

ppi 201502ZU4639

Esta publicación científica en formato digital es continuidad de la revista impresa

Depósito Legal: pp 199102ZU43 / ISSN:1315-8597



GACETA LABORAL

Centro de Investigaciones y Estudios Laborales y de Disciplinas Afines

CiELDA

Vol. 28

3/2022



Acoso laboral y acoso sexual: Formas para presionar cambios en las relaciones de trabajo

Lo importante es saber lo que no es importante
Anónimo

Juan García Vara

Abogado UCV. Ampliación de estudios en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UCV. Magíster Scientiarum UCV. Escolaridad completa en Estudios de Doctorado UCV. Profesor Postgrado UCV y UCAB. Juez Superior del Trabajo (Jub.). Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral. Miembro de organizaciones académicas en Venezuela y el exterior. Blog: garciavara.wixsite.com/iniciojgvwix@gmail.com; Correo electrónico: gruposiglo1000@gmail.com

Consideraciones generales¹

La legislación laboral anterior a la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en adelante LOTT (Ley del Trabajo de 1936, Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo de 1959, Ley Orgánica del Trabajo de 1997, Ley Orgánica del Trabajo de 2011 y reglamentos de leyes laborales), no consideró en su contenido el Acoso Laboral y el Acoso Sexual; ello viene a ocurrir en la LOTT, concretamente en sus artículos 79, literal k), 80, literal h),

164 y 165. En estas dos últimas disposiciones se establece que en los casos que se produzca acoso laboral o acoso sexual se sancionará como se establece en el Reglamento.

El reglamento de la LOT habla del acoso u hostigamiento sexual, donde pareciera, por la redacción, que se refieren a acoso sexual, no propiamente al acoso laboral, esto es, que siempre por la letra del Reglamento vigente debe estar incluido el aspecto sexual; no obstante, en el acoso laboral no tiene que estar presente obligatoriamente este elemento, por tanto puede haber acoso laboral sin que haya hostigamiento sexual o acoso sexual,

¹ En adelante vamos a utilizar indistintamente los sustantivos en masculino y femenino, sin que esto signifique, en modo alguno, una discriminación hacia uno u otro. Hay igualdad de género.

porque son dos fenómenos distintos que pueden coexistir o estar presentes independientemente.

El Poder Ejecutivo Nacional se encuentra en mora legislativa o reglamentaria por la omisión de la publicación de los decretos que ordena la LOTTT en sus artículos 164 y 165, que se refieren al acoso laboral y al acoso sexual, respectivamente, pero hasta que eso ocurra, la interpretación que damos a estas instituciones del acoso laboral y acoso sexual es como sigue:

En el Título II de la Exposición de Motivos de la LOTTT –encabezamiento– se mencionan expresamente la incorporación del acoso laboral y del acoso sexual, como causas justificadas de despido y de retiro, según se trate.

En efecto, primero los incluye (acoso laboral o (sic) acoso sexual) en las causas justificadas de despido –solo el patrono despide–, luego en las causas justificadas de retiro –solo el trabajador se retira²–, para establecer las respectivas consecuencias; por último, establece, por separado, la prohibición del acoso en ambos supuestos, esto es, en el acoso laboral y en el acoso sexual.

Así tenemos que por la LOTTT, el Ejecutivo Nacional tendrá que dictar el reglamento de la misma, y, adicionalmente, leyes y decretos, para, entre muchos casos, las especificaciones que se incluyen en los contratos escritos de trabajo (artículo 59), formas de pago de salarios (artículo 123), protección de los derechos en intervención de empresas (artículo 148), acoso laboral (artículo 164), acoso sexual (artículo 165).

En este sentido el artículo 166 *eiusdem* reza:

El Estado, los trabajadores y trabajadoras, sus organizaciones sociales, los patronos y patronas, quedan obligados a promover acciones que garanticen la prevención, la investigación, la sanción, así como la difusión, el tratamiento, el seguimiento y el apoyo a las denuncias o reclamos que formule el trabajador o la trabajadora que haya sido objeto de acoso laboral o sexual.

