ventajas. Se trata de un instrumento de diagnóstico, orientado a la prevención, permite identificar los factores que propician las situaciones de violencia en el trabajo y el diseño de soluciones adecuadas, de esta forma, se puede mejorar la organización del trabajo y promover un clima favorable³⁰.

Este Procedimiento propone actuar frente a la violencia laboral en su conjunto, más que sobre cuadros graves, considera que persecuciones, acosos, amenazas,

²⁸ Art. 38 CCE “Empresas organizadoras del juego del Bingo”; art. 50 y 51 CCCA “Arqueología de la Comunidad Valenciana”. Capítulo XIV. Protección contra la violencia de género. Prevención del acoso sexual y el acoso moral y medidas de protección integral contra la violencia de género.

²⁹ Carbonell Vayá, E. J., Gimeno Navarro, M. A. y Mejías García, A., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 45-78; Gimeno Navarro, M. A., *La intervención legal y judicial ante los supuestos de acoso moral o mobbing*, San Sebastián, Encuentro Internacional sobre Análisis de Legislación y Práctica Jurídica sobre el acoso moral en el trabajo o mobbing, XXIX Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, 2010.

³⁰ Mejías García, A. M. *El procedimiento de solución autónoma de conflictos sobre violencia en el trabajo de las NTP N.º 891 y 892*, Encuentro internacional sobre los protocolos y procedimientos de gestión de conflictos de acoso laboral y otras situaciones afines, San Sebastián, XXXII Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, 2013; para un mayor desarrollo de la materia: Mejías García, A. M., *La negociación en la empresa de un acuerdo de solución autónoma de conflictos de violencia laboral*. Inspirado en las NTP 891 y 892, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011.

son síntomas evidentes de elementos organizacionales más complejos, por consiguiente, es sobre esos elementos organizacionales sobre los que se debe actuar, en última instancia. Se trata de un método preventivo proactivo que busca anticiparse a la aparición de cuadros graves de violencia, para ello se fundamenta en la actividad preventiva, integrándose en la misma, aunque también considera la actuación disciplinaria interna, a través de un protocolo básico de actuación. Entiende, también, que para trabajar de esta forma frente a la violencia es imprescindible que todos y cada uno de los miembros de la organización participen y se comprometan, sólo desde la actuación global y conjunta, se puede luchar de manera eficaz contra la violencia laboral. En cada momento se explica el objetivo que se pretende alcanzar (comprobación de la situación preventiva, detección temprana de situaciones de violencia, gestión interna de conflictos relacionados con la violencia, respuestas de solución a cada momento). Igualmente se ofrece, a modo de orientación, una propuesta de protocolo básico de actuación contra la violencia en el trabajo, dicho protocolo es sólo un elemento más dentro de un procedimiento de actuación mucho más amplio y necesario para la consecución de un objetivo, hoy prioritario en las relaciones laborales: la prevención de la violencia en el trabajo y la consecución de un entorno laboral exento de acoso. Las bases sobre las que se sustenta este Procedimiento de autocomposición o solución autónoma son las siguientes.

La primera cuestión a considerar cuando se pretende prevenir las situaciones de acoso en el trabajo es centrar el problema en su causa fundamental: la organización del trabajo. El segundo elemento a tener en cuenta, si se desea que la prevención sea integral y efectiva, es considerar las situaciones de acoso desde un marco más amplio y comprensivo: el de la violencia laboral. El tercer elemento sobre el que pivota la prevención eficaz de estas conductas es la dimensión social, colectiva que tiene el problema de la violencia laboral, no es un problema individual y puntual. La violencia es, actualmente, inherente al ser humano (violencia de género, acoso escolar etc.), por ello, el tratamiento debe tener una dimensión global e integradora de todos los sujetos que conforman el proceso productivo (empresa, trabajadores, clientes etc.). La última consideración que aborda el procedimiento de solución autónoma de los conflictos, respecto de la violencia laboral, es que se trata de un problema común para trabajadores y empresarios y ambas partes se benefician de una gestión del conflicto negociada participativamente, unos por los graves efectos en su salud y otros por las serias consecuencias económicas y organizativas que

acarrea³¹, pero su establecimiento se limita a las grandes empresas, por la mayor dimensión de su estructura preventiva.

4. Conclusiones

La postura mayoritaria de la doctrina apuesta por la prevención; es preciso resolver los conflictos no sólo ante la existencia o inexistencia de una situación de acoso. Los protocolos de actuación en posibles situaciones de acoso sexual y moral, inciden en la presencia o no de un entorno de acoso y no resuelven otro tipo de conflictos, y es que cualquier situación de violencia laboral, debe ser analizada para darle una solución eficaz.

Efectivamente, a través de las NTP n. 891 y n. 892 se ha dado traslado el procedimiento de solución autónoma de conflictos sobre violencia en el trabajo, que busca la prevención de la violencia en el trabajo y la consecución de un entorno laboral exento de acoso, ofrece solución a las limitaciones de los dos mencionados modos de actuar: la evaluación de riesgos psicosociales y la instauración de un protocolo de actuación en situaciones de acoso, éste último parece indicado solamente para los casos más graves de violencia, es decir, va a ser necesario en el campo de las relaciones laborales, resolver cualquier tipo de conflicto y no sólo las situaciones más graves de violencia.

5. Bibliografía

- ARAMBURU-ZABALA HIGUERA L., *Respuesta al acoso laboral. Programas y estrategias*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2002, vol. 20, 2
- BALLESTER PASTOR M.A., *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006
- BAYLOS GRAU A.P. (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Albacete, BO, marzo, 2003

³¹ El Acuerdo Marco Europeo sobre Violencia y Acoso en el Trabajo firmado el 26 de abril de 2007, declara en su introducción que «es de interés mutuo de empleadores y trabajadores ocuparse de esta cuestión, que puede tener serias consecuencias sociales y económicas»; Carbonell Vayá, E. J., Fidalgo Vega, M., Gimeno Navarro, M. A. y Mejías García, A., “NTP 891: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I)” y “NTP 892: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (II)”, Madrid, Centro Nacional de Condiciones de Trabajo, INSHT, MEYSS, 2011.

- CARBONELL VAYÁ E.J., GIMENO NAVARRO M.A., MEJÍAS GARCÍA A., *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009
- CARBONELL VAYÁ E.J., FIDALGO VEGA M., GIMENO NAVARRO M.A., MEJÍAS GARCÍA A., *NTP 891: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (I) y NTP 892: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral (II)*, Madrid, Centro Nacional de Condiciones de Trabajo, INSHT, MEYSS, 2011
- CORREA CARRASCO M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006
- CUATRECASAS ABOGADOS S.A., *Código de buenas prácticas en prevención del acoso laboral en el trabajo*, Madrid, 2006
- FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y UGT, *El papel de los interlocutores sociales en la gestión de los riesgos psicosociales*, en *Boletín para la prevención de riesgos laborales*, 2011, 89
- GIMENO NAVARRO M.A., *La intervención legal y judicial ante los supuestos de acoso moral o mobbing*, San Sebastián, en *Encuentro Internacional sobre Análisis de Legislación y Práctica Jurídica sobre el acoso moral en el trabajo o mobbing*, XXIX Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, 2010
- MEJÍAS GARCÍA A.M., *La negociación en la empresa de un acuerdo de solución autónoma de conflictos de violencia laboral. Inspirado en las NTP 891 y 892*, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011
- MEJÍAS GARCÍA A.M., *El procedimiento de solución autónoma de conflictos sobre violencia en el trabajo de las NTP N.º 891 y 892*, San Sebastián, Encuentro internacional sobre los protocolos y procedimientos de gestión de conflictos de acoso laboral y otras situaciones afines, XXXII Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, 2013
- MONTOYA MELGAR A., *Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales*, en *Aranzadi Social*, 2000, 13
- MUREAU A.M., *Cuando la negociación colectiva se ocupa del estrés laboral*, en *Educación Obrera*, 2002, 126
- OBSERVATORIO PERMANENTE DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT, *Enfermedades mentales derivadas del trabajo en España y su coste sanitario directo en 2010*, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011
- OBSERVATORIO PERMANENTE DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT, *Las consecuencias de la organización del trabajo en la salud laboral en la empresa: estudio de las variables que intervienen en la aparición de riesgos psicosociales*, Jaén, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, 2011
- OBSERVATORIO DE RELACIONES INDUSTRIALES, *Acuerdo marco europeo sobre estrés en el trabajo*, en *Boletín CES*, 2004, 74

- RODRÍGUEZ PÉREZ M.C., *Action protocol in the event of workplace harassment*, Copenhagen, Octavo Congreso Internacional sobre intimidación y acoso laboral/8th International Conference on Workplace Bullying and Harassment, Universidad de Copenhagen, 2012
- ROMERO RÓDENAS M.J., “*Protección frente al acoso moral en el trabajo*”, Albacete, Bomarzo, 2004
- ROMERO RÓDENAS M.J., *El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales: su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral*, en *Justicia Laboral*, 2005, 22
- TUDELA CAMBRONERO G., VALDEOLIVAS GARCÍA Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva*, Madrid, MTIN, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Colección Informes y estudios, Serie Relaciones laborales, 2009
- VELASCO PORTERO M.T. (dir.), *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, Madrid, Tecnos, 2010

El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés*

de Lourdes Mella Méndez

1. El acoso moral en el Derecho español¹

1.1. Introducción

Uno de los problemas que más ha suscitado la atención de la doctrina científica y de los Tribunales laborales en el Derecho del Trabajo en España durante los últimos años y, especialmente, la última década ha sido el del acoso laboral. Un problema de protagonismo reciente, pero de larga historia, pues el hacer la vida imposible a alguien con un fin determinado es tan viejo como la propia relación laboral entre empresario y trabajador. El interés por este tipo de conducta se debe a su espectacular incremento durante los últimos tiempos

* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación “La violencia de género como problema social y cultural: puntos críticos desde el Derecho del Trabajo”, de la convocatoria: Programas sectoriales de investigación aplicada, PEME I+D e I+D Suma del Plan Gallego de Investigación (*Consellería de Economía e Industria, Xunta de Galicia*). Código: 2010/PX118.

¹ Abreviaturas: Ar. (Aranzadi); C.c. (Código Civil); ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Estatuto de los Trabajadores); LOI (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); JUR (Jurisprudencia); LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social); RJ (repertorio jurídico); ST Const. (Sentencia del Tribunal Constitucional); RTC (Repertorio del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo) y STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que, en cada caso, se indique).

debido, seguramente, a la mayor competitividad y estrés laboral, propio de las sociedades altamente industrializadas y modernas.

Sin embargo, a pesar de este renovado protagonismo, el acoso no ha recibido la misma atención por parte del legislador español. Muestra de ello es que no existe un concepto legal sobre la figura general del acoso ni tampoco sobre una de sus modalidades más conocidas y mediáticas: el acoso laboral (moral o psicológico). Las únicas intervenciones legislativas expresas sobre la materia tienen carácter parcial y carecen de novedad, pues se limitan a trasponer Directivas comunitarias. Así, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, contienen una regulación específica sobre el acoso discriminatorio por motivos concretos. El art. 37.2 de esta última norma da una nueva redacción al art. 4.2.e) ET, al referirse al derecho del trabajador «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». A su vez, el art. 37.5 de la misma norma modifica el art. 54 ET para introducir una nueva causa de despido, la g), consistente en «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también incluye referencias parciales a algunas modalidades de acoso, en sus arts. 7, 46.2 y 48. Así, el primero define el acoso sexual, discriminatorio y el por razón de sexo; el segundo exige que el contenido de los planes de igualdad incluya, entre otras, las materias de «la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»; y, el tercero, obliga a las empresas a tener un protocolo o procedimiento interno específico para prevenir y tratar el acoso. Dicha obligación es independiente de la de tener un plan de igualdad. Además, interesante también resulta su art. 10.1, que considera nulos y sin efectos los actos discriminatorios por razón de sexo, los cuales darán lugar «a una responsabilidad a través del sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido».

A la vista de estas parciales referencias normativas a determinados supuestos de acoso, cabe preguntarse sobre la necesidad de una regulación laboral expresa sobre el acoso laboral, a efectos de proteger a la víctima frente a la conducta del agresor (empresario o compañero de trabajo). En mi opinión, con

independencia de que un concepto legal de acoso pueda clarificar la conducta y aporte seguridad jurídica, cabe señalar que el mismo no es imprescindible a efectos de conceder tal protección, pues su inexistencia no impidió a los Tribunales laborales dar una adecuada respuesta protectora al acosado desde un primer momento (finales de los años noventa o comienzos del 2000), basándose para ello en el marco normativo entonces vigente (anterior a las primeras reformas de 2003)².

Más claramente, al tratarse de una conducta laboral que vulnera bienes jurídicos esenciales del trabajador como ser humano, la defensa de este ha de subsumirse en preceptos relacionados con los derechos fundamentales, como los arts. 10, 14, 15 y 18 de la Constitución. Precisamente, entre los múltiples derechos que esta conducta puede vulnerar, cabe destacar el genérico de la dignidad, considerado fundamento básico del orden político y la paz social [arts. 10.1, Const. y 4.2.e) ET], y otros más específicos como el de la igualdad y no discriminación [arts. 14 Const. y 4.2.c) ET], el de la integridad física y moral [arts. 15 Const. y 4.2.d) ET], el honor e intimidad personal y familiar y la propia imagen [art. 18.1 Const. y 4.2.e) ET] o, en fin, el de la libertad de expresión y comunicación (art. 20.1 Const.). Como deriva de lo recién expuesto, el acoso moral es una conducta pluriofensiva que vulnera diversos derechos ordinarios y fundamentales a la vez, entre ellos, el de la dignidad del trabajador.

De otro lado, la normativa específica de prevención de riesgos laborales, especialmente la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ha servido para obligar al empresario a tener en cuenta estos riesgos psíquicos y proteger eficazmente a los trabajadores. Así, resulta claro que «los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz» e integral en materia de seguridad y salud (art. 14.1), que garantice un ambiente de trabajo sano y libre de riesgos profesionales, incluidos los de naturaleza psicológica³. En aras al cumplimiento de tal derecho, el empresario debe asegurar dicha seguridad y salud «en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14 2 ibíd.), adoptando las medidas que sean necesarias «con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo» (art. 4.1 ibíd), entendidos estos como la

² Cfr. Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español”, *Tribuna Social*, 2003, núm. 145, pp. 13-32.

³ En este sentido, STC 62/2007, de 17 marzo (RTC 62/2007) y STC 160/2007, de 2 julio (RTC 160/2007), que señalan que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico, motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles.

posibilidad de que aquellos sufran «un determinado daño derivado» de la actividad laboral (art. 4.2 *ibíd.*).

1.2. Configuración y distinción de figuras afines

El acoso laboral, genéricamente entendido, ha sido denominado de muchas maneras, como, por ejemplo, acoso moral, psicológico, institucional o medioambiental, intimidación, hostigamiento o, en fin, hasta psicoterror laboral. En España, las expresiones más utilizadas son las de acoso *moral* o *psicológico*; de hecho, estas son aceptadas por el diccionario de la Real Academia Española (en su próxima 23^a edición)⁴, que, a su vez, lo define como una «práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente».

El acoso moral se configura como un comportamiento reiterado de violencia especialmente psíquica ejercido por quien, desde una posición jurídica o social dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantener o reforzar su posición de dominio y lograr sus objetivos personales y profesionales. En otras palabras, el acoso laboral es una conducta violenta de amplio contenido, realizada – generalmente – por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, de forma recurrente y sistemática y con el fin de destruir al trabajador acosado. Como deriva de lo recién expuesto, esta conducta se caracteriza por⁵:

a) *ser un comportamiento violento de amplio contenido*, el cual puede consistir en la adopción de diversas medidas organizativas (v. gr., asignar tareas inútiles, humillantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir, inferiores a su categoría profesional o, incluso, no asignar ninguna), de aislamiento social (por ejemplo, impedir las relaciones con los compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes o con el propio acosador; asignar un trabajo aislado; prohibir la presencia física de la víctima en reuniones o no avisarle de estas; no hablar con ella; ignorar su presencia, opinión o prestación laboral; retirar el uso de medios de comunicación, como el teléfono o el fax), de desprestigio personal y profesional (a través de la creación de falsos

⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=acoso%20moral>.

⁵ Cfr., por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 6 junio 2012 (RJ 260), Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925) y Galicia de 23 diciembre 2012 (RJ 85). En la doctrina, cfr., entre otros, Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en el volumen AA.VV., *Acoso moral en el trabajo* (Navarra, 2006), pp. 41 y ss.

rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador; actos de ridiculización de este; crítica injustificada y sistemática a su trabajo o actitud; burlas) o, en fin, de agresión verbal o física (como sucede cuando se producen insultos, injurias, calumnias, coacciones o, incluso, agresiones físicas, leves o graves, que pueden llegar a tener un matiz o contenido sexual). Como se aprecia, aunque es fundamentalmente psicológica, la violencia del comportamiento estudiado también puede llegar a manifestarse físicamente. Por lo demás, el acoso no solo consta de actitudes activas, sino también pasivas (omisiones, silencios, falta de aprecio), que incluso pueden hacer más daño psicológico que aquellas;

b) *su carácter recurrente y sistemático*, pues se está ante una conducta que tiene que producirse durante un cierto tiempo y repetirse con frecuencia. La prolongación de los ataques a lo largo de un determinado período y la reiteración de alguno de los actos típicos de acoso una o varias veces por semana es necesaria para conseguir el fin perseguido por el acosador, que suele requerir un determinado tiempo⁶. Además, estos ataques continuados y prolongados evidencian la existencia de un *plan* preconcebido para destruir a la víctima⁷. Por lo tanto, es necesario valorar los actos particulares de agresión en su conjunto, como aspectos de un mismo comportamiento, pues el análisis individual de cada uno de ellos podría llevar a confusión sobre la calificación de la conducta agresora. En este sentido, alguno de ellos incluso podría valorarse como irrelevante o neutro. Respecto del período durante el que se debe observar la conducta, en un primer momento se consideró que este debía ser, como mínimo, de un semestre. Con todo, actualmente, dicho período no se considera un criterio constitutivo de la existencia de acoso, sino meramente orientativo, por lo que aquel puede declararse antes de transcurrir el referido período o, por el contrario, puede cumplirse dicho período y la agresión no calificarse de acoso moral⁸;

c) *su finalidad destructiva*, pues se busca el dañar psicológicamente al trabajador, poniéndole en una situación de sufrimiento psíquico tan insoportable que le lleve a desistir de sus derechos profesionales e, incluso, a

⁶ Así, entre otras, sentencias TSJ Madrid de 31 marzo 2006 (RJ 1694), 23 enero 2007 y 1 abril 2008 (RJ 1963 y 1398), según las que una conducta aislada, por muy grave que sea, no merece el calificativo de acoso. Sin embargo, no falta alguna sentencia que cuestiona la necesidad del requisito temporal, tomando como referencia legislaciones como la de Canadá, en la que un único acto aislado puede considerarse acoso moral (STSJ Castilla y León de 22 diciembre 2010; RJ 209).

⁷ Cfr. sentencias TSJ Madrid de 24 abril 2007 (RJ 2280), Cataluña de 6 noviembre 2008 (RJ 374), Extremadura de 8 noviembre 2008 (RJ 493) y Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

⁸ Cfr., por ejemplo, STSJ Madrid de 10 noviembre 2007 (RJ 2008/1398).

abandonar voluntariamente la empresa. Como se ve, hay un fin inmediato y directo (hundimiento psicológico de la víctima) y otro mediato e indirecto (renuncia a derechos laborales o al puesto de trabajo) y este último solo se consigue cuando el primero ya es una realidad. Solo cuando está hundido psicológicamente, el trabajador es capaz de tomar decisiones que suponen la renuncia a sus derechos laborales, con el fin de salir de la situación de dolor que se le infringe. Evidentemente, tal renuncia no es querida por el trabajador, aunque así se intente presentar por el acosador.

Cuando el acosador actúa en orden a conseguir los referidos fines, es claro que sus actos están guiados por la intención o *animus* de dañar otro y, por lo tanto, esta intencionalidad o deseo es inherente al acoso moral⁹. Ahora bien, ello no quiere decir que la víctima tenga que probar expresamente aquel, sino que basta con que el mismo se deduzca de los elementos objetivos que concurren en la actuación del agresor. Los hechos hablarán por sí mismos.

Los efectos del acoso moral se suelen manifestar en un grave deterioro de la salud mental y física de la víctima, concretamente, en problemas de depresión (desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dificultades de respiración, insomnio, mareos). En ocasiones extremas, el acoso moral puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica e irreversible o, incluso, terminar en suicidio; también tiene efectos negativos para la empresa y la sociedad en general.

Ahora bien, el hecho de que en algún caso la víctima sea lo suficientemente fuerte y tal daño psicológico no llegue a materializarse no impide la consideración de la conducta agresora como acoso moral, pues lo importante es la propia existencia de dicha conducta, vulneradora de derechos fundamentales de la víctima (especialmente, la dignidad e integridad moral) y la intencionalidad de la misma. En otras palabras, aun siendo difícil, la víctima puede sentirse moralmente afectada por la violación de sus derechos fundamentales, aunque no acuse un daño psíquico claro y real¹⁰. Además, de

⁹ Cfr., entre otras, STSJ Madrid de 2 noviembre 2005 (RJ 2006/76199): no hay acoso moral si no se prueba que la empresa «buscase, expresamente, causar un daño al trabajador socavando su personalidad, es decir, falta el elemento intencional de dañar» a este último.

¹⁰ Así, Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, 2005, 178, p. 10. En este sentido, debe entenderse superada una primera posición jurisprudencial que condicionó la existencia de acoso moral a la producción de un daño psíquico real (v. gr., STSJ Madrid de 18 junio 2001; RJ 1667), aunque alguna sentencia la siga manteniendo (STSJ Madrid de 6 junio 2012; RJ 2352).

mantener la posición contraria y condicionar la existencia de acoso a la producción real de un daño psíquico se desprotegería a aquellas víctimas más fuertes psicológicamente y más resistentes a los efectos dañinos del acoso¹¹. Evidentemente, en tales casos, el problema puede ser la prueba del acoso moral, más fácil si se pueden aportar informes de expertos médicos sobre el daño objetivo (psíquico) causado a la víctima.

Y d) realizarse, generalmente, por *uno o varios superiores* (empresario o trabajadores con poderes) *o compañeros de trabajo e, incluso, conjuntamente entre unos y otros*. En el primer caso se habla de acoso vertical ascendente o *bossing*, pues el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo, de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos¹². En ambos casos, se trata de un conflicto asimétrico, pues la parte hostigadora siempre se halla en una posición más fuerte, bien por ser un superior, bien por contar con más recursos o apoyos. En el caso de actuar una sola persona (superior o compañero) las demás suelen intervenir de cómplices pasivos, al silenciar tal comportamiento o no hacer nada para impedirlo, quizá por temor a represalias o, incluso, llegar a ser objeto del mismo. Tal actitud no solo potencia los efectos destructores del acoso moral – haciendo que la víctima se sienta desamparada y abandonada –, sino que permite que este exista como tal, dado que si el resto de compañeros lo denunciase se impediría su prolongación en el tiempo.

Una tercera modalidad de acoso es la denominada vertical descendente, en cuanto los acosadores son uno o varios subordinados de la víctima. Generalmente, es el caso de un alto cargo de la empresa que, tras ser contratado o ascendido, es boicoteado por sus subordinados – en el segundo supuesto antiguos compañeros de trabajo – con el fin de desprestigiarlo ante sus superiores y conseguir su despido. Aparte de menos frecuente, a mi modo de ver, este tipo de acoso es cualitativamente diferente de los otros dos porque el hecho de que el acosado esté en una posición jerárquicamente superior le permite defenderse mejor de los ataques en que la conducta de acoso consiste. Los motivos que llevan al agresor a infligir este sufrimiento psíquico a otra persona suelen variar según quién sea aquel. Si se trata de compañeros de trabajo, sean o no sus superiores, la causa suelen ser los celos y envidias

¹¹ Así, STSJ Madrid de 11 junio 2003 (RJ 2516): «el hecho de que haya un informe psiquiátrico o psicológico es un dato más – importante, pero no determinante –, ya que, de contrario, se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia o afrontara de otro modo el mismo conflicto».

¹² Cfr. STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

profesionales. El acosador suele ser una persona mediocre en el plano profesional y envidiosa o frustrada en el personal, que busca imponer su autoridad y sentirse poderoso. En consecuencia, su víctima suele ser un trabajador generalmente cualificado y con perspectivas de ascenso, en aras a apartarle de la posibilidad de este e impedirle que compita o, incluso, desplace al acosador, lo que pondría en evidencia su mediocridad. Por su parte, el empresario suele acosar en orden a forzar la salida voluntaria del trabajador de la empresa, esto es, por la vía de la dimisión o el abandono, con lo que se evitaría el recurso al despido y el consiguiente pago de la indemnización. En estos supuestos, el acoso se convierte en una silenciosa, lenta y gratuita alternativa a aquél.

En otro orden de cosas, el hecho de que el acoso moral se configure –según opinión doctrinal y judicial reiterada – con los requisitos que acabamos de exponer aporta seguridad jurídica a efectos de distinguir este comportamiento de otros similares, que también pueden suponer un incumplimiento contractual del empresario. Así, cabe distinguir el acoso moral de otros tipos de acoso, como el sexual, el discriminatorio y el «por razón de sexo». En principio, los cuatro tipos de acoso tienen rasgos comunes, por ejemplo: a) son especies del mismo género: el acoso; b) pueden ser realizados por los mismos agresores; y c) lesionan los mismos bienes jurídicos, cuales son, básicamente, los derechos a la dignidad de la persona trabajadora y a la integridad física y moral e, incluso, a la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, no cabe confundir estos diferentes tipos de acoso, pues según el art. 7.1 LOI, «a los efectos de esta Ley, constituye *acoso sexual* 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». Así, pues, comparando el acoso moral y el sexual se detectan, al menos, las siguientes diferencias: a) su contenido, pues, aun pudiendo ser plural en ambos casos, mientras que en el acoso moral aquel puede consistir en medidas que no tengan connotación sexual (v. gr., organizativas, de aislamiento social, desprestigio personal y profesional y agresión verbal o física), en el acoso sexual esa finalidad siempre tiene que estar presente. b) Su finalidad, dado que, como se deduce de lo recién expuesto, en el acoso sexual el fin directo o indirecto es atacar la libertad sexual de la víctima, en orden a conseguir, casi siempre, la satisfacción sexual del agresor. Por el contrario, en el acoso psicológico el fin es más ambicioso, pues se busca directamente el destruir psíquicamente a la víctima. Y c) su carácter, dado que el acoso moral siempre consiste en un comportamiento recurrente y sistemático, que tiene que mantenerse durante un

cierto tiempo y reiterarse con frecuencia. Sin embargo, el acoso sexual puede consistir en una sola conducta cuando esta es lo suficientemente grave y el trabajador manifiesta su oposición a la misma.

La distinción con el acoso *discriminatorio* también es clara, en cuanto en este último el acoso a la víctima se basa en diferentes razones, como el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Leyes 51/2003 y 62/2003, citadas). En todo caso, se considerarán discriminatorios «el acoso sexual y el acoso por razón de sexo» (art. 7.3 LOI).

Por su parte, si el motivo específico para acosar es el sexo de la víctima, el acoso será *por razón de sexo*. Según el art. 7.2. LOI, «constituye acoso por razón de sexo 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». Repárese en que tanto el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo pueden formar parte (en cuanto conductas concretas y puntuales) del acoso moral o producirse de manera paralela a este.

De otro lado, también cabe diferenciar el acoso moral de otros conflictos, como los originados por el ejercicio (lícito o ilícito) del *poder directivo y organizativo empresarial*. Desde luego, no todo conflicto es calificable de acoso moral, dado que muchos obedecen a simples discrepancias de los trabajadores sobre el ejercicio regular o no del poder directivo empresarial¹³. No cabe, pues, considerar como acoso los conflictos en los que no existen actos de violencia psíquica, ni siquiera aquellos en los que, aun existiendo, estos no se desarrollan de forma sistemática y recurrente, no persiguen la finalidad de destruir al trabajador (v. gr., insultos concretos) o no son realizados por el empresario ni los compañeros de trabajo, sino que derivan de las condiciones del ambiente de trabajo. Esto último es lo que sucede en el denominado *burnt out*, también llamado “síndrome del quemado” o *mobbing* subjetivo o falso, en el que el trabajador se ve superado por la presión y competitividad que sufre en la situación laboral, a raíz de las exigencias de los clientes o usuarios de los servicios de la empresa, lo que le origina un alto nivel de estrés y desgaste profesional¹⁴. Este tipo especial de estrés es característico de aquellas

¹³ Cfr. sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004 (RJ 2005/178342) y Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925).

¹⁴ Cfr., por ejemplo, STSJ Cataluña de 10 junio 2005 (RJ 1602): «la reacción que viene determinada» por circunstancias personales de enfrentarse a concretas «situaciones aparentemente de conflicto no debe equipararse a un incumplimiento empresarial, ni determinadas reacciones subjetivas generadas por exigencias de algunos ambientes de trabajo pueden equipararse a situaciones de hostigamiento o acoso».

profesiones en las que los trabajadores realizan su trabajo en contacto con otras personas porque, por sus características, son sujetos de ayuda (profesores, personal sanitario, asistentes sociales, etc.) y surge al ver el profesional defraudadas sus expectativas de modificar la situación laboral y poner en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser realizado su trabajo.

El acoso moral es una manifestación concreta del ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, pero no todo supuesto de ejercicio arbitrario del referido poder es calificable de acoso. Varias son las diferencias que separan a la especie del género, entre ellas, las siguientes: a) el carácter de la conducta, ya que el ejercicio arbitrario del poder de dirección suele concretarse en actos aislados que no revelan una conducta sistemática de destrucción, a diferencia del acoso analizado; b) La finalidad perseguida, pues, mientras que el comportamiento arbitrario solo pretende conseguir – por medios inadecuados, eso sí – un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a los intereses del empresario, el acoso busca directamente causar un daño al trabajador destruyendo su persona¹⁵; y c) el perjuicio causado, dado que con el ejercicio arbitrario del poder empresarial quedan afectados los derechos ordinarios sobre lugar, tiempo y contraprestación del trabajo realizado, sin embargo, con el acoso psicológico se incide directamente sobre el derecho a la dignidad y a la integridad física y psíquica, afectándose a la salud mental de los trabajadores.

2. El proceso especial de vulneración de derechos fundamentales e indemnización del daño causado

2.1. Ideas generales

Cuando el trabajador sufre una situación de acoso moral, el actual ordenamiento jurídico laboral español es suficientemente protector para dar una adecuada respuesta a aquel. Aparte de la posibilidad de despedir procedentemente al acosador (acoso horizontal) [art. 54.2.g) ET] o sancionar administrativamente al empresario que permite o realiza este tipo de conductas¹⁶, el ordenamiento jurídico ofrece a la víctima otras soluciones,

¹⁵ Así, STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.: la distinción entre conflicto laboral y acoso laboral no se centra «en lo qué se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace».

¹⁶ En tal caso, su comportamiento puede ser denunciado ante la Inspección de Trabajo y calificado de falta muy grave, con la correspondiente multa. La Ley de infracciones y

como solicitar el cese de la conducta agresora y la reparación de los daños causados por la vía del proceso especial de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss. LJS) o la resolución indemnizada del contrato por la vía del art. 50 ET.

En relación con la primera posibilidad, como ya se apuntó, resulta claro que el acoso moral vulnera derechos fundamentales, como, por ejemplo, el de la dignidad, igualdad y no discriminación, integridad física y psíquica, libertad de expresión u honor. En tales casos, cualquier trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionado uno de sus derechos fundamentales, «incluida la prohibición de trato discriminatorio y del acoso», podrá recabar su protección a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177.1 LJS).

El único requisito exigido es el de que «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, 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» (art. 177.1 LJS).

La víctima de acoso 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» (art. 177.4 LJS). Se plasma, así, el criterio judicial anterior que consideraba adecuado el proceso especial de tutela de derechos fundamentales para reclamar al empresario una indemnización por daño moral causado por el acoso de otro trabajador y conocido por aquel¹⁷. Ahora bien, sí es necesario

sanciones (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) considera como tales faltas el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo (art. 8.13 y 13 bis). Aun sin referencia expresa al acoso moral, este también puede sancionarse al considerar como falta grave «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores» (art. 8.11) y, desde luego, aquel acoso lo es. De otro lado, el empresario también puede ser responsable del recargo de prestaciones de seguridad social por incumplir las medidas de prevención de riesgos laborales y no impedir que se produzca el acoso moral (art. 123 LGSS).

¹⁷ Véanse, por ejemplo, sentencias TS de 2 febrero 1998 (RJ 1251) y 23 marzo 2000 (RJ 3121) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007 (RJ 1987). Esta última sentencia también compartió el criterio judicial de que era innecesario traer al proceso al trabajador a quien se

demandar al agresor (ajeno al empresario) cuando la víctima pretenda su condena o aquel pueda resultar directamente afectado por la resolución que se dictare.

El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente respecto de todos los que se sigan en el tribunal o juzgado. Además, el actor podrá solicitar, en el mismo escrito de interposición de la demanda, medidas cautelares, como la suspensión de los efectos del acto impugnado y la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o centro, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia judicial (art. 180.1 y 4 LJS). Tras la celebración del juicio (en el que rige la inversión de la carga de la prueba)¹⁸, la sentencia se pronunciará, según proceda, sobre la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental alegado, y, en su caso, también declarará la nulidad radical de la conducta del agresor, ordenará el cese inmediato de esta y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, con reposición en la situación anterior a la lesión y reparación de las consecuencias derivadas de la lesión, incluida la indemnización que proceda (art. 182.1 LJS)¹⁹. Así, la tutela inhibitoria del acto ilícito y vulnerador del derecho fundamental va acompañada de otra restitutoria de los daños causados a la víctima.

2.2. La indemnización de daños

2.2.1. Finalidad y daños indemnizables

La indemnización de daños es uno de los elementos centrales y más polémicos de este proceso especial de vulneración de derechos fundamentales por acoso moral. Su regulación legal específica en los arts. 182 y 183 LJS configura un régimen jurídico propio en el Derecho del Trabajo, que lo aparta del previsto en el Derecho Común para la responsabilidad civil contractual (arts. 1.101 y ss.

imputaban las acciones de acoso [STS de 3 julio 2001 (RJ 7799) y STSJ Aragón de 30 junio 2003 (RJ 2227)].

¹⁸ El demandante debe aportar indicios de la vulneración del derecho fundamental y el demandado debe una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS).

¹⁹ Si no se prueba el acoso, no procede la indemnización, así, por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004, Cataluña de 10 junio 2005, citadas, País Vasco de 20 febrero 2007 (RJ 1495), Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 julio 2008 (RJ 2009/124844), Cataluña de 25 enero 2011 (RJ 162910) y Asturias de 25 mayo 2012 (RJ 195961).

C.c.) y que, supletoriamente, se aplica en muchas indemnizaciones derivadas de incumplimientos laborales que no gozan de una regulación *ad hoc* (por ejemplo, un precontrato). Con todo, algunos aspectos de ese régimen específico son deudores del régimen general civil, como los conceptos sobre los tipos de daños o las exigencias de prueba para los daños materiales. Además, en el supuesto aquí examinado, la responsabilidad del empresario que realiza o tolera casos de acoso moral puede fundarse tanto en la vulneración de derechos fundamentales (dignidad, integridad física y moral) como en el incumplimiento de un deber contractual del empresario, el del deber de protección integral de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14 LPRL), lo que genera una responsabilidad civil contractual. De hecho, no faltan casos en los que el trabajador acosado reclama, tras su despido, una indemnización de daños y perjuicios en base a la regulación clásica civil²⁰. Ahora bien, sea como fuere, el régimen aplicable es el específico ahora comentado, lo que evidencia la importancia que el legislador da a los derechos fundamentales, en cuanto no deja pasar la ocasión sin pronunciarse expresamente sobre la necesaria y concreta reparación de los daños causados.

Según el art. 183.1 LJS, cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, el juez deberá pronunciarse, necesariamente, sobre «la cuantía de la indemnización» que le pueda corresponder a la víctima de tal vulneración o discriminación, y ello en función tanto «del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como de los daños y perjuicios adicionales derivados».

Además, a la hora de tal pronunciamiento, el tribunal tiene que atender a una doble *finalidad*: la primera, el resarcimiento suficiente de la víctima, restableciendo a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión; y la segunda, la contribución a la prevención general del daño (art. 183.2 LJS). La reciente plasmación legal de estas finalidades puede servir de estímulo a los órganos jurisdiccionales para reconocer cuantías indemnizatorias importantes, equiparables a la entidad real del daño causado a la víctima. Ciertamente, la finalidad de resarcir suficientemente a esta y reponerla en la situación anterior obliga a tener en cuenta todos los daños causados a la misma, con independencia de su naturaleza y del momento de su producción. Así las cosas, hay que valorar todos los daños presentes, pasados y hasta futuros, y ya sean patrimoniales (materiales) o extrapatrimoniales (morales).

²⁰ Cfr. sentencias TSJ Cantabria de 19 mayo 2005 (RJ 128120) y 2 noviembre 2005, cit.

Por su parte, la finalidad preventiva parece obligar al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el carácter *punitivo* de la indemnización a la hora de fijar su cuantía, el cual busca la reparación íntegra del daño causado a la víctima y el convertir aquella en una verdadera sanción a efectos de disuadir o prevenir futuros daños por parte del agresor y terceros. Se acoge, así, el criterio expresado anteriormente por el TS, relativo «al efecto disuasorio de estas indemnizaciones» frente a la vulneración de los derechos fundamentales²¹, así como en la normativa comunitaria. En este sentido, por ejemplo, el art. 18 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, exige que la indemnización sea «disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido»²². Para la doctrina, el daño punitivo puede ser reparado con la doble finalidad «de castigo de un acto antijurídico y de prevención frente a conductas similares, que así son disuadidas». Esta compensación económica adicional busca proteger el valor esencial de la dignidad²³.

Los daños patrimoniales o *materiales* son los que sufre la víctima en sus bienes y derechos de naturaleza económica, o sea, en su patrimonio material. A su vez, tales daños se clasifican en dos: el daño emergente y el lucro cesante. El primero se identifica con «el valor de la pérdida» sufrida por el demandante, y, el segundo, con «la ganancia que haya dejado de obtener» a raíz del incumplimiento contractual del demandado (art. 1.106 Código civil). En el primer concepto, no cabe incluir el pago de los honorarios de abogado y procurador²⁴.

Los daños *extrapatrimoniales* o morales son aquellos que no recaen directamente sobre el patrimonio de la víctima, sino sobre su persona, lesionando sus derechos o bienes de la personalidad y generando un sufrimiento espiritual, interior o psíquico (ansiedad, angustia, depresión). Con estos daños queda afectado el ámbito existencial subjetivo de la persona, sus sentimientos, su identidad y hasta su consideración social. De hecho, este daño moral tiene una vertiente interna y otra externa; la primera se refiere al daño o sufrimiento que internamente padece el trabajador; y la segunda al menoscabo que este sufre en su imagen o consideración social, lo que puede conllevar

²¹ STS de 20 septiembre 2007 (Ar. 8304).

²² Cfr., también, art. 15 Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

²³ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo* (Valencia, 2013), p. 98.

²⁴ STS de 16 enero 2008 (Ar. 460).

pérdida de relaciones personales y profesionales y de oportunidades de mejora laboral.

Por lo demás, no existe unanimidad doctrinal sobre la inclusión en estas dos categorías recién comentadas (o su consideración autónoma) de los daños corporales, biológicos o a la salud, que afectan a la vida y a la integridad física y psíquica. Siguiendo a la doctrina italiana, estos daños se clasifican, a su vez, en tres tipos: daños corporales directos, daños psíquicos inmediatos y secuelas físicas o psicológicas de futuro²⁵. En principio, en cuanto estos daños pueden producir, de forma simultánea, consecuencias sobre el patrimonio y la persona de la víctima (v. gr., perjuicio económico relacionado con el pago de tratamientos médicos o pérdidas salariales por no poder trabajar y dolor), parece que no hay impedimento en reconducirlos a las dos categorías generales ya comentadas. Además, de valorarse como categoría separada, podría haber cierta confusión entre los denominados daños psíquicos inmediatos (corporales) y los daños morales internos, equivalentes también a un sufrimiento personal. En todo caso, ya de sea de manera autónoma, ya sea integrados en las categorías anteriores, lo importante es la valoración específica y adicional de estos daños corporales.

2.2.2. Cuantificación

Aun conociendo los daños y las finalidades a tener en cuenta, *la cuantificación* de la indemnización no resulta fácil. El legislador actual aporta – aun de forma poco clara – nuevos criterios al respecto, estableciendo exigencias de prueba diferentes al demandante según el tipo de daño alegado. Así, según el art. 179.3 LJS, el demandante debe expresar en su demanda, aparte de los requisitos generales (incluidos los hechos constitutivos de la infracción alegada y el derecho vulnerado), «la cuantía de la indemnización pretendida», con la adecuada especificación de «los diversos daños y perjuicios» sufridos, a efectos de que el órgano jurisdiccional pueda fijar la indemnización. Además, aquel deberá «establecer las circunstancias relevantes para la determinación» de esta última, incluyendo «la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases del cálculo de los perjuicios estimados». A ello hay que sumar la necesidad de probar la relación de causalidad entre el daño alegado y la

²⁵ Cfr. Bonaretti, L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro* (Roma, 1996), pp. 29 y ss.; Avio, A., *Il diritto inviolabili nel rapporto di lavoro* (Roma, 2001), pp. 140 y ss. También Fabregat Monfort, G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona, 2013), p. 13. Ejemplar fotocopiado.

conducta agresora, tal y como deriva de la teoría general de la responsabilidad civil (art. 1.101 y ss. C.c.)²⁶.

Estas exigencias de prueba no parecen presentar demasiado problema en el caso de los daños materiales, de fácil acreditación objetiva, tanto en el caso del daño emergente como del lucro cesante. Otro tanto podría decirse de los daños corporales, incluidos los síquicos, que pueden ser objeto de tratamiento y evaluación médica a través de las correspondientes pruebas objetivas sicométricas. Ahora bien, la conclusión no es la misma en el supuesto de los daños morales, *stricto sensu*, de ahí que el legislador haya añadido – a lo ya dicho – matizaciones específicas para ellos. A efectos de entender mejor estas últimas, conviene repasar, aun someramente, los vaivenes que la prueba del daño moral ha sufrido desde el punto de vista jurisprudencial.

Como es sabido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sostuvieron un intenso debate sobre su existencia y prueba en este proceso especial de tutela de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, puede hablarse de una larga evolución con diferentes fases. En un primer momento, el TS defendió que de la vulneración de un derecho fundamental (en el caso, el de la libertad sindical) derivaba, por presunción, la existencia de perjuicios indemnizables. Así, en la importante sentencia de 9 de junio de 1993²⁷, dicho órgano jurisdiccional estimó que no era necesario probar que se había producido «un perjuicio» para que naciese el derecho al resarcimiento, «sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental» se presumía, automáticamente, «la existencia del daño» moral y debía decretarse «la indemnización correspondiente»²⁸.

