

son multinacionales, y que sus modelos de negocio han sido diseñados en países cuyo ordenamiento jurídico era probablemente más flexible a sus intereses.

Con esta actitud no es de extrañar que los cambios normativos no les afecten tanto como cabría esperar. De ahí que hayan sido necesarias otras intervenciones legislativas posteriores, que han sido las que se han estudiado en esta modesta contribución al libro homenaje a nuestro querido compañero el profesor Félix Salvador. Hacen falta estas nuevas leyes, a las que también se ha puesto nombre; pero también se requiere una actuación decidida de la administración laboral, que elimine las prácticas fraudulentas que todavía se producen; y más acción de los trabajadores, desarrollando la negociación colectiva en este sector y presionando a las plataformas más renuentes. Sólo así la Ley Rider podrá efectivamente alcanzar sus objetivos.

ACOSO EN EL LUGAR DE TRABAJO: EFECTOS PRÁCTICOS DEL CONVENIO 190 OIT Y RECOMENDACIÓN 206

Noelia Rodríguez Suárez

Profesora Sustituta Interina. Universidad de Sevilla

LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 190 POR ESPAÑA

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó en Ginebra el 21 de junio de 2019 el Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Convenio 190), vigente a partir del 25 de junio de 2021, junto con la Recomendación 206 que había sido aprobada el 21 de

junio del mismo año. El Convenio 190 fue ratificado por España 8 de marzo de 2022 (Instrumento de adhesión, BOE 16 de junio de 2022), entrando en vigor el 25 de mayo de 2023.

Según el artículo 3 la finalidad de este convenio es la protección frente “a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”, pero no solo en el centro de trabajo, también “en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”, recogiendo además tres grupos de medidas frente al denominado “ciberacoso” a adoptar por los Estados signatarios: preventivas (art. 8, sobre la idoneidad de las medidas de prevención del acoso, en relación con el art. 4.2 a) Convenio 190. Este Convenio consagra el “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, debiendo ser respetado, promovido y asegurado por cualquier estado miembro de la OIT que lo ratifique (art. 4. 1º Convenio 190), mediante la adopción, según su legislación nacional de un enfoque “inclusivo, integrado” y “que tenga en cuenta las consideraciones de género y que debería considerar la violencia y el acoso que impliquen a terceros (víctimas o autores de acoso) consistiendo en unos mínimos que van desde la adopción de una estrategia integral, desarrollar acciones para formar en materia de acoso, la prohibición legal de la violencia y el acoso, revisar que la violencia y el acoso sea abordado en las políticas internas.

Según el art. 4.2 a) Convenio 190, el contenido del enfoque incluirá la prohibición legal del acoso y según el art. 7, se obliga a todo estado miembro de “adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”, pero también se reconocen a trabajadores especialmente vulnerables, como los pertenecientes a la economía informal, siguiendo el art. 8 a) y c): “reconocer la importante función de las autoridades públicas en el caso de los trabajadores de la economía informal”, adoptando medidas para

protegerlos, Convenio 190, en relación con los párrafos 10º -especialidades en grupos vulnerables-12º y 9º -especialidades en determinados sectores, como el trabajo nocturno o de forma aislada, doméstico, hostelería, servicios sociales, de emergencia, salud, transporte, educación u ocio- Recomendación 206).