De esta manera el legislador impone a los patronos, a los trabajadores y sus organizaciones sindicales la obligación de establecer las medidas que sean necesarias para evitar que ocurran actos de acoso laboral y acoso sexual, sobre sus trabajadores, dentro de la empresa o fuera de ella. Básicamente, el acosador sexual no tiene intención de dañar sino de obtener un placer sexual a cambio de conceder ciertos beneficios laborales al trabajador acosado (salarios, permisos, condiciones especiales, trato preferencial, entre otros).

La norma copiada supra procura que todos los integrantes de una relación laboral –los patronos, los trabajadores y sus representantes sindicales– hagan causa común para erradicar la práctica del acoso laboral y sexual, que perturban el ambiente necesario para que la prestación de servicios se lleve a cabo en forma natural, sin obstaculizaciones extrañas a la prestación misma, de manera que los reconocimientos y beneficios respondan a la forma meritoria de

² En ocasiones el trabajador utiliza erradamente la condición de retiro y señala, por ejemplo: “me retiraron de la empresa”.

cumplir las tareas laborales y no por ofrecimientos inmorales, deshonestos.

El acoso laboral y el sexual no representan para el trabajador un reconocimiento digno, apreciable, para su vida laboral dentro de una empresa, especialmente porque el acoso sexual es una práctica que se utiliza mayoritariamente contra las trabajadoras, socavando o quebrantando las condiciones morales, éticas y laborales en ellas.

El artículo 11 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, establece:

Discriminación por razones de género:

Se considerará como expresión de discriminación arbitraria por razón de género, al acoso u hostigamiento sexual. Incurrirá en acoso u hostigamiento sexual quien solicite favores o respuestas sexuales para sí o para un tercero, o procurare cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado, prevaleiéndose de una situación de superioridad y con la amenaza expresa o tácita de afectar el empleo o condiciones de trabajo de la víctima.

El acoso laboral y el acoso sexual hoy tienen mayor significación por la protección que les brindan a los trabajadores los sucesivos decretos de inamovilidad dictados por el Poder Ejecutivo. En efecto, nos encontramos una serie de decretos emanados del Ejecutivo Nacional que ordenan la inamovilidad de los trabajadores en el tiempo y bajo las circunstancias que en los propios decretos se establecen, finalizando con el último dictado.

El Ejecutivo Nacional en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.723, de fecha 20 de diciembre de 2022, Decreto N° 4.753, estableció que desde el

primer (1º) de enero del año dos mil veintitrés (2023) y hasta el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil veinticuatro (2024), ambas fechas inclusive (dos años), estará vigente la inamovilidad laboral especial dictada a favor de los trabajadores del sector privado y del sector público regidos por la LOTT.

De esta manera, los laborantes que sean sujetos de acoso laboral o de acoso sexual podrán acudir ante la autoridad administrativa del trabajo³ para presentar su denuncia por el mal trato del acoso sexual o del acoso laboral y seguir el procedimiento pautado en el artículo 425 *ejusdem*. Pero, evidentemente, todo queda a la labor probatoria, que se presenta con dificultad porque normalmente este tipo de conductas se llevan a cabo privadamente, no en forma pública y, además, en forma verbal. Infra trataremos el tema de la carga probatoria en estas circunstancias de acoso laboral o sexual.

También la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia considera el tema del acoso en su artículo 15, aparte 2 (en la publicación original y en la reforma) que señala:

Acoso u hostigamiento: Toda conducta abusiva y especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos o mensajes electrónicos

dirigidos a perseguir, intimidar, chantajear, apremiar, importunar y vigilar a una mujer que pueda atentar contra su estabilidad emocional, dignidad, prestigio, integridad física o psíquica, o que puedan poner en peligro su empleo, promoción, reconocimiento en el lugar de trabajo o fuera de él.