Con posterioridad, en la conocida sentencia de 22 de julio de 1996²⁹, el citado Tribunal cambia su posición sobre la automaticidad del daño al considerar que la indemnización prevista en el art. 180.1 LPL (hoy 183 LJS) no derivaba, automáticamente, de la declaración jurisdiccional de lesión del derecho fundamental, sino de la concurrencia de un *daño real* producido por esta³⁰. A partir de ahí, se exigió:

²⁶ Véase, respecto de un caso de acoso moral, STSJ Cantabria de 19 mayo 2005, cit., que deniega la indemnización solicitada al no probarse que el aborto sufrido por la trabajadora deriva de la situación de acoso sufrida. También STSJ Galicia de 27 octubre 2008 (RJ 380929).

²⁷ RJ 3752.

²⁸ Cfr., también, sentencias TS de 14 julio 1993 y 8 mayo 1995 (RJ 5678 y 4553) y STSJ Andalucía (Málaga) de 3 septiembre 1993 (RJ 4033).

²⁹ RJ 6381.

³⁰ El citado precepto procesal amparaba tal interpretación con la expresión “en su caso”, que separaba la lesión de la libertad sindical de su reparación, incluida la indemnización pertinente.

1. que el demandante alegase, adecuadamente, en su demanda «las bases y elementos clave de la indemnización» reclamada, en orden a fundamentar la posible condena empresarial y el reconocimiento de aquella en el caso concreto;

2. que la cuantía solicitada se amparase en «indicios o puntos de apoyo suficientes en los que asentar una condena de tal clase». En otras palabras, probada la vulneración del derecho fundamental, el demandante debía acreditar el daño alegado y la indemnización reclamada con datos o elementos de apoyo objetivos³¹. En este sentido, se añade que los daños causados en la esfera mental o subjetiva pueden ser objeto de medición mediante pruebas de psicometría³². Por lo tanto, la víctima debía acreditar, al menos, con una mínima base fáctica, el daño moral sufrido³³.

Siguiendo esta posición, ni siquiera en los casos de despido nulo por lesión de derechos fundamentales el daño moral se presumía, al estimarse que la mera decisión empresarial de despedir no generaba, automáticamente, un daño moral específico³⁴. En palabras de la STS de 21 de septiembre de 2009³⁵, «el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente» de la tutela legal resarcitoria establecida en el art. 55.6 ET, requiriéndose para tal indemnización específica la acreditación de un daño «distinto del que es común a todo despido injustificado»³⁶. Así, el reconocimiento de la indemnización adicional exigía que la víctima alegase en su demanda «las bases y elementos objetivos

³¹ En igual sentido, cfr., por ejemplo, las sentencias TS de 20 enero 1997 (RJ 620), 2 febrero 1998 (RJ 1251), 28 febrero y 23 marzo 2000 (RJ 2242 y 2131), 21 julio 2003 (RJ 6941), 16 julio 2004 (RJ 5810), 2 octubre y 12 diciembre 2007 (RJ 2008/605 y 2008/3018), 15 diciembre 2008 (RJ 2009/388), 21 septiembre y 30 noviembre 2009 (la primera cit.; la segunda, en RJ 8029) y 12 mayo 2010 (RJ 5254, que casa la del TSJ País Vasco de 21 abril 2009; RJ 1861).

³² Cfr. sentencias TSJ Madrid de 11 marzo 2003 (JUR 209675), 9 septiembre 2004 (RJ 2638) y 9 mayo 2006 (RJ 1803). Según la primera, «tales daños psíquicos son medibles, no en vano hay pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría)».

³³ Cfr. sentencias TSJ Comunidad Valenciana de 25 septiembre 2002 (RJ 2834) y 14 febrero y 28 mayo 2003 (RJ 918 y 2004/1178).

³⁴ STSJ Galicia de 21 julio 2008 (RJ 1948).

³⁵ RJ 6169.

³⁶ También, entre otras, sentencias TS de 2 octubre 2007 (RJ 2008/695) y 19 noviembre 2009 (RJ 2010/1161), esta última, aunque mayoritariamente desestima el recurso de casación para unificar doctrina entre las sentencias comparadas, contiene un voto particular (Magistrado Martín Valverde) discrepante que, tras apreciar motivo para estimar el recurso, entra en el fondo del asunto y reafirma la doctrina del Alto Tribunal sobre la necesidad de aportar indicios suficientes del daño producido.

determinantes» de tal daño moral, susceptible de generar «perjuicios reales, efectivos y justificados, directamente derivados de la extinción contractual»³⁷. Frente a esta restrictiva doctrina, que impedía el reconocimiento de una concreta indemnización – a pesar de declararse la vulneración de un derecho fundamental – si no se conseguía probar el daño moral, algunas sentencias empiezan a reaccionar estableciendo algunas matizaciones. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 9 de enero de 2006³⁸ parece presumir que la lesión de un derecho fundamental siempre implica un daño moral, al señalar que «la infracción de los derechos fundamentales ocasiona, *en todo caso*, unos daños morales de difícil evaluación», por lo que «el alcance económico de estos daños debe ponderarse con arreglo a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso». Más claramente, al ser el daño moral algo inmaterial y difícilmente mensurable, su valoración económica corresponde al órgano jurisdiccional a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes³⁹. Por su parte, la conocida ST Const. 247/2006, de 24 de julio⁴⁰, parece compartir la posición restrictiva, pero también con cierta discrepancia. En efecto, aunque de forma expresa no desautoriza la comentada posición del TS, en cierto modo, se distancia de ella, al establecer que, si de los hechos probados resultan actuaciones contrarias al derecho fundamental del trabajador, el daño (moral) debe considerarse probado y procede la correspondiente indemnización. En otras palabras, las exigencias de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y acreditar indicios o puntos de apoyo suficientes deben entenderse cumplidas cuando se prueba un comportamiento lesivo de carácter particularmente intenso y prolongado en el tiempo, con notoria repercusión en los derechos del trabajador. La sentencia analizada no recupera el inicial automatismo entre lesión del derecho fundamental y daño, pero sí incorpora matices importantes, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, que reconsideran la tesis más restrictiva del Tribunal Supremo sobre la exigencia probatoria del daño en estos supuestos⁴¹.

³⁷ STSJ Galicia de 2 junio 2010 (RJ 2125). También, por ejemplo, sentencias TS de 1 octubre 2008 (RJ 7362) y 19 noviembre 2009, cit.

³⁸ JUR 85068.

³⁹ Cfr. STSJ Galicia de 7 mayo 2002 (RJ 3541) y sentencias TSJ Madrid de 30 septiembre 2004 y 20 febrero 2006 (JUR 298644 y 127750).

⁴⁰ RTC 247/2006.

⁴¹ Según sus propias palabras, «resulta patente que, un trabajador como el recurrente que es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias [...], se da en todo caso, sin que sea factible, a veces,

Además, a efectos de valorar la cuantía de la indemnización, se toma como criterio de referencia el importe de la sanción administrativa prevista en la Ley de infracciones y sanciones para la conducta lesiva, valorándose adecuada una indemnización de cuantía inferior a la tipificada para tal sanción. A partir de ahí, alguna sentencia del TS también empezó a admitir que, «en el supuesto de daño moral», debía «tenerse en cuenta la peculiaridad del mismo a efectos de evaluación»⁴².

Con la LJS de 2011, el legislador deja clara la especialidad del daño moral, pues la obligación del demandante de especificar la cuantía y los diversos daños alegados, se exceptúa en el caso de «los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, cuando resulte difícil su estimación detallada» (art. 179.3 LJS). De este modo, el legislador en cuestión parece dejar claro lo siguiente:

1. el daño moral está “unido” – hasta por dos veces se utiliza este término – a la vulneración del derecho fundamental, por lo que aquel es inherente a esta última y, por lo tanto, su existencia parece presumirse *iuris et de iure*. En palabras de algún autor, la norma procesal establece un vínculo de unión entre violación de derecho fundamental y daño moral, lo que proporciona “base legal expresa” a la primitiva doctrina del TS de los años noventa, «que fijaba una presunción de existencia de daños morales por el hecho mismo de la lesión» del citado derecho. Ahora, la LJS establece «una presunción legal» de existencia del daño moral y este daño “básico presunto” se completa con la posibilidad de probar otros daños patrimoniales⁴³. Con todo, no cabe dejar de reconocer que cierto sector de la doctrina es más restrictivo respecto de la presunción de la existencia del daño moral y rechaza la resurrección de la tesis de la automaticidad del daño o que quepa asumir una presunción de daño moral «en cada acto empresarial demandado, puesto que debe haber indicios de impacto en esta esfera». Se apunta, más bien, hacia la identificación por parte de la LJS de «un daño moral ante conductas que impidan, claramente, un

aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole» (Fundamento jurídico séptimo).

⁴² Sentencia de 2 octubre 2007, cit. También sentencias TS de 24 junio 2009 (RJ 6061).

⁴³ Cfr. Folguera Crespo, J. A., “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en el volumen AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, 2011, p. 689. También Álvarez Alonso, D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”*. Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 13. Ejemplar fotocopiado. Con todo, para este autor, la presunción de existencia del daño solo está justificado en el caso del daño moral, entendido *stricto sensu*, o sea, sin los daños biológicos.

normal desenvolvimiento de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo»⁴⁴;

2. partiendo aquí de la presunción inicial de existencia del daño moral, cuestión bien diferente es la de su cuantificación. Como regla general, el trabajador también debe aportar, siempre que sea posible, las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización, por ejemplo, debe poner de manifiesto la gravedad, duración y consecuencias del daño sufrido o indicar cuáles son los hechos o criterios seguidos para pedir una concreta cuantía. En este sentido, parece claro que la víctima siempre podrá aportar algún tipo de información relevante a efectos de clarificar el acoso sufrido y la magnitud del daño causado;

3. cuando «la estimación detallada» del daño moral «resulte difícil» (art. 179.3 LJS), es decir, cuando «la prueba de su importe exacto» sea «demasiado difícil o costosa» – lo que será casi siempre –, será el órgano jurisdiccional el que tendrá que determinarlo «prudencialmente» (art. 183.2 LJS). Como se aprecia, a partir de ahora el papel del juez será determinante, pues será él el que tendrá la responsabilidad de concretar la cuantía indemnizatoria. Para ello tendrá que recurrir a determinados criterios, como las propias circunstancias de cada caso concreto, alegadas y probadas por el demandante u otros criterios analógicos. Sin duda, esta indeterminación indemnizatoria aumenta la inseguridad jurídica sobre el resultado final de este tipo de acciones.

De otro lado, el legislador no aclara el *dies a quo* del plazo de la prescripción de la acción, lo que genera dudas en estos casos de conducta continuada de acoso. El art. 179.2 LJS se limita a establecer que la demanda habrá de interponerse «dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública». Los tribunales laborales han venido entendiendo que el inicio del plazo de prescripción de un año ha de situarse en el momento en que «la acción pudo ser ejercitada» (art. 59.1 y 2 ET y art. 1.968 C.c.), lo que, en el supuesto de un proceso de acoso de tracto sucesivo exige estar a la fecha de la última acción que forma parte de aquel⁴⁵. En otras palabras, «el último de los ataques integrantes del acoso deberá haberse producido dentro del último año natural»⁴⁶. Se sigue así la denominada teoría de la realización, que sitúa el inicio de la prescripción el día en que la acción puede ser ejercitada eficazmente a todos los efectos. Ahora bien, ello determina que si las lesiones se entienden derivadas de un accidente de trabajo, el inicio

⁴⁴ Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *op. cit.*, p. 94.

⁴⁵ Cfr. sentencias TSJ Cataluña (dos) de 12 abril y 25 julio 2001 (RJ 2141 y 275542).

⁴⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007, cit.

del plazo de prescripción se sitúa en el momento en que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas de aquel y de las mermas que estas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Tal conocimiento solo se produce al dictarse la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez, por lo que el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios debe ser «el momento de conocimiento de esta resolución»⁴⁷, por ser entonces los daños cuantificables⁴⁸.

Esta posición viene reforzada por la consideración de que los daños derivados de un accidente de trabajo son únicos, de tal modo que del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, ya haya podido percibir el beneficiario, y estas no se conocen hasta la firmeza de la resolución que declara la invalidez del beneficiario⁴⁹. Por lo demás, si el accidente de trabajo generase actuación en el ámbito penal, el inicio de la prescripción para reclamar daños y perjuicios se sitúa en el momento final de la causa penal⁵⁰.

Por último, el art. 184 LJS enumera las demandas que, por razón de su objeto, deben tramitarse, inexcusablemente, por su proceso específico (y no por el ahora comentado), entre ellas, las de despido y extinción del contrato, modificación sustancial de condiciones de trabajo o las relativas a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En tales casos, dichos procesos tendrán carácter preferente y acumularán en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales, incluida la referente a la correspondiente indemnización por la vulneración de estos (arts. 26.2 y 178.2 LJS). En tal sentido, el art. 183.3 LJS declara que esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales. Este “efecto migratorio” de las reglas especiales de este proceso especial a otros supone la plasmación a nivel legal del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana de 9 mayo 2012 (RJ 308549). En el caso de autos, el inicio del plazo de prescripción se sitúa en la fecha en la que finaliza la situación de IT sin declaración de incapacidad permanente.

⁴⁸ STS de 23 abril 2012, cit., que, aunque desestima el recurso de casación para unificar doctrina, parece admitir que el *dies a quo* se sitúe en el momento de finalizar la conducta acosadora y sus efectos, en el caso, un proceso de incapacidad temporal (como sostenía la sentencia recurrida del TSJ País Vasco de 21 diciembre 2010; RJ 2011/1697). Sobre esta última, véase Navarro Nieto, F., “Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral”, *Aranzadi Social*, 2011 (BIB 2011/1532).

⁴⁹ Sentencias TS 2 febrero 1998 (RJ 3250) y 17 febrero 1999 (RJ 2598).

⁵⁰ STS (Sala General) de 10 diciembre 1998 (recurso 4078/1997).

contrato de trabajo y de la responsabilidad indemnizatoria del empresario ante su lesión⁵¹.

3. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales*, Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona, 2013)
- AVIO A., *Il diritto inviolabili nel rapporto di lavoro*, Roma, 2001
- BALLESTER PASTOR A., *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, en *Relaciones Laborales*, 2012, 2
- BONARETTI L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro*, Roma, 1996
- CORREA CARRASCO M., *El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo*, en AA.VV., *Acoso moral en el trabajo*, Navarra, 2006
- FABREGAT MONFORT G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013, 13, ejemplar fotocopiado
- FOLGUERA CRESPO J.A., *De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, 2011
- MELLA MÉNDEZ L., *El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español*, en *Tribuna Social*, 2003, 145
- NAVARRO NIETO F., *Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral*, AS, 2011 (BIB 2011/1532)
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales*, en *Tribuna Social*, 2005, 178
- SALA FRANCO T., LAHERA FORTEZA J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, Valencia, 2013, 98

⁵¹ Ballester Pastor, A., “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2, 2012 (La Ley 24450/2011), p. 5.

Recargo de prestaciones en situaciones de acoso moral laboral: algunos puntos críticos

de Lara Nogueira Ferreiro

1. Rasgos generales¹

El recargo de prestaciones se crea con la finalidad de animar al empresario al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por ello se trata de una figura situada entre la citada normativa y la de seguridad social. Dicho recargo se actualiza cuando, ocurrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se constata que el empresario ha incumplido sus obligaciones de prevención y seguridad y salud.

Este recargo nace con la Ley de accidentes de trabajo de 1900, cuyo art. 5.5 establece el incremento en un cincuenta por ciento de las diversas indemnizaciones (por incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, total o absoluta y la derivada de la muerte del trabajador) que derivan de un accidente de trabajo que tiene lugar «en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución» reglamentarios. Actualmente, se regula en el art. 123 LGSS, que establece que «todas las

¹ Abreviaturas: INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales), ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que corresponda en cada caso, siempre de la Sala de lo Social, salvo indicación expresa), LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de la seguridad social), LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social), ETT (empresa de trabajo temporal) y OIT (Organización Internacional del Trabajo).

prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%». Esto será así «cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones», y también «cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

Corresponde al INSS declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que se deben incrementar las prestaciones económicas. La Inspección de Trabajo, como consecuencia de la investigación del accidente o enfermedad profesional, puede levantar acta de infracción contra la empresa y emitir informe al INSS, donde tipifica la infracción y propone el porcentaje del recargo. Diversa jurisprudencia reconoce la independencia entre el procedimiento administrativo de imposición de la sanción por infracción y el seguido ante el INSS para la fijación del recargo. A pesar de ello, y para evitar discrepancias en las valoraciones de las sentencias en los diferentes órdenes jurisdiccionales, el art. 42.5 LISOS establece la vinculación del orden social a la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden contencioso-administrativo. Este precepto es poco aplicable debido a la mayor celeridad de los procesos laborales.

El recargo oscilará entre el treinta y el cincuenta por ciento en función de la gravedad de la falta. Los Tribunales han utilizado diferentes criterios para fijar esta cuantía, por ejemplo, la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados y la actitud o la conducta general de la empresa en materia de prevención². En las situaciones en las que al trabajador se le reconozca el cincuenta por ciento adicional por gran invalidez, si este se debe al accidente en que se omitieron las medidas de seguridad y salud laboral, la cuantía del recargo debe calcularse sobre el total de la prestación³. Por el contrario, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, salvo que mediante pacto individual o colectivo se disponga expresamente⁴.

Por otra parte, el art. 123.2 LGSS determina la responsabilidad única del empresario en el pago del recargo, añadiendo específicamente una prohibición

² Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña de 22 noviembre 2012 (JUR\2013\43985).

³ Cfr., entre otras, STS de 27 septiembre 2000 (RJ 8348).

⁴ Por todas, STS de 2 octubre 2000 (RJ 9673).

de su aseguramiento. Se trata de la muestra más clara de la finalidad preventiva del recargo, mediante la intimidación que provoca en aquel el pago de la sanción, cuyas cuantías pueden llegar a ser muy elevadas⁵. No es posible aplicar el principio de automaticidad de las prestaciones ni la responsabilidad subsidiaria del INSS cuando el empresario es insolvente. En caso de pluralidad de empresarios puede existir también responsabilidad solidaria, por ejemplo, en contratas y subcontratas de obras y servicios o por la cesión de trabajadores entre una ETT y la empresa usuaria. Para mayor sanción al empresario, el art. 123.3 LGSS establece la compatibilidad del recargo con las responsabilidades de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción cometida. Otro aspecto importante del recargo de prestaciones es su finalidad. El Tribunal Supremo considera que la misma es «evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales»⁶. Se trata de una finalidad «disuasoria o punitiva»⁷, que busca que el empleador aplique, con esmero, todas y cada una de las medidas preventivas necesarias para que la siniestralidad laboral sea nula. El incremento de su responsabilidad busca que el cumplir con la normativa sea menos costoso que indemnizar al accidentado⁸. Pero, por otra parte, desde el punto de vista del trabajador accidentado, el recargo supone una mejora de las prestaciones. En definitiva, se trata de una doble finalidad, «represiva y disuasoria o de refuerzo para el empresario infractor y resarcitoria o reparadora para el trabajador accidentado»⁹. Esta finalidad combinada del recargo de prestaciones genera una discusión acerca de su naturaleza jurídica. En todo caso, se trata de un aspecto esencial a la hora de su valorar su procedencia en los casos de acoso moral, puesto que la posición que se adopte al respecto determinará diferentes decisiones en los Tribunales.

⁵ Monereo, J. L. y Sánchez J., “El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, 11 (mar), 2013, pp. 59-70; Monereo, J. L., *La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y régimen jurídico*, Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Editorial Comares, Granada, 2006, 748.

⁶ STS de 8 octubre 2001 (RJ 1424).

⁷ Véanse, entre otras, sentencias TS de 18 septiembre 2012 (JUR 341574), 18 julio 2011 (RJ 6561), 8 julio 2009 (RJ 6078), 18 octubre 2007 (RJ 2008\799) y 17 abril 2007 (RJ 4802).

⁸ Por todas, sentencias TS de 3 abril 2013 (JUR 170837), 8 julio 2009, cit., 20 junio 2008 (RJ 5361) y 2 octubre 2000, cit.; Gómez-Millán, M. J., “La incompleta tutela del recargo en supuesto de acoso laboral”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, 7 (nov), 2012, pp. 213-228.

⁹ Sempere, A. V. y Martín, R., “El recargo de prestaciones: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo*, 53, 2004, pp. 397-398.

Desde la perspectiva del empresario, la finalidad disuasoria del recargo implica su naturaleza sancionadora. De hecho, al igual que las sanciones, este recargo se caracteriza por proceder de una autoridad administrativa, requerir previamente un incumplimiento por parte del empresario en materia de prevención, depender su cuantía de la infracción cometida y no del daño causado y tener que ser abonado por aquel sin posibilidad de aseguramiento¹⁰. Además, este carácter sancionatorio del recargo implica que la infracción del empresario ha de estar tipificada para poder imponer aquel.

Por el contrario, desde el punto de vista del trabajador, el recargo tiene naturaleza indemnizatoria, pues aquel comparte con las indemnizaciones la exigencia previa de la existencia de un daño a la víctima y, además, su cuantía se abona directamente a esta última o sus causahabientes. Si los Tribunales optan por esta segunda posición, podrán valorar las acciones u omisiones del empresario en orden a la fijación del recargo, sin necesidad de tipificación de las mismas como sanciones.

Ante los problemas generados por las dos posiciones anteriores, los Tribunales crean una tercera, que sostiene la naturaleza del recargo como «dual o mixta»¹¹. Así, se concluye que el recargo es una figura especial, en la que confluyen tanto aspectos de las sanciones como de las indemnizaciones y, de este modo, responde a su doble finalidad.

2. Aplicabilidad del recargo de prestaciones a las situaciones de acoso moral

El avance en la regulación, prevención y protección de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo ha sido difícil en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no hay ley ni precepto específico sobre la prevención del acoso moral, que ni siquiera aparece citado por la LPRL.

Ahora bien, cabe mencionar alguna norma específica como la Ley 3/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, cuyo art. 14.h) establece el derecho de los empleados públicos «al respeto de su intimidad, orientación

¹⁰ Vicentine, A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, tesis doctoral dirigida por Rodrigo Tascón López y Beatriz Agra Viforcós, Universidad de León, Dpto. Derecho Privado y de la Empresa (León, 2010/11), fuente: <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/766/2010ON-VICENTINE%20XAVIER,%20ALEXANDRE.pdf?sequence=1>.

¹¹ Véanse, entre otras, sentencias TS de 18 septiembre 2012 y 18 julio 2011, ambas citadas.

sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral». Además, su art. 95.2.o) tipifica como falta disciplinaria muy grave el acoso laboral. También, respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado, cabe citar la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado. Por su parte, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece una definición de conductas de acoso [art. 7.a)].

Un tímido avance es la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno, a través de sendos Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva (de 2005 y 2008, respectivamente), del Acuerdo Marco sobre el estrés laboral, de 8 de octubre de 2004, y del Acuerdo Marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007. El inconveniente de este método de incorporación es que tales Acuerdos no gozan de eficacia normativa, por lo que su desarrollo depende de la negociación colectiva y esta última todavía presta escasa atención al acoso moral y a la tutela frente a estas situaciones.

Con todo, nuestro ordenamiento jurídico general cuenta con preceptos suficientemente amplios en los que incardinar las conductas de acoso y justificar la protección a la víctima. Así, cabe tener presente que la Constitución Española reconoce como derechos fundamentales la dignidad de la persona (art. 10), la integridad física y moral, sin que nadie pueda ser sometido a torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18). Además la Carta Magna encomienda a los poderes públicos el velar por la seguridad e higiene en el trabajo [art. 40.2]. De manera más contundente y positiva, el Código Penal, tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, señala, en su preámbulo XI, que «dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad».

Por lo que respecta al ámbito europeo, aparte de los dos Acuerdos Marco ya citados, cabe destacar la existencia de determinadas normas que incluyen referencias normativas específicas al acoso moral en el lugar de trabajo. Así, por ejemplo, puede mencionarse:

1. la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, de 20 de septiembre de 2001¹², que recomienda a los estados miembros la puesta en práctica de políticas de prevención eficaces y definición de los procedimientos adecuados para solucionar los problemas que ocasiona;
2. la Carta Social Europea (art. 26).
- 3) La Directiva 2006/54/CE, de 5 de junio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹³;
3. la Directiva 2000/43/CE, del Consejo de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁴;
4. la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁵. De manera similar, en el ámbito internacional, la OIT formula un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo y medidas para combatirla¹⁶, entre cuyos principios rectores¹⁷ se establece que, en virtud de lo establecido por el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981, «un medio ambiente seguro y saludable facilita un estado de salud físico y mental óptimo en relación con el trabajo, y contribuye a prevenir la violencia en el ámbito laboral».

A pesar de estas diversas referencias normativas, la protección a los trabajadores que sufren acoso moral no siempre resulta fácil. La reticencia de los Tribunales a reconocer como laborales las patologías derivadas de estas situaciones y las dificultades para aplicar todas las posibilidades de resarcimiento del daño existentes en nuestra normativa obstaculizan la tutela del trabajador. Especial problemática presentaba el recargo de prestaciones, siendo una institución frente a la cual los Tribunales han mostrado resistencia a la aplicación de criterios novedosos¹⁸.

¹² Cfr. art. 12 (2001/2339).

¹³ Arts. 2.1.c), 2.2.a) y 26.

¹⁴ Por ejemplo, su art. 2.3.

¹⁵ Cfr. con su art. 2.3, entre otros.

¹⁶ Véase programa de actividades sectoriales. Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente (8-15 de octubre de 2003) en Ginebra.

¹⁷ Apartado 1.4.

¹⁸ Cabeza, J., “El recargo de prestaciones en el marco de los riesgos psicosociales”, *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, España, 2009, Thomson Reuters, p. 250.

A continuación, se relacionan los requisitos generales para apreciar la imposición del recargo de prestaciones con los casos en los que las prestaciones derivan de una situación de acoso moral. Aquellos requisitos son los de:

1. la comisión por la empresa de una infracción consistente en el incumplimiento de una medida de seguridad general o especial;
2. la acreditación de la producción de un daño efectivo en la persona del trabajador;
3. la existencia de una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso¹⁹.

2.1. Inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo

En relación con la aplicación del recargo a los casos de acoso moral existen dos grandes posiciones jurisprudenciales. La primera, más restrictiva, estima que la inexistencia de norma específica que obligue al empresario a prevenir los riesgos psicosociales impide aplicar el recargo en supuestos de acoso moral²⁰. Se estima que para que pueda aplicarse el recargo es necesario que el empresario incumpla una norma jurídico-administrativa que contenga un específico deber de seguridad²¹. Se exige que la infracción haya de ser de una norma concreta, no genérica²², pues la naturaleza sancionadora del recargo obliga a apreciar las conductas de las que deriva de manera restrictiva. Por ello, al no existir en nuestro ordenamiento una norma concreta de seguridad y salud laboral que obligue a prevenir las situaciones de acoso laboral, los tribunales que siguen esta línea rechazan la imposición del recargo.

Frente a esta posición, cabe cuestionarse si realmente no existe normativa que obligue al empresario a prevenir los riesgos psicosociales o, si en realidad, sí existe, pero es necesario que la norma infringida sea específica, por ser el

¹⁹ Véase, entre otras, STS de 26 mayo 2009 (RJ 3256).

²⁰ Cfr. STS de 22 marzo 2012 (JUR 161749) y sentencias TSJ Cataluña de 15 febrero 2011 (AS 1427) y de 2 marzo 2011 (AS 1823) y País Vasco de 8 mayo 2007 (AS\2008\157).

²¹ García, J., “El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 1, 2 (mayo), 2008, pp. 67-72.

²² Por todas, sentencias TSJ Cataluña de 2 marzo de 2011, cit., Comunidad Valenciana de 21 abril 1990 (AS\1992\1986) y 6 febrero 2004 (AS 3409), Andalucía de 11 abril 2007 (AS 2008\63) y STSJ País Vasco de 8 mayo 2007, cit.

recargo una institución compleja de naturaleza híbrida. Esto último es lo que sostiene una segunda posición jurisprudencial, que se analiza *infra*.

Ahora bien, aun siguiendo la primera posición, cabría argumentar a favor de la imposición del recargo cuando, mediante acuerdo colectivo o individual, se haya fijado la obligación del empresario de prevenir los riesgos psicosociales y, en especial, el acoso moral. En este sentido, el análisis de los convenios colectivos es decepcionante, pues la mayoría no suelen contener una regulación exhaustiva sobre el referido acoso. Los que contienen alguna cláusula sobre la figura se limitan a:

1. remitir a lo que disponga la Ley sobre la misma²³;
2. realizar declaraciones genéricas condenando la existencia del citado acoso, sin definirlo²⁴ o, en su caso, definiéndolo²⁵;
3. aportar un concepto e incluir alguna medida de intervención, como la tipificación de la falta²⁶;
4. adoptar un enfoque preventivo, a través de la elaboración de un protocolo de actuación, o reenviar a los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva de 2005 y 2008²⁷. A la vista de lo recién expuesto, queda claro que la

²³ Véanse, por ejemplo, disposición final sexta del convenio colectivo de Finanzauto, SA. (BOE de 26 agosto 2011) y disposición adicional segunda del convenio colectivo de Autobus Spain, SAU (BOE de 5 octubre 2012).

²⁴ Cfr., entre otros, los arts. y 59.c), número 7 del III convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13 abril 2012) y los arts. 8 y 24 del convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE de 18 mayo 2012).

²⁵ Por ejemplo, lo establecido en los arts. 75 y 76 del convenio colectivo de Safety-Kleen España, SA (BOE de 26 mayo 2012).

²⁶ Entre otros, cfr., los arts. 43.1.p) (faltas leves) y 47 del convenio colectivo estatal de Fleet Care Services, SL (BOE de 19 octubre 2012).

²⁷ Véanse, entre otros, los arts. 63.3.o) y 69 del convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (BOE de 19 agosto 2013), el art. 89 y el anexo 2 del convenio colectivo de la Compañía de Distribución Integral Logista, SA (BOE de 9 marzo 2012), la Resolución de 21 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el acta en la que se contiene el acuerdo sobre protocolo de prevención frente al acoso, acoso sexual y por razón de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, y de droguería, perfumería y anexos (BOE de 8 marzo 2012), el art. 75 del convenio colectivo de Puntocash, SA (BOE 1/10/2012), el art. 43 del V Acuerdo complementario al convenio general de la industria química de Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 18/8/2012), el art. 52.15 y anexo 5 del I convenio colectivo del Grupo Air France y KLM Compañía Real Holandesa de Aviación (BOE de 29 diciembre 2012), la cláusula adicional quinta del convenio colectivo de Saint Gobain Vicasa, SA (BOE 3/2/2012) y lo dispuesto en el art. 63.3, letras k) y l), y disposición adicional séptima

escasa regulación de medidas preventivas concretas frente al acoso moral en la negociación colectiva no ayuda a buscar argumentos a favor de la imposición del recargo²⁸.

Por otra parte, dentro de esta línea restrictiva en la aplicación del recargo, los Tribunales laborales se refieren ocasionalmente al carácter imprevisible de las contingencias derivadas de los riesgos psicosociales. Aquellos alegan que no es posible imponer el recargo por no poder exigir a una empresa prevenir un riesgo que ignora que se pueda producir²⁹. Como ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de noviembre de 2011³⁰ razona que «no podría resultar posible imponer ese recargo por falta de medidas de seguridad a no ser que tal riesgo hubiera podido ser de alguna forma previsto». Además, dicha sentencia añade que «no puede ser exigible a la empresa el establecimiento de unas medidas preventivas sobre un riesgo cuando se carece de dato o indicio alguno de que ese daño concreto – menos visible que otros daños físicos o técnicos – pueda llegar a producirse».

Afortunadamente, la hasta ahora comentada es una posición minoritaria, ya superada por otra que de forma mayoritaria afirma, sin reservas, la posibilidad de imponer el recargo en situaciones de acoso laboral, toda vez que los riesgos psicosociales se pueden prever y existe una amplia gama de medidas para evitarlos o reducir su efecto³¹. El propio concepto jurisprudencial de acoso moral se refiere a una conducta sostenida y prolongada en el tiempo, lo suficiente como para que el empresario sea consciente del problema, lo que dificulta la teoría de la imprevisibilidad. En esta línea, se encuentra el voto particular formulado a la sentencia del TSJ de País Vasco de 8 de mayo de 2007³², que afirma que el riesgo supone la «posibilidad de producción de un daño derivado del trabajo», y ello no exige «la más mínima certidumbre acerca de la mayor o menor probabilidad de su concurrencia», sin que pueda ser el propio empresario el que determine la existencia de un determinado riesgo. Se concluye diciendo que «la existencia de riesgos psicosociales derivados de una situación de acoso puede y debe ser prevenida dentro de los mecanismos de la LPRL». También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido, considerando que «el daño a la salud por conductas de acoso en una empresa es

del convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE de 16 julio 2013).

²⁸ Cabeza, J., *op. cit.*, 262.

²⁹ Véase, entre otras, STSJ País Vasco de 8 mayo 2007, cit.

³⁰ Cfr. STSJ C. Valenciana de 8 noviembre 2011 (AS\2012\1061).

³¹ Cabeza, J., *op. cit.*, 255.

³² AS 157.

evitable»³³ gracias a que «están previstos mecanismos que, a modo de cortafuegos», permiten que el trabajador «quede alejado de la situación tóxica que lo provoca».

Ciertamente, el afirmar que los riesgos psicosociales son impredecibles y, por ello, no poder exigir su prevención, supone menospreciar el trabajo de muchas instituciones, tanto nacionales como internacionales, que intentan concienciar a empresarios y trabajadores sobre los peligros del acoso moral en el trabajo y tratan de idear fórmulas para su prevención. Así, por ejemplo, cabe citar la Agencia Europea de Seguridad y Salud que, entre otras cosas, facilita consejos para trabajadores, empresarios y especialistas en Seguridad y Salud Laboral en su propia página web³⁴; la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que ha elaborado el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo³⁵, que, a pesar de no tener carácter normativo, puede servir de ayuda para identificar posibles situaciones de acoso y, ante ellas, las posibles infracciones del empresario. También el propio Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ha dedicado a este tema alguna de sus Notas Técnicas de Prevención, a destacar, la «NTP 443: factores psicosociales: metodología de evaluación», la «NTP 450: factores psicosociales: fases para su evaluación» y, sobre todo, la «NTP 476: el hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*», que establece métodos para prevenir el acoso moral y señala que este riesgo ha de ser “controlable”.

Desde el punto de vista de la segunda posición comentada, la negación del recargo resulta criticable cuando el trabajador tiene derecho a una prestación de incapacidad (temporal o permanente) derivada de acoso moral y calificada como accidente de trabajo. Igual crítica se hace extensiva cuando se deniega el recargo en relación con una indemnización obtenida mediante sentencia firme por violación de derechos fundamentales o aquella deriva de la extinción del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario y en base al acoso laboral. Alguna sentencia deniega el recargo en estos casos con base en que la vulneración no lo ha sido de medidas preventivas, sino de derechos fundamentales³⁶. Sea como fuere, resulta difícil comprender cómo la infracción del empresario infringiendo la dignidad del trabajador puede desvincularse de

³³ STS de 26 junio 2012 (JUR 258691).

³⁴ Véase <https://osha.europa.eu/es/topics/stress>.

³⁵ Enmendando lo establecido por el derogado Criterio Técnico 34/2003, en el que se consideraba que no había lugar a la protección del acoso moral, al amparo de la LPRL.

³⁶ Cfr., entre otras, STSJ C. Valenciana de 8 noviembre 2011, cit.

sus obligaciones preventivas, siendo estas de tan amplia extensión³⁷. Salvo ausencia de acreditación del nexo causal entre infracción y daño, una decisión como esta última es muestra de la reticencia de los Tribunales a la imposición del recargo, sin una clara sustentación jurídica.

Sin duda, la posición actualmente mayoritaria amplía las fronteras de la imposición del recargo de prestaciones y favorece la cultura preventiva contenida en el espíritu de la LPRL y en la propia finalidad de aquel³⁸. Así, se defiende la procedencia del recargo sin tipificación concreta de la infracción laboral y valora la naturaleza resarcitoria de aquel por encima de su naturaleza sancionatoria. Cabe recordar que el art. 123 LGSS establece que el recargo se impondrá «cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo», muestra indiscutible de su finalidad prevencionista. Para el TS, «el deber del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado» y basta «con que se violen las normas genéricas o deuda de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador»³⁹. En otras palabras, el Alto Tribunal decide imponer o denegar el recargo en base a los artículos más generales de la LPRL, como son el 14 (que consagra al deber de protección eficaz), 15 (determina los principios de la acción preventiva), 16 (alude al contenido básico o esencial del plan de prevención), 22 (establece el deber de vigilancia de la salud) o 25 (regula la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos) de la citada LPRL. Además, el citado Tribunal también se apoya en diversos preceptos del ET, como en los arts. 4 y 19.1 (derechos laborales de los trabajadores).

A la vista de lo recién expuesto, para considerar que la empresa no ha infringido las normas preventivas es necesaria una clara determinación en contra de las conductas de acoso, lo que implica la toma de decisiones claras para su cese⁴⁰. La constatación de un riesgo psicosocial exige al empresario adoptar todas las medidas necesarias para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo, incluyendo «todas aquellas que, aun no previstas» por la normativa, «son una consecuencia natural de su poder de dirección y organización»⁴¹.

³⁷ Cabeza, J., *op. cit.*, p. 259.

³⁸ Marcos, J.I., y Molina, C., “El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo: razones para corregir un nuevo error judicial”, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, España, 2007, pp. 1123-1132.

³⁹ Confróntense, por ejemplo, con las Sentencias TS de 12 julio 2007 (RJ 8226) de 8 octubre 2001, cit.

⁴⁰ Así lo ha entendido la STSJ Comunidad Valenciana de 8 noviembre 2011, cit.

⁴¹ STSJ Cataluña de 22 febrero 2012 (AS 1316).

La vulneración de las normas preventivas se produce cuando el empresario «no ha detectado y solucionado la situación de *mobbing*»⁴², máxime teniendo en cuenta que esta, «por su propia naturaleza, es sostenida y prolongada en el tiempo, más allá de episodios aislados y esporádicos» que pueda desconocer el empleador. Desde luego, se entiende que «tales normas son más claramente infringidas cuando la empresa conoce, consiente y ampara el acoso moral». A veces, se impone el recargo cuando, «ante problemas organizativos», la empresa «no reacciona de acuerdo con lo previsto en la normativa de prevención de riesgos» y no procede a «una evaluación de los riesgos psicosociales» ni a adoptar medidas preventivas⁴³.

Como ideas conclusivas, cabe señalar que la noción de “seguridad y salud” a nivel internacional ha de interpretarse conforme la Constitución de la Organización Mundial de la Salud⁴⁴, que define a esta última – la salud – como un estado completo de bienestar físico, mental y social⁴⁵. Por lo tanto, se ha de considerar implícito en el art. 14 (y, por ende, en el 15) de la LPRL, el derecho de los trabajadores, y deber del empresario, de prevención de los riesgos psicosociales. Estos riesgos pueden afectar al bienestar mental de los trabajadores, bastando la vulneración de los citados preceptos para considerar correcta la aplicación del recargo. De igual manera, el Tribunal Constitucional español ha determinado⁴⁶ que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico (motivados por el trabajo) que pueda padecer el trabajador, cuando aquellos sean ciertos y previsibles (lo que sucede con los casos de acoso moral). Por lo tanto, queda claro que el empresario es responsable de la salud síquica de los trabajadores y debe hacer todo lo posible para evitar daños a la misma, incluidos los derivados de una situación de acoso moral. En caso contrario, procede la imposición del recargo sobre las prestaciones económicas a las que aquellos tengan derecho.

⁴² Cfr., entre otras, las sentencias TSJ Cataluña de 15 octubre 2008 (AS\2009\8) y Comunidad Valenciana de 17 enero 2012 (AS 974).

⁴³ STSJ de Cataluña de 21 mayo 2012 (AS 1912).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 (TJCE 1996\213).

⁴⁵ Camas, F., “Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso laboral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones”, *cit.*, 43.

⁴⁶ Cfr. Sentencias de 27 de marzo y 2 julio de 2007 (RTC 62 y RTC 160, respectivamente).

2.2. Otros requisitos

Como es sabido, el derecho al recargo de prestaciones se condiciona a que las lesiones que el trabajador sufra vengan derivadas de situaciones calificadas como accidente de trabajo o enfermedad profesional. Además, a raíz de estas patologías, el trabajador ha de tener derecho a una prestación económica del sistema público de Seguridad Social. Ahora bien, el acoso laboral no se encuentra entre las enfermedades profesionales reconocidas por la normativa española, ni tampoco en la internacional o comunitaria. Por lo tanto, su reconocimiento como contingencia profesional ha de hacerse mediante la figura del accidente de trabajo o enfermedad derivada del trabajo (arts. 115 y 116 LGSS)⁴⁷. Sobre este particular, hay que tener en cuenta que, aunque el acoso moral en el trabajo pueda ser considerado un riesgo laboral a tenor de los arts. 4.3 y 4.7 LPRL, ello no implica que se califique de manera automática como derivado de accidente de trabajo en relación a las prestaciones de Seguridad Social⁴⁸. El entender incluido el acoso en la LPRL solo obliga a activar, frente a él, todos los mecanismos preventivos.

Las lesiones habituales que derivan de las situaciones de acoso laboral son la denominadas “enfermedades psíquicas”. Recientes sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia indican que, para que este tipo de patologías, en principio de etiología común, sean consideradas accidente de trabajo, ha de demostrarse, por el trabajador, que la causa exclusiva de las mismas es la ejecución de la prestación laboral o que ocurren en tiempo y lugar de trabajo⁴⁹. Si se cumplen estos requisitos, no existe obstáculo para declarar estas patologías derivadas de accidente de trabajo. De hecho, los litigios por el recargo de prestaciones suelen venir precedidos de una sentencia firme que declara la patología derivada de accidente de trabajo o, en otro caso, es el propio INSS el que reconoce la contingencia como profesional.

De otro lado, la regulación del recargo exige que la lesión del trabajador tenga su causa en el incumplimiento empresarial, que exista un nexo causal entre los mismos, lo que implica que, sin este, aquella no se producirá o las consecuencias del suceso serían las mismas. En el supuesto del acoso moral, el daño suele ser psicológico y aparecer dilatado en el tiempo, por lo que puede ser difícil demostrar la relación entre aquel y la conducta del empleador. La

⁴⁷ Gómez-Millán, M.J., *op. y loc. cit.*

⁴⁸ Camas, F., *op. y loc. cit.*

⁴⁹ Véanse, entre otras, sentencias TSJ Galicia de 25 marzo 2013 (JUR 172581), Andalucía de 14 marzo 2013 (JUR 185079), Cataluña de 22 enero 2013 (JUR 90577) y Galicia 20 julio 2012 (JUR 275355).

jurisprudencia parte de una presunción de actuación culposa o negligente del empresario cuando desconoce o actúa en contra de las obligaciones derivadas de la prevención de riesgos laborales. También en los casos en los que la empresa no ha contemplado los riesgos psicosociales en la evaluación y planificación preventiva, se considera que existe relación de causalidad entre la inexistente actuación de aquella y el daño al trabajador.