Se recogen también medidas de sensibilización, orientación y formación -en relación con la adopción de políticas nacionales adecuadas al enfoque integrado de seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y no discriminación y la migración art. 11a), así como la garantía de acceso a herramientas de formación con enfoque de género (párrafo 23º Recomendación 206) a empleadores, trabajadores, organizaciones y administraciones según art. 11 b) Convenio 190) y de sensibilización (art. 11 c) Convenio 190 en relación con los párrafos 23 d) y g) sobre campañas públicas) y de control (art. 9 Convenio 190, en relación con el art. 10 c) sobre la garantía de privacidad y confidencialidad de la información y con el 10ª) y b) sobre no revictimización hacia las víctimas por el hecho de denunciar), que se contemplen vías de recurso a las víctimas, el establecimiento de mecanismos de control, si no los hay ya establecidos, así como garantizar la existencia de medios de investigación, así como prever sanciones (art. 4.2 Convenio 190). También la reparación de forma eficaz y apropiada, en relación con el párrafo 14º Recomendación 206, en cuanto a la posibilidad de rescisión del contrato por la víctima, junto con el percibo de una indemnización, o la readmisión de la persona trabajadora, o una indemnización por los daños derivados de la violencia y/o el acoso, o la imposición de órdenes de aplicación inmediata, o también abono de honorarios por asistencia letrada y, en su caso, costas; acceso a recursos jurídicos, como los anteriores, o también sociales, administrativos y de salud y asistencia a las víctimas (art. 10 b) Convenio 190), incluyendo la tipificación de sanciones a los comportamientos constitutivos de violencia y acoso (art.10 d) Convenio 190).

En definitiva, este convenio proporciona un marco internacional no solo para identificar el acoso en el trabajo, sino también para pre-

venirlo y elaborar acciones tendentes a erradicarlo junto con la violencia en el ámbito de trabajo, incluyendo el acoso por razón de género.

El Convenio 190 tiene voluntad de extenderse sobre toda forma de trabajo, no solo el asalariado, sino “a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador” y en todos los sectores “público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales” (art. 2). También tiene una voluntad amplia en cuanto al lugar donde tiene lugar el acoso (art.3), que no ha de ser únicamente el centro de trabajo, sino los lugares de descanso, comida, instalaciones sanitarias o de aseo, vestuario, desplazamientos realizados por motivo de trabajo o relacionados con éste o comunicaciones, también a través de nuevas tecnologías de la información.

En las siguientes páginas revisaremos qué se viene entendiendo por acoso laboral en nuestro Ordenamiento Jurídico, qué requisitos exigía la jurisprudencia para su reconocimiento, y revisaremos si el convenio 190 aporta alguna novedad frente a nuestra ya consolidada doctrina jurisprudencial. Dejamos para otros estudios más autorizados aquello referente a la materia de prevención de riesgos laborales. Se finaliza el estudio realizando una serie de conclusiones.

EL CONCEPTO Y EL ÁMBITO EN QUE SE MANIFIESTA EL ACOSO EN EL TRABAJO

La Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996¹, se refería al “acoso sexual” y a “actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos

¹ Instrumento de ratificación publicado en el BOE el 11 de junio de 2021.

dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo" (art. 26). Por su parte, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico² y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³, desde el enfoque de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, contemplan el acoso como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo, centrándose más en la conducta que en los requisitos de intencionalidad y persistencia en el tiempo.

Hasta fechas recientes, no encontrábamos una regulación específica que definiera esta institución en nuestro ordenamiento jurídico laboral ni, por tanto, tampoco contamos con un listado de conductas constitutivas del mismo. Ello en parte se debe a que su primera manifestación teórica no provino del Derecho, sino del ámbito de la psicología⁴, precisamente por la detección de un patrón

² Art. 2, 3º: "3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico 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".

³ Art.2, 3º: "El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 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".

⁴ Véanse Leyman, Heinz: *Mobbing: la persécution au travail*, Editions du Seuil, París, 1996; *The content and development of mobbing at work*, *European Journal of work and organizational psychology*, nº 2, 1996. Véase también Hirigoyen, Marie France: *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Barcelona, 2001; *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2006.

en los efectos que se detectaban en la salud de los trabajadores, por lo que su abordaje no provino, como ocurre con otras categorías, del campo del Derecho, sino que en la definición del ámbito y del concepto se fue interactuando con otras disciplinas, como la medicina, la prevención de riesgos laborales, los derechos y principios fundamentales⁵ o el derecho penal, lo que repercutía en la concepción de este término. Al carecer de una definición legal de este concepto en nuestro ordenamiento, era necesario que, para declarar su existencia se apreciaran conjuntamente una serie de requisitos que fue señalando la jurisprudencia al tiempo que fue haciéndose una continua interpretación de las múltiples resoluciones judiciales, de la opinión de la doctrina y de la actuación órganos laborales.