Por su parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha pronunciado sobre el tema indicando que el acoso sexual –no hace referencia al acoso laboral– dentro de las instalaciones de la empresa, estorba y daña los sitios de trabajo, tanto en su aspecto físico (instalaciones) como en el ambiente natural que debe subsistir para la mejor realización de la tarea encomendada al trabajador. La forma más común de este acoso sexual radica en que el acosador exige una complacencia o trato sexual para mantener, por ejemplo, la fuente de trabajo, o para conceder un ascenso, o un aumento de salario, o mejorar condiciones de trabajo para el prestador de servicios subordinados⁴.

La LOTTT, en el capítulo relativo a las Condiciones Dignas de Trabajo (Artículo 156), establece de manera meridiana que el trabajo debe cumplirse en condiciones dignas, de manera que el trabajador no se vea afectado en lo personal por razones de moral, decencia, ética, libertad sin acosos. En efecto, se lee en el literal f) de la citada disposición adjetiva “La prevención y las condiciones necesarias para evitar toda forma de hostigamiento o acoso sexual y laboral”.

Muchos países consideran el acoso sexual como una causal de terminación de la relación de trabajo, despido por el patrono o retiro por el trabajador, por causas justificadas, según se trate. Así tenemos, por ejemplo, Perú en la Ley 24514 que Regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo, artículo 25, literal h); Chile en el Código del Trabajo, artículos 160, numeral 1, literal b) y artículo 171; España en la Ley 3996 de 1995, artículo 184, Ley 2601 de 2000 artículo 8.13 y Ley 3228 de 2006; Argentina Ley 17 de 1988; Uruguay Ley 18.561 de 2009; Costa Rica Ley 7476 de 1995; Venezuela LOTTT de 2012; también Brasil, México, Francia, Italia, Portugal tienen en su legislación contemplados los casos de acoso sexual, no sólo desde el punto de vista laboral, sino también en el campo penal. La OIT, por supuesto, se ha pronunciado sobre el acoso sexual.

1. Acoso laboral

El acoso laboral, también conocido como *mobbing*, lo podemos observar en una o varias conductas por parte del patrono, o de un representante del mismo; o bien por compañeros de trabajo, siguiendo éstos instrucciones del empleador o por iniciativa propia.

El acoso laboral puede darse de distintas formas: Una, cuando uno o

varios trabajadores acosan a un superior jerárquico. Dos, cuando uno o varios trabajadores son acosados por uno o varios trabajadores de jerarquía superior en la misma empresa. Tres, cuando el acoso se produce entre trabajadores de igual nivel dentro de la empresa.

El Convenio 190 señala que el acoso en el mundo del trabajo ocurre “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”.

Indica además el organismo internacional del trabajo mencionado, que uno de cada cinco trabajadores en el mundo sufre acoso laboral; señala adicionalmente que la violencia laboral puede dañar a las personas prácticamente en todas las esferas de su vida. Sin embargo, a las mujeres y las niñas, las afecta “de manera desproporcional”, reconoce el Convenio 190 de la OIT, sobre la Violencia y el Acoso.

La disposición conjunta de los trabajadores para presionar al patrono con el fin de obtener mejores reivindicaciones y condiciones de trabajo –huelgas y paros laborales– no puede considerarse acoso laboral de los trabajadores hacia el patrono, es la simple manifestación del derecho de los trabajadores a pedir o solicitar nuevas o mejores condiciones laborales, siempre que se hagan conforme pauta la legislación del derecho colectivo de trabajo. La huelga está contemplada en el texto constitucional (artículo 97) y en la LOTT (artículos 486 y ss.). Si se observan y cumplen los requisitos previstos en las disposiciones anotadas supra, estamos en presencia de una huelga legal.