Los diversos mecanismos que existen de prevención y protección de los trabajadores frente al acoso moral, que pueden eliminar o reducir drásticamente daños físicos y psíquicos si se aplican de manera correcta, corroboran que la producción de los citados daños se debe a la pasividad empresarial y concurre una manifiesta relación de causalidad entre ambos⁵⁰. Incluso, alguna decisión judicial considera que es suficiente que sea «firme la resolución administrativa que declara la incapacidad temporal derivada de la contingencia de accidente de trabajo» para «acreditar la relación de causa-efecto» entre la patología psiquiátrica y el acoso moral sufrido, base de la «infracción de la normativa de seguridad imputable al empresario, que consiente, permite o no evita dicha situación»⁵¹.

3. Conclusiones

1. El recargo de prestaciones, regulado en el art. 123 LGSS, tiene una clara finalidad preventiva, en buena parte limitada por las reticencias que poseen nuestros tribunales a la hora de su imposición, especialmente cuando el origen del mismo es un riesgo psicosocial, como el acoso moral en el trabajo.
2. Aunque existen sentencias del Tribunal Supremo que aceptan la imposición del recargo derivado de acoso moral, las mismas no son compartidas unánimemente. Esto impide que la tutela de los trabajadores que sufren este tipo de acoso sea general y firme. Desde otra perspectiva, la exoneración del empresario en estas situaciones puede derivar en la inexistencia de sanción frente a una conducta, como mínimo, permisiva del acoso. Ello ayuda a crear una conciencia de impunidad que no favorece la perseverancia de aquel en la observancia diligente de las medidas preventivas. El empresario sabe que el pago por el incumplimiento no va a suponer una gran pérdida económica, con más razón, si cuenta con el aseguramiento de estas contingencias.

⁵⁰ Marcos, J. I., y Molina, C., *op. y loc. cit.*

⁵¹ Cfr. STSJ Cataluña de 22 noviembre 2013 (JUR 43985).

3. Una causa de esta resistencia a la observancia de medidas preventivas frente al acoso moral puede ser la lentitud con la que incorporamos a nuestro ordenamiento jurídico la institución de acoso moral. Todavía no existe concepto ni obligación preventiva específica en la que nuestros tribunales se puedan apoyar. Ni siquiera la negociación colectiva ha prestado demasiada atención a este problema, a pesar de existir métodos y facilidades para su incorporación en los convenios colectivos, como los ya citados Acuerdos Marco sobre estrés laboral y sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo.

4. Aunque la protección del trabajador frente a los riesgos psicosociales no resulta fácil, ello no significa que sea imposible. Al hilo de las directrices europeas, hemos de modelar nuestro ordenamiento y jurisprudencia hacia una visión amplia de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, incluyendo los riesgos psicosociales, cuya producción puede conllevar consecuencias nefastas para la salud e integridad de aquellos.

5. Las diversas entidades públicas con competencias en la materia, órganos jurisdiccionales y empresarios han de entender el acoso moral en el trabajo como un riesgo profesional, que obliga jurídicamente a una política preventiva en el marco de la LPRL. Y, como importante revulsivo de estas infracciones, se ha de utilizar el recargo de prestaciones, que promueve conductas mucho más responsables en el seno de las empresas, siendo un mecanismo ideal de “justicia disuasoria”, toda vez que su peso recae únicamente sobre el empresario infractor y su economía.

4. Bibliografía

CABEZA J., *El recargo de prestaciones en el marco de los riesgos psicosociales*, en *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, España, Thomson Reuters, 2009

CAMAS F., *Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso laboral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2009, vol. 2, 5, 39-48, citando la STSJ Cataluña 15 octubre, n. 7682/2008 (AS\2009\8)

GARCÍA J., *El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2008, vol. 1, 2

GÓMEZ-MILLÁN M.J., *La incompleta tutela del recargo en supuesto de acoso laboral*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2012, vol. 5, 7

- MARCOS J.I., MOLINA C., *El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo: razones para corregir un nuevo "error judicial"*, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, España, 2007
- MONEREO J.L., *La responsabilidad especial del recargo de prestaciones. Configuración y régimen jurídico*, Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Editorial Comares, Granada, 2006
- MONEREO J.L., SÁNCHEZ J., *El recargo de prestaciones en los supuestos de acoso laboral*, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2013, vol. 5, 11
- SEMPERE A.V., MARTÍN R., *El recargo de prestaciones: puntos críticos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho del Trabajo*, 2004, 53
- VICENTINE A., *La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, tesis doctoral dirigida por Rodrigo Tascón López y Beatriz Agra Viforcós, Universidad de León, Dpto. Derecho Privado y de la Empresa (León, 2010/11)

3.

OTROS TIPOS DE ACOSO

La prevención de las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito empresarial. Una visión desde la responsabilidad social corporativa

de Mariola Serrano Argüeso

1. Análisis conceptual

La regulación por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres¹ del acoso sexual y por razón de sexo supone un verdadero empaque jurídico al tratamiento de este tipo de conductas en España cuando tienen lugar en el ámbito laboral². En dicha norma se definen³ por primera vez en nuestro país los conceptos de acoso sexual y por razón de sexo, se establece la obligatoriedad del tratamiento empresarial, se relaciona dichas conductas con la salud de los y las trabajadoras y se modifican las normas procesales para facilitar que la ciudadanía pueda defenderse ante estas

¹ BOE núm.71 de 23 de marzo. A partir de ahora LOIMH.

² Artículos 7, 8, 48 y 62.

³ Artículo 7: «Constituye acoso sexual 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.

Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil o agresivo.

Se consideran en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

situaciones. Destaca, además, la previsión legal de la implicación de la negociación colectiva⁴. Ello no obstante, lo cierto es que años después de su entrada en vigor dicha norma ha sido criticada y calificada, en algún caso, de ineficaz tanto a nivel normativo como de impacto social⁵. Entiendo que, a pesar de las carencias y también resistencias en la aplicación de la norma, hay que tener en cuenta que los cambios a favor de la igualdad producidos en el ámbito empresarial desde su entrada en vigor han sido importantes, aunque aún insuficientes.

El tratamiento legal del acoso sexual y/o por razón de sexo es, en realidad, lo que podríamos denominar un viejo problema conocido. En el marco de Naciones Unidas se menciona ya *explícitamente* el acoso sexual en el documento *Estrategias de Nairobi para el progreso de las Mujeres* (1985)⁶. La normativa europea, a través de distintas Directivas en materia de discriminación por razón de sexo, regula también expresamente el acoso sexual. El llamado “informe Rubenstein”⁷ sirve de preludeo a una serie de

⁴ Su mención expresa en la normativa española es la siguiente: RDL 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la LISOS (artículo 8); Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 19.1.i); Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (artículo 11) en materia de legitimación; RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (artículos 4.2e, 54.2 y 95.14); RDLeg. por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (artículos 175 a 182); Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 5.4); Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad (artículo 18.9); y el artículo 184 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Destacamos también, sin carácter normativo, la Nota Técnica Preventiva 507 sobre acoso sexual en el trabajo.

⁵ «El nivel de eficacia de la LOIMH es bastante reducido tanto a nivel normativo como de impacto social». Rubio Castro, A., “La regulación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la legislación española”, en Gil, J. (coord.), *El acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las Administraciones Públicas y de las Empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 40, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es>.

⁶ En 1992, el Consejo Económico y Social de la ONU aprueba una Declaración sobre violencia contra las mujeres en la que se incluye expresamente el acoso sexual y la intimidación en el lugar de trabajo. La IV Conferencia de Naciones Unidas sobre la Mujer (Beijing, 1995) aprobó la Plataforma de Acción incluyendo también la erradicación del acoso sexual; y la Resolución de la Asamblea firmada en Nairobi, de 12 de mayo de 2006, sobre la forma en que los Parlamentos pueden y deben promover medios eficaces para combatir la violencia contra la mujer en todos los ámbitos. La OIT ha aprobado las siguientes resoluciones en las se refieren de forma expresa al acoso sexual: Resolución sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los trabajadores y las trabajadoras en el Empleo (1985) y la Resolución sobre la Acción de la OIT para las trabajadoras (1991).

⁷ Rubenstein, M., *The Dignity of Women at Work*, Bruselas, 1988.

Directivas y Resoluciones⁸ de las que cabe mencionar la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁹.

El acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral es y debe ser considerado normativamente, desde mi punto de vista, como una manifestación de la violencia de género. En España, la evolución normativa producida parte de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección para las Víctimas de Violencia Doméstica. Aunque realmente el punto de inflexión lo constituye la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia¹⁰.

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no regula dentro de su ámbito de aplicación los actos de violencia contra las mujeres que quedan fuera de la relación de afectividad, a saber: delitos contra la libertad sexual o violencia en el ámbito intrafamiliar contra la mujer por una persona que no mantenga con ella relación de afectividad. Sorprendentemente, estos aspectos no han sido detectados como carencias de la

⁸ Resolución del Consejo de Ministros 90/C157/02, de 29 de mayo de 1990 sobre protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo; Recomendación 92/131 de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991 sobre protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo (anexo el Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual de 24 de febrero de 1992); Declaración 02/204 del Consejo de Ministros de 19 de febrero de 1991 para la aplicación de esta Recomendación; Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual de la Comisión Europea, noviembre de 1991; Resolución del Parlamento Europeo de 11 de febrero de 1994, sobre designación de un Consejero en las empresas encargado de combatir los casos de acoso sexual; Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

⁹ Esta Directiva, deroga, entre otras, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (que, a su vez, modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo).

¹⁰ La definición se regula en el artículo 1 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

norma en los informes que se han venido realizando sobre la aplicación de la norma. Lo que sí es cierto es que el debate sobre las lagunas de la norma estatal en el sentido mencionado está presente en los foros sociales y doctrinales que tratan la igualdad entre mujeres y hombres y la lucha contra la violencia de género¹¹.

La importancia de la normativa sobre violencia de género radica en poder disponer de un sistema de intervención global e integral en la materia que permita ofrecer a las mujeres que la sufren una atención integral que las ayude y proteja en el difícil camino de la salida de la situación de violencia que están viviendo. Sistema de intervención que, en todo caso, ha de ser complementario con el trabajo en educación, prevención, concienciación y sensibilización, única forma real y efectiva de erradicar de una vez por todas el problema de la violencia que se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo.

La fecha de entrada en vigor de las normas autonómicas sobre la materia marca una realidad: la del avance de la sociedad en la concepción y lucha contra la violencia de género y por tanto la necesidad de adaptación normativa a ese profundo y paulatino cambio social. Gracias a la actual distribución competencial las Comunidades Autónomas, en España, tienen la posibilidad de aprovechar la necesidad de intervención para dotar de esa atención y protección integral a todas las mujeres que son objeto de las distintas manifestaciones de violencia que los hombres ejercen sobre ellas, teniendo presente que cada tipo de violencia supone un daño distinto y requiere de una atención y protección también diferente. En este sentido, algunas de las normas autonómicas contra la violencia de género limitan su alcance en línea con lo previsto en la propia Ley Orgánica pero otras, de forma más ambiciosa, se embarcan en la tarea de regular cuestiones no incluidas en el ámbito de aplicación de la norma estatal. En todo caso, desde el punto de vista conceptual, todas ellas consideran, desarrollándolo luego con mayor o menor concreción, el concepto de violencia de género más allá de la sufrida por la pareja o ex pareja. Distinguiendo, a partir de ahí, distintas formas de violencia – física, psicológica, sexual y económica –, que tienen lugar en ámbitos

¹¹ Consejo General del Poder Judicial, *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género y en la de la normativa procesal, sustantiva, y orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*, Madrid, 2011, www.poderjudicial.es; Consejo General del Poder Judicial, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales*, Madrid, 2009, www.poderjudicial.es.

concretos, en el marco de unas relaciones afectivas y sexuales, en los ámbitos de la pareja, familiar, laboral y socio comunitario¹².

La diferencia y distancia entre las normas autonómicas que se ocupan de la regulación de la lucha contra la violencia de género es evidente, dependiendo de la apuesta política del momento, y de la entrada en vigor de las mismas. Lo que sí es cierto es que, con mayor o menor extensión, cabe destacar el esfuerzo, a nivel autonómico, por regular cuestiones no incluidas en el ámbito de aplicación de la norma estatal, en línea con lo definido por la ONU: *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada*. No se ha producido a nivel estatal el mismo avance. El acoso sexual y por razón de sexo es una manifestación más de la violencia que se ejerce contra las mujeres por el hecho de ser mujer. Así pues, debiera estar incluido, a mi parecer, junto a otras formas de violencia de género, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

2. La realidad del acoso sexual y por razón de sexo y la prevención empresarial

Las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo que pueden sufrir las mujeres en el ámbito empresarial empresa pueden clasificarse, en función de su gravedad, en situaciones de acoso leve, grave o muy grave.

En el primer grupo, encontramos conductas como chistes de contenido sexual; piropos y comentarios sobre las mujeres, pedir citas reiteradamente, acercamiento excesivo, gestos y miradas insinuantes o preguntas sobre su propia vida sexual. Podemos incluir como situaciones de acoso grave conductas relativas a pedir relaciones sexuales sin presión, acosar o presionar después de la ruptura sentimental, abrazos o besos no deseados, tocamientos o pellizcos. Las situaciones de acorralamiento, presiones para obtener sexo a cambio de mejoras en las condiciones laborales, realizar actos sexuales bajo presión de despido o el asalto sexual son conductas que se incluyen en el grupo de situaciones de acoso muy grave.

¹² Serrano Argüeso, M., “Avances legislativos en la lucha contra la violencia de género. Logros y retos”, en *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Thomson Aranzadi, 2012, p. 67.

Las conductas que hemos incluido dentro del grupo de situaciones de acoso leve no son identificadas normalmente por las mujeres como supuestos de violencia sexista en el trabajo y solo en los casos en los que la gravedad aumenta y la salud psíquica o física de la mujer se encuentra seriamente dañada, y/o el ambiente laboral no es soportable ellas dan el paso a la denuncia de la situación en la empresa. En este sentido, por ejemplo, una investigación realizada recientemente en Huelva al objeto de analizar la percepción social del acoso sexual en el trabajo indica que el 60,31% de los y las participantes lo asocian con conductas sexuales, así como el 42,85% a características intimidatorias. El 16,66% lo relaciona con conductas no específicamente sexuales pero destacan su influencia en el derecho a la libertad de la persona¹³. Llama la atención también que 81,74% de los participantes no haya conocido ninguna persona que haya sufrido acoso, siendo solo el 18,25% los que afirman haber conocido a alguna persona. Ello no obstante, hay que tener en cuenta que algunos estudios de investigación nos demuestran que los datos cambian significativamente cuando se pregunta directamente por algunas conductas que se hayan podido producir en la empresa, sin identificar las mismas como situaciones de acoso sexual o por razón de sexo. Así, por ejemplo, en una investigación realizada también recientemente en Euskadi se afirma que han vivenciado situaciones de acoso sexual laboral un 8,4% de las mujeres encuestadas. De ellas, el 1,7% declararon haber sido víctimas y el 6,7% manifestaron haber vivenciado al menos una de las quince situaciones de acoso que se les refirieron, aunque no se auto consideraron como víctimas del mismo (acoso laboral técnico)¹⁴. Destaca, además, que el 57% de las mujeres (agrupando el acoso sexual declarado y el acoso técnico) sufrieron las conductas de acoso que antes se han calificado como leves. En ambos grupos,

¹³ Navarra Aval, Y., Climent Rodríguez, J. A., y Ruiz García, M. J., “Percepción social del acoso sexual en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 30, 2, 2012, pp. 548 y 550.

¹⁴ En el año 2012 se realiza una investigación por la Dirección de Atención a las Víctimas de la Violencia de Género del Departamento de Interior, Justicia y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la que se pretende identificar, en el ámbito laboral, la incidencia del acoso sexual y por razón de sexo en las mujeres ocupadas en empresas en el País Vasco. Para garantizar un 95,5% de nivel de confianza de la muestra se realizaron 750 cuestionarios. Dirección de Atención a las Víctimas de la Violencia de Género, *Acoso sexual y acoso por razón de sexo. Una aproximación a la realidad en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, Bilbao, Gobierno Vasco, 2012, *pendiente de publicación*, citado en Serrano Argüeso, M., Ibáñez González M., “El acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral como manifestación invisible de la violencia de género y sus consecuencias”, www.congresoestudioviolencia.com/2012.

el acoso verbal¹⁵ es la principal vía de acoso. Casi la totalidad de las mujeres del grupo acoso laboral técnico (98,1%) han experimentado alguna de las conductas sexistas del denominado acoso leve. Por el contrario, en las mujeres integradas en la tipología del acoso sexual laboral declarado las situaciones leves dejan paso a la mayor presencia de situaciones graves. Todo ello lleva a la lógica conclusión de la dificultad de identificar los piropos, los chistes o los comentarios sexistas como situaciones de violencia sexista y reconocerlo solamente cuando la gravedad va en aumento¹⁶.

La Loimh establece obligaciones específicas en materia de prevención de situaciones de acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo lo que, evidentemente, lleva aparejadas las sanciones correspondientes por la violación de lo legalmente establecido. Aunque los actos relacionados con el acoso sexual y acoso por razón de sexo son considerados infracciones muy graves por la Lisos¹⁷, y se prevé que recibirán además de las sanciones establecidas, sanciones accesorias, todo quedará olvidado si las empresas llevan a cabo la realización de un plan de igualdad, si así se determina por la autoridad laboral competente. La sustitución de la sanción por la elaboración de un plan de igualdad, a decir de Rubio Castro, pone de relieve el peso que la *prevención* tiene sobre la sanción en la materia¹⁸.

Los artículos 45, 46, 47 y 48 de dicha norma hacen referencia a la actitud que han de adoptar las empresas para prevenir situaciones de discriminación por razón de sexo en general, y de acoso sexual y por razón de sexo, en particular. En el artículo 46 se define el concepto y contenido de los planes de igualdad en las empresas. Y como contenido de los mismos se especifica, sin demasiada concreción, entre las medidas que pueden estar presentes las destinadas a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. En un principio, podría parecer de la literalidad de la Ley que no existe un verdadero espíritu de lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo porque no se prevé la obligatoriedad de establecer medidas preventivas al respecto. Ello sin embargo, no es así; el artículo 48 establece la obligación de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las

¹⁵ Chistes de contenido sexual, piropos o comentarios sexuales sobre las mujeres.

¹⁶ Serrano Argüeso, M., Ibáñez González, M., “El acoso sexual y por razón de sexo...”, *Óp. cit.*

¹⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

¹⁸ Rubio Castro A., *Óp. cit.*, p. 71.

denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo; la obligatoriedad de negociar con los representantes de los trabajadores; la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas y realización de campañas informativas o acciones de formación; la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras sobre estas situaciones; la obligación de que los representantes de los trabajadores informen a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y pudieran propiciarlos. También deja clara la norma la especial responsabilidad de la empresa plasmada más tarde en el artículo 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 48 incluye en un precepto referido a las medidas de prevención tanto las medidas de prevención primaria, esto es, las referidas a la concienciación en la empresa y a la puesta en marcha de un procedimiento de solución de conflictos, como a los procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones (prevención secundaria o terciaria). Estas últimas medidas diseñan los mecanismos de intervención y reparación y recuperación frente a las violencias/discriminaciones sin entrar dentro de lo que llamamos prevención en sentido estricto¹⁹. Las obligaciones referidas al ámbito del empleo público se regulan en el Capítulo III de la norma, y en concreto, en el artículo 62.

El artículo 4.2 d) del ET reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo²⁰. Así lo corrobora la previsión del artículo 19 del mismo texto legal y la LPRL²¹ que a pesar de no contener referencias específicas a la prevención del acoso sexual o por razón de sexo se sitúa en las obligaciones empresariales de protección del empresario como riesgo de susceptible de provocar un daño en la salud de los trabajadores. En este sentido, afirma Pérez del Río que insisten tanto la jurisprudencia en materia de prevención de nuestro Tribunal Constitucional

¹⁹ Bodelón González, E., Gala Durán, C., “Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas”, *El acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las Administraciones Públicas y de las Empresas*, p. 147.

²⁰ La Constitución Española en su artículo 15 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y en el artículo 40.2 señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo.

²¹ Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

como la del Tribunal Supremo (vid. STC 62/2007, de 27 de marzo o STS 20/09/2007, N. Recurso 3326/2006)²².

Es obvio que no es fácil planificar la prevención del acoso sexual y por razón de sexo ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización, las relaciones sociales y la influencia de los factores psicosociales y ambientales en el trabajo pero, tal y como afirma destacada doctrina, las medidas propuestas por el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, resultan hoy en día adecuadas para la prevención tanto del acoso sexual como del acoso por razón de sexo²³.

La prevención de las situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo en la empresa debe incidir en las declaraciones de principios, en campañas informativas, de sensibilización y acciones formativas, pero en éstas, y desde mi punto de vista, debemos informar al colectivo de trabajadores de las empresas de qué es el acoso sexual y por razón de sexo, y sobre todo, recalcar que las situaciones de acoso que antes hemos calificado como leves son intolerables en la empresa, concienciándoles de esta forma su importancia en la empresa. Además de ello, hay que incidir en la publicidad y difusión de dichas declaraciones de principios y asegurar su conocimiento y existencia en la empresa. Si los trabajadores y trabajadoras no lo conocen el esfuerzo habrá sido en vano.

La dificultad de las denuncias de las situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo son evidentes: el sentimiento de miedo, la vergüenza, la falta de confianza, la minimización de la situación, la asunción de la misma como un problema propio, el no saber lo que hacer o a quién recurrir son vivencias frecuentes y recurrentes en las mujeres víctimas de acoso sexual o acoso por razón de sexo. Estas situaciones, por otro lado, se dan también en las mujeres que son víctimas de otras manifestaciones de la violencia de género como la que sufre la mujer por parte de su pareja o ex pareja en el ámbito de una relación de afectividad. De hecho, cuando intentamos aproximarnos a la realidad a través de datos reales vemos que son mayoría las mujeres que no lo ponen en conocimiento de nadie. En el estudio sobre la percepción del acoso sexual llevado a cabo en Huelva, el 73,91% de las personas que conocen algún caso de acoso manifiesta no haberlo puesto en conocimiento de nadie, un

²² 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*, 25, 2012, p. 128.

²³ *Ibidem*, p. 133.

13.04% afirma haberlo comunicado al entorno de los amigos y un 13.04% considera haberlo confrontado con otras estrategias²⁴. Los resultados del estudio de investigación realizado en Euskadi nos lleva a conclusiones parecidas: el 55,5% de las mujeres que se declararon víctimas no había dicho ni comunicado a nadie lo que le estaba ocurriendo. Las que deciden comunicarlo lo hacen en los entornos de proximidad e informalidad, siendo marginales los supuestos en los que se interpone la denuncia, se acude a los recursos institucional, sindicales, asociativos o a la propia organización sindical (ninguna de las mujeres entrevistadas)²⁵.

El propio Código de Conducta comunitario, ya en el año 1992, advertía de que la ausencia de quejas o denuncias de acoso en una empresa no es en absoluto prueba determinante de su inexistencia pues se ha constatado la renuencia de las víctimas de este tipo de actuaciones a presentar denuncia formal, sobre todo si no tienen seguridad absoluta de ser comprendidas y escuchadas e incluso, de no ser represaliadas²⁶.

Las situaciones de hostigamiento sexual se suelen llevar a cabo normalmente en un marco de clandestinidad o, al menos no se acompaña de publicidad. También el miedo a represalias laborales dificulta la puesta en conocimiento de esta situación en la empresa o la denuncia de la misma. Estas circunstancias obstaculizan enormemente la posibilidad de aportar un indicio razonable de que la conducta lesiona un derecho fundamental e invertir la carga de la prueba en el proceso²⁷.

Es por ello que las medidas preventivas antes planteadas no sólo son fundamentales para concienciar al colectivo de los trabajadores de la empresa de la inadmisibilidad de las mismas sino que generan confianza en las mujeres para que pongan en conocimiento de los responsables de la empresa la situación. Y es aquí precisamente dónde encontramos la segunda de las

²⁴ Navarra Aval, Y, Climent Rodríguez, J. A., y Ruiz García, M. J., *Óp. cit.*, p. 550.

²⁵ Serrano Argüeso, M. e Ibáñez González, M., "El acoso sexual y por razón de sexo...", *Óp. cit.*

²⁶ Comisión Europea, *Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual*, 1991.

²⁷ La jurisprudencia más reciente está empezando a plasmar nítidamente las previsiones del artículo 7 de la LOVG. Entre otras: STSJ de Cantabria 41/2008; STSJ de las Islas Canarias 3928/2008; STSJ de Andalucía 8276/2009; STSJ de Cataluña 12854/2009; STSJ del País Vasco 686/2009; STSJ de Andalucía 118/2010; STSJ de Andalucía 4100/2010; STSJ de Castilla la Mancha 3928/2010; STSJ de Madrid 8488/2012; STSJ de Andalucía 2401/2011; STSJ de la Comunidad Valenciana 1741/2011; STSJ Islas Canarias 1387/2011. Todas ellas en el orden jurisdiccional social.

necesidades de las mujeres: la existencia de un cauce claro para la denuncia de la situación a nivel de empresa.

La existencia de un plan de prevención de las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo es importante ya que se trata de examinar la situación real de la empresa y en función del número y sexo del personal, su clasificación profesional, edad, moralidad de la empresa e incluso su organización interna tanto a nivel de personal como de dependencias, tratar de detectar y erradicar antes de su aparición posibles conductas de acoso sexual o por razón de sexo. Incluso podrían detectarse algunas conductas que ya se han producido. A nivel preventivo son aspectos fundamentales en el examen de la cohesión del grupo y de la comunicación. Como consecuencia de dicho plan surgen necesariamente dos medidas: el protocolo de actuación en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo y el plan de igualdad²⁸.

Los protocolos son sistemas de comunicación interna y resolución de conflictos que, de forma satisfactoria y objetiva, reducen la indefensión en la que pueden encontrarse quienes los sufren en la empresa. Suelen formar parte de los planes de igualdad en la empresa, y en muchos casos tratan de forma conjunta el acoso sexual y por razón de sexo y el acoso moral. Ello no obstante, siendo su origen distinto, distinto debería ser, desde mi punto de vista, también su tratamiento. Por otra parte, es importante recordar que los protocolos dan seguridad a las víctimas pero son también un factor de disuasión.

Dichos procedimientos prevén, de forma frecuente, una fase informal o también llamada de mediación y un procedimiento formal u oficial. En la llamada fase de mediación se pretende la resolución de conflictos y/o denuncias de acoso sexista en el trabajo de una manera ágil, dialogada y con la intervención en algunos casos de un mediador²⁹. Hay otro tipo de protocolos que limitan los procedimientos de solución informal a través del asesor o

²⁸ Ibáñez González, M. *et alía*, *Acoso sexual en el ámbito laboral*, Universidad de Deusto, 2007, p. 155.

²⁹ Orden de 20 de junio de 2011, que regula las medidas de prevención del procedimiento de actuación en casos de acoso moral y/o sexista en el trabajo, en el ámbito educativo; Resolución de 21 de febrero de 2012 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el acta en la que se contiene el acuerdo sobre protocolo de prevención frente al acoso, acoso sexual y por razón de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del convenio colectivo para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, y de droguería, perfumería y anexos (BOE núm. 58 de 8 de marzo); Primer Acuerdo para la prevención y solución de quejas sobre el acoso de la UPV/EHU.

asesora confidencial a las actuaciones de acoso calificadas como leves³⁰ y existen también los que de forma cuidadosa, establecen que solamente podrá establecerse una resolución informal del conflicto cuando él o la Asesora confidencial se encuentren ante una situación que aún no fuera constitutiva de acoso sexual o acoso por razón de sexo, pero que si no se actúa podría acabar siéndolo. En este caso se establece que la intervención tendrá como objetivo proporcionar pautas de actuación y propuestas que pongan fin a la situación y eviten que vuelva a producirse en el futuro³¹.

Como antes hemos mencionado, en los casos de acoso sexual y por razón de sexo es especialmente importante canalizar las denuncias en una fase previa a la judicial, generando confianza en las mujeres siempre con la garantía de que el fin es protegerlas y aclarar la situación, ahorrando costes y tiempo, pero en ningún caso alentando la cooperación y el diálogo entre las partes para conseguir un contrato de transacción, porque no estaríamos sino legitimando la violencia hacia las mujeres en una situaciones en las que ellas se encuentran especialmente débiles e indefensas³². El acoso sexual y el acoso por razón de sexo es, a mi entender, una manifestación más de la violencia de género, por lo que hay que advertir que la figura de la mediación, entendida como un espacio para la comunicación y resolución de conflictos, no es adecuada en los supuestos de violencia de género en sentido amplio por el propio origen estructural del conflicto. Desde mi punto de vista, ninguna manifestación de la violencia de género se puede resolver en encuentros de este tipo ya que estamos en presencia de una violación de los derechos de las mujeres, anclada una sociedad aún patriarcal.

La existencia de medidas de apoyo psicológico es también importante ya que la situación de acoso sexual o por razón de sexo incide necesariamente en las

³⁰ Vid. Emakunde, *Protocolo contra el acoso sexual y sexista en el trabajo*, Gobierno Vasco, 2011. www.emakunde.es.

³¹ Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente a la acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Organismo Públicos vinculados a ella (BOE n. 189 de 8 de agosto).

³² Renedo Juárez aboga, en cambio, por la mediación en la Jurisdicción social de temas como el acoso laboral, las sanciones, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la clasificación profesional, las reducciones de jornada para conciliación laboral y familiar y determinadas demandas de cantidad, vulneración de derechos fundamentales, modificación de condiciones de trabajo, vacaciones, ejecuciones y reconocimientos de derechos. [Renedo Juárez, M. J., "Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013, p. 21.](#)

condiciones de trabajo de la trabajadora. Ello no obstante, una vez que la mujer denuncia la situación en la empresa no siempre existen recursos específicos de apoyo psicológico y jurídico o psicosocial a los que la mujer pueda acudir, lo que sitúa a las mujeres víctimas del acoso sexual en el ámbito laboral en una situación de indefensión que se acrecienta por la ya situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

3. Reflexiones finales

La mayor parte de las conductas de acoso sexista que se dan en las empresas están relacionadas con chistes de contenido sexual, piropos o comentarios sexuales sobre las mujeres. Estas situaciones de “acoso leve” no son identificadas por las mujeres, lo que dificulta su tratamiento, además que visibilizarían el problema.

La empresa debe construir un ambiente exento de acoso, para ello debe existir una Declaración de Principios en la que se establezca que la empresa no tolerará esas situaciones y que se escuchará y atenderán las denuncias. Se definirán las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, se establecerá su sanción y se mencionará la existencia de un protocolo de actuación al respecto.

La empresa ha de garantizar, de la misma manera, la difusión y publicidad del procedimiento de actuación de forma que llegue a todos los trabajadores de la empresa ya que el apoyo incondicional a la víctima es fundamental.

Los protocolos son sistemas de comunicación interna y resolución de conflictos que, de forma satisfactoria y objetiva, reducen la indefensión en la que pueden encontrarse quienes lo sufren en la empresa. Dan seguridad a las mujeres y son también un factor de disuasión.

Hay que canalizar las denuncias en una fase previa a la judicial, generando confianza en las mujeres a fin de aclarar la situación, ahorrando costes y tiempo y ofreciendo protección, pero en ningún caso alentando la cooperación y el diálogo entre las partes para conseguir un contrato de transacción, porque no estaríamos sino legitimando la violencia hacia las mujeres en una situaciones en las que ellas se encuentran especialmente débiles e indefensas.

Hay que incidir en la comprensión del fenómeno de la violencia contra las mujeres en el que queda afectada de forma importante la autoestima de la mujer, su capacidad emocional y la sitúa en una posición de fragilidad en la empresa.

Es fundamental trabajar en la formación y sensibilización en la empresa, incluyendo, en particular el sistema de liderazgo. Todos los integrantes de la organización tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad y en general los derechos fundamentales, y el personal de dirección deberá tener especialmente encomendada la labor de garantizar que no se produzca acoso de tipo alguno en los sectores bajo su poder de organización, por ello la formación de la dirección constituye un medio esencial para garantizar que no se produzca acoso en el trabajo y que si se produce sea resuelto con rapidez y eficacia. Esta formación debería tener por objeto la identificación de los factores que contribuyen a crear un entorno laboral exento de acoso y a que los/as participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política empresarial contra el mismo³³.

El acoso sexual y por razón de sexo es una manifestación de la violencia de género. Por ello debiera estar incluido, junto a otras formas de violencia de género, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Es, de esta forma, una expresión radical o extrema de relaciones asimétricas de poder entre géneros, plasmado en un repertorio conductual que va desde lo más leve a lo más grave, desde el lenguaje no verbal, verbal y el acoso físico.

Esta manifestación de la violencia de género trasciende de lo propiamente laboral y se inscribe en un entramado de relaciones de comportamiento del género masculino al femenino interiorizadas en los procesos de socialización primaria y secundaria. Lo que contribuye a la normalización y minimización de estas situaciones por el entorno, e incluso por las propias mujeres.

El apoyo social es clave para reforzar e incidir en la idea de que el acoso sexista no es un problema individual sino social, estructural y público. La falta de apoyo social, institucional, empresarial de recursos y la carencia de una regulación normativa adecuada desemboca en una re-victimización de las mujeres.

Los recursos de las Administraciones Públicas y los existentes en el ámbito de las entidades privadas o asociativas en materia de orientación jurídica y psicológica o psicosocial debe extenderse también a las mujeres víctimas de acoso sexual en el ámbito laboral.

Siendo el acoso sexual y por razón de sexo una manifestación de la violencia de género debiera considerársele como una situación de gravedad y

³³ Pérez del Río, T., *Óp. cit.*, p. 135.

excepcionalidad suficiente para ser protegida económicamente en el ámbito laboral.

No podemos permitir que sea la mujer la que sufra los detrimentos laborales de una situación en la que ella ha sido la víctima y no el verdugo.

Es imprescindible que la lucha contra el acoso sexual y por razón de sexo esté en el marco de la negociación colectiva de una forma real.

Las empresas deben incorporar la mirada de las mujeres en sus políticas.

Las políticas económicas deben adaptar la economía real a los principios de una economía responsable enfocada al bien común de mujeres y hombres. Las políticas de austeridad afectan especialmente a las mujeres porque trabajan en los sectores productivos que están especialmente afectados por la crisis económica. La no existencia de políticas claras de prevención y lucha contra el acoso sexual y por razón de sexo dificulta la denuncia de estas situaciones.

La responsabilidad social empresarial desde el punto de vista de la igualdad contribuye a construir una sociedad más justa y cohesionada, además contribuir a una mayor productividad, y consecuentemente, mayor beneficio económico de las empresas.

4. Bibliografía

IBÁÑEZ GONZÁLEZ M. *et. alía*, *Acoso sexual en el ámbito laboral*, Universidad de Deusto, 2007

NAVARRA AVAL Y., CLIMENT RODRÍGUEZ J.A., RUIZ GARCÍA M.J., *Percepción social del acoso sexual en el trabajo*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2012, vol. 30, 2

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*, en *Lan Harremanak*, 2012, 25

RENEDO JUÁREZ M.J., *Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, 29

RUBENSTEIN M., *The Dignity of Women at Work*, Bruselas, 1988

RUBIO CASTRO A., *La regulación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la legislación española*, en GIL J. (coord.), *El acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las Administraciones Públicas y de las Empresas*, Consejo General del Poder Judicial, 2013

SERRANO ARGÜESO M., IBÁÑEZ GONZÁLEZ M., *El acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral como manifestación invisible de la violencia de género y sus consecuencias*, en www.congresoestudioviolencia.com/2012

SERRANO ARGÜESO M., *Avances legislativos en la lucha contra la violencia de género. Logros y retos*, en *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Aranzadi, 2012

Violencia y discriminación en el trabajo: acoso sexual y acoso por razón de género

de Patricia Espejo Megías

1. Los inicios de su regulación

El acoso sexual en el trabajo es un antiguo problema al que se le ha acuñado un término nuevo¹. Desde la aparición del concepto², los investigadores han estado preocupados, especialmente, por dos de sus facetas: definir el concepto y medir su extensión; es decir, realizar, en primer lugar, la operación intelectual que acompaña a todo concepto nuevo: describir su naturaleza, qué elementos lo componen y analizar, en segundo lugar, qué causas lo explican, medir su volumen, su incidencia, su importancia y sus consecuencias.

El acoso sexual ha sido reconocido, de una manera creciente, como un elemento que afecta a las condiciones de trabajo, como un problema cada vez más grave para el empleador y la víctima y que acarrea una serie de consecuencias tanto sobre la víctima como sobre la organización nada desdeñables³. El acoso sexual y el acoso por razón de género son manifestaciones contrarias a la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral así como un problema de salud laboral en tanto en cuanto las conductas de acoso perjudican gravemente la salud de los trabajadores y las trabajadoras afectados. Generaciones y generaciones de mujeres han sido víctimas de ataques sexuales, físicos y verbales, en sus lugares de trabajo como

¹ Mejías García, A. M^a, El acoso sexual en el trabajo. Análisis y propuestas para su prevención, UGT de PV.

² En este sentido es muy interesante el estudio de la experta Barbara Gutek (1987).

³ Pérez Bilbao, J. y Sancho Figueroa, T., *El acoso sexual en el trabajo*, NTP 507, Instituto de Seguridad e Higiene, 2006.

consecuencia de los estereotipos asociados a su sexo, existentes desde antaño. Detrás de esta lacra, no sólo hay una cuestión de sexo, entendemos que hay una cuestión de poder y no sólo en la empresa sino en la sociedad en general.

Así lo demostraban hace décadas los estudios llevados a cabo por laboristas y feministas estadounidenses que explicaban cómo la descripción del acoso como “sexual” atañe esencialmente al hecho de que es provocado por un género – el masculino – a otro – el femenino –, por lo que cabe anotar que si bien a menudo dicha conducta tiene la forma de acercamiento sexual, su finalidad es fundamentalmente el ejercicio de poder por parte del varón sobre la mujer⁴. Se demuestra, así, que la relación existente, desde siempre, entre acoso sexual y género es innegable y que no se comprende la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, en ninguna de sus manifestaciones (el acoso sexual es sólo un ejemplo de ellas) si no es atendiendo al concepto de género. Es esencial para entender el fenómeno tener clara la conexión directa del acoso sexual y el esquema de “género” como sistema de dominación masculina y de violencia.

El acoso sexual en el trabajo es una figura cuyo tratamiento jurídico comienza en la década de los setenta en Estados Unidos, siendo fundamentales para su conceptualización los movimientos de mujeres y los de las trabajadoras sindicalizadas⁵, correspondiendo las primeras decisiones judiciales también a Tribunales estadounidenses. Gracias a estos movimientos de mujeres se elaboró el concepto de “género” que fue clave para evitar lo que desafortunadamente venía sucediendo, que muchos casos de acoso quedasen en la sombra. Se había constatado cómo el estudio de estas conductas alejado del concepto de género significaba que muchos hacían invisibles casos de acoso y los visibles simplemente se canalizaban a través de otros ilícitos.

El estudio de Catharine Alice MacKinnon, publicado en 1979, fue pionero en la materia y esencial para la creación del concepto de género y para la definición del acoso sexual como acto discriminatorio. La plasmación práctica más inmediata de este gran avance doctrinal fue, de un lado, los reglamentos de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el empleo de Estados Unidos⁶ y, de otro, la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

Debemos recordar que el Título VII de la *Civil Right Act* estadounidense ya prohibía en 1964 que el empresario o empresaria se negase a contratar o

⁴ Wise, S. y Stanley, L., *Una mirada feminista sobre el acoso sexual*, 1992, pp. 81 y ss.

⁵ Márquez Garmendia, M., *El acoso sexual en el trabajo*, Uruguay, 2007.

⁶ El término inglés es: Equal Employment Opportunities Commission.

despedir a un trabajador o a una trabajadora, o discriminarlo/a respecto de su remuneración, plazos, condiciones o privilegios de contratación, a causa de su raza, color, religión, sexo o nacionalidad; en segundo lugar, que limitase, segregase o clasificase a sus empleados o aspirantes a empleo de una forma que privase o tendiese a privar a cualquier individuo de oportunidades de empleo, o bien perjudicar a un trabajador o a una trabajadora debido a su raza, color, religión, sexo o nacionalidad.

2. Normativa Europea contra el acoso

En Europa la teorización del acoso sexual en el trabajo llegó años más tarde, en los ochenta con la política de igualdad de los sexos que parte del artículo 19 del Tratado y al que suceden diferentes instrumentos normativos como la Resolución del Consejo de 29/05/1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo y la Recomendación de 27/11/1991 de la Comisión Europea, también relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la cual incorporaba en su Anexo un Código de Conducta para combatir el acoso sexual.

Si bien, la primera norma comunitaria “vinculante” que vino a establecer por fin en el derecho comunitario los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo⁷ no se aprobó hasta pasada más de una década; nos referimos a la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En ella se distinguían claramente los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, declarándose como actos discriminatorios por razón de sexo y, por tanto, prohibidos. Cuatro años más tarde, una Directiva de refundición, la 2006/54/CE, viene a sustituir al texto de 2002.

La norma dirige un mandato a los estados miembros para que alienten a los empresarios y a los responsables de la formación en la empresa a adoptar medidas de prevención de los aludidos tipos de acoso. En España, la redacción

⁷ No olvidemos que en anteriormente había sido aprobada la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Esta primera norma vinculante no hacía, sin embargo, mención específica a los términos de acoso sexual y acoso por razón de sexo y es por ello que la Directiva de referencia en la materia es la Directiva 2002/73/CE.

originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980 no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo por lo que la protección de los trabajadores y las trabajadoras frente a este problema sólo podía encauzarse a través del artículo 4.2. e) relativo al derecho de respeto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad.

A finales de los años ochenta, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, trató de dar efectividad a estos derechos, o al menos así lo expresó en su Exposición de Motivos, y para ello añadió al mencionado artículo 4.2. e) la siguiente frase: «comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual»⁸.

Hace ya casi diez años que se aprobó la primera ley contra la violencia sobre la mujer, en sentido amplio; nos referimos a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁹. El objeto de esta Ley es 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 éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aunque no haya habido convivencia. La violencia “de género” a la que se refiere la Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las amenazas, las coacciones, la privación arbitraria de la libertad y, por supuesto, las «agresiones a la libertad sexual».

⁸ El ordenamiento jurídico español completó la legislación contra el acoso sexual en los ámbitos penal y administrativo con el artículo 184 del Código Penal (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) y el artículo 8.13 de la LISOS (Ley 50/1998, de 30 de diciembre de infracciones y sanciones en el orden social), respectivamente.

⁹ Término que suscitó muchas controversias pues se entendía que era poco ilustrativo emplear violencia “de género” cuando la realidad demostraba que se trataba de violencia sobre un único género: la mujer. Por ellos muchos y muchas laboristas han venido empleando el término violencia “sobre la mujer”. También hay quienes se han referido a la cuestión con el concepto de violencia “doméstica”, término a nuestro juicio con cierto tono machista que parece ya estar completamente en desuso.

3. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

En 2007, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH) mejoraba la legislación española en materia de acoso sexual cumpliendo, así, el mandato de la Directiva comunitaria 2002/73/CE (con su refundición por la Directiva 2006/54/CE). La mayor novedad de esta ley radica en la prevención de toda conducta discriminatoria, incluido el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, como bien se indica en su Exposición de Motivos. Además, tanto las empresas privadas como las Administraciones Públicas están obligadas, gracias a la LOIEMH, a contar con un “Protocolo de Acoso” en el seno de las mismas.

