
ASPECTOS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Índice:

I. Informe metodológico y cuantitativo general

II. Acoso sexual y por razón de sexo

III. Conciliación de la vida laboral y familiar

- 1) Permiso de paternidad
- 2) Reducción de jornada por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares
- 3) Distribución de jornada
- 4) Excedencia por cuidado de hijos/as y por cuidado de familiares

IV. Despido por maternidad

V. Promoción profesional

II. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

1. Novedades que implica la Ley Orgánica 3/2007 respecto de la legislación anterior

La regulación del derecho español sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo se ha visto fuertemente influida por el derecho comunitario, ya que fue en él donde se recogió la necesidad de sancionar estas conductas. La Ley de igualdad 3/2007 traslada el contenido en esta materia avanzado por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

En el ámbito comunitario también han abordado este tema dos importantes documentos: el código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007.

En el ámbito español, la principal regulación del acoso sexual, con anterioridad a la ley de igualdad 3/2007 se efectuó a través de la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

La Ley de igualdad ha introducido un nuevo marco de regulación con relación al acoso sexual y por razón de sexo, concretamente a partir de sus artículos: 6, 7, 9, 10, 12, 13, 27.3.c, 46.2, 48 y 62, así como a través de las reformas de diversas leyes realizadas por sus disposiciones adicionales: la número 11 relativa al Estatuto de los Trabajadores, las 12 relativa a la LPRL, la 13 relativa a la LPL y la 14 relativa a la LISOS.

Específicamente, las novedades más significativas atañen a los artículos siguientes:

a) Definición del acoso sexual y acoso por razón de sexo

El artículo 7 de la Ley 3/2007 configura la definición del acoso sexual y por razón de sexo.

“Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

- 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, 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 discriminatorio 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.”

El artículo recoge algunos elementos muy importantes: en primer lugar, una distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. En segundo lugar, conceptualiza claramente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como manifestaciones de discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad.

b) Las consecuencias del acoso sexual y acoso por razón de sexo como acto discriminatorio

Con relación a las consecuencias del acoso sexual y acoso por razón de sexo, se deben tener en cuenta los artículos 9 y 10 de la Ley de igualdad, así como la disposición adicional 13:

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

En la disposición adicional 13 la ley de igualdad modifica la Ley de procedimiento laboral estableciendo que las indemnizaciones por discriminación y por lesión de derechos fundamentales son compatibles:

“Disposición adicional decimotercera. Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral. El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado como sigue: Uno. Se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 27 en los siguientes términos: «Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley.»

c) Legitimación en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo

La Ley 3/2007, en el art. 12.3 establece que en el ámbito judicial la única persona legitimada será la persona acosada:

“12.3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.”

Como señala la doctrina, esto debe interpretarse en el sentido de que en los procedimientos internos establecidos en las empresas, de forma extrajudicial, cabe aceptar la legitimación de otras personas. Esta interpretación es acorde con la literalidad de la Ley, pero también con las indicaciones del Acuerdo Europeo sobre Acoso.

d) La carga de la prueba

El artículo 13 de la Ley de igualdad determina la distribución de la carga de la prueba.

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Esta regulación se traslada explícitamente en las disposiciones adicionales 5 y 6 a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero no al ámbito laboral, donde seguiría siendo preciso aportar indicios de acuerdo a los art. 96 y 179.2 de la LPL.

e) El acoso sexual y por razón de sexo como problema de salud laboral

La Ley de igualdad aborda el problema del acoso sexual y por razón de sexo también desde su efecto en el ámbito de la salud laboral, concretamente en los artículos 27.3.c y la disposición final 12.

Artículo 27. Integración del principio de igualdad en la política de salud.

- 3. Las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones:*
- c) La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.*

Disposición adicional duodécima. Modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales queda modificada como sigue: Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5, que quedará redactado como sigue:

«4. Las Administraciones públicas promoverán 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 daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores.»

f) Las medidas de prevención con relación al acoso sexual y por razón de sexo

Un núcleo de importantes medidas con relación al acoso sexual y por razón de sexo están relacionadas con la prevención de estas formas de discriminación. Los artículos 46.2, 48 y 62 establecen distintos mecanismos. El artículo 46.2 incluye entre las medidas que pueden adoptar los planes de igualdad las medidas de prevención sobre acoso sexual y por razón de sexo. En el mismo sentido, el artículo 48 sostiene la necesidad de promover condiciones de trabajo libres de acoso sexual y por razón de sexo y de arbitrar procedimientos específicos para las denuncias. En el caso de las Administraciones públicas, el artículo 62 establece la obligatoriedad de negociar con la representación legal de trabajadoras/res diversos mecanismos.

2. La posición de los Tribunales

El resultado final de sentencias obtenidas para la investigación objeto del proyecto ha sido de 49 sentencias sobre “acoso sexual” y 9 sentencias sobre “acoso por razón de sexo”. Las sentencias escogidas para la realización de fichas han sido aquellas sentencias que examinaban de forma motivada los términos “acoso sexual” y “acoso por razón de sexo”, de manera que se podía extraer del estudio referencias importantes en cuanto a la interpretación y aplicación de la legislación que protege el ámbito del “acoso” en las relaciones laborales.

El acoso sexual y por razón de sexo es un tema relativamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Las primeras conceptualizaciones del este problema fueron realizadas por pensadoras feministas en los años ochenta y su traslación al ámbito jurídico fue inicialmente impulsada desde las políticas europeas.

En relación con las sentencias estudiadas cabe destacar diversos elementos:

1. El sexo de los/las demandantes. La naturaleza de género del acoso sexual y acoso por razón de sexo

En las sentencias estudiadas de acoso sexual, 29 mujeres son las demandantes y 20 hombres; en las sentencias de acoso por razón de sexo el número de demandantes mujeres es de 3 y el hombres es de 6.

En todos los casos de demandas planteadas por hombres, se trata de recursos que se plantean frente a despidos, que son respuesta a su vez a situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo realizadas por hombres. En el caso de las mujeres, en todas las demandas las mujeres activan los recursos desde su posición de víctimas de una situación de acoso sexual o por razón de sexo.

Es decir, tal como muestran numerosos estudios sociológicos, el acoso sexual y por razón de sexo es, en realidad, un acoso por razón de género, un tipo de violencia de género dirigida a las mujeres.

2. El escasísimo número de sentencias que abordan el tema de acoso por razón de sexo

Las sentencias estudiadas fueron aquellas que abordaban el tema de acoso sexual y el de acoso por razón de sexo. El escaso número de sentencias relativas al acoso por razón de sexo (9 en total) puede deberse a que esta figura es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pero también a los problemas de delimitación con figuras cercanas como el acoso sexual y el acoso moral.

Junto a todo esto, también las dificultades para apreciar la figura del acoso por razón de sexo denotan una errónea conceptualización y lo que podríamos llamar la presencia de justificación de ciertas actitudes machistas. Un ejemplo de ello es la sentencia *STSJ MAD 3852/2009*. La Sala considera constatadas diversas expresiones machistas, pero no considera que sean constitutivas de acoso sexual, ignorando por completo el concepto de acoso por razón de sexo.

“Del relato fáctico se desprende que el mando superior de la trabajadora tuvo una actitud machista, llegando a utilizar expresiones inadecuadas hacia la recurrente, sin que conste el período durante el cual se produjeron esas expresiones. No estamos ante un comportamiento abusivo y sistemático contra la persona de la recurrente, ni el mismo constituye un ataque a su integridad física o psíquica.

La actuación del encargado es inapropiada por las formas utilizadas, en cuanto vejación pública; su comportamiento es inadmisible desde la perspectiva de la debida consideración a toda persona en cuanto infringe el deber de respeto a la dignidad de los compañeros de trabajo (artículo 4.2.e) del ET), pero esas actuaciones, sin ninguna connotación de carácter sexual, resultan insuficientes para considerar la existencia del acoso que se denuncia. Es cierto que el informe del médico de la Seguridad Social indica que la lesión que padece deriva del acoso sexual y laboral en el trabajo, pero el mismo constituye un elemento más de prueba y es al juzgador de instancia al que le corresponde la valoración del conjunto de los hechos para deducir si se ha producido el presunto acoso sexual. Carece de toda lógica pensar que el cambio de turno se debió a la supuesta negativa de la trabajadora ante requerimientos de tipo sexual del encargado, cuando el mismo suponía no coincidir con su superior, el cual vería más difícil materializar su supuesta actitud de supuesto acoso sexual si no ve a la trabajadora. Y si se decide cambiarla de nuevo al turno de mañana fue por las circunstancias que ocurrieron el día 31/3/2008.”

Por último, también se debe destacar que algunas sentencias están haciendo un espléndido trabajo de definición y aplicación del acoso por razón de sexo. Un muy buen ejemplo de ello es la sentencia STSJ CAT 6910/2008. Esta sentencia define con precisión la conducta de acoso por razón de sexo o “sexista”. Subraya que no se necesita una reiteración de la conducta sexista ya que las mujeres discriminadas no tienen por qué soportar un comportamiento sexista en el tiempo.

“Per altra banda, s’ha de destacar que no hi hauria d’haver cap dubte de que expressions sexistes han de constituir una de falta molt greu, sense que calgui que siguin reiterades en el temps, com sembla que interessa la part recurrent, ja que no es pot pretendre que les dones afectades hagin de suportar aquest comportament discriminatori i que atenta contra el seu honor i la seva dignitat, encara que respongui en part a un hàbit social, que reflecteix la situació de inferioritat de la dona al mon laboral i a la societat en general.”

3. Las dificultades para diferenciar entre acoso moral y acoso sexual y por razón de sexo

El hecho de que durante largo tiempo muchos tribunales hayan incluido las conductas de acoso sexual en la categoría más general de acoso moral, ha dejado todavía una cierta dificultad en la diferenciación. Así, por ejemplo, en el caso de las sentencia STSJ

AND 13393/2008. La sentencia objeto de recurso calificaba los hechos como acoso moral, mientras que la sentencia del STSJ AND los reconducía adecuadamente a la categoría de acoso sexual:

“D. Luis Angel , en compañía de su hermano D. Jesus Miguel “se bajó la ropa y le mostró los genitales diciéndole: “Ésta la quieren muchas” y se marcharon riéndose” (hecho probado 8º), unos días después el 6 de junio de 2.006, el mismo demandado “encima de una factura que había que cobrar a un cliente, Luis Angel puso unas gominolas imitando la figura de los genitales masculinos, riéndose de ella cuando la encontró” (hecho probado 9º), iniciando con posterioridad a estos hechos una baja por incapacidad temporal el 8 de junio, paralizando así la posibilidad de que los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel persistieran en su actitud.

Por lo expuesto esta conducta reúne todas las características que la legislación exige para que la figura se integre en un supuesto de acoso sexual , ya que existieron acciones de naturaleza sexual, que evidentemente produjeron el efecto de atentar contra la dignidad de la trabajadora, sufriendo vejaciones injustas que hicieron que su entorno fuera indeseable, por lo que la conducta de los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel es claramente constitutiva de acoso moral en su vertiente de acoso sexual , por su actitud activa, realizando actos de hostigamiento a la trabajadora, siendo la conducta de su padre titular de la empresa “Comercial Prieto Decoración S.L.” un conducta de acoso laboral ya que con su conducta omisiva y permisiva con las acciones de sus hijos obligó a la trabajadora a soportar unas condiciones de trabajo incómodas, humillantes e injustas, sin que la relación paterno–filial que le vinculaba a los acosadores justifique el incumplimiento de las obligaciones que como empresario tiene frente a la trabajadora, que no se limitan a pagarla el salario, sino a facilitar el ejercicio”.

Ahora bien, esta sentencia también ilustra otro de los problemas encontrados en la jurisprudencia.

4. Los problemas de delimitación entre acoso sexual y acoso por razón de sexo

La distinción que establece nuestra legislación entre acoso sexual y acoso por razón de sexo parece recoger la distinción de ambas figuras en base a la intencionalidad del agresor: en el acoso sexual, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no sería sino la manifestación de su desprecio por las mujeres. Sin embargo, tal como afirma Teresa Pérez del Río es mayoritariamente reconocido que, a pesar de que el acoso sexual tenga como base una conducta de naturaleza sexual, en el fondo, en la motivación no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio...” (Pérez del Río, 2007).

Se debe destacar que se han encontrado algunas sentencias que encuadran las conductas como acoso sexual, pero en las que aparecen conductas que tienen también las características del acoso por razón de sexo. Por ejemplo, la sentencia STSJ AND 13393/2008, en la que se condena por acoso sexual:

“El artículo 7.1 citado define el acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”; y en este caso es evidente que las conductas vejatorias hacia la demandante han ido creciendo en gravedad desde el año 2.005 en el que se limitaban a “colocar un ratón muerto en el persistieran en su actitud. techo de su vehículo” (hecho probado 5º), a conductas con un mayor contenido sexual y así a finales de mayo de 2.006, el demandado D. Luis Angel , en compañía de su hermano D. Jesus Miguel “se bajó la ropa y le mostró los genitales diciéndole: “Ésta la quieren muchas” y se marcharon riéndose” (hecho probado 8º), unos días después el 6 de junio de 2.006, el mismo demandado “encima de una factura que había que cobrar a un cliente, Luis Angel puso unas gominolas imitando la figura de los genitales masculinos, riéndose de ella cuando la encontró” (hecho probado 9º), iniciando con posterioridad a estos hechos una baja por incapacidad temporal el 8 de junio, paralizando así la posibilidad de que los demandados D. Luis Angel y D. Jesus Miguel”

Ahora bien, si se lee el relato de los hechos también se producen actos que estarían claramente vinculados al acoso por razón de sexo:

“A consecuencia de que el padre se personaba menos horas en el negocio, la relación de la actora con los Sres. Jesus Miguel Luis Angel ha ido degradándose paulatinamente a lo largo de los dos últimos años, tornándose cada vez más tensa y desagradable, debiendo soportar comentarios despectivos, bromas de mal gusto y malas formas, tratándola como una idiota, llamándola tonta, gilipollas, dirigiéndose a ella en uno tono de voz elevado o directamente a gritos y haciéndole preguntas o comentarios sobre su vida personal (si tenía novio; por qué no tenía novio; que se le iba a pasar el arroz; si es que no le gustaban los hombres etc)”

5. La definición de la conducta

Con relación a la conceptualización del acoso sexual y acoso por razón de sexo, en primer lugar, se debe mencionar que llama la atención el escaso número de sentencias que citan directamente la Ley de igualdad. Concretamente, sólo 7 sentencias de las 49 sentencias estudiadas en el tema de acoso sexual hacen referencia directa al artículo 7 de la Ley de igualdad. El número de referencias a la Ley de igualdad aumenta cuando analizamos las referencias indirectas a los artículos del Estatuto de los Trabajadores reformados sobre esta cuestión. Así, por ejemplo, las citas al ET art. 4.2, apartado e, son 19. Recordemos que

dicho artículo establece como derecho de los trabajadores el “*respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de género*

”.

En la definición de las figuras de acoso sexual y por razón de sexo, diversas sentencias recogen la evolución de dichas figuras en el ámbito europeo; así por ejemplo, la sentencia del STSJ de Cantabria de 415/2008:

“El acoso sexual aparece definido por primera vez en el Art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, 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 acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, 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”, añadiendo en su apartado 3º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo.

El comportamiento constitutivo de acoso, conforme a la noción que resulta del Art. 2.2 de la Directiva, gravita en torno al carácter “no deseado” del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil; lo que comporta que para la calificación del ilícito resulte indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta, puesto que de lo que se ha de partir es de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y “no deseado” lo que constituye la esencia del acoso; se resalta de esta manera que la conducta viene impuesta por parte del actor y no es consentida por la víctima, por tanto, sin reciprocidad; y ello implica que, al final, resulte necesario evidenciar la oposición frente a las conductas de acoso, mostrando la víctima su rechazo al comportamiento del sujeto activo al ponerle de manifiesto el carácter indeseado de sus actos”

Algunas sentencias recogen en su definición del acoso sexual los argumentos de las sentencia del Tribunal Constitucional STC 224/1999. Como ejemplo, la sentencia STSJ de Cantabria de 415/2008 y la STSJ Cataluña 12854/2009.

“Ciertamente que la jurisprudencia constitucional había acogido un concepto más complejo de acoso, incorporando elementos objetivos que permitían advertir la presencia del mismo ante conductas constatadas de gravedad objetiva, al indicar que “en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional

o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo”(STC núm. 224/1999, de 13 de diciembre), erigiéndose de esta manera la gravedad, en razón de crear un ambiente o un clima radicalmente odioso o ingrato, en un elemento importante del concepto”.

STSJ de Cataluña, 12854/2009:

“Recuerdan las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2006 y de 18 de abril de 2008, que según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 224/1999) en el ámbito de salvaguardia del derecho a la intimidad personal queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

Para proseguir razonando que para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no

pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas.”

Mientras que sentencias como las mencionadas utilizan los argumentos del Tribunal Constitucional para abundar en el sentido de la Ley 3/2007, otras sentencias utilizan la sentencia del TC para restringir el concepto de acoso sexual, incluyendo en su definición elementos ausentes en la Ley. En este sentido, es paradigmático el caso de la sentencia STSJ AND 8276/2009, que además no hace ninguna referencia a la Ley 3/2007 y a sus definiciones de acoso sexual y por razón de sexo:

“[D]ebemos partir de los hechos probados que se declaran en la sentencia y que son sustancialmente, un caso de trabajador con retraso mental ligero, por acoso sexual a compañera, a la que pretendía convencer para que formasen pareja, diciéndole palabras cariñosas y de elogio, insistiendo tanto que con tanta insistencia que llegaba a molestar a la compañera que alguna vez le dijo que le dejase en paz. En una ocasión llegó a abrazarla un momento por detrás, dándole un beso en el hombro, lo que ella le reprochó, pero no se convenía de sus negativas y le prometía que le compraría los muebles que le gustasen para cuando estuvieran casados, dándole en otra ocasión un horóscopo en el que se afirmaba su compatibilidad de caracteres. La trabajadora se quejó al encargado de lo pesado que era el compañero y éste fue despedido. Tras el despido, la trabajadora le mandó dos mensajes a su móvil, uno, diciéndole que lo sentía mucho, no tenía nada que ver con la decisión y le apreciaba, el otro, para decirle que le gustaría explicarle algunas cosas que le echaba de menos y se acordaba mucho de él y le mandaba un beso, con lo que en ningún caso se presenta ante nosotros y en ello, debemos estar con la sentencia recurrida, con el acoso sexual que hemos descrito, comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, ya que la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países

pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima y en este caso, ni aparece agresión libidinosa alguna, ni humillación, ni efectos sobre el equilibrio psicológico de la trabajadora, ni en fin, ninguno de aquellos efectos examinados y que pretenden evitar las normas invocadas como infringidas”

6. Un requisito inexistente: la reiteración de la conducta

Uno de los elementos más problemáticos en la delimitación del concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo fue la exigencia de una “conducta reiterada” de acoso. Las definiciones introducidas por la Ley de igualdad son claras al respecto. El artículo 7 recordemos que define las conductas de la siguiente manera:

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

- 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, 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.*

La fórmula utilizada por el artículo es muy clara, ya que habla de “cualquier comportamiento” no exigiendo para ello una reiteración de conductas. Como en otros casos, de violencia de género, se repite aquí un problema que ya ha sido ampliamente estudiado: el hecho de que las formas de discriminación y/o violencia contra las mujeres suelen ser banalizadas y consideradas como poco graves, de ahí que históricamente sólo las conductas que reiteraban la violencia o la discriminación tenían tal consideración.

En las sentencias estudiadas se encuentran dos líneas jurisprudenciales: a) una primera línea, mayoritaria, que argumenta de acuerdo a la Ley 3/2007, estableciendo claramente que para apreciar acoso sexual o acoso por razón de sexo no es necesaria una reiteración de la conducta; b) una segunda línea, minoritaria, que exige la reiteración de la conducta para apreciar la figura.

A continuación examinaremos algunos ejemplos de estas sentencias:

- a) Sentencias acordes con la Ley 3/2007.
 - STSJ EXT 881/2009. Esta sentencia incluye una importante argumentación de por qué aunque la conducta, aunque sea aislada, constituye acoso por razón de sexo
 - STSJ CAT 14093/2008. En este caso, un único acto de agresión (una palmada en la zona glútea) se considera suficiente para apreciar el acoso sexual.
 - STSJ AS 1964/2008. En esta sentencia se afirma con rotundidad que un solo hecho puede constituir acoso sexual y se argumenta:

“Un solo acto puede constituir acoso sexual , ya que puede tener aptitud para reunir todas las características típicas: la acción de índole sexual; el propósito o el efecto (sin necesidad de un propósito específico) de atentar contra la dignidad de una persona, atentando que se produce siempre que se cree ese entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. La agresión sufrida por la demandante es un ejemplo claro de acoso sexual en el trabajo: reúne todos los requisitos indicados, entre ellos el de atacar la dignidad de la víctima hasta el extremo de hacer degradante y ofensivo el entorno laboral en que se produjo, atendiendo al sistema de valores y las pautas de conducta social vigentes en nuestra sociedad”.

En este mismo sentido se pronuncia la sentencia STSJ EXT 881/2009, en la que se incluye una argumentación de por qué, aunque la conducta sea aislada, constituye acoso por razón de sexo.

7. La problemática valoración de las pruebas

Sin duda, una de las cuestiones más problemáticas en las sentencias examinadas es la valoración de la pruebas que deben llevar a las/los juzgadores al convencimiento de que la conducta ha tenido lugar. Con relación a este tema, la Ley 3/2007 no ha producido ninguna reforma en la legislación laboral procesal. El examen de este tema creemos que debe conducirnos a plantear una reflexión sobre la necesidad de delimitar los criterios de valoración de la prueba en el ámbito social, así como a la exclusión de criterios claramente sexistas.

Los problemas vinculados con la valoración de la prueba vamos a agruparlos en torno a diferentes cuestiones: a) la desacreditación del testimonio de la víctima; b) la presencia de apreciaciones sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias.

a) La desacreditación del testimonio de la víctima.

En numerosas sentencias, la prueba principal es el testimonio de la víctima y en algunos de los casos estudiados se pone en duda la validez del testimonio de las mujeres. El cuestionamiento del testimonio de las mujeres y de su denuncia de la violencia de género es un hecho bien estudiado en el ámbito penal y frecuentemente caracterizado como uno de los problemas más graves a la hora de sancionar la violencia de género.

En la jurisdicción social, se repite esta situación incluso en casos en los que, junto con el testimonio de la víctima, hay otras pruebas, pero a las cuales el tribunal no atribuye suficiente valor probatorio. Así, algunas sentencias que incluyen peritajes o incluso testimonios de otros compañeros/as. Un ejemplo de esto sería la sentencia STSJ 8317/ 2009 Andalucía. En este caso, la demandante comunica la existencia de una agresión sexual (besos y tocamientos no deseados) a varios compañeros, pese a lo cual el tribunal no considera los hechos probados:

“Ninguna de las revisiones solicitadas puede ser acogida pues, con independencia de la irrelevancia de todas ellas (a efectos de la presente litis) salvo la del apartado b), ninguna de ellas se fundamenta o apoya en prueba documental o pericial; la única que sería decisiva, repetimos, sería la relativa a tocamientos y otros ataques sexuales de ese nuevo hecho probado sexto, pero lejos de fundarse en aquellos medios hábiles se alega que así se desprende de la propia demanda en donde la actora “describe detalladamente lo ocurrido, sin contradicción alguna”, en “haberlo comunicado cuando ocurrió a varias personas”, y del informe emitido por la única perito que actuó en el proceso; con independencia de que la libre valoración de los informes periciales es facultad del juzgador de instancia(arts 97.2 LPL y 348LEC), al no ser vinculantes para éste las opiniones o conclusiones de los peritos, el hecho probado vigésimosegundo se remite y da por reproducido el informe de la psicóloga, lo que es completado con lo que se declara en el apartado 9 del fundamento jurídico quinto de la sentencia en el sentido de que la referida psicóloga no duda que los trastornos de ansiedad de la actora respondan a “un sentimiento personal de la trabajadora de sentirse acosada, aun cuando la existencia real del acoso no haya quedado acreditado”; incluso el personal convencimiento de dicha profesional de haber sido la actora objeto de acoso, no dejaría de ser una mera opinión que en modo alguna obligaría a ser aceptada por el juzgador de instancia, y menos aun para ser medio hábil para modificar un hecho probado. Igual falta absoluta de consistencia tiene alegar, para fundar la revisión del hecho probado sexto, que tras el pretendido acoso sexual, la actora causó baja por sintomatología ansiosa; además de no constar la causa–efecto entre uno y otra, ocurrido el pretendido acoso en mayo de 2005, los meses subsiguientes entre pregunta acosada y acosador fueron cordiales y amistosos (hecho probado octavo).”