1.1 Posible finalidad del acoso laboral

La finalidad del acoso laboral es presionar al laborante en su sitio de trabajo, bien sea en el sector público o en el privado, para que cambie su forma de laborar o se retire; se busca con el acoso perturbar la actividad laboral de un determinado prestador de servicios, es un hostigamiento con el objeto de evitar que el trabajador acosado pueda dar cumplimiento a su obligación laboral y surjan motivos justificativos para pretender la finalización de la prestación de servicios subordinados por parte del patrono.

Este acoso laboral puede ser iniciativa del patrono porque no necesita o no requiere la prestación de la labor, pero ante la inamovilidad, recurre al acoso laboral para que el empleado se retire por su propia iniciativa, llevando el patrono a cabo esta conducta directamente o a través de sus representantes o de otros laborantes.

Puede tratarse, por ejemplo, de maltrato que se traduzca en violencia que ponga en peligro la integridad física y/o moral, sexual del trabajador, discriminación en relación con otros trabajadores, obstaculización de las tareas que cumple el trabajador acosado, interferencia en las funciones del trabajador acosado, ofensas verbales o de manipulaciones o gestos injuriosos, difamantes, desigualdad frente a los demás trabajadores, exclusión, persecución en el sitio de trabajo para inducirlo a su retiro, asignación exagerada de carga laboral con la expectativa que no la pueda cumplir y sea causa de finalización de la relación por razones atribuibles al

prestador de servicios, trato discriminatorio por razón de su origen, religión, raza, preparación, situación social o política, entre muchas realidades⁵.

La creación y distribución de circulares, directivas o memorandos con exigencias técnicas para mejorar la eficiencia laboral, conforme a los indicadores de rendimiento, no constituyen acoso laboral.

De igual forma, la aplicación y seguimiento de normas disciplinarias dentro de la sede laboral, establecidas para los trabajadores –siempre que sean razonables– no constituyen formas de acoso laboral.

1.2 Daño moral por acoso laboral

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia⁶, como consecuencia del acoso laboral puede surgir un daño moral, en cuyo caso el acosador debe responder a tenor de lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil, por tratarse de un hecho ilícito del acosador. Por supuesto, en caso que el accionado contradiga pura y simplemente los hechos que se le imputan, sin alegatos nuevos que lo excluyan de la obligación, el actor tendrá la carga probatoria de sus afirmaciones. Debe además quedar demostrado en las actas procesales la relación de causalidad entre el hecho –acoso laboral– y el daño, esto es, que el hecho produjo el daño. Lo mencionado supra también vale para el caso del acoso sexual, es decir, que igualmente puede haber daño moral en el acoso sexual y el acosador tiene que

responder. Como fácil resulta concluir, todo depende de las pruebas que consten a las actas procesales.

2. Acoso sexual

Se configura cuando una persona, valiéndose de su posición o autoridad en una empresa determinada, en su propio beneficio o a favor de un tercero, hostiga a una persona que labora en la misma empresa, para obtener de ella una conducta o favores sexuales, mediante ofrecimientos que están a su alcance o disposición, persiguiéndola, con exigencias sexuales no consentidas. El acoso sexual es una forma del acoso laboral, porque en ambos casos constituye una alteración o perturbación del sitio de trabajo.

Siempre ha de tratarse de acoso con fines sexuales no consentidos; si hay consentimiento, rendición o si el acosado sucumbe o se rinde ante el acoso, no puede hablarse de acoso sexual, como expondremos infra.

Lo primero que hay que determinar, es que el acosador esté en capacidad de ofrecer a cambio del favor sexual,

alguna ventaja, beneficio o ayuda en la prestación del servicio del trabajador. Si se trata, por ejemplo, de un encargado de la limpieza, este no podrá ofrecer a cambio del favor sexual un ingreso a la empresa o un ascenso o beneficios laborales porque no está dentro de sus facultades acordar tales beneficios, entonces, lo primero que hay que precisar es que el acosador tenga la suficiente autoridad o jerarquía para cumplir con el ofrecimiento a cambio del favor sexual. Si no tiene esa facultad en la empresa y persiste en su acoso, se tratará de un asunto contemplado en materia penal o la posibilidad para el patrono de despedir justificadamente a dicho trabajador, amparándose en el literal k) del artículo 79 de la LOTT, previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo –Inspectoría del Trabajo de la jurisdicción– por razón de la inamovilidad decretada por el Ejecutivo Nacional.

La prohibición del acoso sexual está limitada a los centros de trabajo, esto es, en los sitios donde se cumple la prestación del servicio subordinado. Por interpretación en contrario, si el acoso sexual se lleva a cabo fuera del sitio de trabajo, no es considerado acoso sexual; en lo personal difiero de esa interpretación.

En nuestra opinión, el acoso sexual puede llevarse a cabo en cualquier lugar, dentro de los centros de trabajo o fuera de ellos (Lo importante es que “la conducta de las partes –acosador y acosado– pueda subsumirse en los hechos que caracterizan el acoso sexual”)⁷, lo que califica tal situación es que el acosado, prestador de servicios,

pertenecza a una determinada empresa y que el acosador también pertenezca a la misma empresa. Si se trata de un acoso sexual entre un profesional de la medicina y un paciente o entre un profesor y un alumno, por ejemplo, no estamos frente a un acoso sexual laboral porque no está presente la relación de trabajo, lo que sí pudiera considerarse en este caso es si esa conducta del acosador constituye un delito en el campo del derecho penal.

La OIT se ha pronunciado sobre el tema indicando que el acoso sexual dentro de las instalaciones de la empresa, estorba y daña los sitios de trabajo, tanto en su aspecto físico (instalaciones) como en el ambiente natural que debe subsistir para la mejor realización de la tarea encomendada al trabajador. La forma más común de este acoso sexual radica en que el acosador exige una complacencia o trato sexual para mantener la fuente de trabajo, o para conceder un ascenso o mejorar condiciones para el laborante⁸.

También se ha definido el acoso sexual como el trato indeseado entre compañeros de trabajo, comentarios lascivos, bromas sexuales.

Ahora bien, cualquiera que sea la forma que se lleve a cabo el acoso sexual, independientemente de la intención del acosador, si la persona acosada accede a las peticiones sexuales no se puede hablar de acoso sexual, porque consintió en ello para buscar que se materializara el ofrecimiento o promesa o porque le cumplieron y

ahora al acosado le corresponde también cumplir la parte del acoso. Si el acosado accede a la petición no hay acoso sexual, tiene que haber el rechazo por parte de éste.

El Convenio Nº 190 (21 de junio de 2019) de la OIT, adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 2019, constituye un instrumento histórico. Se trata de la primera norma internacional del trabajo que permite abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, conjuntamente con la Recomendación Nº 206 adoptada en junio de 2019 “Para la eliminación de las violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.

El Convenio 190 señala que el acoso en el mundo del trabajo ocurre “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”.

Así las legislaciones en cada país (desarrollados o en vías de desarrollo) han considerado necesario prohibir y eliminar las formas de acoso laboral y acoso sexual; y la OIT ha globalizado la protección a los trabajadores ante los acosos, adoptando Convenios y Recomendaciones que son ratificados por sus diferentes miembros.

En atención a los pronunciamientos de la OIT, los hombres son las primeras víctimas de acoso laboral, aunque también lo sufren las mujeres, pero en menor escala; mientras que las mujeres son principalmente las víctimas del acoso sexual, aunque ya se están oyendo los primeros casos de acoso sexual entre hombres.

Tenemos, por caso, un ejemplo muy reciente, donde denuncian en el diario

deportivo L'Équipe y en la emisora RCM que el jefe del fútbol francés acosa sexualmente a la agente Sonia Souid. Menciona la acosada que el acosador le dijo que para ayudarla tenían que tener relaciones.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (España) por auto de 23 de marzo de 2022, declaró procedente el despido disciplinario de un hombre que, aprovechándose de su situación de jerarquía en la empresa, remitió mensajes vía WhatsApp de índole no laboral a una subordinada y, tras el desinterés de esta última, la aisló del resto de sus compañeros.