El acoso sexual y el acoso discriminatorio por razón de género suponen en la práctica conductas de gran complejidad tanto por sus múltiples manifestaciones como por el entramado de sujetos, no siempre jerárquicos, que en ellos intervienen. El acoso sexual y el acoso por razón de género no suponen comportamientos únicos sino que incluyen una gran variedad de situaciones entre las que se encuentran: el uso de fotografías o dibujos de contenido sexual, los comentarios sobre la apariencia o condición sexual del trabajador o la trabajadora, las comunicaciones (llamadas, emails, mensajes de texto, whatsapps. etc.) de contenido sexual, las invitaciones persistentes a salir, las peticiones de favores sexuales, los acercamientos físicos excesivos, etc.

Además, como decíamos, los sujetos que intervienen tampoco son siempre los mismos pudiendo darse situaciones de acoso muy diferentes en función de quienes sean las personas acosadoras y acosadas. En ocasiones el acoso viene de parte de un superior jerárquico lo que da lugar al llamado chantaje sexual. Y cuando hablamos de un superior jerárquico no nos referimos en exclusiva al empresario principal sino que tienen cabida en esta figura todos aquellos trabajadores de la empresa cuyas decisiones pueden tener efectos sobre el empleo y las condiciones de trabajo (salarios, promoción, acceso a beneficios, etc.) de la persona acosada. Por otro lado, los trabajadores y las trabajadoras pueden sufrir situaciones de acoso ambiental cuando se den conductas que creen un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para los mismos, tratándose de conductas horizontales sin necesidad de que la persona o personas causantes ostenten posición jerárquica alguna con respecto al resto, es más, podrían tener en la empresa un nivel inferior que la persona acosada.

El chantaje sexual puede ser tanto explícito, cuando hay una proposición directa y expresa de solicitud sexual o coacción para ello, como implícito,

cuando el trabajador o la trabajadora no ha sido requerido/a sexualmente pero otras personas de su mismo sexo, en circunstancias profesionales similares, han visto mejorados su categoría o salario por aceptar condiciones de un chantaje sexual. En el acoso sexual ambiental, por el contrario, las consecuencias son menos directas. Lo determinante en este caso es el mantenimiento de un comportamiento o actitud de naturaleza sexual y ofensiva de cualquier clase que produce un entorno de trabajo negativo para la persona que lo sufre, creando un ambiente humillante y hostil que acaba interfiriendo en su rendimiento habitual. Lo que resulta afectado es, por tanto, el propio entorno laboral, entendido como condición de trabajo, en sí mismo.

El marco conceptual de la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación queda establecido en la LOIEMH en el Título Primero (art. 3: el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres; art. 5: igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo; art. 6: conceptos de discriminación directa e indirecta; art.7: conceptos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo; art. 8: la discriminación por embarazo o por maternidad y art. 11: concepto de acciones positivas.

Como observamos, es en el artículo 7 donde la Ley orgánica de igualdad española define los términos de acoso sexual y de acoso por razón sexo, disipando así muchas de las dudas tradicionalmente suscitadas. Dicho precepto establece un concepto de acoso sexual en el punto 1¹⁰ donde se explica que constituirá acoso sexual cualquier comportamiento de carácter sexual cuyo objetivo sea atentar contra la dignidad de una persona o aunque no se realice con este propósito que el resultado sea un atentado contra la dignidad. Además, el legislador español entiende que no habrá lugar a dudas si dicha actuación

¹⁰ El tenor literal de dicho precepto es el siguiente:

«1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal¹⁰, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual 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.

2. Constituye acoso por razón de sexo 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.

3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo sin exigir que esto ocurra efectivamente.

Por el contrario, el punto 2 del artículo 7 de la LOIEMH define el acoso por razón de sexo y en este caso si se exige, además de tener el sujeto activo el propósito o se produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, la creación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Por tanto, una primera lectura del precepto completo nos ofrecería una diferencia visible que no es otra que el acoso por razón de sexo requiere que el comportamiento haya sido llevado a cabo *en función del sexo de una persona* mientras que la causa del acoso sexual reside únicamente en la *naturaleza sexual* del mismo. En cambio, una lectura detallada del artículo 7, elemento a elemento, nos ofrece otra importante diferencia entre ambos tipos de acoso que aparentemente podría pasarse por alto que es precisamente la exigencia de creación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo en el caso del acoso por razón de sexo, requisito que no es necesario en el acoso sexual como hemos visto anteriormente.

La ley española define el acoso sexual y el acoso sexista con clara, aunque no literal, inspiración en el artículo 2.1. c) y d) de la Directiva 2006/54/CE. Si bien, hay que decir que el citado precepto europeo contiene una especificación importante que ha pasado por alto el legislador español, no atreviéndonos a decir si ha sido una omisión intencionada o un desafortunado descuido. El artículo 2.1 de la norma comunitaria establece que estaremos ante un caso de acoso sexista cuando se realice un comportamiento motivado por el sexo de esa persona en tanto en cuanto ese comportamiento se efectúa con el objetivo de vulnerar su dignidad creando un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo¹¹.

Si comparamos las definiciones de acoso sexual de la LOIEMH y de la Directiva 2006 podemos ver como la de ésta última hace mención expresa a

¹¹ El tenor literal del citado artículo 2.1 letras c) y d) es el siguiente:

«c) “acoso”: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

d) “acoso sexual”: la 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».

comportamientos verbales, no verbales y físicos y que la definición de la ley española no alude, en cambio, a los comportamientos NO verbales¹².

Esta ausencia excluiría, a priori, conductas tales como la colocación de pósters de contenido sexual en el centro de trabajo, la observación indeseada de un trabajador o una trabajadora en un espacio reservado o la realización de gestos no verbales de carácter obsceno y libidinoso, entre otras. Afortunadamente, la vía correctora en el ordenamiento jurídico español viene de la mano del artículo 7.2. de la LOIEMH en tanto en cuanto se establece que constituye acoso por razón de sexo “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 y ofensivo.

Creemos de especial importancia hacer referencia a un segundo requisito que se regula de manera diferente en la Directiva comunitaria y en la norma española. Nos referimos a la exigencia del “carácter no deseado” que recoge la Directiva 2006/54/CE y que, en cambio, suprime acertadamente la LOIEMH. La eliminación de este condicionamiento consideramos que no puede entenderse en ningún caso como un incumplimiento de la normativa europea sino como una mejora de la legislación española en la tutela frente al acoso sexual con respecto al derecho comunitario. Se tutela, por tanto, la dignidad de la persona independiente de que acepte o no las acciones que lesionan sus derechos constitucionales¹³. La redacción de la Directiva comunitaria suponía la necesidad de que la víctima hubiera manifestado expresamente y de manera previa, su *indeseabilidad*. Además trasladaba a la víctima la responsabilidad de establecer qué comportamientos eran aceptables y cuáles se consideraban ofensivos. Así, esta nueva definición excluye la responsabilidad de la víctima en la situación y se centra únicamente en el carácter ofensivo, intimidatorio y degradante de la conducta de acoso. Parece cuánto menos coherente que todos y todas estemos de acuerdo en afirmar rotundamente que lo intimidatorio, lo hostil y lo degradante es evidentemente no deseado por nadie.

Entendemos que acoger un concepto de acoso sexual que acumule los estándares objetivo y subjetivo de la conducta no deseada nos conduciría al

¹² Cano Galán, Y., “Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, 2009.

¹³ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de transposición de las Directivas comunitarias relativas al principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, si contenía la mención a “conducta no deseada”. La LOIEMH suprime este requisito mejorando, así, la normativa comunitaria.

sinsentido de admitir la licitud del acoso sexual si la víctima no manifiesta su negativa, es decir, admitir la licitud de un comportamiento que tiene «el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

El artículo 7.1. de la LOIEMH define la antijuridicidad del acoso sexual cuando «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» y nada dice del carácter no deseado alejándose así de la norma comunitaria. Además, tanto la Directiva comunitaria como la LOIEMH – artículo 48.1 y 2 – expresan claramente el deseo de erradicar cualquier tipo de conducta intimidatoria en el seno de las relaciones laborales y establecen como criterio general de actuación de los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

El artículo 48.1 de la LOIEMH dirige un mandato al empresario para que promueva condiciones laborales que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, arbitre procedimientos específicos para su prevención y dé cauce a las denuncias y reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Continúa diciendo que para lograr este fin podrán establecerse medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores; estas medidas podrán consistir en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, en la realización de campañas informativas o en acciones de formación. La intención de la norma es clara: eliminar cualquier rastro de violencia sexual o sexista de modo que parece absurdo que el juez deba entrar a valorar si el sujeto pasivo del acoso sexual consiente o no la violación de su derecho a la libertad sexual, a la dignidad, a la intimidad y a la seguridad y salud en el trabajo.

A pesar de que la jurisprudencia haya señalado en muchas ocasiones como elemento indispensable para la calificación de acoso moral en el trabajo el carácter indeseado de la conducta¹⁴, a nuestro juicio y siguiendo la corriente doctrinal mixta de elementos objetivos y subjetivos debería bastar con que la víctima de acoso sexual manifestase “incomodidad” ante la conducta sexual. No es de extrañar que los Tribunales terminasen por atemperar la intensidad de la negativa de la víctima afirmando que «cuando los hechos no se correspondan

¹⁴ Roales Paniagua, E., “El acoso moral en el trabajo: Causa inespecífica de despido disciplinario”, AS, 19, 2010, comentando la STSJ Cataluña, de 17 de julio de 2009.

a una mera corriente de expresar un interés sexual» no es necesario que la víctima manifieste claramente dicho carácter indeseado¹⁵.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, un amplio sector doctrinal ha venido considerando que deben darse otros elementos, diferentes de la negativa, rechazo o incomodidad ante la conducta sexual, para definir una conducta como acoso sexual. Se trata la proposición y la persistencia¹⁶. En cuanto al primer elemento, consideramos que debe entenderse en sentido amplio entendiéndose por proposición toda aquella conducta que atente contra la dignidad del trabajador o de la trabajadora y contra su salud laboral. Hablamos de un comportamiento que implique bien contacto físico (acercamientos, roces, etc.), bien comentarios degradantes, de índole sexual, libidinosos, etc., ofensivos de alguna manera o bien gestos y expresiones corporales del mismo calado. En definitiva, y como bien establece la Directiva 2006/54/CE, comportamiento verbales, no verbales o físicos.

Muchos laboristas entienden que es asimismo necesario que exista reiteración o persistencia de manera que sólo habría acoso si, conocido el repudio, se insiste a pesar de ello en tanto en cuanto es entonces cuando se pone de relieve de manera más contundente el desprecio absoluto hacia la persona, su libertad de elección, su capacidad de decisión. Quienes apoyan esta tesis consideran que habrá acoso sexual cuando haya un tercer elemento de «persecución, de insistencia reiterada, de acorralamiento».

En nuestra opinión, si un comportamiento es *per se* ofensivo debe ser indiferente que éste sea o no reiterado en tanto en cuanto el acoso existiría en cualquier caso. Precisamente en la reiteración uno de los elementos que permiten diferenciar el hostigamiento psicológico – dónde si se requiere que éste sea reiterado – del acoso sexual¹⁷. Para sostener nuestro criterio en contra de la preceptiva aparición de este tercer elemento se trae a colación la STC 224/1999, de 13 de diciembre¹⁸, la cual exige «que la conducta sea lo

¹⁵ Caso D. vs. Comisión, Sentencia de 26/01/1995 del Tribunal de Primera Instancia, confirmada por el Auto de 11/01/1996 del TJUE.

¹⁶ Molero Manglano, C., “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales a propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, p. 243 y ss.

¹⁷ Romero Rodenas, M. J., “Protección frente al acoso moral en el trabajo”, ed. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 32.

¹⁸ Si bien es cierto que muchas otras sentencias, como las SSTSJ Murcia de 16/03/1998, AS 1998 948 y de 06/04/1998, AS 1998 2255 defendían la obligación de una negativa expresa de la víctima para considerar la existencia de acoso sexual siguiendo la línea jurisprudencial de la anterior STSJ Galicia de 09/02/1995, AS 1995 587, anuladas afortunadamente por la citada STC 224/1999, de 13 de diciembre.

suficientemente grave, por su intensidad, reiteración o efectos sobre la salud mental de la trabajadora» lo que, bajo nuestro punto de vista, debe entenderse en el sentido de que no se debe exigir una reiteración o persistencia de la conducta del acosador sino que deben diferenciarse los casos en los que por la gravedad de los hechos (por la intensidad de los mismos o por las consecuencias que provoquen en la salud física o mental de la víctima) baste con un única vez de otros casos de menor gravedad en los que quizá podría exigirse que la conducta se repita para apreciar de forma clara que se trata de un caso de acoso sexual.

Ha habido sentencias posteriores a la citada de 1999 del Tribunal Constitucional que han negado casos de acoso sexual haciendo una incorrecta, creemos, lectura de esta STC. Ejemplos de ellas son la STSJ de Baleares de 30/06/2000 que no entendió que había acoso sexual cuando «el actor, aproximándose silenciosamente a una compañera de trabajo, le dio una palmada en el culo»; la STSJ de Madrid de 17/12/2002 que llegó a la misma conclusión porque entendió que no existía «un carácter libidinoso sino un sentimiento de cariño o amor y/o un deseo de entablar una relación amistosa o afectiva» obviando el tribunal la incomodidad y discrepancia manifestada por parte de la trabajadora o la STSJ de Tenerife de 18/01/2006 que no pareció observar en la conducta del sujeto activo un carácter libidinoso sino solamente «muestras de cariño y deseos de estar con la actora [...] que se manifiestan al cogerla del brazo y decirle que la quería y que estaba muy guapa, en varias ocasiones».

Por ello, con buen criterio, la LOIEMH no define el acoso sexual sobre la base del carácter libidinoso sino por el carácter sexual, que es un término más amplio ya que no necesariamente la naturaleza sexual implica una actuación dirigida a la realización de un acto carnal, que es a lo que refiere exclusivamente el término libidinoso. Así, ya no cabe la posibilidad de justificar estas conductas como meras manifestaciones de cariño cuando éstas tengan un contenido sexual y, menos aún, cuando sean ofensivas. Además no olvidemos que estas conductas son realizadas por razón del sexo de la víctima de modo que bien por ofensivas bien por la razón de su perpetración serían o acoso sexual o acoso sexista, en cualquier caso. Asimismo, la jurisprudencia española y europea posterior a la aprobación de la LOIEMH ha superado sobradamente esta polémica dialéctica.

4. Breves conclusiones

La normativa vigente resulta insuficiente para operar una tutela adecuada frente a manifestaciones de la violencia de género en el trabajo. Tanto el acoso sexual como el acoso moral discriminatorio constituyen fenómenos suficientemente graves y complejos como para merecer algo más de interés que el que se ha demostrado con la transposición de la norma comunitaria. Son muchos los aspectos que deben ser tratados si de verdad se pretende la erradicación de la violencia de géneros en el empleo, adoptándose en primer lugar una definición lo más completa y clara posible que tenga en cuenta todos y cada uno de los elementos configuradores del acoso y su tipología, en segundo lugar la obligación de adoptar medidas preventivas como las que existen para cualquier otro riesgo laboral y en tercer lugar sanciones suficientemente adecuadas y disuasorias. Asimismo, deben mejorarse los procedimientos de tutela, debiendo, por último, implicarse a los interlocutores sociales en la eliminación de la discriminación laboral de género.

5. Bibliografía

- CANO GALÁN Y., *Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2009, 132
- MÁRQUEZ GARMENDIA M., *El acoso sexual en el trabajo*, Uruguay, 2007
- MEJÍAS GARCÍA A.M^a, *El acoso sexual en el trabajo. Análisis y propuestas para su prevención*, UGT de PV
- MOLERO MANGLANO C., *El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales a propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999*, en *Actualidad Laboral*, Tomo I, 243 ss.
- PÉREZ BILBAO J., SANCHO FIGUEROA T., *El acoso sexual en el trabajo*, NTP 507, Instituto de Seguridad e Higiene, 2006
- ROALES PANIAGUA E., *El acoso moral en el trabajo: Causa inespecífica de despido disciplinario*, en *AS*, 2010, 19, comentando la STSJ Cataluña, de 17 de julio de 2009
- ROMERO RODENAS M.J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2005, 32
- WISE S., STANLEY L., *Una mirada feminista sobre el acoso sexual*, 1992, 81 ss.

Tratamiento jurídico del acoso sexual en el Reino Unido

de Francisco A. González Díaz

1. Introducción

El hecho de tratar el acoso sexual en este estudio tiene como principal fundamento que los grupos especialmente vulnerables a este tipo de acoso son las mujeres divorciadas o separadas, las recién llegadas al mercado de trabajo, las que están en situación precaria, las mujeres con minusvalías o las mujeres pertenecientes a minorías raciales¹. Esto no impide que los hombres, y principalmente los homosexuales sean víctimas de situaciones de acoso sexual. En estas líneas se va a exponer el tratamiento del acoso sexual en el Reino Unido, prescindiendo de introducciones que se encuentran recogidas en numerosa bibliografía sobre el tema. Además, también son diversos los documentos emanados desde instituciones nacionales como comunitarias².

El acoso sexual, como acertadamente señala Rubenstein, es un nuevo término que describe un viejo problema³, si bien en la última década se ha producido una mayor concienciación sobre el mismo, lo que ha derivado hacia comportamientos que no se dirigen, exclusivamente, a compensar a la víctima de acoso después de que se haya producido. Así, se han ido aprobando a lo

¹ Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1996, relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo.

² Especial atención debe prestarse a Recomendación de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que incluye un Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual.

³ Rubenstein, M., *Tratamiento del acoso sexual en el trabajo: la experiencia de los países industrializados*, La Lucha Contra el Acoso Sexual, Madrid, ed. INSHT, 1995, p. 13.

largo de los últimos años políticas y procedimientos preventivos a nivel empresarial con objeto de reducir el riesgo de acoso⁴.

Ello se debe, en parte, a las repercusiones que tanto para la víctima como para el empleador se derivan de las situaciones de acoso. La trabajadora queda perjudicada en su salud con cuadros frecuentes de estrés y otros problemas físico-psíquicos⁵. Respecto a la empresa, deberá incurrir en costes considerables derivados, entre otros, de las ausencias para asistir al médico, de bajas laborales, de la contratación de nuevo personal para sustituir a la acosada, del tiempo invertido en formar a los sustitutos, etc. De tal modo que puede afirmarse que «la prevención de acoso sexual ahorrará más dinero que el coste de permitir que continúe»⁶.

2. Definición de acoso sexual y otras situaciones

La utilización de la *Sex Discrimination Act 1975* (en adelante, SDA), en los supuestos de acoso sexual, para emprender la acción legal pertinente por discriminación por razón de sexo, exige tener claro una serie de cuestiones que se exponen a continuación.

2.1. Acoso sexual

En el Reino Unido, la definición de acoso sexual es diferente según el incidente de acoso se produjera antes o después del 1 de octubre de 2005.

Por acoso sexual antes del 1 de octubre de 2005, se debe entender las situaciones contenidas en la publicación del Código de conducta del Consejo de Europa en 1991. Así, la conducta física, verbal o no verbal no deseada de naturaleza sexual. Estas conductas se pueden reclamar ante el tribunal de empleo (*employment tribunal*). Ejemplo de acoso sexual en el trabajo son:

⁴ En Rubenstein, M., *Preventing and remedying sexual harassment at work: A resource manual*, Londres, ed. Servicios de Relaciones Industriales, 1992, puede consultarse en profundidad las cuestiones que deben considerar los legisladores a la hora de enfocar las políticas sobre acoso sexual.

⁵ Lipper, N., “Acoso sexual en el centro de trabajo: un estudio comparativo de Gran Bretaña y Estados Unidos”, *Comparative Labour Law Journal*, 3 (vol. 13), 1992.

⁶ Rubenstein, M., *The dignity of women at work: A report on the problem of sexual harassment in the Member States of the European Communities*, Luxemburgo, ed. Office for Official Publications of the European Communities, 1988.

- comentarios sobre la apariencia física que el afectado considere vejatorias;
- comentarios indecentes;
- cuestiones sobre la vida sexual;
- contacto físico;
- comentarios insinuantes o bromas;
- la muestra de fotografías pornográficas en pared o, últimamente, vía e-mail;
- exigencias sexuales por una persona de tu propio u opuesto sexo.

En definitiva, cualquier conducta de natura sexual que cree, para la persona que lo sufre, un medio ambiente de trabajo intimidante, hostil o humillante.

Por *acoso sexual después* del 1 de octubre de 2005, se entiende:

1. la conducta no deseada que tenga como base el sexo;
2. la conducta de naturaleza sexual no deseada, ya sea, verbal, no verbal o física.

En cualquier caso, la conducta debe realizarse con la intención de, o tener el efecto de, violar la dignidad de la persona, o crear entre ellos un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

También se puede plantear una demanda por acoso si el empresario trata de manera menos favorable a una persona, por haber rechazado el acoso en cualquiera de las formas descritas o por haberse sometido a estas situaciones.

2.2. Curso del empleo

Bajo la SDA, el empresario es responsable del comportamiento de sus empleados sólo mientras que ellos están en el trabajo. Esto se traduce en que sólo se puede reclamar de acoso sexual bajo la SDA, si el acoso sexual ha tenido lugar donde la empleada trabaja o en la realización de funciones de trabajo, como una entrevista, o en cuestiones relacionadas con el trabajo como asistencia a conferencias o en fiestas de trabajo.

2.3. Acoso por miembros del público

Es posible denunciar el acoso por miembros del público del establecimiento que atiende una empleada. Estas situaciones en las que el acoso sexual proviene de la clientela, deben ponerse en conocimiento del empresario, el cual será responsable en la medida que no hubiera actuado para corregir estas situaciones de acoso desde el principio o, no hubiera adoptado las medidas para prevenir que el acoso continué o que suceda otra vez.

2.4. Acoso por contratistas y subcontratistas

En caso de que el acoso se produzca por alguna de las personas para la que se ofrece la contrata o subcontrata a la que la empleada pertenece, ésta deberá poner una queja a su empresario, además de informar al empresario del acosador del comportamiento. Ambos empresarios deberán emprender una investigación conjunta. En el caso de que los resultados no satisfagan a la empleada se deberá acudir a los tribunales demandando al propio empresario, al empresario para que el se realiza el servicio contratado o subcontratado y contra el supuesto acosador.

2.5. Acoso sexual por personas del mismo sexo

Es posible entablar una demanda siempre que se demuestre que el comportamiento de esa persona hacia un hombre o mujer es diferente.

2.6. Cambio de género

Se considera acoso sexual el que proviene de los compañeros de trabajo o jefes o clientela y se dirige sobre aquella persona que se ha sometido a una operación de cambio de sexo.

2.7. Orientación sexual

La discriminación por razón de sexo, bajo la figura del acoso sexual, aparece en situaciones en que la empleada es lesbiana. Para poder acudir a la figura del acoso sexual, habrá de demostrarse que una persona gay del sexo opuesto hubiera sido tratada de forma más favorable.

2.8. Acoso del entorno de trabajo

Este tipo de acoso sexual consiste en la exposición, en el lugar de trabajo, de fotografías de mujeres desnudas, o de material obtenido a través de internet. En

estos casos, el acoso sexual resulta difícil de probar en cuanto que el comportamiento discriminatorio ha de ir dirigido hacia la empleada.

2.9. Responsabilidad del empresario

Bajo la SDA, el empresario es legalmente responsable del comportamiento de sus empleados mientras ellos se encuentran en el trabajo, a menos que adopte las adecuadas medidas para prevenir cualquier situación de acoso o comportamiento discriminatorio que pudiera ocurrir.

3. La legislación del Reino Unido sobre el acoso sexual

Las leyes que se aplican en el supuesto de ser sometido a acoso sexual son la SDA y la *Employment Rights Act*. Por otro, lado también debe acudirse a los *Codes of Practice* que existen sobre la materia, el *Code of Practice* de la *Equal Opportunities Commission* y el Código de actuación de la Comisión Europea sobre protección de la dignidad de Hombres y mujeres en el trabajo⁷.

La *Sex Discrimination Act 1975*, considera ilegal, en el ámbito de la relación laboral, un trato del empresario y otras organizaciones a hombres o mujeres menos favorable por la pertenencia a un determinado sexo.

Las reclamaciones de acoso sexual, bajo la SDA, requieren que la empleada se encuentre en condiciones de probar varios extremos; a saber, el comportamiento ofensivo; que el tratamiento recibido constituye acoso sexual; que el acoso fue, o bien, de naturaleza sexual basado en comentarios indecentes, cuestiones sobre la vida sexual o bien, directamente sobre el sexo de una persona comparado con el sexo opuesto; que alguien del sexo opuesto no hubiera sido tratado de la misma manera.

En los casos de acoso sexual por alguien del mismo sexo, resulta necesario probar que el acosador no hubiera tratado a otra persona del sexo opuesto de la misma manera y, por último, en los casos de acoso por cambio de género, resulta necesario demostrar que el cambio de sexo realizado es la razón del tratamiento recibido.

⁷ Existen otras normas que pueden aplicarse dependiendo de si se actúa por vía penal o si los incidentes de acoso proviene por la pertenencia a una determinada raza o a un colectivo determinado de inválidos.

La *Employment Rights Act* 1996, entra en juego desde el momento en que el empleado acumula un año de servicio. En estos casos, el afectado debe reclamar por despido ilegal o renuncia forzada por presiones por parte del empresario, además de realizar la reclamación de discriminación por razón de sexo si:

1. la empleada ha sido despedida;
2. la empleada ha dimitido por no poder resistir en el puesto de trabajo debido a la situación de acoso;
3. la empleada decide abandonar el puesto de trabajo por la situación de acoso o porque considera que el empresario no ha investigado o no ha adoptado ninguna acción legal sobre la denuncia de la trabajadora.

La trabajadora dispone de tres meses para poder llevar a cabo una acción legal bajo la *Employment Rights Act*. La adopción de esta medida requiere que una organización de conciliación, que en el Reino Unido pueden ser la ACAS (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*) o la *Equal Opportunities Commission*, reúna a las partes e intente conciliar con ellas una declaración voluntaria⁸.

Respecto al *Code of Practice* sobre discriminación por razón de sexo, la *Equal Opportunities Commission*⁹, realiza una serie de recomendaciones a empresarios, sindicatos y otras organizaciones de cómo evitar lo incidentes de discriminación de sexo. Además, el *Code* recomienda una serie de medidas activas que las organizaciones deben poner en marcha en orden a ayudar a lograr el equilibrio entre hombres y mujeres en el trabajo.

La *Equal Opportunities Commission* recomienda que el empresario adopte todos los pasos razonables para garantizar que se cumpla un estándar de conducta/comportamiento que prevenga intimidaciones o acosos de origen sexual como de trato menos favorable por cuestión de sexo¹⁰.

Junto a lo expuesto en los párrafos anteriores, si la salud de la trabajadora se ha visto afectada y se encuentra en posesión de un informe médico que relaciona su estado con el trato recibido, podrá ejercitar acción por reclamación de daños morales. En la reclamación que se efectúe ante los Tribunales, debe quedar clara la intención de la trabajadora de reclamar estos daños alegando la ruptura

⁸ http://www.britishcouncil.org/diversity/gender_faqs.htm.

⁹ El contenido del *Code of Practice on Sex Discrimination* puede consultarse en la dirección <http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15577&lang=en>.

¹⁰ Un resumen del *Code of Practice* de la *Equal Opportunities Commission* y de la Comisión Europea puede consultarse en documento *Sex Harassment: what the law says*, localizable en <http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15657&lang=en>.

de la obligación contractual por discriminación, «*breach of the statutory tort of discrimination*».

4. Resoluciones judiciales

4.1. Definición de acoso sexual

La señora Porcelli era una técnico de laboratorio en un instituto que estaba sometida a una campaña deliberada de venganza contra ella. Esta campaña era principalmente de naturaleza sexual por parte de dos compañeros de trabajo. La *Court of Session* sostuvo que aunque no todas las acusaciones estaban basadas en el acoso sexual, tal situación de acoso debía mantenerse desde el momento que supuso un trato menos favorable por razón de sexo. Lo que importaba era el trato no el motivo.

*Bracebridge Engineering Ltd v Darby*¹¹

La señora Darby había trabajado durante trece años en una pequeña compañía llamada *Bracebridge Engineering*. Una noche mientras se estaba lavando las manos, los encargados la agarraron y la llevaron a una oficina donde fue asaltada de forma indecente. La señora Darby denunció los hechos al encargado jefe, pero éste no llevó a cabo ningún tipo de acción porque los acosadores negaron que tal incidente fuera real.

La señora Darby dimitió y reclamó por renuncias forzadas por presión del empresario. El *Employment Appeal Tribunal* (en adelante, EAT), sostuvo que un único incidente de acoso sexual de esta magnitud serviría para considerarlo como discriminatorio. La señora Daby tuvo derecho a dimitir desde el momento en que su empresario no investigó su queja debidamente. Se le concedió una indemnización por pérdida de ganancias y por daños morales.

*Reed & Bull Information Systems v. Stedman*¹²

La señora Stedman dimitió de su puesto como secretaria del Gestor de Marketing debido al comportamiento de éste basado en frecuentes y provocativos comentarios sexuales e insinuaciones que continuaron incluso

¹¹ [1989] IRLR 3, EAT.

¹² [1999] IRLR 299, EAT.

cuando la empleada le dijo que encontraba tal comportamiento ofensivo. Aunque ella no se había quejado formalmente sobre el comportamiento de su superior, la compañía se había dado cuenta de las dificultades por las que ella pasaba, puesto que se había quejado a otros colegas y su salud se había deteriorado. Aún así la compañía no adoptó ninguna acción.

El EAT sostuvo que correspondía a la afectada decidir qué comportamiento encontraba ofensivo y el hecho de que la otra persona no lo consideraba ofensivo no exime de reclamación. No era necesario que una mujer se quejara en voz alta para indicar su desaprobación al comportamiento que era sometida. Dado que cualquier persona razonable entendería que ella, de palabra o por los hechos, rechazara el comportamiento en cuestión, la continuación de la situación se consideraría acoso.

*Driskell v. Peninsula Business Services & Others*¹³

La señora Driskell, una consejera telefónica, alegó que su jefe de departamento, el cual ya tenía un historial por hacer comentarios y bromas sexualmente explícitas, le recomendó que llevara una falda corta y una blusa escotada para la entrevista que iban a tener con el fin de que ella obtuviera un ascenso. Sus quejas sobre este hecho a la compañía fueron investigadas pero rechazadas.

Cuando la compañía no trasladó al jefe de departamento a otro lugar, ella se negó a trabajar y por tanto fue despedida. El EAT afirmó que cuando hay una serie de incidentes alegados, un tribunal no debe considerar cada acto discriminatorio de forma aislada, sino que debe posponer su decisión hasta que haya considerado todos los hechos relevantes. Además, cuando se decide si las bromas sexuales suponen discriminación por razón de sexo, se tiene que tomar en cuenta el sexo de cada una de las partes implicadas, ya que los comentarios sexuales por parte de un superior masculino pueden ser más intimidatorios cuando se dirigen hacia una mujer que cuando se dirigen a un hombre. La apelación de la señora Driskell se estimó por el Tribunal.

*Wadman v. Carpenter Farrer Partnership*¹⁴

La señora Wadman alegó acoso sexual cuando fue sometida a comentarios lascivos y soeces y a insultos personales por parte de compañeros del sexo

¹³ [2000] IRLR 151, EAT.

¹⁴ [1993] IRLR 374, EAT.

opuesto. La EAT recomendó que los *Employment Tribunals* deberían referirse al Código de Práctica de la Comisión Europea para obtener las definiciones de acoso sexual, así como los pasos que los empresarios deberían tomar para evitar su responsabilidad en estos casos.

4.2. Discriminación en el curso del empleo

*Chief constable of the Lincolnshire Constabulary v. Stubbs and Others*¹⁵

Mientras estaba fuera de servicio la sargento detective Stubbs se vio implicada en dos incidentes de acoso sexual que tuvieron lugar en un lugar público justo después del trabajo. El EAT sostuvo que un empresario puede ser responsable de incidentes de acoso sexual que acontezcan en lugares públicos y en el que se vean implicados sus empleados que ocurran justo después del trabajo o en fiestas convocadas por motivos del trabajo, ya que estas ocasiones se asumen como extensiones del lugar de trabajo.

4.3. Acoso sexual por personas del mismo sexo

*Johnson v. Gateway Food Markets Ltd*¹⁶

El acoso de una empleada por una supervisora fue apreciado como discriminación por razón de sexo.

*Gates v. Security Express Guards*¹⁷

El acoso de un oficial de seguridad por un supervisor fue apreciado como discriminación por razón de sexo.

¹⁵ [1999] IRLR 81, EAT.

¹⁶ [1990], IT.

¹⁷ [1993], IT.

4.4. Responsabilidad empresarial en las situaciones de acoso

*Balgobin and Francis v. London Borough of Tower Hamlets*¹⁸

La discriminación por razón de sexo también puede ocurrir cuando la víctima es forzada a continuar, en contra de su voluntad, en el mismo lugar que el acosador. El Código de Práctica de la Comisión Europea recomienda que «donde una queja no se admita, por ejemplo debido a una falta de pruebas, se debe intentar transferir o colocar en otro horario de trabajo a uno de los empleados implicados, mas que obligarles a que continúen trabajando juntos contra el deseo de cualquiera de las partes».

*Insitu clearing co ltd v. Head*¹⁹

El Tribunal decidió que un simple acto de conducta no deseada podría, en las circunstancias del caso, considerarse acoso. Uno de los jóvenes directores saludó a la señora Head “Hola, tetas grandes”. Cuando ella se quejó, la compañía le invitó a usar el procedimiento conciliatorio, pero ella se sintió incapaz de hacerlo y dimitió.

Su reclamación fue estimada y el Tribunal recomendó que la compañía debería adoptar un procedimiento separado para tratar las reclamaciones de acoso, en vez de requerir a la afectada usar procedimientos conciliatorios.

*Caniffe v. East Riding of Yorkshire Council*²⁰

La señora Caniffe fue objeto de un serio asalto sexual por un compañero mientras trabajaba. Su reclamación de discriminación por razón de sexo no prosperó. El Tribunal consideró que habiendo políticas de disciplinarias, conciliatorias y de acoso, las cuales deberían haberse aplicado a todos los empleados, el *Council* se había descargado de responsabilidad como si hubiera tomado todos los razonables pasos posibles para prevenir que el acoso sexual suceda en el trabajo.

El Tribunal no había considerado que pasos adicionales podía haber tomado el *Council*. El *Employment Appeal Tribunal*, dictaminó que el procedimiento adecuado que los Tribunales deberían adoptar cuando decidieran la

¹⁸ [1987] IRLR 401, EAT.

¹⁹ [1994] IRLR 4, EAT.

²⁰ [2000] IRLR 555, EAT.

responsabilidad era, primero, identificar si el empresario había tomado algún paso preventivo y, habiendo hecho esto, proceder, seguidamente, a considerar que pasos adicionales podía haber tomado el empresario siempre y cuando fueran razonablemente prácticos. La apelación de la señora Caniffe fue estimada.

*Home Office v. Coyne*²¹

La señora Coyne señaló que la *Home Office* no había tratado adecuadamente su queja de acoso sexual. Su queja, inicialmente, fue ignorada y luego la investigación se prolongó durante dos años para ser completada. Ella reclamó que el inadecuado camino en que sus quejas habían sido tratadas por la *Home Office* era discriminación por razón de sexo. La *Court of Appeal* sostuvo que el tratamiento inadecuado respecto a las alegaciones de una mujer del acoso sexual no constituía discriminación por razón de sexo, en tanto no se encontraran pruebas que mostraran que la *Home Office* hubiera actuado de diferente manera si las alegaciones provinieran de un hombre.

*Rhys Harper v. Relaxion Group PLC*²²

La señora Harper asistió a una sesión disciplinaria en la que fue despedida y abandonó la compañía sin que se pidiera que lo notificara. Ella apeló la decisión de su despido y, al mismo tiempo, incorporó alegaciones de acoso sexual. La compañía le informó, posteriormente, que después de realizar su investigación, rechazaban sus alegaciones de acoso sexual y su alegación contra su despido. La *Court of Appeal*, decidió que un empleado no puede ejercer una reclamación de discriminación por razón de sexo, alegando acoso sexual, después de que la relación laboral hubiera finalizado. Como las partes no tenían relación laboral, el Tribunal se declaró incompetente para oír la reclamación.

*Caso n. 2800061/00*²³

Cuando el camarero se quejó a la dirección del club de que había sido acosado sexualmente por otro camarero, aquélla rehusó tomar acción alguna en tanto no

²¹ [2000] IRLR 838, *Court of Appeal*.

²² (Court of Appeal 2001).

²³ [2000] ET.

pusiera su reclamación por escrito. El Tribunal sostuvo que el empresario no hubiera exigido a una camarera a poner por escrito la situación de acoso antes de emprender las acciones pertinentes. No investigar una alegación de acoso sexual de un empleado en circunstancias donde el empresario hubiera investigado si la alegación se hubiera realizado por una mujer, constituye discriminación por razón de sexo.

*Vaux Breweries Ltd. v. McNaughton*²⁴

El señor McNaughton, gestor de un lugar público, fue acusado de acoso sexual por dos empleadas. Durante la investigación, admitió realizar algunos, pero no todos, de los comentarios de contenido sexual pero reclamó que habían sido dichos de forma graciosa. Consecuentemente, la compañía decidió despedir al trabajador sin más investigaciones. El trabajador reclamó por despido injusto. El *Employment Appeal Tribunal* dictaminó que el despido sin otra sanción ni investigación, era una respuesta razonable de la compañía, teniendo en cuenta que la reclamación de acoso sexual, en la que estaban involucradas mujeres jóvenes, había sido admitida por el acosador.

*Vent-Axia Ltd v. Wright*²⁵

Mr. Wright fue despedido fulminantemente de su puesto de Jefe de Departamento como resultado de las alegaciones de acoso sexual realizadas contra él por cuatro empleadas. No se le dijeron sus nombres. Él reclamó su despido como ilegal y que era necesario para su reclamación de despido conocer los nombres de las empleadas.

El *Employment Appeal Tribunal* dictaminó que la regla que se aplica a un tema confidencial era si la revelación de información era necesaria para estimar la ilegalidad en el contexto de una reclamación de despido ilegal. El Tribunal considera que un empresario se encuentra obligado a proteger tanto como sea posible la información que se le proporciona de manera confidencial por sus empleados, particularmente en las reclamaciones de acoso sexual.

Un empresario será requerido a identificar aquellas materias sólo en las circunstancias donde la persona que solicita la información pueda demostrar que esta información es necesaria en el contexto de su caso específico.

²⁴ [1999] EAT.

²⁵ [1999] EAT.

4.5. Acoso sexual por miembros del público

*Go kidz Go v. Bourdane*²⁶

Durante una fiesta, un padre hizo una serie de comentarios sexuales a la señora Bourdane que le molestaron. Se fue de la fiesta y se quejó al director de *Go kidz Go*. Éste la mando de nuevo a la fiesta porque todo el personal estaba ocupado. El mismo padre continuó haciendo comentarios y le dio un cachete en el trasero.

Cuando la empleada abandonó el recinto llorando, el director la envió a casa. Fue despedida cuando le dijo a su empresario que iba a denunciar el hecho a la policía. El *Employment Appeal Tribunal* dictaminó que el empresario era culpable de discriminación directa debido a la forma en que gestionó las quejas de su empleada sobre el acoso. El empresario tenía el deber de llevar a cabo todos aquellos pasos razonables para prevenir que ocurriera el acoso.

4.6. Acoso basado en el cambio de género

*Chessington World of Adventure v. Reed*²⁷

La señora Reed, que era un hombre biológico, fue sometida a una campaña de abuso y acoso continuo cuando anunció su cambio de sexo masculino a femenino. El *Employment Appeal Tribunal* dictaminó que la discriminación que proviene de una intención declarada de llevar a cabo el proceso de cambio de sexo es discriminación por razón de sexo.

4.7. Orientación sexual

*Smith v. Gardener Merchant Ltd*²⁸

La *Court of Appeal* sostuvo que el Tribunal y el EAT estaban en lo cierto al concluir que hay una diferencia entre discriminación basada en el sexo y

²⁶ [1996] EAT.

²⁷ [1997] IRLR 556, EAT.

²⁸ [1998] IRLR 510, CA.

discriminación basada en la orientación sexual, y que la orientación sexual de una persona no es un aspecto de su sexo. Sin embargo, la pregunta adecuada no se había planteado. El problema era si los empleados habrían tratado a una mujer de forma más favorable de lo que le habían tratado al señor Smith.

*Pearce v. The Governing Body of Mayfield Secondary School*²⁹

La señora Pearce, una maestra, se quejó debido a una conducta abusiva por parte de sus alumnos que implicaba insultos tales como lesbiana o tortillera. El *Employment Appeal Tribunal*, decidió que este trato estaba basado en su orientación sexual más que en su sexo. No se consideró discriminación por razón de sexo debido a que un maestro homosexual hubiera sufrido un acoso similar.

El *Employment Appeal Tribunal*, comentó que la discriminación por razón de sexo no puede existir simplemente por la diferencia de palabras específicas sobre el género.

*MacDonald v. Ministry of Defence*³⁰

El señor MacDonald se quejó de discriminación por razón de sexo cuando le obligaron a dimitir de RAF debido a su homosexualidad. También se quejó de que el hecho de que se cuestionara su homosexualidad durante el proceso de investigación, también constituía acoso sexual.

El *Employment Appeal Tribunal*, decidió que la definición de acoso sexual en la SDA debería ser interpretada para que contemple la discriminación basada en la orientación sexual y, por tanto, su despido basado en estos hechos había sido ilegal. El *Employment Appeal Tribunal*, también dictaminó que el hecho de que se cuestionara su homosexualidad durante el proceso de investigación, también constituía acoso sexual.

El MOD apeló a la *Court of Session* de Escocia, la cual revocó la decisión judicial con una mayoría de dos a uno. El señor MacDonald ha apelado a la *House of Lords*.

²⁹ [2000] IRLR 548, EAT.

³⁰ [2000] Court of Session.

4.8. Acoso del entorno de trabajo

*Stewart v. Cleveland Guest*³¹

La señora Stewart se sintió intimidada por el despliegue de calendarios y fotografías de mujeres desnudas en su área de trabajo. Le pidió a su jefe que quitara las fotos ofensivas pero no ocurrió. La señora Stewart se deprimió y se sintió incapaz de volver a su trabajo debido a la reacción que tuvieron sus compañeros por su queja. El Tribunal declaró que había renunciado por presiones del empresario, debido a la respuesta inadecuada a sus quejas por parte de la empresa.

Sin embargo, el Tribunal encontró que un hombre podía haberse sentido igualmente ofendido por tal despliegue de fotos y que por tanto no había discriminación sexual. En la apelación, el *Employment Appeal Tribunal*, dejó claro que esto no significaba que el que una compañía permitiera a sus empleados que expusieran fotos de chicas en el lugar de trabajo no fuera nunca un acto de discriminación por razón de sexo.

*Morse v. Future Reality Ltd*³²

La señora Morse compartía una oficina con una serie de hombres que se bajaban de internet imágenes sexualmente explícitas y obscenas sobre las cuales luego hacían comentarios. Aunque estas actividades no intercedían, normalmente, con el trabajo de la señora Morse; sus compañeros le hicieron sentir incómoda.