Nuestro ordenamiento no dispone de una normativa específica sobre acoso en el lugar de trabajo. La falta de normativa no supuso su desconocimiento, la jurisprudencia construyó en torno a una serie de actuaciones realizadas en unas condiciones determinadas que daban lugar a la declaración de su existencia, en contextos en que, al afectar a la relación de trabajo, utilizaban cauces procesales que podían finalizar resolviendo el contrato de trabajo existente junto con la condena al empresario/Administración Pública a abonar una indemnización por esa terminación por causa imputable al empresario e incluso con una indemnización adicional por el daño ocasionado. Todo ello, sin perjuicio de otras acciones que puedan

⁵ Como la integridad física y moral (prevista en el art. 15 de la Constitución Española (en adelante, CE) y el derecho al honor y la propia imagen (art. 18 CE), en relación con la dignidad, prevista en el art. 10 CE, en relación asimismo con el art. 4.2 c ET que, dentro de los derechos de las personas trabajadoras, reconoce " 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 sexo" y de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

entablarse por la víctima en otros órdenes, como el penal o el administrativo y/o contencioso administrativo.

Según la Norma Técnica de Prevención nº 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo *mobbing*, acoso laboral u hostigamiento psicológico es la “*exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud*” (6).

Para esta guía de buenas prácticas, el acoso consistiría en una conducta repetitiva y de cierta duración, excluyéndose “aquellos hechos aislados, como conflictos puntuales entre trabajadores, que aún constituyendo un riesgo de tipo psicosocial no se ajustarían a la definición de acoso psicológico.

Veamos a continuación varios puntos para entender cómo se configuraba el acoso laboral por nuestra doctrina judicial:

1. En el mismo sentido que la Norma técnica de Prevención nº 854, nuestra jurisprudencia venía exigiendo para su apreciación que se tratase de conductas reiteradas, persistentes y, además, próximas entre sí en el tiempo, existiendo incluso sentencias que venían exigiendo el transcurso de determinado tiempo para apreciar acoso⁷.
2. En cuanto al periodo mínimo para entender que nos encontramos ante un *mobbing*, podemos atender a un periodo mínimo respecto a la repetición, atendiendo al psicólogo pionero en su estudio: una vez por semana durante un periodo de seis

⁶ Norma Técnica de Prevención nº 854 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (España).

⁷ STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (ROJ STSJ CLM 1489/2002); SSTSJ Comunidad Valenciana 17 de enero de 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003) y 16 de diciembre de 2003 (ROJ STSJ CV 7018/2003).

meses⁸, aunque los tribunales internos exigen mayor repetición semanal y periodos superiores⁹.

3. La doctrina y la jurisprudencia venían requiriendo sistematicidad, reiteración y frecuencia en la presión psicológica sobre una persona en su trabajo, así como una intencionalidad del sujeto activo y que éste persiguiera el fin de causar a la víctima un perjuicio moral¹⁰.

4. Se exigía (salvo alguna excepción) que no se trate de actos aislados, sino que han de ser acreditados los numerosos actos de acoso de que ha sido objeto la persona acosada. Estas conductas pueden consistir en “hacer” o activas o en “no hacer” u omisiones o actitudes pasivas.