Refiere el organismo judicial que “Las conversaciones que mantuvieron las partes van más allá de lo meramente amistoso para contener intimidaciones de índole sexual”¹⁰.

3. Carga de la prueba

En los casos de acoso laboral o de acoso sexual las pruebas son fundamentales, pero también complejas y difíciles, porque como se manifestó supra, los hechos del acoso laboral o del acoso sexual normalmente ocurren por manifestaciones privadas y orales, lo que no quiere decir que en alguna oportunidad la demostración del acoso laboral o del acoso sexual pueda evidenciarse mediante la utilización de cualquier medio de prueba legal porque los hechos constitutivos del acoso no fueron tan privados, ni exclusivamente orales

¹⁰ Véase, <https://www.prevencionintegral.com/buscadorm/Responsabilidades>

El artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), –en conformidad con el artículo 135 *eiusdem*–, establece la carga de la prueba, de acuerdo con la afirmación de hechos, su aceptación y su contradicción. El silencio del accionado se califica como aceptación de los hechos¹⁰.

Ahora bien, en primer lugar, es necesario determinar, quién afirma hechos y quién los niega o contradice. Si consideramos el escrito contentivo de la contestación de la demanda, el accionado debe proceder de acuerdo con los términos indicados en el mencionado artículo 135; su desobediencia o conducta contraria establece las consecuencias legales procesales que contiene dicha disposición.

Si el prestador de servicios se retira alegando la justificación de su proceder, por ser víctima de acoso laboral o de acoso sexual y así lo refleja en su demanda, habría que precisar los términos de la contestación, porque si el accionado no contradice los hechos o los acepta expresamente, se dan por admitidos, salvo que lo peticionado violento el orden público, las disposiciones expresas de la ley y las buenas costumbres; o si no da contestación conforme prescribe la legislación procesal laboral.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, se ha pronunciado sobre la carga de la prueba en las reclamaciones por daño moral, sentando que, En definitiva, la alzada haciendo una correcta interpretación de los artículos denunciados, declara la improcedencia de la indemnización por daño moral debido a que las pruebas

aportadas al proceso son insuficientes para formar convicción sobre los hechos afirmados en la demanda y que **la carga probatoria de demostrar esos hechos le correspondía a la accionante**, por lo que, al no existir prueba en el expediente que evidencie el *hecho ilícito*, según los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, resulta improcedente la indemnización solicitada¹¹.

Conclusiones

Los acosos –laboral y sexual– comúnmente se llevan a cabo privadamente y en forma oral. De ahí su dificultad probatoria.

Las víctimas de acoso son comúnmente los trabajadores; es difícil, no es común, encontrar que un patrono pueda alegar y despedir a un trabajador por considerarse víctima de acoso. El acoso, por lo regular ocurre del patrono o grupo de trabajadores hacia otro u otros trabajadores; pero ante la posibilidad de materializarlo, el legislador lo consideró e incluyó en las disposiciones laborales.

El acoso laboral es contrario a la protección que brinda la legislación del trabajo a los prestadores de servicios subordinados.

El acoso sexual también en contrario a los derechos que tienen los trabajadores de sexo femenino o de sexo masculino.

Los acosos (laborales o sexuales) contemplan el derecho de la parte

convertida en víctima a poner fin a la relación laboral por motivos justificados y exigir las indemnizaciones contempladas en la legislación del trabajo.

Hay acosos que por la forma como se llevaron a cabo, convierten el hecho del acoso en una conducta delictual del acosador.



UNIVERSIDAD
DEL ZULIA

Vol. 28 Nº 3

*Esta revista fue editada en formato digital y
publicada en diciembre de 2022, por el **Fondo
Editorial Serbiluz, Universidad del Zulia.**
Maracaibo-Venezuela*