Finalmente, la empleada dimitió debido a las fotos, el lenguaje y el ambiente obsceno de la oficina como la razón de su dimisión. El Tribunal dictaminó que todos los factores mencionados tuvieron un impacto sobre ella que constituyeron acoso sexual y que la compañía era responsable al no haber tomado ninguna medida para prevenir la discriminación.

³¹ [1994] IRLR 440, EAT.

³² [1996] IT.

4.9. Acoso cultural

*Rawat v. Kirklee Metropolitan Council and others*³³

La señora Rawat, una oficial del Ayuntamiento, alegó que su jefe, el cual era de la misma etnia, de origen asiático, la trato de forma menos favorable que a sus colegas de raza blanca. Ella afirmó que este tratamiento era específicamente debido a su raza y sexo, ya que el tenía una percepción fija que estaba basada en sus valores culturales referidos a como un hombre asiático debía dirigirse hacia una asiática.

Él evitaba contacto visual con ella, no se dirigía a ella, por ejemplo, no la mencionaba, no le reconocía su competencia profesional y a menudo le hablaba de manera irritada. Él admitió que trataba a las mujeres asiáticas de forma diferente que a los hombres.

En el caso de la señora Rawat, esto también era así, porque ella no tenía en cuenta las normas culturales que él esperaba de una mujer asiática. El Tribunal declaró que había tenido lugar una discriminación por razón de sexo y de raza ilegales.

5. Encuestas sobre el acoso sexual en el Reino Unido

A continuación se exponen los resultados de encuestas realizadas en el Reino Unido sobre el acoso sexual³⁴. La primera de ellas se refiere a una encuesta a nivel nacional. El resto de encuestas recogen datos de diferentes actividades productivas.

5.1. Encuesta nacional

Se trata de un estudio realizado en el Reino Unido, a través de la *Industrial Society* en 1993, en donde el punto de partida a los encuestados era la definición de acoso sexual. El cuestionario preguntaba, a personas de ambos sexos, sobre alguna experiencia que los encuestados hubieran tenido, o

³³ [1998] IT.

³⁴ Los datos que se expone a continuación proceden de un estudio denominado *Sexual harassment in the workplace in the European Union*, publicado por la Comisión Europea y realizado, el apartado correspondiente el Reino Unido por BAJEMA, C.

directamente observado, con relación a atenciones sexuales no solicitadas y no queridas en el trabajo. Un total de 27 tipos de acoso, verbales, no verbales y físicos, fueron recogidos en el cuestionario.

La encuesta se envió a 1700 empleados de diferentes sectores: fábricas, servicios financieros, hostelería, organizaciones de caridad y organizaciones no gubernamentales, industria farmacéutica, de cosméticos, centros de salud, etc. Según el estudio, el 54% de las mujeres y el 9 % de los hombres informaron de acoso sexual. Los comportamientos de acoso más frecuentes eran, dentro del acoso verbal, “bromas sexuales” (56%) y “comentarios sobre la figura/comportamiento sexual” (60%), y dentro del acoso no verbal, en forma de “silbidos” (60%). El tipo físico de acoso “contacto físico no solicitado” es mantenido por 1 de cada 5 encuestados. Relacionado con el comportamiento, alrededor del 30% afirma haber sufrido comentarios sexuales, el 30% haber sido mirados de arriba debajo de forma obscena y un 10% afirman haber sufrido una experiencia de tocamientos no deseados.

La estrategia seguida por los acosados consistió en solicitar al acosador que parara (40%), seguido por la de ignorar el comportamiento (30%) y solicitar una investigación (30%). Sólo el 5% presentó una queja formal, a pesar de que esta acción se considera la más efectiva porque, a raíz de la queja o de apertura de un procedimiento, la situación de acoso se terminaba en el 70% de los casos; mientras la advertencia al acosador, para que no siguiera con su actitud, suponía frenar el acoso en un 40% de los casos. En la mayoría de los casos, los acosadores eran compañeros de trabajo (65%), seguido de directivos, al menos un nivel por encima de los acosados (30%). Muy pocos encuestados informaron sobre situaciones de acoso de clientes y vendedores.

Para un cuarto de los encuestados la/s experiencia/s de acoso sexual no influyeron en su comportamiento en el trabajo. Sin embargo, el 13% señalaron que apreciaron actitudes de no cooperación, el 11% mencionaron un detrimento de la productividad y el 6% señalaron que sus condiciones de trabajo se deterioraron. También se aprecian efectos a nivel personal. Así, el 24% mantuvieron que la experiencia de acoso dificultó sobre la claridad de pensamiento, el 18% señaló imposibilidad de concentrarse y el 13% informó que la experiencia de acoso interfirió en la resolución de sus problemas. A nivel profesional, el 24% de los acosados informaron sobre situaciones de tensión que dañaron su relación profesional y personal, el 14% señalaron tener sentimientos de hostilidad hacia otros después de la/s experiencia/a de acoso sexual.

5.2. Policía

La investigación se realizó en 1993 sobre aspectos de discriminación de sexo dentro del cuerpo de policía. La encuesta se envió a 1802 mujeres policías, 510 hombres policías, 162 civiles desarrollando labores de apoyo y 86 controladores de estacionamiento. La respuesta obtenida se situó en el 65%. Los encuestados fueron preguntados si habían experimentado un número de determinados comportamientos de acoso sexual en los seis meses anteriores a la entrega del cuestionario. Estos comportamientos fueron definidos como no deseados y no recíprocos. Además, fueron preguntados si tales comportamientos no queridos habían tenido un impacto en los encuestados y si habían supuesto consecuencias negativas.

Casi todas las mujeres policías habían experimentado alguna forma de acoso sexual de hombres policías. Nueve de cada diez habían oído bromas o comentarios sobre la apariencia de las mujeres, lo cual para casi el 40% provocó un impacto desagradable; seguido del 66% de empleadas que habían oído comentarios sobre su propia figura o apariencia, lo cual en el 50% de los casos provocó un impacto desagradable. Más allá, 3 de cada 10 mujeres policías fueron sometidas a insultos ofensivos y tocamientos no deseados, y 1 de cada 5 fueron propuestas para citas no deseadas. Ataques sexuales graves fue informado por el 6% de los encuestados, lo cual en el 85% de los casos provocó un impacto desagradable.

El personal civil, tanto hombres como mujeres, respondieron con las mismas categorías de acoso. La más frecuente forma de acoso sexual eran las bromas o comentarios sobre la apariencia o figura de otras mujeres. Las experiencias de acoso sexual se producen en mayor medida sobre las mujeres policías que sobre el personal civil femenino.

Las mujeres policías y, del mismo modo, hombres y mujeres civiles que realizan acciones de apoyo, indicaron que las situaciones de acoso sexual provenían, mayormente, de los oficiales de policía varones.

Las consecuencias de acoso eran: el abandono del empleo, afectación en la forma de actuar en el trabajo y bajas por enfermedad.

5.3. Oficinas

Realizado en 1991, por la agencia de trabajo temporal Alfred Marks Bureau investiga las actitudes y comportamientos del acoso sexual en oficinas en dos colectivos: Los trabajadores temporales de Alfred Marks y los clientes de

Alfred Marks. De los 5000 formularios que se enviaron a trabajadores temporales, 546 participaron en la investigación. De los 5000 formularios que se enviaron a clientes, 521 respondieron. La respuesta fue baja, sobre el 10% y 3 de cada 4 encuestados eran mujeres.

Los cuestionarios preguntaban, en primer lugar, sobre la percepción del acoso sexual. Los encuestados eran preguntados sobre que clase de comportamientos consideran acoso sexual, seguido de que acciones, consideradas por ellos como acoso sexual, había sufrido ellos mismos o habían observado a otros.

Más de la mitad de los trabajadores temporales establecieron que ellos había sufrido, personalmente, experiencias de acoso sexual: 61% había experimentado acoso sexual por el sexo opuesto y el 10% por el mismo sexo. Las formas más comunes de acoso fueron: mirar de arriba a bajo, sugerentes miradas hacia partes del cuerpo, y preguntas sobre su vida sexual. Las reacciones de las víctimas incluyeron no tomarse en serio el acoso (51%), seguido de permanecer frío y desinteresado (49%) o fingir darse cuenta (39%). Una tajante reacción verbal (36%) o reacción física (8%) fue lo menos común. Sobre el total de los encuestados, se mantiene por el 48% que en el pasado hicieron poco, pero que les gustaría hacer mucho más si el acoso ocurriera en el futuro (60%). El principal efecto del acoso fue el sentimiento de humillación (54%). Los acosadores tienden a ser compañeros del mismo nivel (46%), otros miembros con más antigüedad (43%) o jefes inmediatos (34%); hombres eran los principales acosadores y mujeres sus principales víctimas.

La mayoría de los encuestados no experimentaron amenazas a cambio de favores sexuales, aunque al 12% se le ofreció algún tipo de tratamiento preferente en el trabajo. La recompensa más común por acceder al acoso era el ascenso (63%). Además, el 9% experimentaron alguna forma de castigo por no acceder al acoso. El castigo más común era el despido o la dimisión forzada (31%). Uno de cada cuatro acosados informó de su situación a un pariente o amigo (33%). En un 12% hubo quejas de estos comportamientos al jefe inmediato, a otros miembros del personal con cierta antigüedad (10%) y a otros compañeros de trabajo (5%). En otras palabras, las víctimas tendían más a hablar sobre el incidente que a poner una queja por escrito.

El resultado de informar del incidente de acoso al personal con mayor antigüedad fue, en la mayoría de los encuestados, que la compañía no adoptara ninguna acción (43%), seguida por la dimisión de la víctima y, lo menos probable, el despido del acosador (4%).

Aunque 9 de cada 10 de los encuestados creían que la empresa debería haber abierto un procedimiento, sólo el 12% afirmaron que su empresa lo había

hecho. De los empleados, el 19% dijeron que los empresarios actuaban de forma efectiva frente a los casos de acoso y el 54% no.

Respecto a los clientes de la empresa Alfred Marks, respondieron que el acoso sexual adoptaba forma de agresión sexual por la fuerza, proposiciones sexuales directas y pellizcos. Había más dudas sobre la exposición de material pornográfico, tocamientos, solicitud de citas a pesar de que fueran rehusadas, miradas sugerentes a partes del cuerpo, comentarios y bromas sexuales con regularidad.

Las conductas observadas con más intensidad fueron las de tocamientos, comentarios y bromas sexuales, miradas de arriba abajo, sugerentes miradas a partes del cuerpo. Sobre el total, el 88% había sido acosado.

La reacción más común al acoso fue no tomárselo en serio (79%) más que una tajante reacción verbal (52%) o el rechazo físico (19%). No hicieron nada o esperaron que el acosador parara (71%) o se quejaron a un compañero (69%). Respecto a los efectos del acoso, las víctimas se sintieron humilladas (68%) mientras que los acosadores no sufrieron consecuencias (42%) o se enfadaron (21%).

Los acosadores tienden a ser personal de mayor antigüedad más que superiores inmediatos (59%), compañeros de trabajo (55%) o superiores inmediatos (43%). Los acosadores, normalmente, eran hombres y las acosadas mujeres. Un quinto ha sufrido intento de soborno o amenaza a cambio de un favor sexual.

Respecto a los clientes, raramente informan de incidentes, principalmente, por causa del miedo. El resultado más común fue que los acosadores fueron sancionados disciplinariamente (43%) o que el incidente era informado pero la compañía no tomaba acción alguna (32%). Un procedimiento de queja fue posible en 34% de las compañías.

5.4. Cuidadores de salud

El sindicato *The Confederation of Health Service Employees* (COHSE), llevó a cabo una investigación en 1991. Recibieron 140 respuestas al cuestionario publicado en la revista del sindicato.

Una gran mayoría de las respuestas informaron sobre acoso sexual; 98 mujeres y 16 hombres. De los encuestados el 86% estableció que el acoso se produjo de forma de miradas sugerentes no buscadas o de comentarios, el 67% había sido presionado para aceptar citas no deseadas y el 16% presiones para conceder favores sexuales. Además algunas personas habían estado encerradas en una

habitación con el acosador y experimentaron asalto físico e intento de violación.

El estudio muestra que los hombres también sufren acoso, pero era cualitativamente diferente al de las mujeres. Muchas de las respuestas de las mujeres venían acompañadas de comentarios detallados sobre sus experiencias, relativos al dolor y sufrimiento causado por el acoso. Los efectos del acoso pueden ser más devastadores y prolongados en el tiempo para las mujeres que para los hombres.

Las estudiantes de enfermería eran las que más acoso sufrían en el sector de salud y temían que informar de los incidentes pudiera afectar sus evaluaciones y, por lo tanto, sus calificaciones. Las quejas se dirigían, principalmente, contra el personal de cierta antigüedad y doctores. Muchas quejas venían también del acoso sufrido por gente del público.

Los efectos del acoso eran los siguientes: efectos adversos en el comportamiento emocional (86%), efectos adversos en los sentimientos hacia el trabajo (59%); efectos adversos en sus relaciones con familia, compañeros y amigos (39%); deterioro en la calidad de su trabajo (33%) y efectos adversos en su salud física (20%).

Más de un tercio de mujeres no informaron de los incidentes, la mitad habían informado de los incidentes, muchas de ellas lo hicieron de forma verbal e informalmente. De las mujeres que informaron sobre su situación la mitad sintieron que habían sido tratadas apropiadamente.

5.5. Lesbianas y hombres homosexuales

El *lobby Stonewall*, hizo una investigación sobre discriminación y acoso sexual contra lesbianas y hombres homosexuales en el trabajo en 1993. Ellos crearon un cuestionario en el que se aludía a experiencias con discriminación y acoso, políticas de igualdad de oportunidades, ocultación de la sexualidad en el trabajo. También se preguntaban cuestiones sobre edad, sexo, nivel de ingresos. Los encuestados eran invitados a contar su historia adjuntando escritos de los problemas que a ellos se les planteaba.

Un total de 20000 copias se repartieron y respondieron 2000 personas, una media del 10%. Las preguntas sobre el acoso eran ¿han sido acosado alguna vez en el trabajo porque sospecharan o supieran que eras lesbiana o hombre homosexual? Si alguna vez has sido acosado en el trabajo, por favor ¿indica la forma?

Los resultados pusieron de manifiesto que el 48% habían experimentado alguna forma general de acoso en el trabajo. De los 881 que habían sufrido acoso, 79% habían experimentado bromas, el 51% habían experimentado abuso homófono y un 41% preguntas agresivas. Por el acoso sexual no se preguntó en concreto, pero los encuestados respondieron en la categoría de otros. Veinte personas describieron experiencias de acoso sexual. En la mayoría de los casos eran provocados por hombres, tanto lesbianas y hombres homosexuales fueron sexualmente acosados por hombres.

6. Bibliografía

- LIPPER N., *Acoso sexual en el centro de trabajo: un estudio comparativo de Gran Bretaña y Estados Unidos*, en *Comparative Labour Law Journal*, 1992, vol. 13, 3
- RUBENSTEIN M., *Preventing and remedying sexual harassment at work: A resource manual*, Londres, Servicios de Relaciones Industriales, 2da edición, 1992
- RUBENSTEIN M., *Tratamiento del acoso sexual en el trabajo: la experiencia de los países industrializados*, La Lucha Contra el Acoso Sexual, Madrid, INSHT, 1995
- RUBENSTEIN M., *The dignity of women at work: A report on the problem of sexual harassment in the Member States of the European Communities*, Luxemburgo, ed. Office for Official Publications of the European Communities, 1988

4.

ASPECTOS DE INTERÉS EN RELACIÓN CON LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Doctrina judicial reciente sobre discriminación por discapacidad

de Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo

1. Marco jurídico regulador

El término “discapacidad” y todo lo relativo a su régimen jurídico es relativamente reciente. En el plano comunitario, su primera regulación lo fue con ocasión de la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹, que incluye la discapacidad entre los motivos que impiden la diferencia de trato en el ámbito del empleo y la ocupación por discriminatoria. Las otras causas de discriminación prohibida, a las que también se refiere expresamente la Directiva 2000/78/CE son: la “religión o convicciones”, la “edad” y la “orientación sexual”². Unas y otras confirman las conocidas como “causas discriminatorias de nueva generación”³. La aprobación de la Directiva 2000/78/CE completaba el cuadro general de ordenación de la cuestión antidiscriminatoria en la Unión Europea, formado en aquella fecha, por la Directiva 76/207/CE, de 9 de febrero⁴ y la Directiva

¹ DOUE de 27 de noviembre de 2000.

² Art. 1 Directiva 2000/78/CE.

³ Por todos, Ballester Pastor, M. A., “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en AA.VV. (Dir. Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulo Basurko, O. y Miranda Boto, J.M.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 145.

⁴ DOUE de 14 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, DOUE de 5 de octubre.

2000/43/CE, de 29 de junio⁵, referidas, respectivamente, a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En la actualidad, como es sabido, la Directiva 76/207/CE, reguladora del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, ha sido sustituida por la Directiva 2006/57/CE, de 5 de julio⁶.

Volviendo con la Directiva 2000/78/CE, no se puede pasar por alto que aunque su objetivo es la ordenación, con carácter general, de la cuestión antidiscriminatoria, contiene referencias particulares a la discapacidad como causa específica de discriminación. Una de ellas, la exigencia a los empresarios de realizar los “ajustes razonables” en sus empresas o centros de trabajo a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato con las personas afectadas por una discapacidad (art. 5 Directiva 2000/78/CE). Otra referencia más es el reconocimiento expreso de las medidas y acciones positivas en el lugar de trabajo para garantizar el principio de igualdad de trato, en especial para proteger o fomentar la inserción laboral de las personas discapacitadas (art. 7 Directiva 2000/78/CE). Sobre la primera de estas previsiones, se volverá con posterioridad.

Siguiendo con la UE, no hay que olvidar que en el mes de noviembre del mismo año 2000, el Parlamento Europeo también aprobaba la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷ cuyo art. 21 prohibía – y prohíbe – cualquier clase de discriminación, en particular, la ejercida “por discapacidad”. Además, según dispone su art. 26, la «Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

Con todo, varios años antes del año 2000, la entonces Comunidad Europea ya había revelado cierto interés por el colectivo de personas con discapacidad, aunque sin reconocerles, como sucede en la actualidad, la titularidad del derecho a la no discriminación⁸. En este sentido, el art. 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores del año 1989⁹ reconocía a “todo minusválido”, cualquiera que fuese su minusvalía,

⁵ DOUE de 19 de julio.

⁶ DOUE de 26 de julio.

⁷ DOUE de 18 de diciembre de 2000.

⁸ Así lo ha destacado Cabeza Pereiro, J., *La discriminación por discapacidad; el caso Chacón Navas*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 102, 2013, p. 300.

⁹ Adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

el «poder beneficiarse de medidas adicionales encaminadas a favorecer su integración profesional y social», entre las que se mencionaban las referidas a la «formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda». Al respecto, nótese que todavía no había operado el cambio minusválido por discapacitado.

Con todo, y al margen del carácter programático de la Carta de 1989, el avance decisivo en el reconocimiento comunitario del derecho a la igualdad y no discriminación del colectivo de discapacitados, se consiguió con la aprobación del Tratado de Ámsterdam en el año 1997 que amplió las competencias de la Comunidad para incluir la adopción de acciones para luchar contra la discriminación, entre otras razones, por discapacidad. Junto con la discapacidad, en un mismo precepto – art. 13 Tratado Constitutivo –, se mencionaban el sexo, el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad y la orientación sexual. Precisamente, en base a ese art. 13 fueron aprobadas las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE antes aludidas.

Pero más allá de la Unión Europea, es imprescindible hacer referencia también a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la asamblea general de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, aunque su vigencia no se hizo efectiva hasta el 3 de mayo de 2008¹⁰. El Reino de España ya la había ratificado el 3 de diciembre de 2007, mientras que la Unión Europea lo hizo posteriormente, el 5 de enero de 2011.

Sobre la Convención y aún sin entrar en su contenido, deben apuntarse algunas ideas que la hacen especialmente relevante. En primer lugar, la *visibilidad* que adquiere el colectivo de discapacitados dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. En segundo lugar, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Y en tercer y último lugar, la importancia de contar, desde su aprobación y vigencia, con una herramienta jurídica vinculante a hora de hacer valer los derechos de este grupo de ciudadanos¹¹.

Y ya, en lo que se refiere a su contenido y al margen de lo que se dirá con posterioridad, basta por ahora con reproducir alguno de sus preceptos. Por un lado, su art. 1 que al describir el propósito de la Convención indica que se destina a las personas con discapacidad que son todas aquellas que «tengan

¹⁰ Una convención internacional, no entra en vigor y, por tanto, no es obligatoria para los estados parte, hasta que se cumpla un número específico de ratificaciones. En el caso de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, no entró en vigor hasta que la ratificaron veinte estados.

¹¹ Todas estas ideas en http://www.convenciondiscapacidad.es/ConvencionONU_new.html.

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Y por otro, su art. 2 que define la “discriminación por motivos de discapacidad” como cualquier «distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables».

En el ámbito interno y más allá de cierta legislación anterior de protección de las personas con minusvalía, no hay que olvidar que la norma de transposición de la Directiva 2000/78/CE ha sido la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹², cuyo título II, capítulo III, sección III, se rubrica «medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo». Pero mucho más relevante ha sido y es la Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de discapacitados¹³, modificada en los aspectos que aquí más importan por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁴. Repárese, en particular, en el concepto de persona con discapacidad de su art. 2.1 que reproduce, literalmente, el concepto internacional de la Convención: son personas con discapacidad aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con distintas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹⁵.

2. Una aproximación al concepto de discapacidad

Cualquier estudio sobre discriminación por discapacidad exige previamente la delimitación precisa del mismo concepto de discapacidad, esto es, qué elementos o circunstancias son determinantes para calificar a una persona como discapacitada. Solo después, estaremos en condiciones adecuadas para

¹² BOE de 31 de diciembre.

¹³ BOE de 3 de diciembre.

¹⁴ BOE de 2 de agosto.

¹⁵ Cfr. art. 1 Convención Internacional y art. 2.1 Ley 26/2011, de 1 de agosto.

precisar qué conductas, cometidas sobre ese colectivo, quedarán prohibidas por discriminatorias.

Es obvio que frente a la afirmación anterior, parece que se opone el contenido de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, pues como se advirtió con anterioridad, su art. 1 delimita, y de forma más bien extensa, el significado de persona con discapacidad para referirse a todas aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás». También se adelantó que tal definición había sido íntegramente reproducida en nuestra Ley 51/2003, de 2 de diciembre, tras la reforma operada en su contenido en el año 2011. Pero además, nuestro legislador, conservó parte de la definición originaria, con lo que en la actualidad nos encontramos con un concepto, cuando menos, complejo y extenso.

Todo lo contrario sucede con la regulación comunitaria antidiscriminatoria por razón de discapacidad, pues en ningún momento ha proporcionado un concepto, ni más ni menos amplio, de discapacidad. En efecto, el articulado de la Directiva 2000/78/CE, comienza con una enumeración de los “motivos” que impiden la diferencia de trato en el empleo y en la ocupación, por tratarse de una diferencia discriminatoria, entre los que se incluye la discapacidad (art. 1). A continuación, conceptualiza el “principio de igualdad de trato” como la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en alguno de los motivos mencionados con anterioridad. Después, define también, el concepto de “discriminación”, diferenciando entre la discriminación directa, indirecta y el acoso (art. 2). El ámbito objetivo de aplicación de la norma, conforma el último de los preceptos generales de la Directiva 2000/78/CE (art. 3). Sin embargo, ninguno de estos artículos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación o, lo que es lo mismo, en ninguno se precisa el colectivo de destinatarios al que se dirige la norma. Tratándose de diferencias por la “edad” o por la “orientación sexual”, tal omisión podría justificarse. Incluso, cuando la diferencia se debe a la “religión o convicciones” del destinatario de la discriminación. Sin embargo, en lo que se refiere a la discapacidad como causa de discriminación, tal omisión puede confundir su aplicación más justa y adecuada. Todo esto ha llevado a que la escasa jurisprudencia comunitaria existente sobre este tema haya intentado delimitar los contornos del concepto discapacidad y, por lo tanto, del propio ámbito subjetivo de aplicación de esta causa de discriminación.

Así las cosas, en este contexto se puede afirmar que su significado ha sufrido una importante evolución en la que se pueden distinguir tres fases, que se corresponden, cada una de ellas, con sendas sentencias dictadas por el Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión. Una primera fase, que se iniciaba tras la publicación de la primera sentencia comunitaria sobre discriminación por discapacidad, la STJUE de 11 de julio de 2006 – asunto *Chacón Navas* –, y que propiciaba una concepción restrictiva del concepto discapacidad, hasta el punto de excluir de sus contornos la enfermedad. Una segunda, que inauguraba la STJUE de 17 de julio de 2008 – asunto *Coleman* – y que aportó una importante novedad en el ámbito subjetivo de la discriminación por discapacidad, al incluir como eventuales discriminados y, por lo tanto, destinatarios de la normativa comunitaria, no solo al discapacitado, sino también a la persona que padece las diferencias de trato por causa de la discapacidad de otra persona que tenga a su cargo. Es lo que se conoce, como discriminación por asociación o por vinculación. Y una última fase, en la que nos encontramos en la actualidad, tras la recientemente publicada STJUE de 11 de abril de 2013 – asunto *HK* –, que ha procedido a una ampliación importante del concepto discapacidad hasta el punto de incluir también la enfermedad con las importantes consecuencias que tal extensión puede conllevar. Obviamente, aunque no han sido muchas, éstas no han sido las únicas sentencias comunitarias recaídas en el ámbito de la discapacidad. Entre otras, pueden citarse la STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto *Odar*.

En cuanto a la primera de ellas, la dictada en el asunto *Chacón Navas*, el TJUE reconocía expresamente la falta de una definición comunitaria del concepto discapacidad, al tiempo que recordaba que la normativa comunitaria tampoco contenía remisión alguna al Derecho de los estados miembros y, de ahí, la necesidad de una formulación uniforme y autónoma para la correcta aplicación del principio de igualdad de trato en toda la Unión. Bajo estas premisas, la cuestión que se le planteaba al TJUE era la de determinar si la enfermedad quedaba o no incluida dentro del ámbito protector de la discapacidad, que definía como aquella «limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional»¹⁶. Y la solución de TJUE fue desestimatoria. La razón fundamental, porque la Directiva 2000/78/CE había elegido “deliberadamente” un término, el de discapacidad, que «difiere del de enfermedad» de forma que «es preciso excluir la equiparación pura y simple de

¹⁶ Considerando (43).

ambos conceptos»¹⁷. Como apoyo de esta postura, el TJUE acudía a la previsible duración de la dolencia para diferenciar la enfermedad de una discapacidad. En este sentido, traía a colación el tema de la adaptación del puesto de trabajo, solo exigible cuando se trate de una persona con discapacidad. A juicio del TJUE, la necesidad de adaptar el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad hacía pensar en supuestos en los que la participación en la vida profesional se viese obstaculizada «durante un largo período» como consecuencia de limitaciones funcionales de “larga duración”¹⁸. Dicho en otros términos, para el TJUE la Directiva 2000/78/CE no contenía ninguna indicación de la que se infiera su protección a los trabajadores «tan pronto como aparezca cualquier enfermedad»¹⁹.

Muchos años después de la publicación de esta sentencia y más aún tras el fallo de la dictada hace pocos meses en el asunto *HK*, la fragilidad de sus argumentos se ha hecho más que evidente. Como ya fue destacado en su día por la doctrina científica, basta detenerse por un momento en el término “limitación” utilizado por el TJUE como elemento definitorio de la discapacidad, pues tal limitación, también está presente, en muchas ocasiones, en la enfermedad. De hecho, la enfermedad, actúa muchas veces, como antesala de la posterior discapacidad²⁰.

En cuanto al asunto *Coleman*, dictado en el año 2008, la razón de su trascendencia ya fue anticipada con anterioridad y al respecto ya se dijo que, con sus fundamentos, se había dado entrada a lo que se conoce como discriminación por asociación o discriminación por vinculación lo que reconoce la posibilidad de que una persona no discapacitada pueda sufrir una discriminación por razón de la discapacidad de otra a su cargo. Pero más allá de las consecuencias directas del fallo, su trascendencia es algo más amplia y genera nuevas intersecciones en la protección contra la discriminación, como pueden ser la discriminación familiar, probablemente entendida como una variante o especialización de la discriminación por razón de sexo²¹.

¹⁷ Considerando (44).

¹⁸ Considerando (45).

¹⁹ Considerando (46).

²⁰ Esta idea en Escribano Gutiérrez, J., *Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria*, Relaciones Laborales, 5, 2007, p. 7 (versión on line).

²¹ Así lo ha confirmado Cabeza Pereiro, J., *La discriminación por discapacidad...*, óp. cit., p. 312.

Y con esto llegamos a la sentencia dictada por el TJUE, el 11 de abril de 2013, en el asunto *HK*, en la que se propicia un concepto amplio de discapacidad que puede llevar importantes consecuencias.

El conflicto se origina a raíz del despido de sus respectivos trabajos en empresas diferentes de dos trabajadoras danesas, en ambos supuestos por haber superado el límite temporal de baja remunerada previsto legalmente. Sobre este tema hay que precisar que la legislación interna danesa reconoce a los trabajadores el derecho a mantener su remuneración en caso de baja por enfermedad y que tales ausencias son calificadas como lícitas. No obstante, se permite el despido de un trabajador de baja por enfermedad que hubiera percibido su salario durante un total de 120 días de su período de baja dentro de un período de referencia de doce meses consecutivos. Eso sí, tal posibilidad tendrá que estar estipulada por escrito el contrato de trabajo. Y eso es lo que sucedió en los hechos que dieron lugar a la presente sentencia. Las patologías padecidas por las trabajadoras consistían, la de una de ellas, en «dolores lumbares permanentes para los que no hay tratamiento». La de la otra, en unos dolores cervicales como consecuencia de un accidente de circulación, cuya duración no podía determinarse. Como consecuencia de dichas patologías las 2 estuvieron de baja en sus respectivas empresas durante distintos períodos temporales, lo que justificó sus respectivos despidos. Unos meses después de su despido, la trabajadora que sufría los dolores lumbares permanentes comenzó a trabajar a tiempo parcial en otra empresa y con una mesa de trabajo de altura ajustable. También con posterioridad a su despido, el estado de salud de la otra trabajadora, fue evaluado por la administración laboral que llegó a la conclusión de que era capaz de trabajar unas ocho horas semanales a un ritmo lento, pese a lo cual se le concedió una invalidez definitiva por su incapacidad laboral.

A raíz de todos estos hechos, *HK*, un sindicato danés de trabajadores, planteó una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra las empresas de las trabajadoras despedidas por vulneración de la regulación danesa antidiscriminatoria en base a su eventual discapacidad, demanda que motivó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. Para *HK*, las dos trabajadoras «tenían una discapacidad y sus respectivos empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo, en virtud de la obligación de realizar ajustes prevista en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE». Por otro lado, *HK* también sostenía que, al tratarse de una baja por discapacidad y no de una baja por enfermedad, no les resultaba aplicable a ninguna de las trabajadoras, el límite temporal de los 120 días de baja remunerada. Como no podía ser de otro modo, frente a la demanda de *HK* se

opusieron los empleadores de ambas trabajadoras, con argumentos sencillos pero no faltos de razón, por lo menos, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria existente hasta la fecha. Así pues, cuestionaron que el estado de salud de las demandantes estuviese comprendido en el concepto de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, puesto que la «única incapacidad que les afecta es que no pueden ejercer un trabajo a tiempo completo». Cuestionaron también que la reducción del tiempo de trabajo fuese una de las medidas pensadas entre los ajustes razonables para las personas con discapacidad, a las que se refiere el art. 5 Directiva 2000/78/CE.

Para resolver la demanda, el tribunal danés suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE varias cuestiones prejudiciales que, en síntesis, pueden reconducirse a una sola y que vuelve a ser la misma que la planteada varios años atrás en el asunto *Chacón Navas*. A saber, si la enfermedad queda incluida en el término discapacidad de la Directiva 2000/78/CE. Si bien, en este caso y a diferencia del anterior, la sucesión de los hechos litigiosos dieron lugar a un amplio abanico de cuestiones prejudiciales que lo enriquecen notablemente. Así, el órgano judicial danés, preguntó al TJUE si el obstáculo que conlleva una discapacidad para participar en la vida profesional, ha de ser total o es suficiente con que solo lo sea en medida limitada. También, si la enfermedad causante de la enfermedad ha de ser necesariamente incurable o también se admite que sea curable. Y por último, si entre las medidas de adaptación reguladas en el art. 5 Directiva 2000/78/CE se incluye una reducción de la jornada laboral, cuando el ajuste aconsejable frente a determinada discapacidad sea el trabajo a tiempo parcial²².

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas, el TJUE recuerda a las partes la plena vigencia y obligatoriedad de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su primacía sobre las normas de Derecho derivado, entre las que hace expresa referencia a la Directiva 2000/78/CE²³. Es entonces, a partir de la definición internacional de persona con discapacidad, en base a la cual procede a dar respuesta a las cuestiones planteadas y, como se verá a continuación, su trascendencia va a ser evidente. Con todo, y aunque el giro que opera en la doctrina sea indiscutible, no olvida ciertos fundamentos ya establecidos en el asunto *Chacón Navas*²⁴.

En primer lugar, para el TJUE nada impide la consideración de la enfermedad como causa de una discapacidad, pues en ningún momento se aprecia que el

²² Considerando (26).

²³ Considerandos 28 y ss.

²⁴ Considerando (35)

ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE comprenda tan solo «discapacidades de nacimiento o debida a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad». Es más, «sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad»²⁵. Lo relevante para apreciar una discapacidad, es que concurren las condiciones aludidas en el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas. A saber, que existan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales», que sean “a largo plazo” y que conlleven una limitación que puedan impedir a la persona que las padece su «participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Por lo tanto, continúa señalado el TJUE, si una enfermedad «acarrea una limitación» derivada de «dolencias físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales» que puede impedir la «participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional», tal enfermedad «puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE»²⁶. El que la enfermedad sea diagnosticada como curable o incurable, es indiferente. Lo relevante es que conlleve una limitación en la vida profesional, sin que tampoco sea necesario que tal limitación sea indefinida. Nótese que el art. 1 de la Convención Internacional solo habla de deficiencias “a largo plazo”²⁷, lo que provoca en el TJUE la necesidad de que dicha limitación sea larga duración. *A sensu contrario*, si una enfermedad no conlleva una limitación de las mencionadas, no quedará comprendida en el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE²⁸.

Por otro lado, sobre la eventual limitación que provoca una discapacidad en la participación de la persona afectada en la sociedad en general y en su vida profesional en particular, el TJUE advierte que tal limitación no implica necesariamente la «exclusión total del trabajo o de la vida profesional»²⁹, ni por lo tanto, la “imposibilidad” de ejercer una actividad³⁰. Esto le lleva a concluir que «el estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo lo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de “discapacidad”»³¹.

²⁵ Considerando (40)

²⁶ Considerando (41).

²⁷ Considerando (39).

²⁸ Considerando (42).

²⁹ Considerando (43).

³⁰ Considerando (44).

³¹ Considerando (44).

Y por último, en cuanto a las medidas de ajuste a las que se refiere el art. 5 Directiva 2000/78/CE y el art. 3 de la Convención, el TJUE preconiza su amplia concepción. A tal efecto, dispone que tales medidas pueden ser de «orden físico, organizativo o educativo», de ahí la enumeración no exhaustiva del vigésimo considerando de la Directiva 2000/78/CE³². Para el TJUE, lo fundamental es que tales medidas atiendan a su finalidad, cual es, la «eliminación de las barreras que dificulten la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»³³. Y como puede tratarse de medidas, no solo “materiales”, sino también “organizativas”³⁴, admite como ajuste del art. 5 Directiva 2000/78/CE una eventual «disminución del tiempo de trabajo»³⁵, que en los presentes autos conllevaría la transformación de los contratos de las trabajadoras afectadas por las dolencias más arriba descritas, de tiempo completo a tiempo parcial. Lo decisivo es que el ajuste entre dentro de los límites de la razonabilidad, de ahí el término “ajustes razonables” de la Directiva 2000/78/CE, que se respetará siempre que su puesta en práctica no suponga una “carga excesiva” para los empleadores³⁶. Y aunque el TJUE proporciona algunos elementos para la valoración de estos conceptos, tales como, los costes financieros o de otro tipo que conlleva la medida, el tamaño de la empresa, los recursos financieros, la disponibilidad de fondos públicos, etc., la decisión final corresponde al juez nacional³⁷.

3. Prospectiva en Derecho interno

La doctrina del TJUE, tal y como ha sido expresada hasta ahora, está destinada a influir de forma decisiva en la jurisprudencia interna. Los órganos judiciales del Reino de España han sido, en términos generales, reacios a aplicar la causa de discapacidad en las decisiones, fundamentalmente extintivas, derivadas de enfermedades de los trabajadores³⁸. Puede decirse que interpretaron, con bastante razón, la sentencia del asunto *Chacón Navas* como un espaldarazo de

³² Considerando (49)

³³ Considerando (54).

³⁴ Considerando (55).

³⁵ Considerando (55).

³⁶ Considerando (59).

³⁷ Considerandos (60) (61).

³⁸ Una síntesis de esta doctrina en Cabeza Pereiro, J., *La discriminación por discapacidad...*, *óp. cit.*, pp. 28 ss.

las previas sentencias del TS sobre la materia. Y, consiguientemente, que integraron ésta con toda la naturalidad, para confirmar su postura anterior. Aunque también es verdad que su argumentación ha sido en la mayoría de los casos concesiva, en términos de que admitían casi siempre la posibilidad de que supuestos agravados o específicos de enfermedad, en cuanto introdujesen un elemento de estigmatización del paciente, abocasen a un reconocimiento de la discriminación por discapacidad. En esta línea, la STC 62/2008, de 26 mayo, ha sido el exponente más claro, por más que concluyera, como cabía esperar, en la desestimación del amparo.

En este escenario, las sentencias del TJUE, y en especial la más reciente *HK*, no pueden pasar inadvertidas, porque abren un relato diferente del anterior. Las enfermedades de larga duración tienen un sesgo discapacitante que las ubica dentro del ámbito de la protección de la Directiva 2000/78/CE. En realidad el valor de este pronunciamiento no es tanto su novedad como su carácter declarativo de algo que necesariamente tenía que ser así. La adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, producida con la Ley 26/2011, de 1 agosto, incorporaba un concepto de discapacidad – el de la norma internacional – del todo incompatible con un entendimiento estrecho de la misma.

Las trabajadoras demandantes en esta sentencia no arrostraban una enfermedad que las estigmatizara. Más bien, sus patologías eran de alta incidencia entre la población de cierta edad o que haya padecido traumatismos frecuentes en la vida actual. Incluso habría que añadir que implicaban, con bastante seguridad, un peor rendimiento hacia el futuro en la prestación de sus servicios. Es decir, claramente no se encontrarían amparadas si se les aplicara la vara de medir que ha utilizado hasta el presente la doctrina interna española. Incluso una comparación entre los problemas de salud que padecía el trabajador demandante en amparo en la STC 62/2008 y las de esas trabajadoras lleva a la conclusión de que la de aquél era considerablemente más incapacitante.

Así planteada la situación después de la sentencia de abril 2013, parece razonable estar a la expectativa de los acontecimientos. Con todo, resulta predecible que debe alcanzar cierto protagonismo el deber de adaptación del puesto de trabajo. Dicho en otras palabras, el carácter justificado o procedente de las decisiones empresariales, en particular las de tipo extintivo, debe estar supeditada al análisis de las propias medidas previas de adaptación que he puesto en marcha la empresa. Que éstas no hayan existido ha de tener incidencia en la propia calificación del cese, en particular el que se produce por ineptitud sobrevenida. Por supuesto, este deber debe incidir en la propia actuación de la organización preventiva al servicio de la empresa, puesto que

en sus conclusiones no será bastante con declarar la aptitud del trabajador, o sus limitaciones. Habrá que hacer constar también las propias exigencias de adaptación del puesto de trabajo. Desde este prisma deberá ser analizado.

Porque no puede olvidarse que la principal aportación del asunto *HK* consiste, sobre todo, en considerar lesiva de la Directiva 2000/78/CE la conducta de la empresa que no procede a las adaptaciones oportunas del puesto de trabajo. Lo cual, dicho en otros términos, implica que ha de considerarse como discriminatoria la medida empresarial adoptada en perjuicio de una persona discapacitada sin que antes se haya procedido a las adaptaciones del puesto de trabajo razonables y proporcionadas. El deber de adaptación se incluye, así pues, en el núcleo duro del concepto de discriminación por discapacidad. Traducido este silogismo al derecho interno, el despido por ineptitud sobrevenida que no haya venido precedido de las adaptaciones necesarias para que el trabajador pueda permanecer en su puesto de trabajo deberá merecer la calificación de nulo salvo que la empresa pueda probar que las adaptaciones eran desproporcionadas y, por lo tanto, inexigibles.

Es decir, aunque el TJUE se ratifique en su postura anterior de que la empresa no está obligada a mantener a un trabajador que no puede desempeñar eficazmente su puesto de trabajo, añade que eso es así sin perjuicio de que incurrirá en discriminación si anteriormente no ha introducido los pertinentes mecanismos de ajuste. Lo cual debe considerarse, hacia el futuro, una importante herramienta al servicio de las personas que se enfrentan a decisiones extintivas por ineptitud. Además, la adaptación no se refiere solo a las condiciones físicas del puesto de trabajo. Incluye, como enseña el TJUE, las propias condiciones de tiempo de trabajo. Abarcándose, por supuesto, una jornada más reducida. Lo cual no es, precisamente, una novedad, sino que había sido anticipado en el asunto *Høj Pedersen*³⁹, en cuanto a la adaptación de las condiciones de trabajo en caso de embarazo. Se trata de una doctrina también de gran proyección de futuro en nuestro ordenamiento interno.

Insistiéndose, además, en que el concepto de discapacidad incluye enfermedades que no sean por sí mismas motivos de estigma hacia la persona del trabajador. Basta con que introduzcan el factor de la limitación en el medio y largo plazo. Como las anteriores, se trata de afirmaciones que encontrarán resistencias en nuestra casuística judicial, pero que están destinadas a imponerse en el largo plazo.

³⁹ STJUE de 19 noviembre 1998.

4. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *El principio de igualdad de trato y no discriminación*, en NOGUEIRA GUASTAVINO M., FOTINOPOULO BASURKO O., MIRANDA BOTO J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CABEZA PEREIRO J., *La discriminación por discapacidad; el caso Chacón Navas*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 102, 2013

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., *Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria*, Relaciones Laborales, 5, 2007, p. 7 (versión on line)

NOGUEIRA GUASTAVINO M., FOTINOPOULO BASURKO O., MIRANDA BOTO J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

La eventual discriminación a la discapacidad en el despido objetivo español

de Luis Fernando de Castro Mejuto

1. Planteamiento de la cuestión

El despido objetivo contemplado en el Estatuto de los Trabajadores español¹ tiene justificación en una serie de circunstancias recogidas en las cuatro letras que integran su artículo 52, siquiera la que interesa es la expresada en la letra d, pues, tras la importante reforma operada, primero, a través del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y, después, de la Ley 3/2012, de 6 de julio (ambos titulados de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), constituye causa de aquél: las «faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses», excluyéndose determinadas situaciones en las que el Legislador entiende – a lo que parece – exagerado acudir a este expediente². La última *ratio* del precepto está clara, se

¹ Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

² «No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco

habilita una vía para que el empresario pueda prescindir de aquellos empleados que tienen un índice de absentismo mayor, abonándoles una indemnización mucho menor (trece días)³ que la que tendría que abonar para el caso de proceder a su despido disciplinario, e improcedente, por otro lado; en definitiva, la causa del despido radica en los gravosos efectos económicos que para la empresa le suponen las distintas bajas – legítimas, por otro lado, se podría añadir – de que hace uso el trabajador. Lo que ocurre es que, tras la eliminación de la referencia al absentismo global de la empresa (que se cifraba en el 2,5%), esta clase de despido cada vez es menos objetivo y más se aproxima al disciplinario, habida cuenta que empieza a parecer una sanción por faltas de asistencia involuntarias del empleado. El problema, además, se origina desde el momento en que un determinado colectivo de trabajadores está más expuesto a incurrir en esta causa debido a su situación psicofísica: los minusválidos.