⁸ El científico de referencia en esta materia, por ser pionero en tratar y definir el mobbing fue Heinz Leymann, entendió el mobbing como una forma de violencia psicológica extrema que se puede producir en el ámbito de una organización de trabajo, definiendo cuarenta y cinco tipos de comportamientos posibles entre los que podía apreciarse el acoso, contenidos en su obra LEYMANN, Heinz., *Från mobbning till utslagning i arbetslivet*. 1 uppl. Estocolmo, 1992. En su obra LEYMANN, Heinz., *The content and development of mobbing at work*, *European Journal of work and organizational psychology*, nº 2, 1996, página 168 define el mobbing en el lugar de trabajo como “El terror psicológico o mobbing en la vida laboral implica una comunicación hostil y poco ética, dirigida de manera sistemática por uno o unos pocos individuos principalmente hacia un individuo que, debido al mobbing, se ve empujado a una posición de indefensión e indefensión, siendo retenido allí por medios de continuar las actividades de mobbing. Estas acciones ocurren con mucha frecuencia (definición estadística: al menos una vez por semana) y durante un largo período de tiempo (definición estadística: al menos seis meses de duración)...”. Por otra parte, Marie France Hirigoyen, no solo habla del comportamiento, sino de la esfera moral, de la dignidad de la persona trabajadora sobre la que repercute y define “acoso moral en el trabajo” como “cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo”. Frente a Leymann, esta criminóloga no propone un criterio temporal de duración mínima del proceso, en HIRIGOYEN, Marie .France., *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2006.

⁹ STSJ Cataluña 30 de mayo de 2003 (ROJ STSJ CAT 6665/2003).

¹⁰ STS 23 de julio de 2001, (ROJ 3715/1997) dictado en ámbito contencioso administrativo, se trata de una de las primeras sentencias que abordó el acoso laboral.

5. La conducta activa se manifiesta mediante gestos, palabras o comportamientos, en muchos casos inocuos si se examinan de forma individual (de ahí la dificultad de su prueba). Como algunos ejemplos de conductas activas tenemos: insultos o palabras ofensivas o ridiculizantes, ataques contra la propia reputación, creación de rumores¹¹ restricción en el uso de material¹², crítica sobre el trabajo realizado, dificultar las fechas de vacaciones¹³, descansos solicitadas o solicitar que se trabaje fuera de la jornada y horarios establecidos¹⁴ en base a requerimientos laborales o negar formación solicitada¹⁵; aumento/sobreincremento de la carga de trabajo, o todo lo contrario, un comportamiento consistente en un vaciamiento de funciones¹⁶.
6. También podía constituir acoso las conductas omisivas, entre las que encontramos negar la comunicación con clientes, compañeros, etc., restricción de llamadas¹⁷el aislamiento¹⁸ o la ignorancia a la víctima¹⁹.
7. Estas conductas podían ser realizadas directamente por un jerárquico superior²⁰(acoso descendente), pero también mediante otros trabajadores²¹ (acoso horizontal, acoso ascendente²²).

¹¹ STSJ Navarra 30 de abril 2001 (ROJ STSJ NA 826/2001)

¹² STSJ País Vasco 10 de mayo de 2005 (ROJ STSJ PV 1995/2005).

¹³ STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre de 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

¹⁴ STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).

¹⁵ STSJ País Vasco 10 de mayo 2005 (ROJ: STSJ PV 1995/2005).

¹⁶ SSTSJ País Vasco 10 de mayo 2005 (ROJ: STSJ PV 1995/2005) y 04 de octubre de 2011; STSJ Cantabria 14 de diciembre 2018 (ROJ: STSJ CANT 619/2018).

¹⁷ STSJ Madrid 23 de mayo 2005 (ROJ STSJ M 6018/2005)

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 17 de enero 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003); STS 23 de julio de 2001, (ROJ 3715/1997)

¹⁹ STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

²⁰ Nuevamente, STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre 2005 (ROJ STSJ CLM 2963/2005).

²¹ STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo de 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).

²² Para los tipos de acoso, véase Jurado Segovia, Ángel. Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral, La Ley, Madrid, 2008, páginas 209 y siguientes.

8. Podía tratarse de acciones que individualmente no se tendrían en cuenta²³, pero que conjuntamente resultarían atentatorias contra la dignidad²⁴, por su matiz humillante y descalificador. Por ello, era necesario probar el carácter reiterado y prolongado en el tiempo.

9. Además, estas conductas, valoradas conjuntamente, provocan un clima de trabajo hostil para la víctima, según algunas sentencias²⁵, o incluso, para otras sentencias, responde a un plan preconcebido sobre la víctima trabajadora (destrucción moral de la persona y/o demostración de la innecesariedad de la trabajadora acosada²⁶ o que la persona trabajadora decida voluntariamente irse de la empresa/Administración Pública para no continuar siendo víctima del acoso²⁷).

10. Pero aquí no terminaría la necesidad probatoria por parte de la víctima de acoso en el trabajo, porque no solo se venía valorando la gravedad de las conductas, sino también la del daño. El acoso no es una psicopatología sino una práctica que como riesgo psicosocial puede desembocar en un daño para la salud. Tal daño se concreta en la aparición de una o varias dolencias y/o patologías médicas²⁸ o en su empeoramiento²⁹, como, por ejemplo, la depresión³⁰, también trastorno por estrés postraumático, entre otras muchas. La jurisprudencia tiene reconocidos algunos de los síntomas que suelen presentar las personas sometidas a este acoso: ansiedad, pérdida de

²³ STSJ Galicia 6 de marzo de 2003; STSJ País Vasco 16 de enero de 2007 (ROJ: STSJ PV 223/2007); STSJ Comunidad Valenciana 17 de enero de 2003 (ROJ STSJ CV 311/2003).

²⁴ STC de 11 de abril 1985 (RCT 53/1985).

²⁵ STC 13 de diciembre 1999 (RCT 224/1999); STSJ Navarra, a 18 de mayo de 2001 (ROJ: STSJ NA 941/2001); STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (ROJ: STSJ CLM 1489/2002).

²⁶ STSJ Cantabria 14 de diciembre de 2018 (ROJ: STSJ CANT 619/2018), STSJ Cataluña 25 de abril de 2008 (ROJ STSJ CAT 4833/2008).

²⁷ STS 23 de julio de 2001 (ROJ 3715/1997).

²⁸ STSJ Asturias, 07 de diciembre de 2022 (ROJ: STSJ AS 3652/2022)

²⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) 19 de diciembre 2002 (ROJ: STSJ AND 17882/2002).

³⁰ STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo de 2007 (ROJ: STSJ CLM 1351/2007).

autoestima, úlcera gastrointestinal³¹, (en algún caso, suicidio). El daño moral puede concretarse en los síntomas físicos descritos e incluso en una incapacidad para trabajar de la persona afectada (siendo frecuente esto último en la práctica).

11. El daño debe concurrir para apreciar acoso para un sector de la doctrina judicial, aunque para otro, lo que se valora es la posibilidad de causar el daño pretendido³².

12. Entre conducta y daño ha de existir una relación causa-efecto (nexo causal³³) que habrá de probarse en el correspondiente juicio³⁴. Por último, tal daño debe ser resarcido³⁵ a su víctima³⁶, en función de unas “bases y elementos clave” de la indemnización reclamada que deberá concretar la víctima en su escrito de demanda. Si bien se viene admitiendo la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS³⁷ para cuantificar la cuantía de la indemnización reclamada (STC 24 de julio 2006 (RTC 247/2006) y STS

³¹ STSJ Comunidad Valenciana 16 de diciembre de 2003 (ROJ STSJ CV 7018/2003).

³² STSJ Cantabria 30 de julio de 2004; STSJ Aragón 30 de junio de 2003.

³³ STSJ Madrid 28 de noviembre de 2008; STSJ Galicia 8 de abril de 2003.

³⁴ STSJ Cataluña 21 de octubre de 2008.

³⁵ Como es sabido, los criterios para fijar la indemnización se fijan de acuerdo con el art. 183 LRJS: “1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

³⁶ STSJ Castilla La Mancha 30 de mayo 2007.

³⁷ Véanse los arts. 8.11 LISOS que tipifica como infracción de carácter muy grave “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, el 8.13 que tipifica como infracción de carácter muy grave “El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma” o el art. 13 bis que tipifica como infracción de carácter muy grave “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones,

de 8 de julio de 2014 (ROJ STS 3495/2014) y 2 de febrero de 2015 (ROJ STS 3495/2014) , recurso 279/13); aunque se encuentran otros criterios, como el doble del salario de la trabajadora, al resultar la situación “doblemente penosa que si se hubiera llevado a cabo en condiciones normales”³⁸

El “daño moral” se define por la doctrina judicial como un “impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad”³⁹. La esfera de afectación del daño se proyecta sobre la dignidad de la persona.

De lo expuesto hasta el momento, cabe concluir la dificultad probatoria para la víctima, así como su exhaustividad. Pero, además, tanto doctrina como tribunales vienen exigiendo que el acoso tenga la connotación de “gravedad”. La importancia de su constatación residiría en que el conflicto es inherente al derecho del trabajo, dados los intereses contrapuestos que tienen lugar en esta relación. Por ello, se trazaba una línea entre los que se denominaban “meros conflictos laborales” de aquéllos otros que por su especial gravedad sean constitutivos de acoso. Se distingue entre situaciones de acoso moral en el trabajo (hostigamiento psicológico intencionado) con situaciones de estrés profesional (relacionados con un ambiente competitivo, precariedad en el empleo, inestabilidad laboral), de maltrato esporádico o de otro tipo de violencias dentro de la relación laboral (pese al reproche que merecen, no se encuadran dentro de este instituto).

discapacidad, edad y orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales 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, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

³⁸ STSJ Madrid 23 de mayo 2005 (ROJ STSJ M 6018/2005)

³⁹ STS, Sala Civil, 25 de junio de 1984.

El acoso, para ser grave, tal y como ha configurado nuestra doctrina, precisaría de una pluralidad de actos, a las que acompañarán las notas de “continuidad e intensidad”, esto es, de nuevo, se tendría que probar la reiteración y la prolongación en el tiempo (por ejemplo, una persona trabajadora, tras reincorporarse después de una baja médica, es privada de los trabajos que venía realizando en función a su formación y especialización, encomendándole otros que corresponderían a una categoría inferior). La determinación de la gravedad del acoso corresponde valorarla en cada caso al tribunal a quo, quien tendrá en cuenta la vulnerabilidad de la persona acosada (viudas, separadas, divorciadas, mujeres en trabajos predominantemente masculinos, mujeres recientemente contratadas, mujeres con contratos no estables, serían algunos ejemplos), el contexto en que se manifiesta esta conducta y la acreditación de la conducta por la parte demandante. No existe, como en otros procedimientos, una inversión de la carga de la prueba, si bien, existiendo la alegación de vulneración de un derecho fundamental, el tribunal no requiere una prueba plena, sino la aportación de indicios⁴⁰ concretos⁴¹ de ese trato desigual⁴², debiendo aportar la parte demandada en el acto del juicio una “justificación objetiva y razonable” de esa diferencia de trato o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria (STC 247/2006 de 24 de julio (RCT 247/2006) y STS de 22 de julio de 1996 (ROJ STS 4563/1996), salvo que la prueba resultare extremadamente difícil o costosa (STS 17 de diciembre de 2013 (ROJ STS 6407/2013)), en cuyo caso, se permite cierta flexibilidad, o cuando

⁴⁰ Art. 181.2 LRJS: " 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". En el mismo sentido, art. 96.1 LRJS, STC número 17/2005.

⁴¹ Señalar a este respecto que el Tribunal Constitucional viene entendiendo insuficiente una mera alegación de la vulneración del derecho fundamental, porque de la misma debe poder deducirse que dicha vulneración ha existido (SSTC núm. 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993)

⁴² MONEREO Pérez, J.L., La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Tirant lo Blanc, Valencia, 1996. Páginas 16 y ss.

la existencia del daño se ponga de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión (STS 24 de octubre de 2019 (ROJ STS 3730/2019)).

NOVEDADES QUE APORTA EL CONVENIO 190 A LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL

La primera novedad que aporta este Convenio a nuestro ordenamiento es la definición del comportamiento constitutivo de acoso. El convenio define “violencia y acoso en el mundo del trabajo” (art. 1.1, a) como “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”).

Sin embargo, seguimos sin hallar una suerte de listado de conductas constitutivas de acoso, ni al menos una lista abierta. Por lo tanto, la jurisprudencia continuará definiendo y aclarando conductas.

Relacionado con lo anterior, también supone una novedad plasmar en el convenio una amplitud de medios empleados para llevar a cabo el acoso, entre los que cobra especial importancia la introducción de nuevas tecnologías de la información, sin embargo, corre el riesgo de banalizarse situaciones que suponen acoso para la víctima.

Pero la mayor novedad que introduce el Convenio 190 es el reconocimiento formal de que puede ser constitutiva de acoso la conducta que tiene lugar una sola vez, pues, como hemos venido recordando, la jurisprudencia venía exigiendo para apreciar el acoso la concurrencia de reiteración y persistencia en el tiempo.

CÓMO PUEDE AFECTAR LA RATIFICACIÓN DE ESTE CONVENIO

El artículo 7 Convenio 190 establece la obligación de todo estado miembro de “adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”. Esta cuestión ya viene siendo una obligación por medio de los planes de igualdad. El artículo 7 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo recoge que el diagnóstico de situación debe referirse, entre otro contenido mínimo, a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, en el mismo sentido que el artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres. Recordemos que la Ley Orgánica 3/2007, define éstos como “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (art.46. 1). Recordemos también que el artículo 45.1 de la LO 3/2007 impone a las empresas de más de cincuenta trabajadores (umbral que tras el periodo transitorio del Real Decreto 6/2019 ha quedado finalmente referido a empresas de más de cincuenta trabajadores) la obligación de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, 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.

En cuanto a la reducción de la duración mínima de las conductas constitutivas de acoso de la que venimos hablando, recordemos que el Convenio 190 amplía las conductas constitutivas de acoso a las que se manifiesten una sola vez o a las que tengan lugar “de

manera repetida” (art. 1). Se plantea la cuestión de si nuestra jurisprudencia debe cambiar su doctrina al respecto. En este sentido, recordemos que los convenios de la OIT, como tratados internacionales, “una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” (art. 96.1 CE).

Ahora bien, en la primacía de una norma internacional no encontramos la identidad con el principio de primacía de la norma comunitaria⁴³, consolidado a partir de la sentencia de 15 de julio de 1964, dictada en el Asunto Costa contra Enel⁴⁴, al contrario, incluso alguna sentencia ha entendido el contenido de los convenios de la OIT como “tendencia, no como mandato imperativo”⁴⁵.

Sin embargo, el mismo artículo 96.1 CE también señala que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, esto es, se reafirma la inderogabilidad del contenido introducido en nuestro ordenamiento a través de un tratado internacional ratificado y publicado.

⁴³Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adopta el Tratado de Lisboa (DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/335). Declaración número 17 relativa a la primacía.”La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.:

⁴⁴En <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016>, último acceso 23/04/2016. En este asunto un juez nacional -italiano- había planteado la cuestión de la primacía del derecho interno o del comunitario. El fallo del TJ se basó en la propia naturaleza del derecho de la Unión, lo que hacía necesaria una aplicación uniforme. Se obliga al juez nacional a fallar conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia.

⁴⁵ STS 9 de diciembre de 1998 (ROJ 772/1995), respecto a las alegaciones por los demandantes del incumplimiento del Convenio núm. 172 OIT.

Por otro lado y, como ya hemos anticipado, tanto la Directiva 2000/43/CE como la Directiva 2000/78/CE sí parecen ser más laxas en cuanto a los requisitos de intencionalidad y de persistencia en el tiempo, por lo que, entendemos que, sin perjuicio de la revisión del caso concreto, los tribunales cuentan con cierto margen para flexibilizar el requisito temporal.