En este mismo sentido, la sentencia STSJ MAD 12155/2009

“Y aunque existan sospechas de que el actor llevó a cabo una conducta gravemente inadecuada en relación con la denunciante, esa sospecha no se ha traducido en una plena convicción jurídica, y por ello no se ha tenido por acreditados suficientemente los hechos imputados, y ante la ausencia, en el relato fáctico, de hechos probados de los que se desprenda directamente la acreditación de las imputaciones realizadas, se considera que la solución a la que llega el juzgador de instancia es ajustada a derecho, lo que lleva a desestimar este submotivo.”

Frente a este tipo de sentencias, cabe destacar que otras sentencias argumentan claramente la importancia del testimonio de la víctima, como por ejemplo la STSJ PV 1196/2008:

“Por lo demás, no se aprecia ninguna circunstancia que atenúe la gravedad y la culpabilidad de su incumplimiento, no pudiendo valorarse como tal el hecho de que la afectada no requiriiese asistencia médica o no hubiese presentado denuncia penal o laboral, o que hubiesen sido compañeros sentimentales, pues ello no desvirtúa la relación entre la conducta ilícita y el entorno laboral y tampoco justifica el comportamiento del demandante ni reduce su gravedad.”

b) La presencia de apreciaciones sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias.

Uno de los elementos más preocupantes de alguna de la jurisprudencia estudiada es la existencia de argumentos y apreciaciones claramente sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias. En diversas sentencias se encuentran comentarios que corresponden a algunos de los mitos sexistas sobre la violencia de género.

En la STSJ AS 1088/2008, en la que se denuncia una agresión sexual, el tribunal analiza la verosimilitud del testimonio de la víctima a través de ideas estereotipadas sobre la consecuencias de las agresiones sexuales:

“no es verosímil que el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos, que habiendo opuesto resistencia no presentase después el mas mínimo rasguño, que no es coherente con su relato de los hechos del que se deduce que no se trata de una simple insinuación o gesto de contenido sexual sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinoso en pechos y nalgas e intento de desvestirla, que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes”.

Sin embargo, tampoco cuando las consecuencias de la violencia se adaptan más a “la consecuencia estereotipada” esto garantiza que se aprecie el acoso sexual. En la sentencia STSJ 596/2009 Andalucía, encontramos el siguiente relato de los hechos:

“Por la Dra. Otilia se le extendió parte de baja a la actora el 22.04.05, diagnosticándosele estrés postraumático, permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 21.10.06, dictándose Resolución por el INSS el 26.04.07 (folio 14) por la que se le reconocía una prestación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con un 100 por 100 de la base reguladora de 537,37 € El Equipo de Valoración de incapacidades, previamente a lo anterior, había dictaminado el 18.12.06 que la actora padecía de estrés postraumático, derivado de enfermedad común, que le causaba limitaciones psíquicas.

La actora padeció durante el año 2005, y posteriormente, de ansiedad y estrés postraumático”

Pese a la acreditación médica de las consecuencias de la agresión sexual, la sentencia afirma no poder dar por acreditada la agresión sexual y apreciar el acoso sexual. Cabe destacar que, en numerosas sentencias, los hechos objeto de denuncia son agresiones sexuales graves.

En un sentido semejante, la sentencia STSJ MAD 12114/2008. En este caso incluso hay un parte de asistencia en un centro de asistencia a mujeres víctimas de agresiones sexuales, pese a lo cual tampoco el tribunal considera los hechos probados y resuelve negativamente con una escasísima argumentación.

Las dificultades para reconocer la discriminación que implica el acoso por razón de sexo también pueden verse en algunas sentencias, así la STSJ AR, 143/2009. En este caso, la situación producida puede resumirse partiendo de la sentencia:

“Que el pasado día 2 de Septiembre, y con ocasión de desplazarse la Encargada de su centro de trabajo a una reunión convocada por la Dirección de la empresa, al poco tiempo de abandonar ésta su puesto de trabajo Vd realizó comentarios despectivos hacia la misma en presencia de sus compañeros: “...Esta a estas horas se la estará chupando al Jefe debajo de la mesa y luego se lo tirará...”.

El tribunal no estima procedente el despido empresarial del trabajador, que ante testigos, dijo esta frase y para ello afirma que:

“No todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es constitutivo de despido, sino tan sólo cuando se produzca de forma “grave y culpable”, siendo exigible que la conducta sancionada se revele “maliciosa”, esto es, a través de “actos voluntarios” que denoten una “intencionalidad u omisión culpable... (imputable) a una “torcida voluntad” de su autor (STS de 16-6-1965 y 5-5-1980), pues la gravedad de la sanción de que se trata, el despido, obliga a una interpretación restrictiva, con la consecuente imposición de otra sanción de menor trascendencia, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran ser merecedores de sanción, no lo son de la más grave... siendo así necesario resaltar para la valoración de la falta cometida, su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor, por el claro matiz subjetivo que la caracteriza”.

En algunas sentencias se ataca la veracidad del testimonio de las mujeres argumentando que con posterioridad a la agresión se dan conductas que no corresponden “a lo que se espera haga una víctima”. Es el caso de la sentencia STSJ CL 6423 Valladolid, en la que se utilizan elementos “como hacerse una foto juntos” en una cena de trabajo para destruir la veracidad del testimonio de la víctima.

En el caso de la STSJ CAT 8390/2008 no se aprecia el acoso de la víctima y se justifica la conducta del agresor debido a que estaba “bebido” y a que la agresión se da en ese contexto.

8. Causas del despido en base al artículo 54 g)

La Ley 3/2007 ha modificado el artículo 54.2 ET:

“Se considerarán incumplimientos contractuales:

“g) 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.”

Respecto a las causas de despido del artículo 54 del ET se está utilizando de forma general el apartado g) del mismo, referente al acoso. Sin embargo, se han encontrado 5 sentencias, en las que aún y a pesar de quedar acreditada la conducta de acoso, el trabajador ha sido despedido por vía del apartado c), referente a ofensas verbales o físicas. Las sentencias son:

- *De acoso sexual* → STSJ AND 13393/08; STSJ CAT 3922/08 y STSJ CAT 14093/08
- *De acoso por razón de sexo* → STSJ ARAGÓN 143/09 y STSJ EXT 881/09

9. Referencias a la LISOS

Las referencias en las sentencias a los artículos de la LISOS reformados por la ley 3/2007 son muy escasas, en total sólo se han encontrado 5 sentencias que citan el artículo 8.13 bis, referente a la tipificación como “muy grave” de las conductas constitutivas como “acoso”. Recordemos que la Ley 3/2007 modificó el artículo 8.13 bis de la Ley sobre Infacciones y Sanciones en el Orden Social:

«13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.»

Concretamente sólo aplican dicho artículo las sentencias:

- *De acoso sexual* → STSJ CAT 8390/08; STSJ ICAN 2888/09; STSJ CANT 415/08; STSJ ICAN 1452/08;
- *De acoso por razón de sexo* → STSJ CLM 2638/09

10. Utilización del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de los artículos 175 y ss.

Respecto a la utilización del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (arts. 175 y ss.), también son pocas las sentencias en las que se remite la referencia al proceso especial de protección de derechos fundamentales. Aquellas en las que se hace referencia, lo hacen en virtud de los artículos 179, 180.1 y 182, de forma general.

- *De acoso sexual* → STSJ MAD 2309/08; STSJ ICAN 986/09; STSJ AND 13393/08; STSJ AS 1088/08; STSJ AS 1964/08; STSJ CAT 8390/08; STSJ EXT 2346/09; STSJ MAD 12504/09; STSJ ICAN 1452/08; STSJ ICAN 3942/09.
- *De acoso por razón de sexo* → STSJ AND 15668/08 y STSJ CLM 2638/09.