De entrada, podría recordarse que el despido de personas en situación de incapacidad temporal (con una discapacidad no definitiva, dicho de otra forma)⁴ no es nulo *per se*, sino improcedente, habida cuenta de que la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal; por ello, cuando se produce el despido de un enfermo, la medida ha de calificarse como improcedente y no como nula⁵. La explicación es que sólo en

se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» [art. 52.d) ET], este último párrafo fue introducido con la Ley 3/2012, de 6 de julio, debido a las fuertes críticas recibidas en su redacción inicial, al carecer los enfermos crónicos de una adecuada protección, aunque no fue suficiente para amparar a los discapacitados.

³ Que supone una reducción cercana al 40% del total indemnizatorio.

⁴ La asimilación enfermedad/discapacidad podría plantearse en un plano dialéctico, siquiera se ha rechazado por la jurisprudencia (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 4355/06; y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, *asunto Chacón Navas* [C-13/05], en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1915847>) y, asimismo, por la doctrina científica, que recuerda que mientras la enfermedad es una contingencia que incapacita laboralmente al trabajador de forma temporal, la discapacidad constituye un estatus permanente, que da lugar a necesidades, también constantes, de integración laboral y social. Cfr. Sirvent Hernández, N., “La problemática del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad”, *Aranzadi Social*, 74, 2012, Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi, consultado online a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi 2012/117.

⁵ Hay múltiples resoluciones en este sentido y, entre otras, podrían citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 1566/00; de 23 de septiembre de 2002, Recurso de casación para la unificación de doctrina

determinados supuestos (por ejemplo, el de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer) puede el despido por enfermedad o baja médica ser considerado como despido discriminatorio y, por ende, viciado de nulidad. Pero se trata, en realidad⁶, de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación exclusivamente puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres. Sin embargo, fuera de esos supuestos, no se puede sostener la nulidad, salvo riesgo de confundir dos principios constitucionales – el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria – que tienen un distinto alcance⁷; y, además, la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución Española⁸ no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación es que, en ella, se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque, para establecer la diferencia de trato, se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no es – sin embargo – un factor discriminatorio en el sentido estricto, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de la segregación.

n. 449/02; de 12 de julio de 2004, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 4646/02; de 22 de noviembre de 2007, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 3907/06; de 22 de enero de 2008, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 3995/06; y de 27 de enero de 2009, Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 602/08.

⁶ Así lo han declarado las Sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2007, Sentencia n. 17/07; y de 26 de mayo de 2008, Sentencia n. 62/08.

⁷ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1990, Recurso de casación por infracción de ley n. 404/88; de 23 de septiembre de 1993, Recurso de casación ordinaria n. 1981/91; y de 17 de mayo de 2000, Recurso de casación ordinaria n. 4500/99.

⁸ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE).

Lo que ocurre es que en el caso de un minusválido la respuesta podría o, quizás, debería ser diferente, porque el artículo 4.2.c), párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores⁹ establece una garantía tuitiva, siquiera sea cierto que no implica automaticidad, debido a que debería probarse que el despido se ha producido en atención – precisamente – a su minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, lo que excluiría normalmente su calificación como nulo, habida cuenta que – normalmente – esa decisión se toma en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de un interés productivo hacia el trabajador, aunque no como consecuencia de la enfermedad que lo aqueja o a sus limitaciones psicofísicas. En otras palabras, sería discriminatorio (y nulo) cuando en dicha medida concurren los indicios o las pruebas verosímiles de las que habla la jurisprudencia¹⁰ y que permiten inferir que el empresario acude al despido en atención a la propia enfermedad del trabajador y, por lo tanto, que aquella acción extintiva sería un «elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización de la persona enferma»¹¹. Porque, siguiendo las palabras de nuestro Tribunal Constitucional¹², la enfermedad es posible que pueda «en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE [...] [y] así ocurrirá singularmente [...] cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

⁹ «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...] c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. *Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*» [art. 4.2.c), párr. segundo, ET].

¹⁰ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 2008, Sentencia n. 74/08, Fundamento Jurídico Segundo.

¹¹ Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 25 de enero de 2011, Recurso n. 204/10.

¹² En concreto, las empleadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2008, Sentencia n. 62/08.

En definitiva, la existencia de la enfermedad (y de una baja médica) no comporta una nulidad del despido, ni el trabajador en dicha situación se ve más protegido frente a la decisión empresarial, salvo que se probasen aquellos indicios o pruebas verosímiles; y ello, con indiferencia de la causa que haya provocado las ausencias, habida cuenta que lo decisivo – en este plano – es la valoración de la motivación empresarial y no de la situación del trabajador enfermo.

2. El despido objetivo del trabajador minusválido por faltas de asistencia

El problema radica – tal y como se apuntaba al comienzo – en el mayor riesgo en el que se encuentra un trabajador minusválido frente a un despido, no ya disciplinario, sino de aquél que se justifica en las faltas de asistencia al trabajo (el objetivo) y donde la eventual falta de interés productivo en el trabajador sirve de argumento para abonar una indemnización menor que la ordinaria. Es más, aunque ha habido planteamientos diversos y se pueden encontrar ejemplos de resoluciones de todo tipo, lo cierto es que no se sostiene mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o que no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate¹³, lo que se plantea es la pérdida de ese puesto por mor de una inasistencia fuera de los límites legalmente tolerables por el empleador, conforme a la horquilla expresada en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores. Circunstancia justificativa que radica no directamente en la enfermedad en sí misma considerada (o, incluso, en una patología socialmente considerada como “repudiable”¹⁴), sino más bien en los negativos efectos económicos que las sucesivas bajas del empleado le suponen al empleador, pero que adquiere un matiz muy significativo cuando de una mera enfermedad

¹³. Sería contrario al considerando décimo séptimo de la Directiva 200/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁴ Hay pronunciamientos judiciales sobre la cuestión que han entendido nulos por discriminatorios los despidos de trabajadores afectados por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), como, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de noviembre de 2009, Recurso n. 5062/09; o de Madrid de 5 de noviembre de 2007, Recurso n. 3100/07. Cfr. Blasco Jover, C., “El despido del trabajador cero positivo o enfermo de SIDA”, *Aranzadi Social*, 5, 2006, Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi.

pasamos a considerar una discapacidad. De hecho, alguna corriente doctrinal¹⁵ apunta ya a considerar que los despidos de las trabajadoras en situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia con la que se hayan calificado, pero a consecuencia de escenarios de violencia de género, deberían calificarse como nulos.

Además, sobre esta cuestión ha venido a incidir una Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que lleva por fecha el 11 de abril de 2013, *asunto HK Danmark* [asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11]¹⁶ y resuelve una cuestión prejudicial sobre la diferencia de trato por motivo de la discapacidad de los trabajadores en la legislación danesa. En ese ordenamiento jurídico se permite que el empresario pueda poner fin a un contrato de trabajo mediante un preaviso abreviado – menor que el ordinario – si el trabajador de que se trate ha estado de baja por enfermedad un determinado número de días (120, para ser exactos). El Alto Tribunal europeo llega a la conclusión de que se opone a la legislación comunitaria esa posibilidad sin más, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes apropiados y razonables en el puesto de trabajo para permitir trabajar a la persona con discapacidad. Es decir, el hecho de que, de una parte, se haya de ofrecer al trabajador enfermo una protección reforzada y, de otra parte, éste esté más expuesto a verse incluido en la aplicación del referido plazo de preaviso abreviado que un trabajador sin discapacidad, habida cuenta que en él concurre un riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad; ese hecho – se repite – revela que esta disposición danesa puede desfavorecer a esta clase de trabajadores y, por ende, supone una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. Y ello, se opone a la Directiva 2000/78/CE, excepto que tal disposición danesa (la que habilita para acudir al preaviso abreviado), al mismo tiempo que persigue un objetivo legítimo¹⁷, no exceda de lo necesario para alcanzarlo¹⁸, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional nacional.

¹⁵ Véase Gordo González, L., “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”, *Aranzadi Social*, 3, 2011, Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi, consultado online a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi n. 2001/793).

¹⁶ Su texto en español – la lengua del procedimiento fue el danés – puede consultarse en el link <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136161&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=147786>.

¹⁷ La justificación del Gobierno danés se basaba en que esa regla suponía un incentivo «para que los empleadores contraten y mantengan en sus puestos de trabajo a trabajadores que tienen un riesgo particular de incurrir en bajas por enfermedad de manera repetida, permitiéndoles

Pues bien, estas conclusiones bien pueden proyectarse sobre la habilitación concedida por el precepto estatutario al empresario para poner fin al contrato de trabajo por mor de sus faltas de asistencia, cuando son consecuencias de la enfermedad que padece y no se encuentre incluido en el grupo privilegiado (cáncer, enfermedad grave, licencias, más de veinte días, etc.), esto es, de aquellas situaciones que impiden computarlas a los fines del despido. Concorre aquí – a lo que creo – una identidad de razón entre lo resuelto por el Alto Tribunal europeo (preaviso abreviado por bajas médicas de discapacitados) y lo que se está exponiendo (despido con indemnización reducida por bajas médicas de discapacitados), puesto que en uno y otro supuesto nos encontramos ante una *ratio decidendi* idéntica: evitar que un colectivo especialmente expuesto a un riesgo psicosocial (los discapacitados) sea discriminado, empleando sus propias limitaciones como justificación para adoptar una medida restrictiva de sus derechos laborales; salvo que dentro de la mención “enfermedad grave” del artículo 52.d), párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores incluyese la discapacidad.

Lo primero que habría que establecer es la diferencia entre enfermedad y discapacidad, porque, siquiera se pueden confundir, es evidente que una y otra no son equiparables y, por tanto, resultan distinguibles, lo que puede tener una gran trascendencia en el ámbito en el que nos encontramos, dado que si el despido durante la enfermedad no comporta un trato discriminatorio en sí mismo – tal como se acaba de ver –, el producido durante la discapacidad atendiendo a faltas de asistencia debidas a esa limitación sí podría conllevarlo. Es cierto que el término discapacidad no se define en la Directiva 2000/78, pero a través de los pronunciamientos judiciales¹⁹ y de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por la Unión

despedir más tarde a estos últimos con un preaviso abreviado, si la baja tiende a ser de muy larga duración. Como contrapartida, estos trabajadores pueden conservar su trabajo mientras dure su enfermedad», son palabras de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, *asunto HK Danmark* [asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11], ap. 78.

¹⁸ Esa medida «permite alcanzar de la manera más adecuada, por un lado, el objetivo de permitir la contratación y el mantenimiento en el empleo de personas que tengan, al menos potencialmente, una capacidad de trabajo reducida y, por otro lado, el objetivo superior de un mercado de trabajo flexible, pactado y seguro», son palabras de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, *asunto HK Danmark* [asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11], ap. 85.

¹⁹ Véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2006, *asunto Chacón Navas* [C-13/05], ap. 43; y de 11 de abril de 2013, *asunto HK Danmark* [asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11], ap. 36 a 42.

Europea mediante decisión de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35), se pueden establecer estos dos asertos: la *discapacidad* se entenderá como aquella enfermedad – curable o incurable – que acarrea una limitación, (derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas) que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, siempre que esa limitación sea de larga duración; y la *enfermedad* la integrará la patología o proceso mórbido que sufra un trabajador fuera de esos límites, esto es, cuando no le cause dicha limitación o no sea de larga duración.

Por lo tanto y para lo que interesa a estos efectos, resulta que la discapacidad entraña un estadio superior a la mera enfermedad y, con ello, requiere de una protección también mayor, debido a que los discapacitados están más expuestos a sufrir una exclusión social, que podría haberse orientado – así lo indicaba la referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – a la adaptación de su horario de trabajo para evitar dichas bajas. En el Derecho español y salvo que – como se adelantaba – en la expresión “enfermedad grave” del artículo 52.d), párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores se viese incluida la discapacidad (lo que es dudoso), ni hay esa protección especial ni tampoco un procedimiento de adaptación del puesto de trabajo al discapacitado²⁰, sino que se ve sometido a las mismas exigencias que el resto del personal, de tal forma que sus faltas de asistencia, aun justificadas, pueden servir para fundamentar un despido objetivo y, en consecuencia, resolver su relación laboral con el abono de una indemnización menor que la que habría correspondido de calificar el despido como improcedente (empleando la figura del despido improcedente formalmente). Es evidente que esto implica una previsión contraria a la Directiva 2000/78, en el sentido de que supone no sólo un trato desigual, sino discriminatorio por estigmatizante de este colectivo, porque, por una parte, son un personal que se ve abocado a incurrir en dichas insistencias por sus propias condiciones personales, que – además – eran conocidas por el empleador en la mayoría de los casos cuando los contrató; y, por otra parte, antes de acudir a dicho expediente habría que analizar si el empresario ha procedido a una adaptación del horario – por ejemplo, transformarlo en trabajador a tiempo parcial –, que facilite su ocupación y el mantenimiento de su puesto de trabajo. De no hacerlo así, siempre que su absentismo tenga su origen en la enfermedad, curable o incurable, pero de larga

²⁰ De hecho, si su discapacidad se produce después de contratado, se podría proceder a su despido objetivo por ineptitud [art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores].

duración, que comporta una barrera a su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (esto es, su discapacidad o minusvalía), considero que se puede concluir afirmando que la aplicación de la norma estatutaria resulta discriminatoria, si no desde un punto de vista directo – no albergo dudas –, sí indirecta. En este ámbito, no puede olvidarse que nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que el colectivo de minusválidos se encuentra en una situación social de desventaja y que el porcentaje de reserva previsto por la Ley²¹ es constitucionalmente válido, pues tiende a procurar – “discriminación positiva” – la igualdad sustancial de sujetos que están en condiciones desfavorables de partida²².

Y, desde luego, concurre una discriminación indirecta que debería conllevar el reconocimiento de nulidad de los despidos de este colectivo por la vía de la letra d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como está actualmente configurada. No está de más tener en cuenta que la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 de la Constitución Española comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto negativo carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo²³. Pues bien, fiel reflejo de que concurre una discriminación indirecta es el hecho de que a los discapacitados se les aplica una norma que habilita el despido por faltas de asistencia, aunque estén justificadas en bajas médicas, lo que es un elemento intrínseco de su condición (en cuanto dejan de asistir por la enfermedad incapacitante), mientras que, en atención a que ciertas dolencias o enfermedades hacen injustificado el recurso al despido objetivo, otras se excluyen, sin que el Legislador haya argumentado el porqué de esta diversidad

²¹ Se refiere al artículo 58 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

²² Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994, Sentencia n. 269/94.

²³ Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2001, Sentencia n. 13/01, a propósito de requerimientos policiales de identificación a individuos de color; de 22 de mayo de 2006, Sentencia n. 154/06, Fundamento Jurídico sexto, respecto de la filiación extramatrimonial; y de 16 de abril de 2007, Sentencia n. 69/07, relativa a la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

de tratamientos, cuando concurre una igualdad lógica entre los supuestos; aparte de que – en un plano teórico – carece de justificación sancionar a un discapacitado, al que se pretende insertar en el mundo laboral, por faltar al trabajo a causa de la misma dolencia que lo excluye inicialmente y que se pretende combatir.

A mayor abundamiento, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1982²⁴, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en sus artículos 6 y 10, que forman parte de nuestro ordenamiento conforme al artículo 96 de la Constitución Española, contempla que «[l]a ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo» (artículo 6.1) y, además, «[s]i los organismos mencionados [...] llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada» (artículo 10). Esto revela claramente que el recurso a un despido objetivo cuando el origen – la causa – de la ausencia se debe a una enfermedad habrá de comportar – conforme a ese organismo internacional y a las obligaciones asumidas por el Estado español – la declaración de nulidad del despido. Y si ello es evidente con respecto a la enfermedad, no ofrece ninguna duda con respecto a la discapacidad, el despido habrá de calificarse como nulo, a pesar de la redacción del citado artículo 52.d) que vulnera el contenido y el espíritu del Convenio. Algunos autores²⁵ incluso llegan a hablar de recuperar la dicción del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores de 1980²⁶, que proclamaba que «[e]l despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia», olvidando que mientras subsista la redacción actual del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, el despido del discapacitado tenderá a declararse procedente, dado que sí existirá una causa de justificación legal; por ello, la

²⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de junio de 1985.

²⁵ Véase Sepúlveda Sánchez, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, *Aranzadi Social*, 21, 2011, Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi, consultado online a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio de Bibliografía Aranzadi n. 2011/3497.

²⁶ Ley 8/1980, de 10 de marzo.

postura adecuada es la ya expuesta: entender que esa medida extintiva, cuando afecte a discapacitados y se utilicen – precisamente – las ausencias debidas a su enfermedad, es discriminatoria y, por tanto, nulo el despido.

3. Conclusiones e hipótesis final

Como corolario, podrían fijarse tres conclusiones y una hipótesis. La *primera conclusión* sería que el despido de un trabajador enfermo no es – por regla general – nulo, sino – en su caso – improcedente, puesto que sólo en determinados supuestos (seropositivos, etc.) se ha entendido que la medida empresarial responde a una estigmatización de la persona enferma²⁷. La *segunda conclusión* sería que el despido de los trabajadores discapacitados, en una visión equiparada con los enfermos, tampoco puede calificarse como nulo, sino – nuevamente – como improcedente, dadas las mismas razones que en el aserto anterior. La *tercera conclusión* sería que, no obstante lo anterior, el despido de trabajadores discapacitados empleando la vía de un despido objetivo basado en las faltas de asistencia al trabajo, cuando dichas ausencias responden a su discapacidad, debe declararse como nulo, pues resulta discriminatorio emplear lo que es un efecto de su enfermedad y provocado por una falta de adaptación de su puesto de trabajo para justificar un despido menos costoso para el empleador (discriminación indirecta). Es evidente que un discapacitado se ausentará más de su trabajo que un empleado que no lo es y, al margen de la protección a la salud en todas sus facetas (artículos 15 y 43 de la Constitución), permitir computar como bajas causales de una clase de despido más barato las debidas a su enfermedad los convierte en empleados de segunda, lo que es intolerable y repele cualquier sentido común. Conclusión avalada, además, por la doctrina comunitaria representada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, *asunto HK Danmark*. Y la *hipótesis final* que se formula es la relación existente entre las ausencias del trabajador discapacitado, el despido objetivo por absentismo y la discriminación que *per se* implica, puesto que se le está imponiendo una exigencia que – por su propia situación personal – le es imposible de cumplir como al resto de los trabajadores y se emplea para despedirlo, lo que se ve acentuado desde el momento en que el despido objetivo – de la letra d) – ha dejado de ser realmente objetivo para convertirse – más bien – en subjetivo.

²⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2008, Sentencia n. 62/08.

Quizás todas estas cuestiones se resolverían si se hubiese tramitado ya el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación²⁸, aprobado el 27 de enero de 2011 por el Consejo de Ministros; de hecho, se podría mantener ese carácter discriminatorio con relación a la propia enfermedad (que sería un estadio previo o inferior a la discapacidad); y ello, pese a que no contempla, como sería deseable y ha resaltado algún autor²⁹, la modificación de la redacción del Estatuto de los Trabajadores incorporando la nulidad del despido por enfermedad, aunque sí desarrolla el catálogo de circunstancias contempladas en el artículo 14 de la Constitución Española, *in fine*, estableciendo que «nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, *enfermedad*, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Lo determinante son las incorporaciones tanto de la discapacidad como de la enfermedad, porque abre la esperanza – si no se hace antes – de que por parte de nuestra jurisprudencia comience a incluirse la enfermedad dentro de las causas de discriminación, máxime cuando se emplean sus circunstancias patológicas (ausencias debidas a su dolencia) para motivar su contenido antieconómico y prescindir del trabajador enfermo/discapacitado. Es más, se ha adelantado por algunos que, si se mantiene la redacción del Proyecto, el despido del trabajador enfermo fundado exclusivamente en este motivo deberá ser declarado nulo por los Tribunales, por suponer un despido basado en una causa de discriminación³⁰; porque entre las características del contenido de la futura ley – según su Preámbulo – está el ser «una ley general, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación [...] y [...] se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación. Por lo que respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o

²⁸ Su texto puede consultarse en el link <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/771F0CFD-9B4C-49BA-A580-4D5167065E55/135191/LIT7ENERO2011.pdf>.

²⁹ Véase Gordo González, L., “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”, *cit.*

³⁰ Véanse Sepúlveda Sánchez, A., “Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad”, *cit.*; y Molins García-Atance, J., “La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación”, *Diario La Ley*, 7584, 2011, Editorial Wolters Kluwer.

étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), *incorpora expresamente dos nuevos motivos, enfermedad y orientación o identidad sexual*, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo. Este carácter integral se manifiesta también en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica».

4. Bibliografía

BLASCO JOVER C., *El despido del trabajador cero positivo o enfermo de SIDA*, en *Aranzadi Social*, 2006, 5

GORDO GONZÁLEZ L., *El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?*, en *Aranzadi Social*, 2011, 3

MOLINS GARCÍA-ATANCE J., “La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 2011

SEPÚLVEDA SÁNCHEZ A., *Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad*, en *Aranzadi Social*, 2011, 21

SIRVENT HERNÁNDEZ N., *La problemática del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad*, en *Aranzadi Social*, 2012, 74

Los riesgos psicosociales en los trabajadores especialmente sensibles

de Amanda Moreno Solana

1. Introducción

Para el cumplimiento de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de 1995 (en adelante LPRL) y de las obligaciones que allí se establecen, el empresario deberá, necesariamente, tener en cuenta las circunstancias personales de los trabajadores, por cuanto éstas, pueden determinar una mayor predisposición a la materialización de los riesgos en el trabajo. Esas características personales cobran una gran importancia cuando nos encontramos ante los riesgos psicosociales, circunstancia que nos lleva a aproximarnos a la interrelación existente entre aquellas y éstos.

La presente comunicación tiene por objeto el estudio de los riesgos psicosociales principales (estrés, *burn out* y acoso) y su posible relación con en los trabajadores especialmente sensibles, regulados en el art. 25, 26 y 27 de la LPRL. Estudiaremos si los riesgos psicosociales son, o pueden ser, causa de la especial sensibilidad, y si los riesgos psicosociales pueden aparecer tras el reconocimiento o incorrecto reconocimiento de la especial sensibilidad, siendo por tanto, en esta ocasión, los riesgos psicosociales la consecuencia de la especial sensibilidad. Para abordar este análisis, en primer lugar, delimitaremos brevemente los riesgos psicosociales más relevantes, estableciendo qué son, donde se reconocen y muy especialmente, la jurisprudencia que se ha generado en torno a ellos; y a su vez, delimitaremos quiénes son los trabajadores especialmente sensibles, su regulación y las fórmulas para su reconocimiento. En segundo lugar, estudiaremos la posible determinación de los riesgos psicosociales como causa de la especial sensibilidad, y por tanto, las situaciones en las que esta tipología de riesgos dan lugar a la misma. Para ello,

analizaremos la jurisprudencia existente en torno al elemento subjetivo y su influencia en los riesgos psicosociales y en la delimitación de la calificación de un trabajador como especialmente sensible. Por último, nos plantearemos la posible aparición de los riesgos psicosociales como consecuencia del reconocimiento de la especial sensibilidad, del incorrecto reconocimiento o simplemente de la inexistencia del mismo, siendo este un tema que, desde el punto de vista jurídico, no ha sido tratado y que puede resultar muy interesante.

2. Los Riesgos Psicosociales y la importancia de las características subjetivas de los trabajadores

2.1. Breve aproximación a los Riesgos Psicosociales más frecuentes en el trabajo

2.1.1. Factores desencadenantes de los Riesgos Psicosociales y Patologías

Varias son las definiciones que se han dado de riesgos psicosociales, pero quizá una de las más completas que hemos podido encontrar es la de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el trabajo que establece que los riesgos psicosociales son aquellos que derivan de un modo u otro, de la organización de trabajo y del entorno de las relaciones sociales, tanto las relaciones personales internas de la empresa como las relaciones externas, con los clientes, los usuarios o incluso con las personas cuya acción o actuación hacia la empresa sea ilegal o ilegítima. De forma más amplia aunque quizá demasiado, la jurisprudencia ha definido riesgos psicosociales como la enfermedad que afecta al estado anímico o psíquico de una persona y que se produce con motivo u ocasión del trabajo¹.

Es fundamental en el ámbito de la prevención de riesgos laborales establecer la diferencia entre factores de riesgo, patologías y consecuencias lesivas. Pero además, esta diferenciación adquiere una fuerza especial en relación con los riesgos psicosociales. Se entenderá como riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo; y serán daños derivados del trabajo las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (art. 4 LPRL). Dicho esto, y por limitarnos a lo que aquí interesa,

¹ STSJ del País Vasco, de 8 de mayo de 2007 (R. 511/2007).

tendremos que diferenciar los factores que pueden desencadenar las distintas patologías que, sin embargo, comúnmente la doctrina médica y jurídica, han indicado como la misma cosa. Lo correcto, desde la óptica de la prevención de riesgos, es hablar de estrés, *burn-out* como patologías y no como riesgos. No deben identificarse los riesgos por sus consecuencias, sino más bien por su origen o por sus factores desencadenantes². De manera muy concreta, cuando analicemos el tema de los trabajadores especialmente sensibles, será muy importante diferenciar los riesgos que desencadenen las patologías, las propias patologías, y las consecuencias de éstas, ya que desde una perspectiva únicamente preventiva esta distinción es indispensable³.

En materia psicosocial muchos son los factores que pueden intervenir en el desencadenante de las patologías. De manera general, encontramos la organización del trabajo y las políticas de personal; y de forma particular, las categorías profesionales, las funciones que efectivamente se desempeñan, la relación trabajador-cliente-usuario, el exceso o falta de trabajo, el tiempo inadecuado para realizar el trabajo satisfactoriamente, la inseguridad en el empleo, la autonomía para realizar el trabajo, el apoyo social y relaciones con el entorno del trabajo, el clima de las relaciones entre la dirección y los empleados y los propios factores físicos y ambientales, que, aunque no son fuente fundamental de la existencia de riesgos psicosociales pueden contribuir a su existencia. Todos son los elementos o factores que individualmente o por interrelación entre ellos, pueden producir estrés, dar lugar al *burn-out*, o que deriven en situaciones de acoso y violencia en el trabajo. Veamos brevemente en qué consisten cada una de estas patologías.

A. Estrés

Es el desequilibrio que se produce entre lo que se exige a los trabajadores y los recursos con los que cuentan para satisfacer estas exigencias. La jurisprudencia lo ha definido como la respuesta fisiológica y de comportamiento del individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas⁴. El Acuerdo

² Cabeza Pereiro, J., “La Salud Psicológica y Social de los Trabajadores: Prevención de Riesgos Psicosociales”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Los servicios de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2009, p. 422.

³ Desde la perspectiva médica no es necesaria esta diferenciación, como tampoco lo es desde la perspectiva de la Seguridad Social, ya que a estos efectos lo único relevante es entrar a valorar su existencia como accidente de trabajo.

⁴ STSJ de Madrid, de 11 de abril de 2007 (R. 8/2007).

Marco Europeo sobre el Estrés Laboral firmado en el 2004, lo define como el estado del trabajador que se acompaña de quejas y/o disfunciones físicas, psicológicas o sociales y que es el resultado de la incapacidad de los individuos de estar a la altura de las exigencias o las expectativas puestas en ellos⁵.

Entre los factores más comunes que pueden dar lugar al estrés cabe mencionar la falta de control sobre el trabajo, las demandas excesivas a los trabajadores, la falta de apoyo del entorno laboral y de los superiores jerárquicos, y en algunas ocasiones, el estrés aparece como resultado de un acto de violencia física o psíquica en el trabajo, constituyendo en estos caso un síndrome reactivo a la conflictividad laboral⁶.

B. *Burn-out*

Es una manifestación concreta o específica de estrés. Se suele manifestar en personas que desarrollan su trabajo en contacto con otras personas sintiéndose el trabajador frustrado e impotente ante la imposibilidad de variar las circunstancias o factores que inciden en la forma en que viene prestando sus servicios⁷. Este síndrome incorpora un estado anímico de frustración dadas las altas expectativas que el propio trabajador y el entorno han depositado en la actividad profesional y la nula o casi nula satisfacción que produce el desempeño real de la actividad laboral⁸. Las consecuencias van apareciendo poco a poco. Fatiga, problemas del sueño, dolores de cabeza, ansiedad, depresión e incluso actitud agresiva son algunos síntomas que se pueden detectar cuando se produce esta patología. Patología que, además, se suele producir en trabajadores del sector servicios fundamentalmente, profesiones sanitarias y enseñanza.

⁵ BOE de 16 de marzo de 2006, núm. 64. El Acuerdo Marco se incorpora como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2005.

⁶ Urruticoetxea Barrutia, M., "Reflexiones en torno a la prevención de riesgos psicosociales", *Revista de Derecho Social*, 39, 2007, p. 80.

⁷ Martínez de Viegol Lanzagorta, A., "La consideración de síndrome de "burn-out" como constitutivo de la contingencia profesional de Accidente de Trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 59, 2005, p. 217.

⁸ STSJ de Cataluña, de 20 de enero de 2005, (R. 6118/2007).

C. Acoso

Diversas son las modalidades de acoso y violencia en el trabajo que se pueden dar. Pero a grandes rasgos podemos decir, que acoso es la situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo⁹. La doctrina jurídica ha entendido que existe acoso cuando se abusa amenaza y/o humilla a un trabajador por parte de otro y/o por parte de los directivos, en circunstancias relacionadas con el trabajo, de forma repetida y deliberadamente¹⁰.

En la tipología de acoso, ya se trate de acoso moral conocido como *bossing* si es acoso moral vertical, o *mobbing*, si es acoso moral horizontal, ya se trate de acoso sexual, también vertical u horizontal, se produce la existencia o presencia de un agente que da lugar a esa patología. Se trata de la conducta directa de otra persona que es la responsable del mismo (cuestión que no se produce en el estrés o en el *burn-out*). Es una conducta hostil, que analizada de forma aislada puede considerarse irrelevante, pero que por su reiteración dan lugar a una clara intencionalidad no causal. Las consecuencias fundamentales del acoso son la generación de situaciones de estrés y un mayor absentismo. Además, los casos de acoso tienen una peculiaridad y es que han ido y van ligados a la vulneración de derechos fundamentales, integridad física y moral y a la dignidad del trabajador¹¹.

2.1.2. El elemento subjetivo como factor de producción del daño

Una vez analizados, de forma muy breve, los factores objetivos que dan lugar a cada uno de los riesgos psicosociales con relevancia en lo laboral, el elemento subjetivo constituye un matiz a tener en cuenta, no tanto para determinar la existencia del riesgo laboral, sino para se produzca el daño. El Acuerdo Marco

⁹ STSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2005 (R. 5436/2005).

¹⁰ Cavas Martínez, F., "El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo", *Aranzadi Social*, 11, 2007 (versión on-line). En esta materia es importante tener en cuenta el Criterio Técnico de la ITSS 69/2009 sobre la actuación de la Inspección de Trabajo en materia de Acoso y Violencia en el trabajo, on line: http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15729/doc42210_Criterio_tecnico_ITSS_acoso_y_violencia.pdf.

¹¹ STSJ del País Vasco, de 28 de febrero de 2008 (R. 2879/2007); Incluso a veces se interrelacionan con otros derechos fundamentales como la libertad sindical en la STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2012 (R. 4824/2011).

sobre Estrés, ya preveía entre los factores que influyen en el mismo el elemento subjetivo: «presiones emocionales y sociales, sentimiento de no ser capaz de hacer frente, impresión de no ser apoyado, etc.». Doctrina y jurisprudencia han destacado este elemento como parte, no única, para determinar la existencia del daño, y que éste sea calificado como accidente de trabajo, o simplemente como enfermedad común. El elemento subjetivo no es la llave que abre o cierra la puerta entre lo laboral y lo que no lo es, pero sí que en ocasiones, será una cuestión más a tener en cuenta para valorar la existencia del daño, y si ese daño es laboral. No olvidemos, en este sentido, que lo realmente importante, no desde la óptica preventiva, sino desde una perspectiva eminentemente reparadora, es la necesidad de que exista una relación causal exclusiva entre el trabajo y la enfermedad psicológica¹².

La propia subjetividad de la persona resulta ciertamente importante ya que determina una mayor o menor exposición al riesgo, y por tanto, una mayor o menor probabilidad de que se produzca el daño. En este elemento habría que tener en cuenta varias variables: el propio carácter de la persona, las expectativas que se hayan creado en relación con la trayectoria profesional, la percepción subjetiva que tenga de su posición en el mercado y en los momentos actuales, la percepción que se tenga respecto a la situación de crisis económica y las perspectivas de futuro¹³. Sin embargo, y dado que no nos encontramos ante una ciencia exacta, no se produce el mismo influjo ni los mismos resultados de los riesgos psicosociales en todas las personas trabajadoras, ni en todos los momentos de la vida laboral. Puede ocurrir que un trabajador sometido a esos riesgos psicosociales nunca desencadene la patología y, que por el contrario, otros trabajadores sometidos a estos riesgos, desarrollen estas enfermedades psicológicas laborales.

Esto es lo que se produce en los casos como el de la STSJ de País Vasco, de 2 de noviembre de 1999 (R. 320/1999) en la que se reconoce el *burn-out* en un trabajador con una personalidad perfeccionista y obsesiva; el caso de la STSJ de Cataluña, de 20 de enero de 2005 (R. 6118/2003) en la que se reconoce la personalidad perfeccionista y con un alto nivel de auto-exigencia; o el caso de la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2005 (R. 2236/2005) en el que se diagnostica al trabajador personalidad obsesiva y trastorno ansioso depresivo. El elemento subjetivo, no desencadena, sin más, una patología de origen

¹² Martínez Barroso, M. R., *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, Murcia, 2007, pp. 57-80.

¹³ Fernández García, R., “El riesgos psicosocial en una situación de crisis”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 84, 2001 (versión on-line).

laboral. Puede tener cierta importancia en los supuestos de enfermedad común si se produce sin relación de exclusividad con el trabajo o cuando, aun teniendo cierta relación con el trabajo¹⁴, éste no es el desencadenante de la misma¹⁵. La calificación de contingencia profesional únicamente puede provenir de que concurra el supuesto previsto en el art. 115. 2 e) LGSS, y ello exige, que la única causa de enfermedad sea el trabajo. De forma constante la jurisprudencia ha determinado que no basta con que la patología se desencadene a consecuencia del modo en que el trabajador viva determinados sucesos de la relación laboral, sino que no deben confluír otros elementos desencadenantes, y además, que no venga provocada por una personalidad propia, que le hace ser así y tener esa percepción de la relación laboral diferente a la que tienen los compañeros que han vivido el mismo suceso o desempeñan su trabajo en el mismo puesto con las mismas condiciones laborales. De aquí que pueda resultar relevante como elemento indiciario determinar si el trastorno anímico se habría producido en la mayoría de personas colocadas en su misma situación laboral o si el grueso de ellos no habría enfermado¹⁶.

Ahora bien, lo normal es que el elemento subjetivo vaya acompañado de circunstancias o hechos que se producen en el ámbito del trabajo y que dan lugar a una determinada patología, siendo irrelevante que el trabajador tenga una determinada personalidad. Y en esta línea, y por determinar la irrelevancia del elemento subjetivo, algunos pronunciamientos judiciales han entendido que aunque el trabajador tuviera una personalidad que gozara de «un alto y permanente estado de ánimo», el trascurso del tiempo sometido a factores estresantes derivaría necesariamente en una patología psicosocial¹⁷.

De lo dicho hasta ahora, varias cuestiones queremos destacar a los únicos efectos de la seguridad y salud en el trabajo. La primera de ellas, que el elemento subjetivo tiene una intervención “suave” en la producción o

¹⁴ STSJ de Andalucía, Granada, de 13 de diciembre de 2006 (R. 2043/2006) en la que el demandante desempeñaba un trabajo de responsabilidad que provoca situaciones de estrés (para todos los compañeros especialistas en venta, también en la misma medida) por lo que la actividad laboral no puede ser causa exclusiva; STSJ de Cataluña, de 6 de febrero de 2008 (R. 8265/2007) en el que el Tribunal no entiende causa laboral en el estrés producido por el despido, estableciendo que la mayor o menor influencia de una decisión empresarial en el sujeto no determina la contingencia profesional.

¹⁵ Cuestión que ha sido criticada Jurado Segovia, Á., “Enfermedades Psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas”, *Aranzadi Social*, 13, 2009 (versión on-line).

¹⁶ STSJ de País Vasco, de 29 de diciembre de 2006 (R. 2374/2006).

¹⁷ Juzgado de lo Social de Alicante, núm. 1, de 6 de mayo de 2004, (Procedimiento 519/2002).

materialización del daño, y por tanto, en la actualización del riesgo. Hay que diferenciar el estrés y el *burn-out*, del acoso y la violencia en el trabajo, ya que en éste último caso la personalidad de la víctima es menos trascendente aún de lo que lo es en los otros dos supuestos. Aunque no hay que olvidar, que también en el acoso es necesario objetivar las conductas. La agresión y la violencia no puede ponderarse en términos subjetivos sino que es necesario medirlo con un estándar¹⁸ de comportamiento¹⁹. En todo caso, los factores objetivos de riesgo pueden dar lugar, por sí solos, al estrés, *burn-out* o acoso y violencia en el trabajo, lo que nos lleva, desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, a determinar la obligación del empresario (art. 14 y 15 LPRL).

En la mayoría de las ocasiones en las que se produce la patología, sea la que sea, ésta se debe a un incumplimiento de la obligación de seguridad y salud en el trabajo del empresario, especialmente en los casos de estrés y *burn-out*, los cuales se enmarcan en la esfera de control del propio empresario. Una ausencia de evaluación de riesgos psicosocial o una inadecuada planificación preventiva; una falta o inadecuada formación e información sobre estos riesgos; y una falta de adopción de medidas de prevención cuando el riesgo ya se está materializando, conlleva una vulneración del deber de seguridad que, además de desprender el elenco de responsabilidades propias del sistema de prevención de riesgos, implica la posibilidad de que el trabajador pueda extinguir su contrato de manera voluntaria e indemnizada por la vía del art. 50 ET²⁰, y la propia vulneración de art. 15 CE que recoge el derecho a la vida y a la integridad. En este sentido se ha planteado la vulneración del art. 15 CE en su vertiente del derecho a la integridad física y moral cuando una determinada actuación de la empresa lleva a la trabajadora a un estado ansioso depresivo consecuencia de una situación laboral anterior. Se trata de la conocida STC 160/2007, de 2 de julio en la que consta que se ha vulnerado, en primer lugar la LPRL, al querer trasladar a la trabajadora al centro donde años atrás había vivido un conflicto laboral que la produjo enfermedades psíquicas. En segundo

¹⁸ STSJ de Galicia, de 25 de enero de 2012 (R. 4640/2009).

¹⁹ Urruticoetxea Barrutia, M., "Reflexiones en torno a la prevención de riesgos psicosociales", *op cit*, pp. 80. Además no todo ejercicio de las potestades pueden calificarse como Acoso. Es necesario una conducta grave del empresario que origine un entorno negativo desde la perspectiva subjetiva de quien lo padece, sino objetivamente considerada, ya que puede ocurrir que nos encontremos ante un trabajador con una sensibilidad marcada cuyo entorno objetivamente considerado no es efectivamente hostil (STSJ de Cantabria, de 3 de julio de 2006 (R. 505/2006)).

²⁰ STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2005 (R. 2236/2005).

lugar, el Tribunal entendió que la nueva percepción subjetiva de la trabajadora cuando se la informó del cambio no es sólo consecuencia de su personalidad, sino que hay una relación directa entre la susceptibilidad de la trabajadora, el estado físico de la misma y la decisión de traslado al centro de trabajo donde se había producido el problema laboral. En tercer lugar, el Tribunal considera que se ha infringido el art. 15 CE ya que para apreciar la vulneración de este derecho no será preciso que la lesión se haya consumado lo que la convertiría en una protección ineficaz, sino que basta con que se acredite un riesgo relevante que pueda llegar a producirse.

Pudiera darse el caso de que la empresa cumpliera con todas las obligaciones que impone la LPRL, y que aún así, se produjese la patología. Si se dan los requisitos, el trabajador sufrirá una contingencia que será calificada como profesional pero no se desprenderán las responsabilidades propias de haber vulnerado los derechos de seguridad y salud. Lo que ocurre es que, tal y como se ha interpretado la LPRL, el deber empresarial de prevenir los riesgos es un deber genérico que comprende un elenco de obligaciones amplias (cuantitativa y cualitativamente) presididas todas ellas por el principio de integración de la actividad preventiva, con lo que no será difícil encontrar un incumplimiento empresarial relacionado con estos riesgos y con su falta de prevención²¹.

La tercera cuestión gira en torno al tema que vamos a desarrollar a partir de ahora en la comunicación. Como venimos diciendo, el origen de las patologías psicosociales se encuentra en la interacción entre el contenido del trabajo, las características del mismo y su posible repercusión en las condiciones personales o subjetivas, y la falta de medidas de prevención adecuadas para evitar que se produzcan. Esto es independiente de que, además, algún trabajador pueda presentar una especial sensibilidad a algún agente o procedimiento (art. 25 LPRL). Aunque el elemento subjetivo esté presente en la mayoría de las ocasiones que hemos visto, esto no implica necesariamente que el trabajador sometido a riesgos psicosociales sea considerado especialmente sensible según lo dispuesto en el art. 25 LPRL.

El legislador nacional siguiendo las pautas de la Directiva 89/391/CEE, ha querido proteger de forma particular a aquellos trabajadores que sean considerados especialmente sensibles a los riesgos laborales. Pero, ¿quiénes son estos trabajadores especialmente sensibles?, ¿qué peculiaridades presentan?, ¿por qué es importante tratar el tema de los riesgos psicosociales de

²¹ Martín Hernández, M.L., “El deber del empresario de prevenir todos aquellos riesgos laborales que puedan llegar a producir algún tipo de daño psicológico sobre la salud de sus trabajadores”, *Aranzadi Social*, 3, 2005 (versión on-line).

los trabajadores especialmente sensibles? Todas estas son preguntas que vamos a intentar responder en las siguientes páginas.

2.2. Los Trabajadores Especialmente Sensibles y los Riesgos Psicosociales

Con el objetivo de poder delimitar la aplicación de la tutela que se desprende de art. 25 LPRL en relación, además con los riesgos psicosociales, será necesario en primer lugar, conocer quiénes son esos trabajadores especialmente sensibles y en segundo lugar, en qué consiste su tutela.

2.2.1. Quiénes son Trabajadores Especialmente Sensibles

Trabajador especialmente sensible (en adelante TES) es cualquier trabajador cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos presentes en el trabajo o a los riesgos que se agravan como consecuencia del trabajo²² y para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada²³. Veamos detenidamente cada uno de los elementos de esta definición.

En los TES son las características personales las que dotan de relevancia al puesto de trabajo en lo que a la prevención se refiere. Tanto, que si ese puesto fuese desempeñado por otro trabajador que no fuera especialmente sensible, el puesto en sí no presentaría ninguna peculiaridad. La especial sensibilidad se haya en el trabajador y no en el puesto de trabajo. Esto nos lleva a eliminar la posibilidad de que, por ejemplo, los trabajadores temporales, los trabajadores nocturnos²⁴ o los trabajadores a turnos sean trabajadores especialmente sensibles sólo por este hecho. Es el trabajador lo que es especialmente sensible y no el trabajo que se realiza. Además estos trabajos ya tienen regulaciones específicas en materia de prevención e riesgos laborales²⁵. No quiere decir esto, que haya una absoluta desconexión entre las características subjetivas y el trabajo. Obviamente, la determinación de la tutela es producto de la conexión entre la especial sensibilidad y el riesgo al que se está expuesto ya que un

²² STSJ de Castilla y León, de 3 de enero de 2001 (R. 2185/2000).

²³ Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²⁴ STSJ de Navarra, de 11 de marzo de 2008 (R. 56/2008).

²⁵ Trabajadores Temporales: art. 28 LPRL; trabajadores nocturnos y a turnos: art. 36 ET.

trabajador es especialmente sensible a algo, es decir, es especialmente sensible a los riesgos y a las características que revisten el puesto de trabajo de forma que, por ejemplo, un trabajador que es diabético, no puede realizar trabajos nocturnos, siendo por tanto especialmente sensible a la nocturnidad como característica del puesto de trabajo (lo que no significa decir que, todos los trabajadores nocturnos por el hecho de serlo, son especialmente sensibles).

Cualquier trabajador puede tener algún rasgo físico, psíquico o sensorial que obliga a adaptar el puesto de trabajo vía art. 15 LPRL. Ahora bien, cuando un determinado rasgo se convierte en un condicionante para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo y la incidencia de los riesgos en el trabajo es mayor, entonces se puede hablar de TES. En relación con estos condicionantes hay que hacer un par de matizaciones. En primer lugar, no se trata de un condicionante que necesariamente provoque una disminución de la capacidad laboral, dando lugar, si llegase el caso a la situación de IT. El condicionante simplemente supone una limitación del trabajador para el desempeño de su trabajo. En segundo lugar, hay que poner especial atención, a los condicionantes psicológicos, por las dificultades que entrañan en sí mismos. La sensibilidad es la capacidad de un organismo de reaccionar ante estímulos. En PRL, la sensibilidad es una condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos del trabajo. Por ello, absolutamente todos los trabajadores pueden mostrar una sensibilidad concreta a los riesgos laborales (elemento subjetivo del que hemos dado cuenta anteriormente) de forma que podemos hablar de estándar de sensibilidad para el que la norma preventiva fija el llamado estándar de prevención. Si la influencia de los riesgos en el trabajo se mantiene en niveles normales de afectación, nos encontramos dentro del estándar de sensibilidad para los que la simple adecuación al trabajo a la persona, establecido como tal en el art. 15.1.d) LPRL es suficiente. Sin embargo, si los riesgos en el trabajo afectan en mayor medida a un trabajador debido a sus circunstancias personales, nos encontramos ante un TES para los que la adecuación del trabajo no siempre es suficiente y para los que es necesario llevar a cabo otras medidas preventivas. La exigencia legal de la especial sensibilidad como presupuesto de la obligación empresarial supone que ésta no se aplicará a los trabajadores meramente sensibles sino solamente a aquellos que sean particularmente vulnerables a los riesgos laborales debido a sus circunstancias subjetivas sobrepasando los parámetros ordinarios de susceptibilidad a los riesgos. Ello quiere decir que, el sujeto

merecedor de la tutela será el sujeto que tenga una susceptibilidad en un grado superior²⁶.

Este concepto de TES nos lleva a afirmar que, en relación con lo riesgos psicosociales, tenemos que poner el acento en dos cuestiones. Por un lado, en que el trabajador pueda tener un condicionante psicosocial que en conexión con su puesto de trabajo y los riesgos de su puesto le puedan hacer especialmente sensible; y por otro lado, que el hecho de que puedan existir riesgos psicosociales en el puesto de trabajo y que estos se materialicen o puedan actualizarse, en parte, por la influencia de los factores subjetivos, no implica que estos trabajadores se conviertan en especialmente sensibles²⁷. No obstante, no es ésta una cuestión fácil de delimitar por cuanto el elemento subjetivo y las características personales o condicionantes psíquicos de los que hablamos en materia de sensibles pueden estar separados por una fina y débil línea divisoria que a veces podría romperse²⁸.

2.2.2. La Tutela reforzada de los Trabajadores Especialmente Sensibles en el caso de Riesgos Psicosociales

La tutela reforzada que el ordenamiento ha querido prever para los trabajadores especialmente sensibles se basa en una exigencia de cuidado especial y de reforzamiento de las obligaciones empresariales de prevención y de la diligencia con que debe cumplirlas²⁹.

²⁶ Moreno Solana, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, *op cit*, pp. 32-36.

²⁷ Se reconocen especialmente sensibles supuestos como la STSJ de Canarias, de 31 de mayo de 2001 (R. 1099/1999); o en la STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006 (R. 595/2006).

²⁸ Hay quienes tienen una opinión diferente. Cos Egea, M., “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Aranzadi Social*, 12, 2010, (versión on-line): «también serán incluibles en este concepto de características personales aspectos de carácter psíquico como la personalidad, el temperamento, el comportamiento o el estado de ánimo del trabajador que lo hagan especialmente sensible a los riesgos laborales. Lo anterior nos permite entender incluido dentro del ámbito de protección del art 25 LPRL los supuestos de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos psicosociales». En sentido parecido, García Jiménez, M., “El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo por disminución de la capacidad de la empleada pública”, *Aranzadi Social*, 2, 2005 (versión on-line).

²⁹ Sobre los TES y la tutela de la que son acreedores: García Perrote Escartín, I., “Protección de Trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en Casas Baamonde, M. E., *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997; Palomo Balda, E., “Grupos Especiales de Riesgo”, en Cuadernos de

Aunque no se trata de una medida preventiva estrictamente hay que hacer especial referencia a la evaluación de riesgos. Hay que realizar una evaluación de riesgos inicial y periódica en la que se tenga en cuenta la posibilidad de que el puesto pueda ser ocupado por TES, dando cumplimiento al art. 16 LPRL y al art. 4 RD 39/1997. Pero además, cuando se haya identificado la existencia de un posible trabajador especialmente sensible, hay que realizar una evaluación de riesgos específica³⁰ de forma que se de cumplimiento, por otro lado, a las previsiones del art. 25 LPRL. La Vigilancia de la salud³¹ y la evaluación de riesgos determinarán las medidas preventivas que hay que tomar en cada caso. Medidas que en cualquier caso, y por aplicación analógica del art. 26 LPRL, deben tomarse de forma escalonada. En este sentido, en primer lugar se deberá adaptar el puesto de trabajo y en caso de no poder adaptar el mismo, habría que cambiar de puesto a otro de la misma categoría o grupo profesional y sólo en caso de que no exista tal puesto, se podría cambiar al TES a un puesto de distinta categoría o grupo profesional. En este sentido, y por seguir con la analogía respecto a la regulación de prevención de la protección de la maternidad, será necesario tener un listado de puestos exentos de riesgos donde poder hacer el cambio de puesto de manera protocolizada, que otorga una seguridad jurídica que de otra forma es difícil.

Derecho Judicial, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Dykinson, Madrid, 2006; González Ortega, S. Y., y Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.

³⁰ A favor de las evaluaciones específicas como parte de las obligaciones empresariales en materia de trabajadores especialmente sensibles sometidos a riesgos psicosociales está la Inspección de trabajo. Ver la Guía de Actuación inspectora en Riesgos Psicosociales, en línea http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion_Riesgos_Laborales/007/001/columna1/7.1_GUIA_DE_ACTUACION_Factores_Psicosociales.pdf.

³¹ La vigilancia de la salud tiene una doble función. Por un lado actúa como instrumento de identificación y calificación de los TES. Por otro lado actúa como instrumento de prevención de riesgos. En cualquiera de los dos casos, el problema fundamental que plantea esta cuestión, es la voluntariedad u obligatoriedad de los reconocimientos médicos. Dadas las excepciones reguladas en el propio art. 22 LPRL la vigilancia de la salud en estos casos se convierte en obligatoria ya que, junto a la evaluación de riesgos permite identificar la existencia de TES y la necesidad o no de tratamiento preventivo especial.

3. ¿Pueden ser causa de la Especial Sensibilidad los Riesgos Psicosociales?

Los riesgos psicosociales presentan sus propias peculiaridades respecto a los TES, por lo que conviene detenernos en algunas de ellas. Como ya hemos dicho anteriormente, hay que distinguir dos situaciones. Una cosa es que un TES pueda estar sometido a riesgos psicosociales, y otra, que los riesgos psicosociales puedan ser causa de la especial sensibilidad.

Respecto al primer supuesto, no nos plantea grandes problemas. El trabajador tendrá un condicionante físico, psíquico o sensorial previo, que puesto en conexión con el riesgo psicosocial le hacen especialmente más vulnerable a esos riesgos. La dificultad residen en probar que existe ese condicionante físico, psíquico o sensorial y determinar que al ponerse en contacto con el trabajo se produce un problema que debe resolverse desde la prevención de riesgos laborales³². Un ejemplo de esta situación es el caso de la STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006 (R. 595/2006) en la cual el trabajador, empleado en una caja de ahorros, sufre una deficiencia auditiva, hipoacusia bilateral de 55 decibelios en el oído derecho, y 30 en el oído izquierdo, lo que le dificulta la comprensión en la comunicación oral propia del puesto de trabajo de atención al público³³. Esta situación le genera un estrés agudo permanente que condiciona la sintomatología en la esfera depresiva por agotamiento psíquico, anímico y emocional. Se trata de un caso en el que el factor estresante es la atención al público que al llevarse a cabo por una persona con hipoacusia bilateral importante le convierte en trabajador especialmente sensible. El Tribunal determina en este supuesto que la medida adecuada es el cambio de puesto de trabajo donde no haya atención al público y declara que la adaptación física que había llevado a cabo la empresa (poner una mampara de cristal) no sólo no es suficiente, sino que es una medida inadecuada.

Cuestión diferente es que el riesgo psicosocial pueda ser la causa de la especial sensibilidad. Cuando un trabajador está sometido a riesgos psicosociales y

³² Es independiente que la especial sensibilidad haya sido causa por el propio trabajo o no para que se genere el derecho a la tutela. La única diferencia es que cuando se trata de patologías psicosociales que se han producido por el trabajo (falta de medidas de seguridad), ya no es necesario probar por parte del trabajador que es un TES y por ende que tiene derecho a la tutela reforzada.

³³ En este caso, se trata de un condicionante físico previo (hipoacusia bilateral), pero tendría el mismo tratamiento si en un caso similar el trabajador en vez de tener un condicionante físico fuera psíquico que puesto en conexión con el riesgo psicosocial pueden dar lugar a la calificación del trabajador como especialmente sensible.

estos se actualizan, sufriendo el trabajador un daño en su salud, será necesario determinar si la patología psicosocial da lugar a una especial sensibilidad del trabajador. Si atendemos a la definición que dimos en el apartado correspondiente, podemos ya afirmar que no nos encontramos en un supuesto de especial sensibilidad. Nos encontramos ante la producción de un accidente de trabajo del que se derivan las responsabilidades oportunas y respecto al cual habrá que tomar las medidas adecuadas para que ni ese trabajador, ni otro que pueda ocupar el puesto de trabajo sufra el daño ocasionado por el accidente de trabajo. No se trata de medidas dirigidas a la adaptación del puesto el cambio. Estas medidas deben ser pensadas desde la óptica de la disminución o adecuación de los factores que han originado la patología, buscando nuevos sistemas de organización de trabajo, eliminando problemas en la dirección o liderazgos, mediante políticas de recursos humanos de disminución del estrés, de eliminación del acoso, etc.

Es necesario en este punto, volver a traer lo que decíamos del elemento subjetivo. Puede haber una mayor o menor susceptibilidad a la fatiga, al estrés o al síndrome de estar quemado, pero esa mayor susceptibilidad no es el elemento que determina la especial sensibilidad del trabajador. Esa mayor susceptibilidad está dentro de lo que hemos denominado el estándar de sensibilidad que no significa que el trabajador no esté protegido en materia de prevención, sino que se encuentra bajo el paraguas del principio preventivo de adaptación del puesto de trabajo desde el art. 15. 1. d) LPRL, y no desde el art. 25 LPRL.

Esta afirmación está respaldada por algunos pronunciamientos judiciales que de forma muy clara manifiestan que no es lo mismo el elemento subjetivo respecto a los riesgos psicosociales que el hecho de que estemos ante un TES. Se trata de la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001 (R. 1099/1999) en el que el trabajador médico del servicio de salud es trasladado al servicio de urgencias de ese centro. Dos años más tarde, interpone demanda en la que solicita cambio de jornada eliminando el turno nocturno o el cambio a otro puesto de trabajo. El trabajador tiene problemas cardíacos y está padeciendo estrés provocado por la obligatoriedad de tener que sumir servicios nocturnos en el servicio de urgencias. El riesgo derivado del estrés y del trabajo nocturno se ha materializado en caso incapacitándole para su trabajo, y aunque tal riesgo afecta a todos los que presten servicios en los citados puestos de trabajo, las particulares condiciones de este trabajador hacen que lo sufra en un grado particularmente elevado, habiéndole, además, originado consecuencias dañosas. Así lo establece la sentencia:

En principio del mero hecho de que el trabajador haya sido afectado por un riesgo y haya contraído una enfermedad no se deduce sin más que esté especialmente afectado por el mismo y que por tanto haya de ser alejado del puesto de trabajo. Tal solución sería incorrecta por cuanto si el riesgo afecta con carácter general a quienes prestan servicios en estos puestos, la solución legal obliga a la empresa a corregir tales deficiencias, sin que pueda solucionarse el problema con el mero alejamiento del puesto de quienes en un determinado momento causaren baja médica por materializarse el riesgo, puesto que otros en su lugar seguirían sufriendo el mismo riesgo sin corrección alguna. Al tratarse de un riesgo de carácter general y no particular, ello debería llevar a la empresa a implementar medidas correctoras para todos los trabajadores afectados por el riesgo, que podrían ser exigidas jurídicamente por los mismos, quienes también tendrían la posibilidad, cuando el riesgo se ha materializado, de exigir las correspondientes indemnizaciones o responsabilidades si el daño para la salud tuviese como causa un incumplimiento empresarial de sus obligaciones.

Pero cuando, como ocurre en este caso, estamos ante personas especialmente sensibles al riesgo, que presentan factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales, no basta con la adopción de medidas dirigidas a la salvaguarda de la salud de los trabajadores que ordinariamente sufren el mismo, sino que la empresa, previa constatación de dicha circunstancia, está obligada a alejar al trabajador de aquel puesto que para él entraña un riesgo añadido de daños, a falta de otras medidas de protección adicionales, que aquí no se proponen ni constatan, que permitieran a dicha persona trabajar en unas condiciones adecuadas a la vista de su particular situación. Y por tanto, quedando probado que el trabajo nocturno está especialmente contraindicado al actor, así como el trabajo sometido a estrés emocional, como es el propio del servicio de urgencias, el deber elemental de protección de bienes jurídicos muy superiores al interés productivo de la empresa, como son la vida y la integridad física, obligan a primar éstos, alejando al trabajador de aquello que le causa daño. En definitiva la relación de servicios, bien sea instrumentada en contrato de trabajo o en relaciones de naturaleza administrativa, implica la cesión por el trabajador en favor del empleador de una determinada actividad o esfuerzo productivo durante un tiempo determinado, pero no conlleva cesión alguna de la salud, la vida o la integridad física del trabajador en favor de su empleador, algo que por su propia naturaleza es, con carácter ordinario, inexigible.

4. Los Riesgos Psicosociales como consecuencia del incorrecto reconocimiento de la especial sensibilidad

Un tema que no ha sido tratado, pero que reviste cierta importancia es la posible aparición de los riesgos psicosociales, no como riesgos que afectan de

forma especial a los TES, sino la aparición de los riesgos psicosociales como consecuencia del reconocimiento de la especial sensibilidad o como consecuencia del incorrecto reconocimiento.

Empezando por el incorrecto reconocimiento de la especial sensibilidad, tenemos que decir que se trata de un supuesto, en el que en realidad es como si se produjese una falta de reconocimiento en todos sus términos pero con un agravante. Además, del riesgo que perjudica al trabajador especialmente sensible pueden aparecer, nuevos riesgos, esta vez psicosociales, producidos por ese incorrecto reconocimiento. Pensemos por ejemplo, en el caso de la sentencia del trabajador que tenía dolencias cardíacas que solicita su declaración como trabajador especialmente sensible para eliminar el turno de noche en el servicio de urgencias. Imaginemos que la empresa hubiera decidido hacer un cambio de puesto al de recepción de servicio de maternidad pero en turno de noche también. En este caso, no sólo no se estaría solucionando el problema inicial, sino que además, se le podrían generar problemas sobreañadidos de estrés derivados del enfrentamiento a una situación en el que la empresa cumple erróneamente su deber de prevención. En estos casos la solución sólo pasa por seguir los procedimientos internos y/o judiciales en el que se harán constar y probarán estas nuevas patologías que se han añadido al problema de salud inicial y que generan, en sí mismos, una contingencia profesional por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales.

Diferentes son los riesgos psicosociales que aparecen como consecuencia del reconocimiento de la especial sensibilidad. Se trata de valorar la posible repercusión que tiene sobre el ambiente laboral, el reconocimiento de una especial sensibilidad. Esta repercusión puede ser doble. Por un lado, que se adapte el puesto o se produzca un cambio, puede generar ciertos malestares que perjudiquen el ambiente de trabajo; por otro lado, puede que el mal ambiente de trabajo se cree por el propio empresario, a quien tener que llevar a cabo esa adaptación o cambio, le genera molestias.

Centrándonos en el primero de los casos (porque el segundo daría lugar a una posible situación de acoso que necesita un estudio concreto), el empresario deberá, desde la prevención de riesgos laborales, tomar medidas que prevengan los riesgos psicosociales que se puedan generar con el reconocimiento de la especial sensibilidad, como consecuencia, por ejemplo, de la necesidad de aplicar el art. 39 ET y hacer una movilidad funcional de otros trabajadores, o como consecuencia de una adaptación de las condiciones que puedan “perjudicar” a los compañeros. En definitiva, el empresario tendrá, al mismo tiempo que determina la medida de prevención de riesgos para el TES,

establecer las soluciones adecuadas para evitar el desencadenamiento de un mal ambiente laboral que de lugar a riesgos psicosociales que, de no ser el reconocimiento de la especial sensibilidad, no hubiesen aparecido.

Más dificultades nos plantea el hecho de que al aplicar el art. 25 LPRL se pueda pensar en la modificación sustancial de las condiciones de otro trabajador por causas organizativas (art. 41 ET). Aunque es cierto que no existe regulación jurídica alguna sobre la adaptación o el cambio de puesto de trabajo al respecto de los TES, de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se infiere que la aplicación del art. 25 LPRL no puede implicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de otro trabajador. Dos son las razones que nos han llevado a esta conclusión, la primera que la jurisprudencia siempre establece la obligación de la empresa y la carga de probar que no es posible llevar a cabo la adaptación o el cambio, lo que significa que si el empresario con sus medios y el sistema organizativo de su empresa, no puede llevar a cabo estas medidas preventivas y ello queda demostrado, no será posible la aplicación de la LPRL. La segunda, que la doctrina coincide en que será el sistema de Seguridad Social el que se encargue de proteger al trabajador cuando el sistema de prevención resulte ineficaz y en última instancia habrá que proceder a la extinción del contrato por vía del art. 52.1 a) ET.

5. Conclusiones

El tema de los TES y los riesgos psicosociales es tratado en la doctrina de forma constante, pero no ha recibido un análisis en profundidad del que se puedan obtener respuestas claras. Esta comunicación sólo pretende ser el primer peldaño de ese análisis en profundidad que requiere un tema como éste. Nuestro trabajo ha pivotado sobre el elemento subjetivo y su importancia como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Como hemos ido viendo a lo largo de la jurisprudencia, el elemento subjetivo, la percepción y la personalidad del trabajador influye en la producción del daño psicosocial, pero son los riesgos que objetivamente se producen en el trabajo los que determinan la existencia final del daño y su calificación como accidente de trabajo (como ya dijimos, desde una perspectiva eminentemente reparadora, y por tanto, de seguridad social).

Sentado lo anterior, y ya desde una perspectiva prevencionista, y por tanto, de seguridad y salud en el trabajo, hemos querido diferenciar varios supuestos que pueden producirse y la regulación que se les aplicaría a cada uno de ellos. En primer lugar, encontramos el supuesto del TES. Se trata de un trabajador

sometido, o que pudiera estarlo, a los riesgos psicosociales. Estos trabajadores tienen un condicionante (que puede ser psíquico) previo a la existencia misma del riesgo psicosocial, es decir, haya o no riesgo, la persona ya tiene esa características personal que le puede llevar a encuadrarse en la categoría de TES. A estos, es a los que únicamente se les aplicará el art. 25 LPRL. En segundo lugar, encontramos el supuesto del trabajador sometido a riesgos psicosociales, en el cual uno de los factores a tener en cuenta es la propia subjetividad del trabajador. En este caso no se trata de TES, por lo que no es susceptible de aplicación el art. 25 LPRL. Sin embargo, la LPRL no les deja desamparados en este sentido, sino que al contrario, será el sistema preventivo, a través del principio de adaptación del puesto a la persona el que deberá encargarse.

Por último, hemos hecho referencia al riesgo psicosocial que aparece como consecuencia del reconocimiento de la especial sensibilidad. En estos casos el deber de prevención del empresario abarcará la obligación de éste de prever la situación y tomar las medidas necesarias para evitar que se produzcan los daños psicosociales derivados de estos riesgos.

6. Bibliografía

- CABEZA PEREIRO J., *La Salud Psicológica y Social de los Trabajadores: Prevención de Riesgos Psicosociales*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Los servicios de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 2009
- CAVAS MARTÍNEZ F., *El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo*, en *Aranzadi Social*, 2007, 11
- COS EGEA M., *Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial*, en *Aranzadi Social*, 2010, 12
- FERNÁNDEZ GARCÍA R., *El riesgos psicosocial en una situación de crisis*, en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 2001, 84
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo por disminución de la capacidad de la empleada pública*, en *Aranzadi Social*, 2005, 2
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN I., *Protección de Trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*, en M.E. CASAS BAAMONDE, *Seguridad y Salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997
- GONZÁLEZ ORTEGA S.Y., APARICIO TOVAR J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996

- JURADO SEGOVIA Á., *Enfermedades Psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas*, en *Aranzadi Social*, 2009, 13
- HERNÁNDEZ MARTÍN M.L., *El deber del empresario de prevenir todos aquellos riesgos laborales que puedan llegar a producir algún tipo de daño psicológico sobre la salud de sus trabajadores*, en *Aranzadi Social*, 2005, 3
- MARTÍNEZ BARROSO M.R., *Riesgo psicosocial en el sistema de protección social*, Laborum, Murcia, 2007
- MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA A., *La consideración de síndrome de “burn-out” como constitutivo de la contingencia profesional de Accidente de Trabajo origen de la declaración de incapacidad permanente absoluta*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, 59
- MORENO SOLANA A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- PALOMO BALDA E., *Grupos Especiales de Riesgo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*, Dykinson, Madrid, 2006
- URRUTICOETXEA BARRUTIA M., *Reflexiones en torno a la prevención de riesgos psicosociales*, en *Revista de Derecho Social*, 2007, 39

La prestación por riesgo durante la lactancia natural: su configuración legal y sus condicionantes psicosociales

de Lara M. Munín Sánchez

1. Concepto

El riesgo durante la lactancia aparece regulada en los artículos 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social y en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y constituye una situación protegida compleja; circunstancia esta que se revela desde el punto y hora en que no responde exclusivamente a una decisión sobre la existencia del riesgo en sí mismo, sino que pende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a uno compatible con la situación de la lactante; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la Entidad Gestora tampoco tendría que soportar – al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación¹ – el coste de un subsidio que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas. Esta compleja prestación económica por riesgo durante la lactancia natural tiene su fundamento en la posibilidad de que los factores de

¹ Derivada del principio de automaticidad de las prestaciones. Cfr. artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social. Sobre la figura puede consultarse, in extenso, Sempere Navarro, A. V. *et alia*, *Comentario al artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor, Reuters-Thomson-Aranzadi, 2008.

riesgo derivados de las condiciones de trabajo de la madre se transmitan al hijo a través de la leche materna² y se configuró, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (y, en concreto, de su Disposición Adicional Duodécima) con el objetivo de mejorar la integración de la vida laboral de la mujer en el ámbito laboral y de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre. La virtualidad de la modificación fue incorporar un párrafo cuarto a la redacción del artículo 5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, añadiendo como nuevo objetivo a cumplir, en el marco de la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo, la obligación de las Administraciones públicas de promover la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los datos derivados del trabajo pueden aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores. Después y con algo de retraso, se desarrolló el régimen jurídico de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que lo plantea en paralelo con el régimen jurídico previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, se realiza en las mismas condiciones que éste³.

En suma, la situación protegida se relaciona con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴, al definirla como «el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, *en los términos*

² Véase Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, M. A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, Wolters-Kluwer, 2000, 10.

³ Véase Blasco Lahoz, J. F. “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (A propósito del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)”, *Información Laboral*, Editorial Lex Nova, 12, 2009, p. 3.

⁴ Véase Blasco Lahoz, J. F., “Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural”, *Aranzadi Social*, Editorial Reuters-Thomson-Aranzadi, 3, 2010, consultado *online* a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi núm. 2010/410.

previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados» (artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social); esto significa que, para la debida comprensión de qué es lo que se protege a través de la prestación, sea preciso referirse al contenido del citado artículo 26.4⁵ y los riesgos psicosociales a los que pueda verse sometida una lactante; principiando por la necesidad de que dicha situación sea certificada objetivamente (informe del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de la Mutua, según el caso, y del médico del Servicio Público de Salud que asistiera facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Esa remisión se explica por la fuerte imbricación que esta contingencia presenta con los aspectos preventivos de la organización productiva, manifestando una doble dimensión, preventiva y reparadora⁶, que implica una relación directa con los riesgos psicosociales a los que se ve sometida la lactante en su puesto de trabajo.

De los *riesgos psicosociales* se ha escrito y se seguirá escribiendo mucho, por su relevancia no sólo en el campo de la prevención, sino –desgraciadamente – a causa de su relación con las enfermedades del trabajo⁷, pero, cuanto más se hace, más enigmáticos resultan, habida cuenta de las distintas perspectivas con las que se abordan y, sobre todo, que, por una parte, la misma denominación no es universal, dado que en países como los Estados Unidos o Canadá

⁵ «Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo [referidos a la evaluación de los riesgos y traslado de puesto de trabajo de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente] será también de aplicación durante el período de lactancia natural, *si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen* los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo» (art. 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

⁶ Véase Barcelón Cobedo, S., “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, *Aranzadi Social*, Editorial Reuters-Thomson-Aranzadi, núm. 5, 2012, consultado online a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi núm. 2012/2777.

⁷ Para su definición, véase las ya lejanas Sentencias del Tribunal Supremo 27 de octubre de 1992, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1901/91; y 20 de junio de 1990, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 5498.

desconocen el concepto (lo que se entendería aquí por el género) y prefieren hacer referencia a las clases más relevantes que lo integran (lo que se entendería aquí por sus especies), de tal forma que allí se habla de acoso, estrés laboral, adicciones; etc.; y, por otra parte, tampoco puede afirmarse que se posea un listado ya normado – cual enfermedades profesionales⁸ –, ya suficientemente consensuado en torno a cuáles son y, sobre todo, qué son estos riesgos, para poder hablar con total seguridad. En este sentido, es una categoría conceptual jurídicamente “atípica” e “innominada”, porque ningún precepto legislativo de ningún ordenamiento jurídico la recoge – y menos la define, como tal –, aunque sí en relación a algunas de las partes del todo, estrés laboral, acoso moral, la violencia en el trabajo o, incluso, el concepto más moderno y conflictivo en su vinculación al trabajo: las adicciones⁹.

Evidentemente, sí se cuenta con alguna definición científico-técnica, que, se podría calificar – incluso – de “oficial”, pues ha sido proporcionada por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA)¹⁰; mas no deja de ser un intento de delimitación, pues ni goza de precisión, ni del debido consenso, pese a su origen, para ser validadas. El problema que surgen con respecto a los riesgos psicosociales es que – habitualmente – se confunden los conceptos de *factor de riesgo*, que son los denominados agentes o causas que provocan la probabilidad del daño a la salud del trabajador, y de *riesgo psicosocial propiamente dicho*, que es la relación de probabilidad de que ello ocurra y los tipos incluidos en esta categoría; y ello, a pesar de que la distinción entre ambos es ya clásica en la disciplina preventiva. En todo caso, combinando las definiciones legales de riesgo y la técnica relativa a los factores de riesgo psicosocial, se podría entender por riesgos psicosociales: «la relación de probabilidad de que un trabajador sufra un determinado daño a su salud física y psíquica derivado de la interacción entre la organización del trabajo – condiciones de trabajo, sistemas productivos y contenido de su tarea – su ambiente o entorno, interno – relaciones sociales entre el personal de las empresas (dirección, compañeros) – y externo – relaciones del personal con

⁸ Cfr. art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro).

⁹ Véase Molina Navarrete, C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: judicial hace “justicia disuasoria”*, *Aranzadi Social*, Editorial Reuters-Thomson-Aranzadi, 83, 2011, consultado *online* a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi núm. 2011/3746.

¹⁰ Véase el link <https://osha.europa.eu/es/front-page>.

terceras personas implicadas en su actividad (clientes, usuarios...) – y sus características personales»¹¹.

2. Configuración legal

El análisis del artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social permite extraer que, de entrada, la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición, no cabe que los riesgos sean abstractos. Lo que tiene una imbricación profunda con la propia definición – ya enunciada – de los riesgos psicosociales, que exigen una interacción entre condiciones internas y externas del contexto y de la organización del trabajo con las características personales de la trabajadora, de tal forma que lo que pueda implicar un riesgo para unos, no lo será para otros. Una vez determinados esos extremos (ese concreto factor), la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora lactante; y sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente, de forma que las actividades a desarrollar (número segundo del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) «pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto [*o de la lactante, se podría añadir a través de la remisión del número cuarto*], y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado». Es más, cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la empleada podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen, como es lógico, dado que se trata de una modificación adoptada por exigencias de su salud y de la del lactante. Y sólo cuando todo ello no sea posible, el número tercero del citado artículo 26 dice que «Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o

¹¹ Véase Molina Navarrete, C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: judicial hace “justicia disuasoria”*, cit.

no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado». En definitiva, resulta de esa regulación normativa – entonces – que, para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los artículos 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, *han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva*; en otras palabras: uno, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural; dos, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico; y, por último, la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados.

Lo decisivo es que «los riesgos descritos y admitidos como acreditados son suficientes para alcanzar la prestación de que se trata [...]. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural»¹²; es necesario, pues, que el riesgo se pruebe en concreto y para cada situación, porque sólo en relación a cada contexto podrá afirmarse si concurre o no el supuesto de hecho determinante de la prestación de Seguridad Social.

En todo caso y a pesar de que contingencia protegida por la prestación que se analiza parece clara (sustitución de salarios dejados de percibir por la lactante durante la suspensión de su contrato) – algo que ya se ha mencionado –, se plantean problemas hermenéuticos sobre el bien jurídico protegido por la prestación¹³, dado que se puede dudar acerca de si se está tutelando la lactancia natural en sí misma, como una circunstancia beneficiosa para la salud y el ulterior desarrollo del lactante (visión amplia del concepto); o, más estrictamente, si se está protegiendo la salud misma del lactante o de su madre frente a agentes perniciosos procedentes del medio laboral, es decir, si la

¹² Son palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de abril de 2012, Recurso núm. 3496/11.

¹³ Véase Barcelón Cobedo, S., “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, cit.

lactancia y la salud del lactante sólo se ampara en caso de acreditarse que concurren riesgos específicos¹⁴ (visión restrictiva).

La solución adoptada por la jurisprudencia¹⁵ rechaza esta perspectiva legal y limitadora y se inclina por la primera, al manejar un concepto amplio del bien jurídico protegido por el subsidio analizado, puesto que los fundados razonamientos empleados parten de que la imposibilidad para realizar la lactancia natural encarna una situación de riesgo más que para la salud de la madre o del lactante para la lactancia natural en sí. En definitiva, la doctrina «identifica riesgo “durante” la lactancia con riesgo “para” la lactancia, pasando a un primer término el valor en sí de la lactancia natural y desplazando la noción más restrictiva (más preventiva) del riesgo durante la lactancia como la amenaza o probabilidad de una afectación negativa para la salud del lactante provocada precisamente por el consumo de la leche materna»¹⁶.

3. Condicionantes psicosociales

Partiendo de la definición dada al principio del párrafo anterior, que conceptuaba el riesgo psicosocial como «la relación de probabilidad de que un trabajador sufra un determinado daño a su salud física y psíquica derivado de la interacción entre la organización del trabajo – condiciones de trabajo, sistemas productivos y contenido de su tarea –, su ambiente o entorno, interno – relaciones sociales entre el personal de las empresas (dirección, compañeros) – y externo – relaciones del personal con terceras personas implicadas en su

¹⁴ Sería una visión cercana a los términos del art. 31.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; que prevé «De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, *no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado*»; y también a los del art. 26 de la Ley 35/95, pues la prestación de Seguridad Social es la última de las medidas a adoptar cuando se trata de preservar la salud de la trabajadora en periodo de lactancia o del hijo lactante; de hecho, a la vista del precepto, la suspensión del contrato de trabajo constituye el último escalón de la cadena – progresiva en intensidad – de protección ofrecida a la lactante trabajadora, que quiere proporcionar a su hijo el alimento natural.

¹⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3035/12.

¹⁶ Véase Barcelón Cobedo, S., “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia”, cit.

actividad (clientes, usuarios...) – y sus características personales»¹⁷, podemos advertir que han sido, fundamentalmente y, al menos, con respecto al Tribunal Supremo¹⁸, el personal sanitario y las tripulantes de cabina de pasajeros las que han obtenido pronunciamientos jurisprudenciales sobre este subsidio¹⁹ (la mayoría de las veces denegando las solicitudes), vinculados a dos riesgos concretos: el sistema de organización de trabajo (los turnos) y los presentes en los centros hospitalarios (de carácter físico, químico y biológico; a saber: «la proximidad de radiación», los «riesgos infecto-contagioso con pacientes» y el «contacto con sustancias farmacológicas»).

En cuanto a la alegación de los factores psicosociales constreñidos al *trabajo a turnos o en jornada nocturna*²⁰, consecuencia del sistema de guardias en urgencias o del que se puede originar por el transporte aéreo, se rechaza en cuanto al primer colectivo, pero no con respecto al segundo, basándose en las diferencias intrínsecas entre las condiciones de prestación de una y otra actividad, y así, se analiza el supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ciñe a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria; reconociéndose por el Alto Tribunal que, ciertamente, tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante,

¹⁷ Véase Molina Navarrete, C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: judicial hace "justicia disuasoria"*, cit.

¹⁸ De las diecisiete sentencias dictadas por este Tribunal sobre la materia, al tiempo de la elaboración de este artículo (31 de julio de 2013), tres se refieren a tripulantes de cabina de pasajeros y el resto, al personal sanitario (ATS, Enfermeras, Pediatras y Farmacéutica hospitalaria).

¹⁹ Como excepción significativa se puede citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de marzo de 2012, Recurso núm. 3205/09, que se refiere a la solicitud de una empleada de una gasolinera, encargada de repostar el combustible y cobrarlo, que argumentaba la existencia de una serie de factores tanto ambientales (diferencias de temperatura entre la tienda-caja y el exterior) como químicos (generados por la manipulación de los hidrocarburos, efluvios) para justificar su situación de riesgo. La resolución estima la demanda de la lactante, reconociendo la existencia de riesgo por estrés térmico y, también, el riesgo por inhalación de hidrocarburos, de plomo y sus derivados, porque «es – evidente – que dicha evaporación de hidrocarburos – trabajando en una gasolinera – se origina por los restos de combustible que se vierten en el suelo o se escapan durante los repostajes o al cargar los depósitos de la propia estación de servicios y no de los vehículos que repostan».

²⁰ Para todas, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 818/11; de 21 de junio, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2361/11; de 22 de noviembre de 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1298/11; y de 21 de marzo de 2013, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1563/12.

pero precisando que ello era así «siempre y cuando la incompatibilidad de la “toma” directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche»; y ello, le permite distinguir entre dos hipótesis que, a mi modo de ver, se pueden clasificar entre, por una parte, lo que se puede denominar un *riesgo concreto* (imposibilidad real de ofrecer leche materna al lactante), situación que se considera que se produce con respecto al personal aéreo; y, por otra parte, un *riesgo potencial o relativo* (dificultad en mantener la lactancia), situación que se produce en el caso del personal sometido a turnos, sin desplazamiento geográfico. El motivo de esta distinción la basa en que en la primera de las situaciones el lugar en que se desarrolla la prestación de servicios (avión comercial) impide tanto la extracción de la leche como su conservación, mientras que en el segundo sí se considera posible, salvo que se acredite que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante. En mi opinión, se está fijando una distinción ficticia, pues no es sólo que esa doctrina jurisprudencial parezca desconocer que la extracción de la leche se pueda producir en otros momentos, anticipándola y congelándola, de manera que se facilita su conservación durante mucho tiempo, lo que priva a la clasificación de uno de sus dos elementos; no sólo por eso – repito –, sino porque, en realidad, se está presuponiendo que la madre – partiendo de una lactancia artificial con leche materna – en los centros hospitalarios va a tener tiempo y lugar para realizar la extracción, encontrando una ubicación para su refrigeración y, después, transportarla y proporcionándosela a su bebé, lo que contradice la realidad. Es cierto que en un centro de salud o en un hospital (en tierra) puede lograrse una mayor intimidad que en un avión, pero nada obliga a que esa extracción se produzca en la nave, siquiera es cierto que el transporte producirá mayores distorsiones. A decir verdad, se ha intentado restringir un derecho que es difícilmente compatible con un turno nocturno o rotatorio, pues si, de por sí, la lactancia natural es difícil compatibilizarla con un trabajo ordinario, más lo será cuando dicho trabajo altera los horarios de un lactante²¹.

Y, con respecto a los *factores de riesgo físico, químico y biológico* (del personal sanitario), la doctrina jurisprudencial insiste en que es improcedente la idea que «parte de la premisa no razonada de que los riesgos descritos y admitidos como acreditados son suficientes para alcanzar la prestación de que se trata, pero realmente ha de decirse ahora que en este caso no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente

²¹ Puede leerse un informe de la FAO, accesible en el link <http://www.fao.org/docrep/006/w0073s/w0073s0b.htm>.

dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación *es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho*», por lo tanto y comoquiera que la mayoría de las ocasiones no se especifica hasta el extremo exigido por la jurisprudencia el riesgo psicosocial, la consecuencia es la denegación de la prestación (desestimando las demandas), habida cuenta que se constata lo que el Tribunal califica como la situación de «inexistencia de riesgo específico para la lactancia natural».

En todo caso, pese a que las soluciones judiciales se han producido con respecto a esos dos colectivos, es evidente que la doctrina subyacente se puede proyectar sobre cualquier otro o un lactante individual, siempre y cuando concurra el efectivo riesgo por lactancia, porque éste – como se remarca por la doctrina científica – «no puede presumirse en ningún caso, ni siquiera por la concurrencia de circunstancias que en abstracto puedan suponer un peligro para la madre trabajadora o el hijo lactante. Es siempre preciso acreditar el riesgo específico, dadas las circunstancias concurrentes»²².

4. Prestación económica: el subsidio

En cuanto al subsidio, se prevé en el artículo 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social que «[l]a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación». En realidad, al igual que con la denominada prestación de riesgo durante el embarazo o la incapacidad temporal en periodo de observación de la enfermedad profesional, el esquema de protección de la Seguridad Social tutela un tiempo de suspensión del contrato de trabajo – y su correlativa pérdida de ingresos (salarios) – con el abono de un subsidio económico temporal a la lactante, es decir, se viene a cumplir una *finalidad reparadora*, como cualquier otra prestación; ahora bien,

²² Gimeno Díaz de Atauri, P., “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *Aranzadi Social*, Editorial Reuters-Thomson-Aranzadi, 11, 2012, consultado *online* a través de la base de datos *Westlaw-Aranzadi* – Repertorio Bibliográfico Aranzadi núm. 2012/644.

la suspensión que se articula no obedece a una imposibilidad física de prestación del trabajo, sino – en definitiva – a una *finalidad preventiva* consistente en separar o alejar a la trabajadora de su puesto de trabajo concreto, que es posible que le pueda generar alteraciones a su lactancia y ello esté constatado. Es este un esquema parecido al de la incapacidad temporal en el periodo de observación de la enfermedad profesional, siquiera diverso, dado que, en ésta, se quiere apartar al trabajador del medio laboral (donde es posible que llegue a adquirir una enfermedad profesional), para poder estudiar su particular situación, analizar el impacto que le supone la enfermedad profesional o averiguar si ésta se ha producido o no, en qué medida, o cuáles son las probabilidades de que suceda y con qué gravedad. Mientras que en el caso de la lactancia natural, la finalidad es proteger a la trabajadora – o al bebé – ante un riesgo constatado y antes de su producción, sin que se busque ningún estudio de la situación en sí misma, siquiera la evaluación de riesgos, que haya de acompañar toda petición del subsidio, habrá de conllevar una reflexión sobre el contexto, factores y posibilidades de evitación en el futuro. Porque estaría fuera de toda lógica que, concurriendo el presupuesto de hecho determinante de la situación protegida y constatadas las circunstancias a que se ha hecho referencia, no se formularan soluciones, al menos, paliativas. Aparte de que la tutela que la Seguridad Social brinda – como se ha indicado anteriormente – es subsidiaria al agotamiento de todas las alternativas organizativas (piénsese en adaptaciones o cambios de puesto, de funciones, de horario, de ubicación, etc.) y sólo en ese momento se devengará el subsidio. Como la prestación por riesgo durante la lactancia natural tiene la consideración de prestación derivada de contingencia profesional, no será preciso que la trabajadora acredite período de carencia alguno (conforme al artículo 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social²³); ello conduce también a que esas «trabajadoras [...] se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio por riesgo durante el embarazo, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones» (artículo 32.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por la remisión que hace el artículo 50.1²⁴). Además, «[l]a prestación económica por riesgo durante el

²³ «No se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario» (art. 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social).

²⁴ «La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora *en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo*, debiendo entenderse referida a la distinta

embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente» «a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, [...] tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo» (artículos 33 y 34.1 del citado Real Decreto y 135.3 de la Ley General de la Seguridad Social²⁵) y «[e]l derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo o el permiso por riesgo durante el embarazo» (artículos 135.2 de la Ley General de la Seguridad Social y 35.1 del Real Decreto antes mencionado). En cuanto a su extinción, se producirá – con arreglo a los artículos 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social y 50.3 del indicado Real Decreto) – por alguno de los siguientes motivos: uno, que el hijo cumpla los nueve meses de edad; dos, la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado; tres, la extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional; cuatro, la interrupción de la lactancia natural; y, finalmente, el fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

Asimismo, «[l]a trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio» (artículo 50.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo); y su gestión y se llevará a cabo por la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social) o colaboradora (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social) que resultase competente en el momento de la suspensión del contrato, con independencia de que mientras durase la situación de riesgo durante la lactancia natural, se produzca un cambio de la entidad que cubriera las contingencias profesionales (artículo 51.1 del mismo texto legal).

naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo» (art. 50.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo).

²⁵ «La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales» (art. 135.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

5. Bibliografía

- BARCELÓN COBEDO S., *La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia*, en *Aranzadi Social*, 2012, 5
- BLASCO LAHOZ J.F., *La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (A propósito del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo)*, en *Información Laboral*, 2009, 12
- BLASCO LAHOZ J.F., *Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural*, en *Aranzadi Social*, 2010, 3
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI P., *La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia*, en *Aranzadi Social*, 2012, 11, consultado *online* a través de la base de datos Westlaw-Aranzadi – Repertorio Bibliográfico Aranzadi núm. 2012/644
- MOLINA NAVARRETE C., *El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: judicial hace “justicia disuasoria”*, en *Aranzadi Social*, 2011, 83
- PÉREZ DEL RÍO T., BALLESTER PASTOR M.A., *Mujer y salud laboral*, Madrid, La Ley, Wolters-Kluwer, 2000
- SEMPERE NAVARRO A.V. *et alia*, *Comentario al artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008

Proselitismo religioso en el lugar de trabajo: una forma de violencia psicológica

de Susana Sousa Machado

1. Introducción

En el presente estudio vamos a analizar una de las vertientes de la libertad religiosa menos debatida, a pesar de ser de las más polémicas: el proselitismo religioso. Más específicamente, intentaremos estudiar el proselitismo religioso en el lugar de trabajo como forma de violencia psicológica.

La libertad religiosa, además de la libertad de tener o no tener ninguna creencia, engloba la libertad de divulgar su fe o la falta de la misma, lo que puede, incluso, extenderse a la oportunidad de atraer a más fieles para su religión. Entonces, la conducta para captar a nuevos creyentes, puede basarse en el proselitismo como comportamiento que procura convencer a los demás de adherirse a la respectiva religión. La manifestación de las creencias religiosas y la propaganda de las mismas con vista a la captación de nuevos fieles surgen como algo natural para la gran parte de las religiones. Es más, el deber de emplear todos los esfuerzos para intentar convencer a los demás de adherirse a sus propias creencias representa, para algunas religiones, un imperativo de fe¹.

¹ Como destaca Guerreiro, S., *As fronteiras da Tolerância, Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, 2005, p. 178, la forma de encarar el fenómeno del proselitismo difiere en función de la religión, ya que las diferentes religiones tienen distintas formas de valorar la práctica del proselitismo en función de su doctrina. A propósito de la relación entre el proselitismo y las confesiones religiosas: Ferrari, S., *A liberdade religiosa na época da globalização e do pós-modernismo: a questão do proselitismo*, Consciência e Liberdade, Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, 11, 2001, p. 11, subraya que la forma en la que las diferentes religiones (cristiana, hebreaica,

Sin embargo, cuando es ejercido en el lugar de trabajo puede poner en duda la tranquilidad del ambiente laboral y, por lo tanto, ser visto como un tipo de perturbación a la normal ejecución de la prestación de trabajo. Por otro lado, cualquier represión al comportamiento proselitista puede ser considerada una obstrucción a la libertad religiosa.

La intensificación de este fenómeno puede estar cada vez más presente como consecuencia del pluralismo religioso que florece en las sociedades modernas marcadas por la convivencia del multiculturalismo. Frente a visiones religiosas distintas y diferentes modos de encarar la vida, solo la tolerancia es capaz de asegurar, en lo cotidiano, la coexistencia pacífica de todas esas visiones.

Es en esta compleja red de derechos y deberes que desarrollaremos a continuación, donde se sitúa el proselitismo religioso.

2. El proselitismo en el contexto de la libertad religiosa

2.1. Concepto de proselitismo

A pesar de asociar el proselitismo al derecho de intentar convencer a los demás de adherirse a las propias creencias, su significado no ha sido visto como algo pacífico por la doctrina, siendo posible, incluso, encontrar opiniones divergentes. Así, la definición del concepto de proselitismo no ha sido unívoca, sobre todo, en relación a su valoración como conducta impropia con una connotación negativa.

Anastase N. Marinos se refiere al proselitismo como una forma de atraer a una persona hacia determinados puntos de vista, a través de la enseñanza y de la persuasión, subrayando que el esfuerzo de llevar a los demás hasta su creencia por medio del proselitismo es una característica de casi todas las religiones, sobre todo de las monoteístas². Tampoco Law Tad Stahnke asocia una

islámica) ven el proselitismo depende de la percepción que cada una de estas comunidades tienen del fenómeno de la pertenencia religiosa. En ese sentido, aclara el autor, las confesiones religiosas que tienen como idea central la relación individual entre el individuo y Dios, tienden a encarar el proselitismo como algo no negativo porque la fe depende de una elección individual. Cuando se habla de religiones que favorecen el componente comunitario entre la persona y Dios, el proselitismo es visto con mayor desconfianza y como algo negativo porque hay una pertenencia a un grupo religioso que suplanta la decisión individual.

² Marinos, A. N., *A noção de proselitismo religioso segundo a Constituição Grega*, Consciência e Liberdade, Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, 1º semestre, 2000, p. 45.

connotación negativa al proselitismo, considerándolo como una “conducta expresiva” que tiene la intención de intentar modificar las creencias religiosas, afiliación o identidad de otra persona³. Esta definición pretende evitar una correspondencia entre el proselitismo y una conducta impropia.

Por otro lado, Sylvio Ferrari piensa que, aunque en su origen el proselitismo haya sido concebido como una forma de expresión del derecho de manifestar sus propias creencias religiosas o convicciones, representa una violación del derecho a la privacidad y a la identidad religiosa, así como al derecho de “ser dejado solo”⁴. También para Bert B. Beach si, históricamente, el proselitismo comenzó por no tener ninguna connotación negativa o peyorativa, acabó adquiriéndola naturalmente a lo largo de los años, siendo asociada a la idea de “evangelización para forzar la conversión”, “actividad centrada en falsas motivaciones”, “interferencia en las convicciones religiosas de los demás”, pero que el autor prefiere designar como *proselitismo impropio*⁵.

En una posición más neutral, Antonio Vitale considera que el proselitismo es «una forma de actuar comunicativa-persuasiva que pretende convencer al destinatario del mensaje sobre la bondad y la verdad del propio mensaje, con el fin de obtener su adhesión y también su contribución para la realización de los fines religiosos que el comunicante se propone conseguir»⁶. La libertad de proselitismo es una parte indisociable de la libertad religiosa, no habiendo, en abstracto, cualquier connotación negativa en el concepto⁷. Esto porque el mensaje puede ser transmitido por medios más o menos correctos, habiendo, por tanto, que distinguir los diferentes comportamientos en causa.

Estamos de acuerdo con esta idea de que el proselitismo es una expresión del derecho de manifestar las propias creencias o convicciones sin ninguna

³ Law Tad, S., *Proselytism and the Freedom to change religion in International Human Rights Law*, Brigham Young University Law Review, 1, 1999, p. 255.

⁴ Ferrari, S., *A liberdade religiosa na época da globalização e do pós-modernismo: a questão do proselitismo*, *Consciência e Liberdade*, Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, 11, 2001 p. 9.

⁵ Beach, B. B., *Proselytism in the Context of Globalization, Religious Liberty, and Nondiscrimination*, *Fides et Libertas*, The Journal of the International Religious Liberty Association, 2001, p. 78. Es curioso notar que el autor ve el proselitismo como una inevitabilidad o consecuencia del pluralismo religioso.

⁶ Vitale, A., *Corso di Diritto Ecclesiastico, Ordinamento Giuridico e Interesse Religiosi*, Giuffrè Editore, 1996, p. 70.

⁷ *Ibidem*, pág. 217.

connotación negativa genérica, ya que esa connotación dependerá siempre del comportamiento más o menos idóneo del sujeto que usa esa libertad⁸.

2.2. Concepto de proselitismo a adoptar

Ante la problemática identificada en torno al concepto de proselitismo surge la necesidad de delimitar el concepto a efectos del presente estudio. Destacamos que, en abstracto, el proselitismo representa el intento de convencer a los otros sobre la verdad y beneficios de las propias convicciones religiosas, procurando, en último caso, que estos asuman la misma fe. Y, nótese que esta conducta no es necesariamente reprobable, en la medida en que abarca diversas acciones que pueden ser perfectamente encuadrables en la libertad de manifestar las convicciones religiosas.

Tal como sugiere Jónatas Machado, la «libertad religiosa comprende un derecho a la divulgación de las convicciones religiosas (*recth auf Äusserung religiöser Überzeugung*), sin la protección del cual, la libertad de cambiar de religión no tiene mucho sentido»⁹. Destáquese que el autor usa la expresión “derecho al proselitismo” en un visión no peyorativa, por referencia al sentido etimológico original¹⁰.

Creemos que el proselitismo en sí mismo no supone necesariamente algo negativo, sino que representa apenas una consecuencia natural de la centralidad que la religión tiene para muchos creyentes, lo que hace que estos procuren atraer a otros creyentes para lo que consideran que es bueno y verdadero¹¹.

Siendo así, será el *modus operandi* de la práctica proselitista la que determine la necesidad de establecer límites cuando se verifica una actuación menos

⁸ Bueno Salinas, S. y Gutiérrez del Moral, M. J., *Proselitismo religioso y derecho*, Comares, 2002, p. 11, alertan sobre la dificultad de establecer una terminología adecuada, sobre todo, en relación a la confusión sobre el contenido del concepto de anuncio religioso y de proselitismo. Refieren los autores que en el lenguaje de uso común, se tiende a designar como anuncio o apostolado la expansión de las religiones mayoritarias y avanzadas que se dirige a colectivos sin fe religiosa y con creencias primitivas, mientras el término proselitismo está reservado para el propósito de convertir a los que profesan una fe de cultura similar. En este último caso, gana fuerza el derecho de cambiar de religión y el derecho de intentar una alteración de la fe de los demás.

⁹ Machado, J., *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva, Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra Editora, 1996, p. 225.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 225-226.

¹¹ Navarro Floria, J. y Lo Prete, O., “Proselitismo y libertad religiosa: una visión desde América Latina”, *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, n. 27, 2011, pág. 62.

adecuada a lo exigido por el derecho. Es importante aclarar que esos límites son impuestos «no a la práctica del proselitismo *qua tale* sino a los medios que puede envolver, o al ejercicio de coacción, bajo las falsas vestimentas de proselitismo»¹².

Así, el proselitismo tanto puede representar el ejercicio legítimo de un derecho, respetando igualmente los derechos de los interlocutores, como puede traducirse en actuaciones censurables a través del recurso a medios inadecuados, concretamente la coacción o violencia física o psicológica. Es necesario tener presente que, como refieren Gomes Canotilho y Vital Moreira, la libertad de religión comprende el derecho de «hacer proselitismo en un sentido o en otro»¹³.

Por eso, en nuestra opinión, el proselitismo no tiene un significado exclusivamente negativo, en la medida en que no se corresponde necesariamente con algo ilícito porque puede abarcar un amplio conjunto de acciones.

La noción de proselitismo nos remite esencialmente a un comportamiento de transmisión de un mensaje religioso sin presiones y sin ofender los derechos y libertades del otro¹⁴. Sin embargo, tal como fue proclamado en la Sentencia *Kokkinakis v. Grecia* habrá que distinguir entre el testimonio cristiano y el proselitismo abusivo (§48)¹⁵. En ese sentido, es fundamental delimitar lo que es el “proselitismo propio o legítimo” y lo que representa el “proselitismo impropio o abusivo”. Para determinar si estamos ante una situación de proselitismo abusivo será exigible un estudio de los intereses en causa, un

¹² Guerreiro, S., *op. cit.*, p. 177.

¹³ Canotilho Gomes, J. y Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, p. 609. También en la Sentencia n. 423/87, Tribunal Constitucional, disponible en www.tribunalconstitucional.pt, el proselitismo es considerado como una manifestación normal de la libertad religiosa.

¹⁴ Según Bueno Salinas, S. y Gutiérrez del Moral, M. J., *Proselitismo religioso y derecho*, Comares, *op. cit.*, p. 11, la opción metodológica más correcta será la de usar únicamente el término proselitismo, adjetivándolo según las circunstancias, en vez de usar proselitismo abusivo o ilegítimo por contraposición al anuncio o propaganda religiosa. Sin embargo, entienden que esa unificación terminológica se revela prácticamente imposible por causa de la gran variedad terminológica de fuentes y autores pero también porque es esa multiplicidad es la que marca las diferencias existentes.

¹⁵ Sentencia del TEDH, *Kokkinakis v. Grecia*, de 25.05.1993, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>.

examen de las circunstancias del caso concreto y un riguroso análisis de los principios jurídicos en juego¹⁶.

2.3. Proselitismo propio y proselitismo impropio

Desde una apreciación meramente empírica de la realidad, puede considerarse como cierto que existen dos formas posibles de propaganda religiosa: una asertiva y pacífica y otra indebida y abusiva. En este estudio, procuraremos discernir a través de argumentos jurídicos válidos la distinción entre las dos formas de proselitismo, teniendo en cuenta que la controversia gira en torno a la propia libertad religiosa. Alertamos, por eso, que no será una tarea fácil en la medida en que la manifestación de las creencias religiosas es parte integrante de la libertad religiosa¹⁷. No puede existir libertad religiosa sin libertad de expresión, y la religión se anuncia, sobre todo, a través de la comunicación de ideas¹⁸.

En términos de metodología a adoptar, el primer paso será de naturaleza terminológica, para determinar cuál será el proselitismo legítimo y el ilegítimo. Para la concreción de esta distinción terminológica fue fundamental la decisión del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 1993 en el caso *Kokkinakis*, en el que un ciudadano griego, testigo de Jehová, fue condenado por los tribunales nacionales por la práctica del proselitismo en relación a una cristiana ortodoxa, en los términos de la ley penal griega. Sin embargo, en el caso concreto, el TEDH se pronunció por la violación del art. 9 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre porque consideró que no se verificaban los requisitos de la necesidad y de la proporcionalidad de la medida

¹⁶ Decisión referenciada por Garay, A., *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, Cahiers Sociaux du Barreau de Paris, spécial juillet-août 2003, p. 39.

¹⁷ Según la sentencia *Kokkinakis v. Grécia*, la libertad de manifestación de la religión engloba el derecho al proselitismo ya que «Si la libertad religiosa deriva antes que nada del fuero interno, ella implica también, concretamente, la libertad de manifestar la propia religión. [...] Además, ello implica, en principio, el derecho de intentar convencer al prójimo, por ejemplo, por medio de una enseñanza, sin lo que, por lo demás, la libertad de cambiar de religión o de convicción, consagrada por el art. 9, se arriesgaba a ser letra muerta» (§ 31). Sentencia del TEDH, *Kokkinakis v. Grecia*, de 25.05.1993, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>.

¹⁸ Bueno Salinas, S. y Gutiérrez del Moral, M. J., *Proselitismo religioso y derecho*, op. cit., pág. 10. Para un mayor desarrollo sobre esta reflexión en la doctrina española, véase la nota 31 donde la autora enumera a varios autores que abordaron esta temática.

adoptada, concluyendo además que, en general, es admisible la tipificación como delito de la práctica del proselitismo abusivo por la ley griega.

El concepto de proselitismo adoptado permite que se siga la distinción efectuada por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, a propósito del caso *Kokkinakis v. Grecia*¹⁹, entre proselitismo propio o legítimo y proselitismo impropio o abusivo, incompatible con el respeto a la libertad religiosa²⁰.

2.3.1. *Proselitismo propio*

El proselitismo se define como la tentativa de convencer a los otros acerca de las propias convicciones religiosas con recurso a medios legítimos y no a mecanismos coercitivos²¹. El derecho de manifestar las creencias religiosas comprende el derecho de intentar convencer a los otros de adoptar su propia religión, sin lo cual no sería posible garantizar la libertad de cambiar de religión²².

En esta conceptualización de proselitismo es importante entender los derechos envueltos en la configuración de esta figura para una mejor resolución de los conflictos. A tal efecto, adoptaremos la sistematización de Law Tad Stahnke, analizando por separado los *derechos de quien ejerce el proselitismo* y los *derechos de quien es objeto de proselitismo*²³.

Desde el punto de vista de quien ejerce el proselitismo, parece claro que la *libertad de manifestar su religión o creencia* abarca el derecho de intentar convencer a los demás de adoptar su religión.

Del lado de los derechos y libertades de quien es objeto de proselitismo, pueden verificarse conflictos con la libertad de manifestación de la religión en

¹⁹ Sentencia del TEDH, *Kokkinakis v. Grecia*, de 25.05.1993, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 48. Refiere el TEDH que el testimonio cristiano corresponde al verdadero evangelismo, en cuanto el proselitismo abusivo representa una deformación o corrupción del primero.

²¹ Nótese que en los términos del art. 8, apartado d) de la Ley de Libertad Religiosa portuguesa, aprobada por la Ley n. 16/2001, de 22 de junio, la libertad de conciencia, de religión y de culto comprende el derecho de «profesar la propia creencia religiosa, procurar para ella nuevos creyentes, expresar y divulgar libremente por la palabra, por la imagen o por cualquier otro medio, su pensamiento en materia religiosa».

²² Sentencia del TEDH, *Kokkinakis v. Grecia*, de 25.05.1993, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>, párrafo 41.

²³ Law Tad, S., *op. cit.*, p. 274 y ss.

el ejercicio del derecho al proselitismo. Así, el ejercicio del proselitismo puede tener que ceder ante ciertos derechos del destinatario del mensaje religioso, concretamente ante el *derecho de mantener su propia religión*, el *derecho a la privacidad* y la *protección del sentimiento religioso*.

Así, a pesar de que en términos generales, es legítimo el proselitismo, debe atenderse siempre a la voluntad que la otra parte tiene de no ser convencida porque no quiere cuestionar sus creencias religiosas. Sin embargo, en términos abstractos, la solución puede no ser pacífica ya que el Tedh, en el caso *Kokkinakis*, consideró que no todo proselitismo cuestiona el derecho de mantener la propia religión, solamente el proselitismo abusivo. Parece, así, entenderse que ante una tentativa legítima de persuasión, el proselitismo puede prevalecer sobre el derecho de mantener la religión. A pesar de que el proselitismo es un elemento fundamental en el ámbito del derecho a cambiar de religión, aquel no es el único camino para garantizar este derecho²⁴.

Es importante observar que el proselitismo puede herir el *derecho a la privacidad* si a través de un comportamiento proselitista fuese invadida la esfera privada del otro.

La práctica del proselitismo es también susceptible de provocar una *ofensa al sentimiento religioso* del receptor del mensaje en la medida en que pueden ser difundidas ideas que critican, ofenden o trazan un cuadro negativo de una religión en particular.

Frente al escenario descrito será necesario saber qué hacer cuando estamos ante derechos que entran en conflicto. Cuando existe un conflicto entre dos derechos, según los principios generales de derecho, debe procurarse un equilibrio entre ellos. Y, en cada caso concreto, ese equilibrio será alcanzado a través del *método de la concordancia práctica* que exige la ponderación de todos los intereses en causa para intentar que cada uno de los derechos en conflicto sea afectado lo menos posible.

En este ámbito, el sacrificio de uno de los derechos debe ser adecuado a la salvaguardia del otro, de modo que cada uno de los valores en causa sea comprimido lo menos posible, teniendo en cuenta su peso en el caso concreto²⁵. Aplicando esta solución a los conflictos entre el derecho al proselitismo y el derecho de protección del sentimiento religioso, una correcta

²⁴ Como destaca Guerreiro, S., *op. cit.*, p. 222, «el proselitismo no es una condición *sine qua non* del cambio de religión, por lo que no se puede decir, rigurosamente, que la restricción del primero implique necesariamente la restricción del segundo».

²⁵ Vieira de Andrade, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2012, pp. 324-326.

ponderación solo puede ser hecha en el caso concreto, atendiendo a la manifestación de voluntad de la otra parte.

2.3.2. *Proselitismo ilegítimo*

El proselitismo ilegítimo o abusivo corresponde, en términos generales, a la tentativa de convencer a los demás de adherirse a su religión recurriendo a medios ilegítimos²⁶. Según Law Tad Stahnke, el elemento fundamental del proselitismo abusivo es la noción de coacción que puede revestir una pluralidad de formas relacionadas con ciertas variables: las *características de la fuente*, refiriéndose al proselitismo ejercido por una persona con autoridad especial; las *características de la víctima*, en concreto personas especialmente vulnerables; y el *lugar donde transcurre la acción*²⁷.

Normalmente, la persona que ejerce el proselitismo no se encuentra en una posición de igualdad con respecto a la víctima de su mensaje, existiendo, así, un desequilibrio en la relación entre quien lo ejerce y quien es objeto del proselitismo²⁸. En estos casos, existe un desequilibrio que resulta de una relación especial entre las personas y un consecuente aprovechamiento de la misma²⁹.

El ejercicio del proselitismo puede afectar, de modo especial, a personas más vulnerables o con ciertas características de fragilidad, lo que puede convertir al proselitismo en ilegítimo en estos casos. Esa vulnerabilidad, puede resultar de una relación especial con el sujeto que ejerce el proselitismo, y también de las características de la persona afectada³⁰. Así, existen categorías de personas que son, en principio, más vulnerables e influenciables que otras.

El lugar donde es practicado el proselitismo también puede ser importante para considerarlo como ilegítimo. Debe prestarse especial atención a todos aquellos que son víctimas de proselitismo en lugares donde no pueden abandonar las

²⁶ El TEDH, en relación al caso *Kokkinakis* se refiere a algunas conductas abusivas en este ámbito: ofrecimiento de ventajas materiales o sociales para obtener la adhesión a una Iglesia, ejercicio de presión sobre personas que se encuentran en una situación de carencia o necesidad, recurso a la violencia o lavado de cerebro (§ 48). *Cfr.* Sentencia del TEDH, *Kokkinakis v. Grecia*, de 25.05.1993, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>.

²⁷ Law Tad, S., *op. cit.*, pp. 326 y ss.

²⁸ Guerreiro, S., *op. cit.*, p. 235.

²⁹ Sentencia *Larissis v. Grecia*, do TEDH, de 24.02.1998, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58139>.

³⁰ Guerreiro, S., *op. cit.*, pág. 238.

instalaciones, como por ejemplo, escuelas, hospitales o prisiones, donde se cuestiona con bastante asiduidad el problema de la coacción en la práctica proselitista. En estos casos, según Sara Guerreiro, «es importante tener en consideración los derechos de las víctimas a mantener su religión y a no ser perturbados en sus sentimientos religiosos. En último término, entendemos que difícilmente se justifica, a la luz de la libertad religiosa, por razón de las circunstancias (i.e., por no haber posibilidad de desplazamiento), obligar a alguien a oír un discurso de carácter persuasivo para adherirse a una religión o creencia que no sean las suyas»³¹.

Todos estos abordajes, consubstancian la práctica del proselitismo impropio, lo que refleja el tipo de comportamiento que debe ser limitado e incluso prohibido.

Por eso, y por todas las consideraciones anteriores, el proselitismo legítimo integra el concepto amplio de libertad religiosa, el cual debe ser salvaguardado por el Derecho, en la medida en que deriva del derecho fundamental de manifestar la propia religión.

3. Relaciones laborales y proselitismo

El proselitismo implica un discurso con la intención de convencer a otro y de convertirlo a su creencia religiosa, en una actitud de predicación. Sin embargo, también pueden ser consideradas como proselitismo, conductas no verbales, como la utilización de ciertos símbolos, adornos o vestimentas. No obstante, el presente estudio está delimitado al proselitismo verbal, ya que un análisis de otras variables del proselitismo trascendería el alcance del presente trabajo³².

El proselitismo religioso depende de la vida comunitaria, el *homo religiosus* aislado no es capaz de transmitir su fe. Ahora bien, no podemos olvidarnos de que cada individuo pasa una gran parte de su vida trabajando y no por eso el *homo laborans* deja en casa su fe. Por lo tanto, todos los problemas que surgen

³¹ *Ibidem*, pág. 240.

³² Una de las dimensiones de la libertad de religión conduce a la libertad de cada uno de expresar su fe, esa manifestación puede darse a través del uso de símbolos religiosos, de cierto vestuario o la ausencia al trabajo por ocasión de ciertas festividades religiosas, o la adopción de cierto tipo de alimentación. Todas estas conductas crean una identidad religiosa de la persona con visibilidad exterior que se refleja en el mundo del trabajo. Todo esto puede ser considerado proselitismo, pero nos interesa, sobre todo, el proselitismo verbal.

en el ámbito del proselitismo religioso, pueden ser estudiados en el especial contexto de las relaciones de trabajo.

La cuestión del proselitismo en el lugar de trabajo es un asunto controvertido, sobre todo si pensamos que el ambiente de trabajo no es impermeable a las creencias religiosas, y que ciertos creyentes pueden tener el propósito de convertir a los demás, lo que puede volver difícil la tarea de encontrar el equilibrio entre la libertad de manifestación de las creencias religiosas, el derecho a la privacidad de los trabajadores y los intereses del empleador o de la empresa. Si, por un lado, pueden existir situaciones en las que es legítimo reprimir el proselitismo religioso, por otro lado, en la sociedad actual es necesario ser tolerante y respetar los diferentes ideales religiosos.

Se cuestiona, en este punto, si es posible que el empleador adopte una conducta proselitista en el lugar de trabajo y durante el periodo de trabajo.

3.1. El proselitismo religioso y el derecho de manifestar las convicciones religiosas en el lugar de trabajo

Si el proselitismo está englobado en el derecho de manifestar las propias convicciones religiosas, también puede ser visto como una fuente de conflictos. Sin embargo, la libertad de expresión en el ámbito religioso puede entrar en conflicto con los intereses de la empresa como colectividad. El equilibrio para este conflicto, solo puede encontrarse, caso a caso, en función de las circunstancias particulares de cada empresa, de modo que las manifestaciones exteriores de fe de los sujetos que allí operan, permanezcan proporcionales a su incidencia sobre la ejecución de la prestación de trabajo³³.

Obsérvese que, en un contexto semejante, el *Conseil d'Etat*, en un caso de 25 de Enero de 1989 (nota 13), adoptó un método pragmático y objetivo para censurar un reglamento interno que prohibía «les discussions politiques ou religieuses et, d'une manière générale, toute conversation étrangère au service»³⁴. Según el Consejo de Estado, las disposiciones del reglamento interno en causa hieren la dignidad de la persona humana, volviéndose excesivo, en la medida en que las limitaciones impuestas por el empleador son excesivas para garantizar el orden en la empresa, así como la buena ejecución de la prestación de trabajo³⁵.

³³ Garay, A., *op. cit.*, p. 38.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Garay, A., *op. cit.*, p. 38.

Podremos extraer de esta decisión del Consejo de Estado francés que, en general, el empleador no puede impedir acciones de manifestación de la fe. Pero es bueno tener presente que si bien la empresa no es una zona de silencio, excepto en los casos en los que el silencio es absolutamente determinante en la ejecución de la prestación, tampoco es un espacio de evangelización. De ahí que sea importante conocer los límites del proselitismo religioso que deben ser regulados en el interior de la empresa.

3.2. Limitaciones al proselitismo en el lugar de trabajo

En este momento, surge la cuestión de saber si, a la luz de la libertad religiosa, es posible que el empleador adopte conductas proselitistas en el contexto del ambiente de trabajo.

Es evidente que la actitud proselitista puede crear situaciones sofocantes en el lugar de trabajo, tanto en relación al trabajador que no tiene religión, como en relación al trabajador que profesa otra creencia, pudiendo incluso, en situaciones extremas, crear trabas al libre ejercicio del derecho constitucional a la libertad religiosa.

La actitud proselitista puede generar más problemas cuando proviene de un *superior jerárquico o del propio empleador* y, por eso, nuestra reflexión quedará limitada a este punto, aunque reconozcamos que puede ser ejercida, por ejemplo, entre colegas de trabajo o clientes. Por eso, haremos nuestro análisis teniendo como base el presupuesto de que quien ejerce el proselitismo no se encuentra en una posición de igualdad con respecto al destinatario del mensaje.

Esto puede ocurrir cuando el empleador intenta forzar a uno o más trabajadores a convertirse a su religión, afectando a su dignidad, despidiendo al trabajador o creando un ambiente de trabajo hostil que provoca que el propio trabajador se vea forzado a dejar el trabajo. Las conductas del empleador que fuerzan a los trabajadores a asistir a determinados actos de culto también pueden ser englobadas en la práctica proselitista.

En estos casos, en los que el proselitismo se ejerce por una persona que se encuentra en una posición especial, lo que podría configurar la manifestación de la libertad de expresión de las creencias religiosas, puede transformarse en una especie de asedio³⁶. El trabajador, al encontrarse en el lugar de trabajo y

³⁶ Sentencia *Larissis v. Grecia*, del TEDH, de 24.02.1998, párrafo. 51, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58139>.

dentro del horario de trabajo, puede verse obligado a escuchar, sin que esa sea su voluntad, solamente porque siente una especie de temor reverencial ante el empleador o superior jerárquico.

El hecho de que los trabajadores se nieguen a participar en ceremonias o actos de culto no puede ser sancionado, ya que cualquier solución contraria llevaría a una grave ofensa de la intimidad del trabajador y de su libertad religiosa. Es más, el trabajador puede ser considerado como una persona especialmente vulnerable, debido a esa especial relación que tiene con el sujeto que ejerce el proselitismo.

Es incluso dudoso que el empleador pueda invitar a sus trabajadores a participar en actos de culto de una determinada religión, por ejemplo, en épocas del año especiales, ya que, como vimos, el trabajador puede no sentirse verdaderamente libre para aceptar o rechazar la invitación. Cualquier rechazo del trabajador para participar en eventos de naturaleza religiosa, puede ser visto por el empleador como un acto de desobediencia y no como el ejercicio de la libertad de religión por parte del trabajador. Esta actitud puede, así, por encima de todo, mostrarse contraria a la libertad religiosa del trabajador.

4. Del proselitismo a la violencia psicológica

En las sociedades modernas el monolitismo religioso ha dado lugar, progresivamente, al pluralismo religioso, creando nuevos problemas en relación con la libertad religiosa que tiene reflejos en la relación laboral.

La complejidad del fenómeno religioso en la relación laboral se sitúa en el carácter bifronte con el que se manifiesta y proyecta sobre el conjunto de derechos y obligaciones que proceden del contrato de trabajo: por un lado, siendo un derecho con características tan íntimas y personales que se encuadra en la autonomía individual de la persona, parece que no es posible una imposición por parte del empleador que se concrete en el ejercicio de un determinado culto; por otro lado, en el ámbito de las obligaciones contractuales asumidas, puede parecer difícil justificar el incumplimiento de la prestación acordada por motivos relacionados con las creencias religiosas³⁷. Ciertas situaciones de proselitismo religioso abusivo pueden configurar una clara

³⁷ Valdés Alonso, A., “Libertad religiosa, empresas de tendencia, libertad sindical y acoso en el trabajo (comentario a la STJS de Madrid, de 20 de abril de 2010)”, *Documentación laboral*, 90, 2010, p. 141.

violación de la dignidad de la persona del trabajador y de su derecho general de personalidad.

La posibilidad de que el empleador fuerce a sus trabajadores a asistir a determinados actos de culto ya ha sido tratada con alguna profundidad por la jurisprudencia norteamericana, que de forma consensual, no admite tales prácticas en el seno empresarial³⁸. Algo tan personal e íntimo como la libertad religiosa no es susceptible de integrar la relación laboral porque se trata de un derecho que no es objeto de negociación.

La cuestión del acoso moral en las relaciones de trabajo representa un problema serio en las sociedades actuales en la medida en que existe una creciente competencia entre las empresas, pero también, y sobre todo, porque se verifica una creciente precarización del empleo que fuerza al trabajador a permanecer en silencio para poder mantener el empleo que, «en muchas situaciones no estaría dispuesto a soportar si tuviese esperanzas de encontrar en el mercado de trabajo, con facilidad, una ocupación alternativa»³⁹.

Ahora bien, los comportamientos persecutorios resultantes de prácticas proselitistas en la empresa pueden integrar el concepto de acoso moral. Según Jónatas Machado, en relación a la libertad religiosa, el acoso moral debe ser considerado una conducta ilegal cuando tiene el propósito de generar un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo⁴⁰. El acoso moral siempre es considerado una conducta abusiva de naturaleza psicológica que atenta contra la integridad psíquica de uno o más individuos, ejercida de forma reiterada, con la intención de segregación.

Dentro del concepto amplio de acoso moral, podemos destacar una especie más específica correspondiente al acoso moral por motivos religiosos. El acoso moral por motivos religiosos en el lugar de trabajo, ocurre cuando alguien, debido a las convicciones religiosas de otro individuo, adopta una conducta que

³⁸ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace mucho que se viene tratando la temática de la neutralidad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales. La primera decisión que aborda el fenómeno religioso en la empresa es *Young v. Southwestern Savings and Loan Association*, de 1975, y más tarde en el caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Townley Engineering & Manufacturing Company*, de 1988, ambos objeto de estudio en: Valdés Dal-Ré, F., “La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo”, *Relaciones laborales*, 2, 2004, pp. 97-112.

³⁹ Gomes, J., *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 435.

⁴⁰ Machado, J., *op. cit.*, p. 266.

interfiere, más allá de los límites de lo razonable, en el desempeño laboral de este⁴¹.

La violencia psicológica, eventualmente presente en los casos de proselitismo en el lugar de trabajo, puede configurar verdaderos casos de acoso moral cuando se verifiquen las tres características apuntadas por la doctrina: «la práctica de determinados comportamientos, su duración y las consecuencias de estos»⁴². Los comportamientos en cuestión se refieren a conductas abusivas que pueden ser manifestadas por medio de palabras, gestos, actitudes, escritos, silencios y otro tipo de comportamientos que en general sean humillantes. Por otro lado, estos comportamientos deben tener un carácter repetitivo, debe existir una «repetición de los comportamientos, más concretamente, una pluralidad secuencial de conductas»⁴³. Por último, son determinantes las consecuencias negativas del acoso, concretamente a nivel de la salud psíquica de la víctima. Se incluye una vasta panoplia de resultados que demuestran un total desprecio por la dignidad de la persona humana con consecuencias en relación con su exclusión profesional, «destruyendo su carrera e incluso acabando por poner en riesgo su empleo, sea porque la víctima de acoso acaba por ser despedida sin justa causa, sea porque el acoso la conduce a hacer cesar, ella misma, el contrato de trabajo»⁴⁴.

En casos de proselitismo ilegítimo, el trabajador puede sentirse perseguido y angustiado, o puede sentir una acentuada pérdida de autoestima por los comportamientos de los que viene siendo objeto.

En conclusión, el aumento de la diversidad religiosa en el lugar de trabajo crea nuevas cuestiones para el Derecho, concretamente en relación con violencia psicológica resultante de estos comportamientos ilegítimos. Se trata de un área fértil para potenciales conflictos basados en la diversidad. Y la mejor forma de enfrentarse a la diversidad no es ignorarla sino mirarla de forma directa y reactiva.

⁴¹ *Ibidem*. Según el autor, la consideración del acoso moral por motivos religiosos debe hacerse de modo que no interfiera con ninguna de las dimensiones de la libertad religiosa, ya que «no se puede confundir la tentativa de creación de un ambiente de trabajo inclusivo, propicio a la tolerancia y al respeto con la misma dignidad de todos los individuos, con la transformación del mismo en una *religion free zone* en el que estos tienen miedo de vivir y comunicar libremente sus convicciones religiosas».

⁴² Gomes, J., *op. cit.*, p. 428.

⁴³ García Pereira, R., *Mobbing*, Código do Trabalho, a revisão de 2009, coordenação Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, 2010, p. 117.

⁴⁴ Gomes, J., *op. cit.*, p. 430.

5. Bibliografía

- BEACH B.B., *Proselytism in the Context of Globalization, Religious Liberty, and Nondiscrimination*, Fides et Libertas, The Journal of the International Religious Liberty Association, 2001
- BUENO SALINAS S., GUTIÉRREZ DEL MORAL M.J., *Proselitismo religioso y derecho*, Comares, 2002
- CANOTILHO GOMES J., MOREIRA V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2010
- FERRARI S., *A liberdade religiosa na época da globalização e do pós-modernismo: a questão do proselitismo*, Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, Consciência e Liberdade, 11, 2001
- GARAY A., *Le prosélytisme religieux au sein de l'entreprise*, Cahiers Sociaux du Barreau de Paris, spécial juillet-août 2003
- GARCÍA PEREIRA R., *Mobbing*, Código do Trabalho, a revisão de 2009, coordenação Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, 2010
- GOMES J., *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007
- GUERREIRO S., *As fronteiras da Tolerância, Liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, 2005
- LAW TAD S., *Proselytism and the Freedom to change religion in International Human Rights Law*, en *Brigham Young University Law Review*, 1999, 1
- MACHADO J., *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva, Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, Coimbra Editora, 1996
- MARINOS A.N., *A noção de proselitismo religioso segundo a Constituição Grega*, Associação Internacional para a Defesa da Liberdade Religiosa, Consciência e Liberdade, 1º semestre, 2000
- NAVARRO FLORIA J., LO PRETE O., *Proselitismo y libertad religiosa: una visión desde América Latina*, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 2011, 27
- VALDÉS ALONSO A., *Libertad religiosa, empresas de tendencia, libertad sindical y acoso en el trabajo (comentario a la STJS de Madrid, de 20 de abril de 2010)*, en *Documentación laboral*, 2010, 90
- VALDÉS DAL-RÉ F., *La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo*, en *Relaciones laborales*, 2004, 2
- VIEIRA DE ANDRADE J.C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2012
- VITALE A., *Corso di Diritto Ecclesiastico, Ordinamento Giuridico e Interesse Religiosi*, Giuffrè, 1996

NOTICIAS SOBRE LOS AUTORES

María Amparo Ballester Pastor	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
Jaime Cabeza Pereiro	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo (Galicia, España)
Roberta Caragnano	ADAPT Senior Research Fellow. Investigadora asociada de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)
Manrique Cos Egea	Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad de Murcia
Nicola D'Erario	Estudiante de Doctorado de ADAPT, Politecnico de Bari (Italia)
Luis Fernando de Castro Mejuto	Magistrado Especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Fiscal en excedencia. Doctor en Derecho [acreditado como Profesor Contratado Doctor]
Catarina de Oliveira Carvalho	Doctora en Derecho. Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa (Porto, Portugal)
María del Carmen Rodríguez Pérez	Doctoranda Facultad de Derecho UAM
Patricia Espejo Megías	Contratada FPU del Ministerio de Educación. Universidad de Castilla-La Mancha
M ^a Belén Fernández Collados	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia
Belén Fernández Docampo	Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Titular Acreditada). Universidad de Vigo (Galicia, España)
Silvia Fernández Martínez	Becaria de Colaboración del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela

Rosa Maria Ferreira	Abogada. Porto (Portugal)
Juan Carlos García Quiñones	Profesor Titular Acreditado de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid
José Luis Gil y Gil	Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alcalá
Rita Giráldez Méndez	Doctoranda Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela. Abogada laboralista
Francisco A. González Díaz	Profesor Titular Universidad Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
Carmen Grau Pineda	Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social de la ULPGC
Patricia Kurczyn Villalobos	Investigadora tiempo completo Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesora de la Facultad de Derecho. UNAM
Loïc Lerouge	COMPTRASEC UMR. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. CNRS (Centro Nacional de Investigación Científica). Universidad de Burdeos. Investigador tiempo completo
José Fernando Lousada Arochena	Magistrado especialista del Orden Social. Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Lourdes Mella Méndez	Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)
Amanda Moreno Solana	Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid
Lara M. Munín Sánchez	Juez sustituta. Profesora de Derecho del Trabajo en la ERLAC. Doctora en Derecho [acreditada como Ayudante Doctora]
Lara Nogueira Ferreiro	Becaria FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela
Carmen Ortiz Lallana	Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Rioja

Tiago Pimenta Fernandes	Abogado/Profesor de ISCAP. Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Porto (Portugal)
María Cristina Polo Sánchez	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca
José Sánchez Pérez	Profesor/Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho de Granada
Mariola Serrano Argüeso	Profesora encargada doctora. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto, Bilbao. Colaboradora del equipo de investigación <i>EDISPe (Economía, Desarrollo e Innovación Social para las Personas)</i> , reconocido por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco
Susana Sousa Machado	Becaria FCT, Profesora ESTGF.IPP, Investigadora CIICESI
Edurne Terradillos Ormaetxea	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social – UPV/EHU
Francisco Trujillo Pons	Personal investigador contratado por la Universitat Jaume I (Castellón)
Tatsiana Ushakova	Doctora en Derecho. Abogada
Fernando Valdés Dal-Ré	Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional
Christophe Vigneau	Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad París I Panthéon Sorbonne
Alicia Villalba Sánchez	Contratada FPU del Ministerio de Educación del Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela
Vanessa Zimmermann	Estudiante becaria. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

MIEMBROS ADAPT

ABI	Confesercenti	Fondazione CRUI
Adecco Italia	Confimi Impresa	Fondazione studi consulenti del lavoro
ADHR Group	Confindustria	Fondirigenti
Agens	Confindustria Bergamo	GE Oil & Gas – Nuovo Pignone
AgustaWestland	Confindustria Verona	Generazione vincente
Aifos	Confprofessioni	Gi Group
Ailog	Conservas Italia	Gruppo Manutencoop
ANCC-Coop	Consorzio formazione&lavoro	IKEA Italia Retail
ANCE	Coopfond-Legacoop nazionale	INAIL
Angem	Cremonini	Isfol
ANINSEI	Dusmann Service	Italia lavoro
Anmil Onlus	Ebinter	LVH-APA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza	Ebiter Taranto	Manpower
Assoimprenditori Alto Adige	Electrolux Italia	Marelli motori
Assolavoro	Elior Ristorazione	MCL
Assosistema	Enel	Micron Technology
Bachelor	Eni	Obiettivo lavoro
Banca Popolare dell'Emilia Romagna	Esselunga	Poste italiane
Chiesi Farmaceutici	Farindustria	Provincia di Verona
CIA	Federalberghi	Quanta
Cimolai	Federdistribuzione	Randstad Italia
CISL	Federmeccanica	Sodexo Italia
CISL FP	Federtrasporto	Synergie Italia agenzia per il lavoro
CNA	Fedit	Telecom Italia
CNA pensionati	Ferrovie dello Stato italiane	UGL
Coldiretti	FILCA-CISL	UIL
Confagricoltura	Fincantieri	Umana
Confartigianato	FIPE	Unindustria Bologna
Confcommercio	FISASCAT-CISL	Unindustria Treviso
Confcooperative	FIT-CISL	Union Labor
	FLAEI-CISL	

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo

