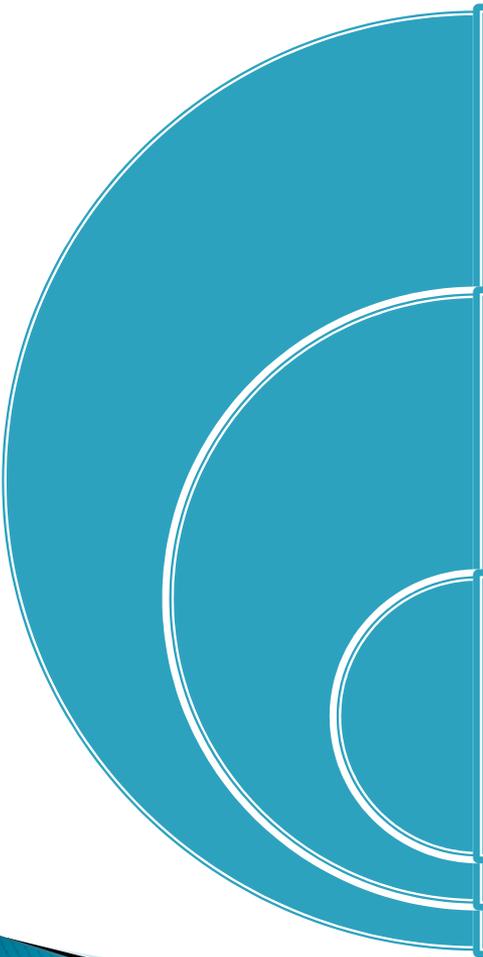


La omisión de obligaciones de los administradores de sociedades o responsables/directivo ante el Acoso Laboral, sexual o por razones de sexo u otras situaciones ilícitas de discriminación en el entorno laboral.

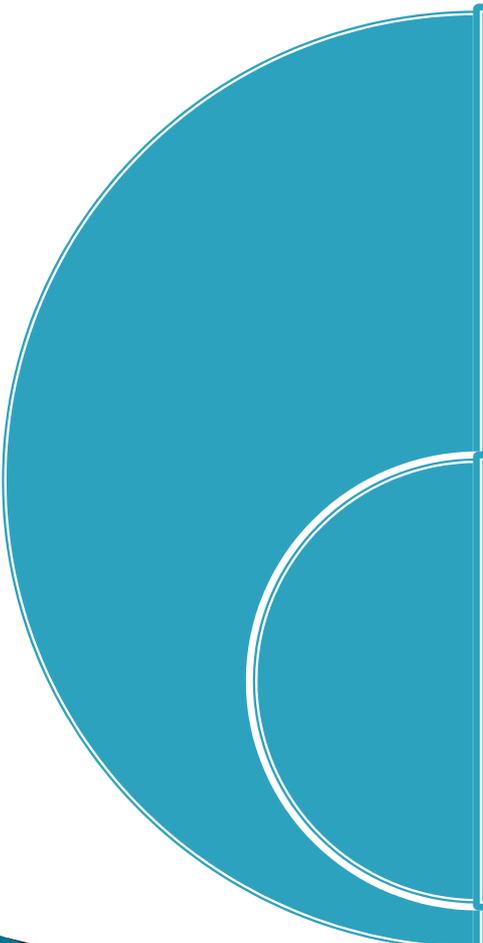
Por Vicente Magro Servet
Magistrado del Tribunal Supremo



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.

Artículo 11. Registro de planes de igualdad.

1. Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes.



Artículo 12. Depósito de medidas y protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo.

Serán objeto de depósito voluntario las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para prevenir la discriminación entre mujeres y hombres, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

Regla general básica

Necesidad de la existencia de un protocolo para prevenir el acoso

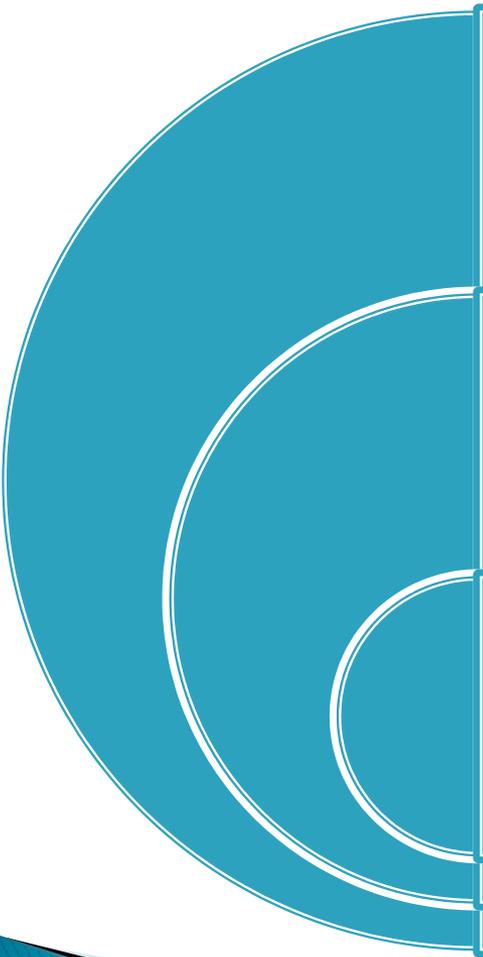
Forma parte del buen compliance

No solo debe contemplar medidas de acción cuando se produzcan prácticas de acoso en el trabajo, sino ex ante para evitarlo.

Nótese que, luego lo veremos, el art. 316 CP es un delito de omisión, no de resultado.

Se castiga solo por el “riesgo” de que ocurra, no porque haya ocurrido.

La designación del agente anti acoso en las empresas



Es fundamental la designación en cada empresa de una persona que opere como responsable de “conocimiento de actos de acoso”

Ante él las víctimas de acoso pueden denunciar los hechos.

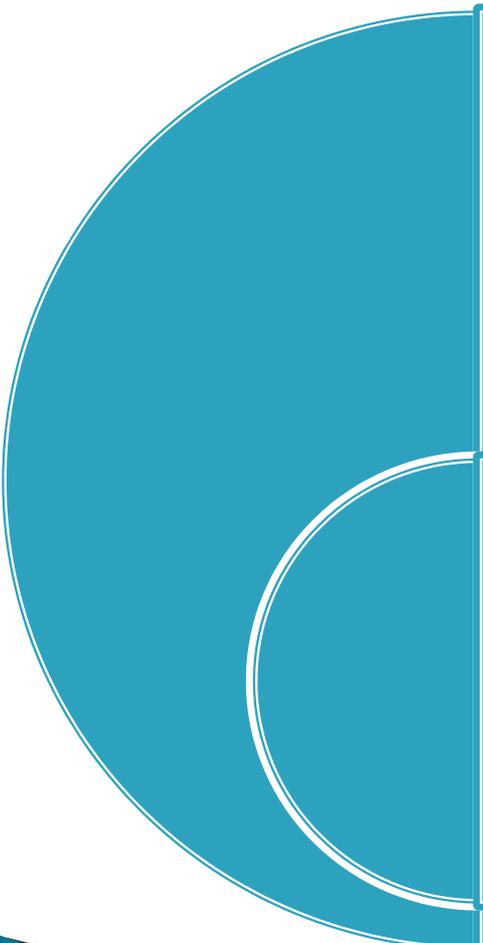
La designación del “agente anti acoso” es buena praxis de “haber adoptado las medidas de diligencia exigibles de seguridad interna”.

Publicidad de quien es en la empresa

No se trata de una designación secreta.

Todos saben que existe y todos saben que puede recibir información de todos si estos hechos existen.

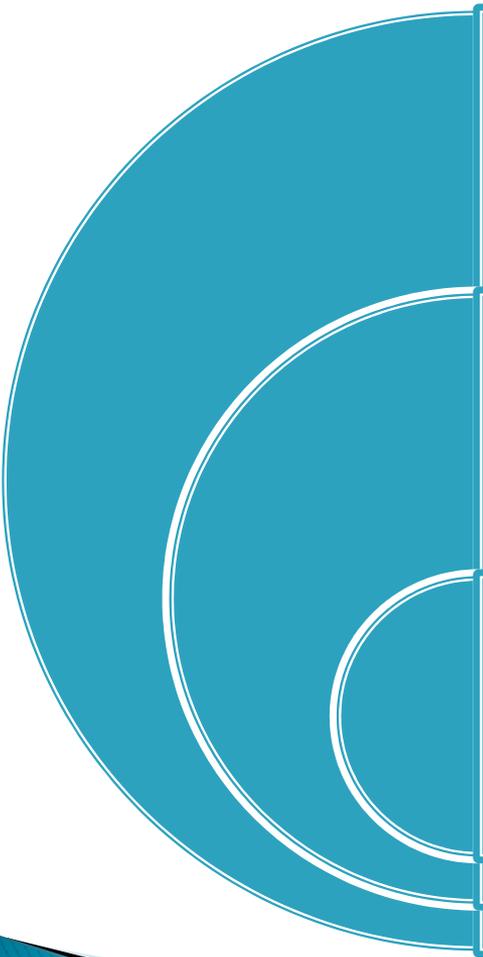
Y recibir “denuncias anónimas”



Muchas veces la víctima de acoso no “se atreve a denunciar”

La denuncia anónima y su canal integra el programa del buen programa de cumplimiento

La empresa debe estar en disposición de demostrar “actitud antiacoso”



Debo actuar ex ante para evitarlo

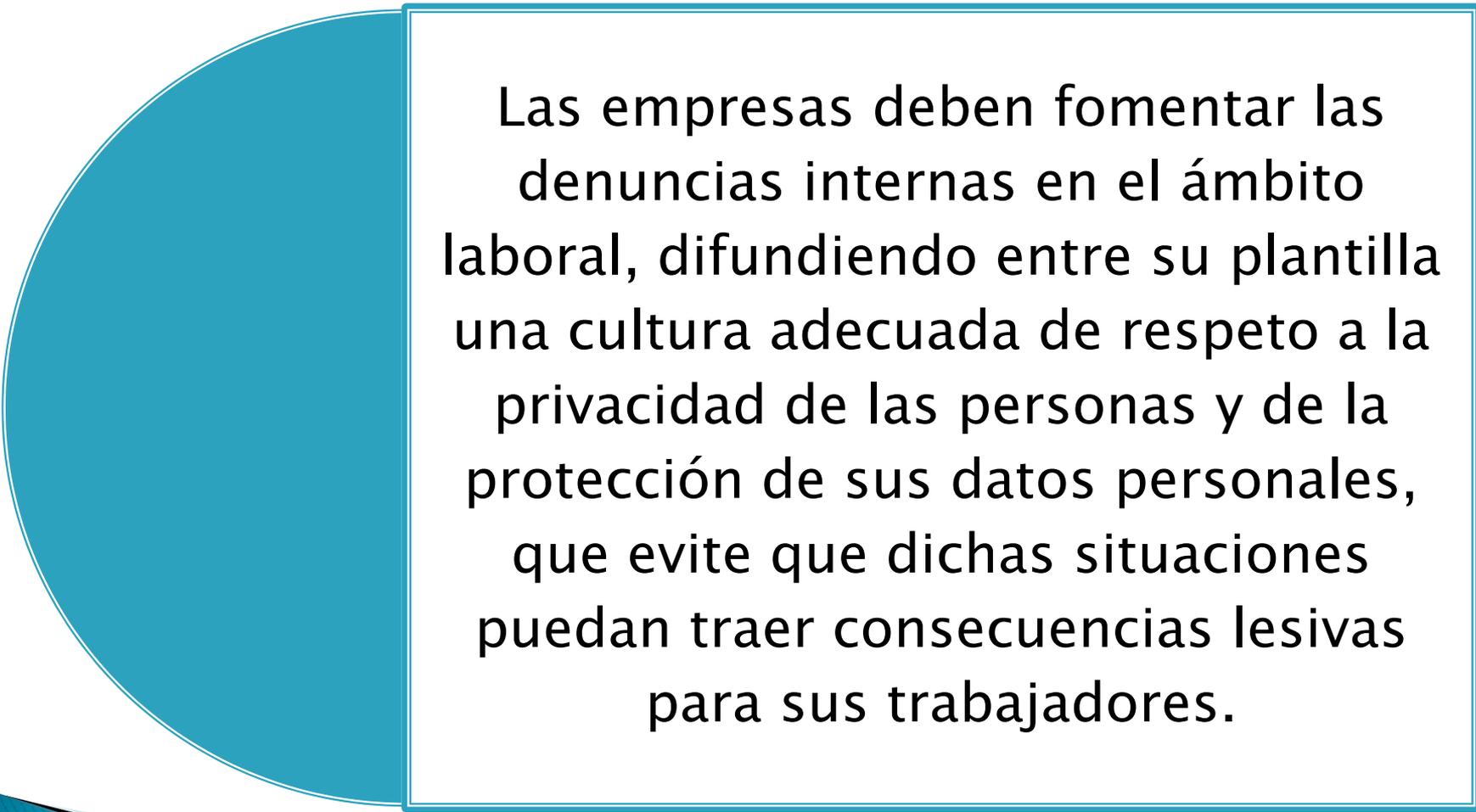
Debo actuar de forma reforzada
cuando me consta que está ocurriendo

Necesidad de preconstituir la prueba.

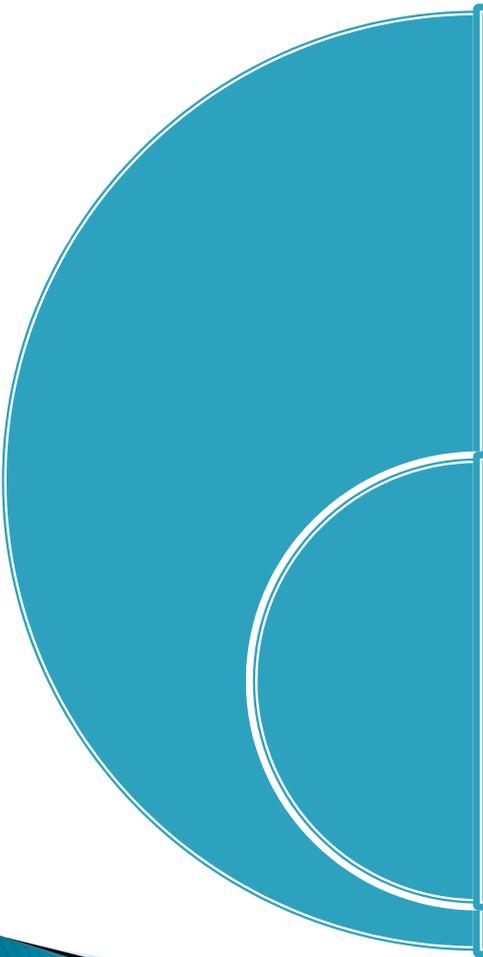
Omisión de protección laboral ante el acoso

La protección frente al acoso sexual es un derecho del trabajador en la relación laboral, frente al empresario [artículo 4.2.e) ET] y, como correlato, constituye obligación legal de la empresa combatirlo y también prevenirlo.

El canal de denuncias anónimas en el buen compliance



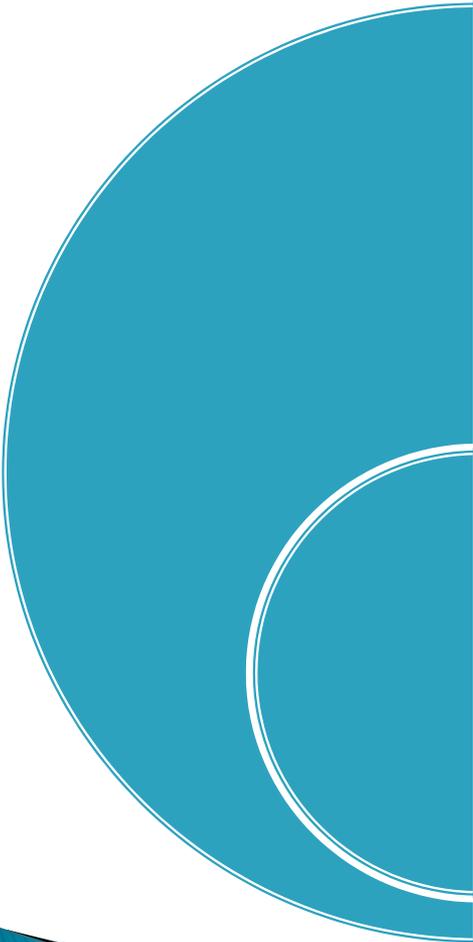
Las empresas deben fomentar las denuncias internas en el ámbito laboral, difundiendo entre su plantilla una cultura adecuada de respeto a la privacidad de las personas y de la protección de sus datos personales, que evite que dichas situaciones puedan traer consecuencias lesivas para sus trabajadores.



**Compliance ad intra
en la empresa:**

Compliance ad extra

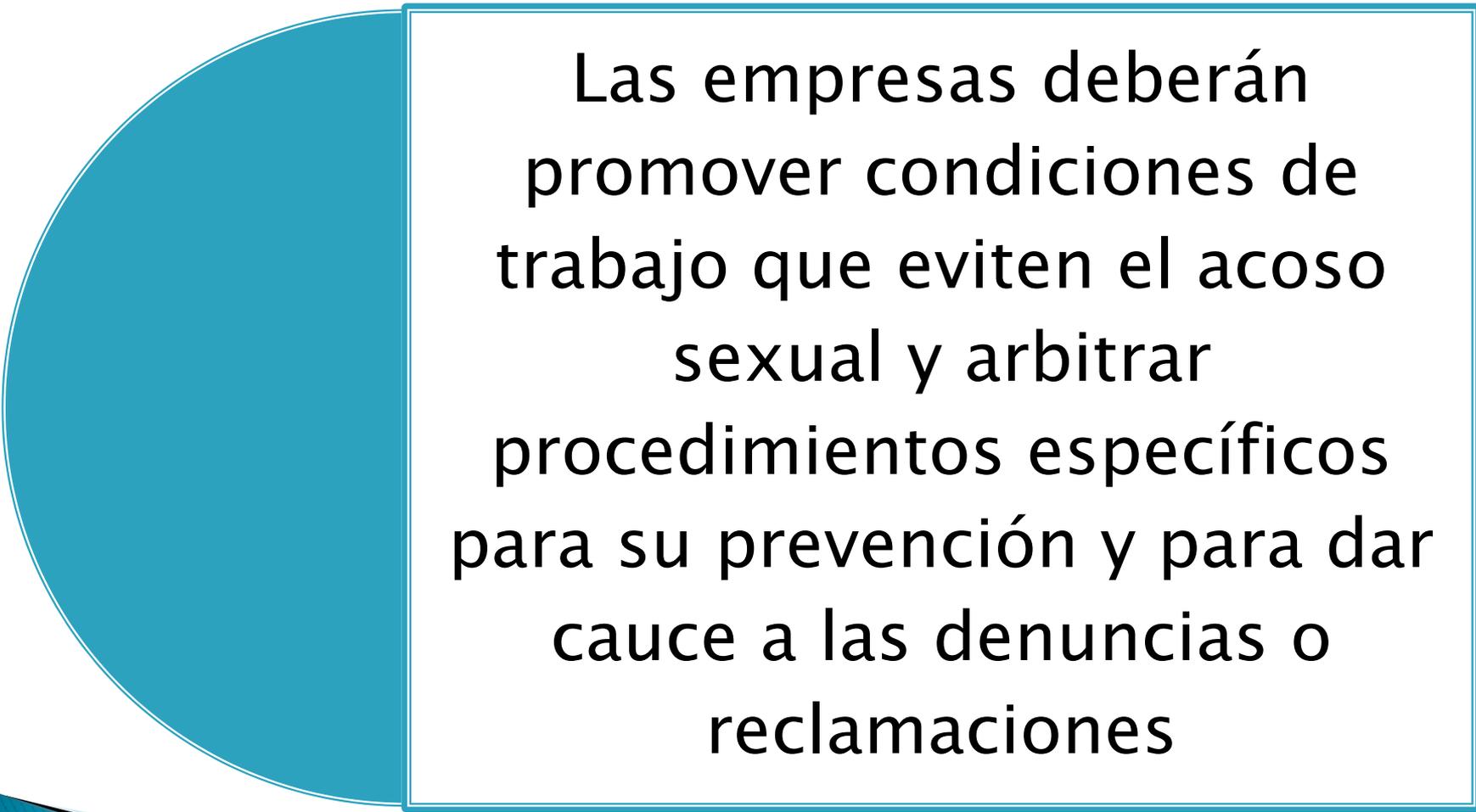
Prevención de todo tipo de acoso y discriminación en el trabajo



La propia *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* exige en su artículo 14, que las empresas deben garantizar la seguridad y la salud de sus empleados, por lo que quedan obligadas a prevenir y erradicar riesgos psicosociales en general y el acoso en particular.

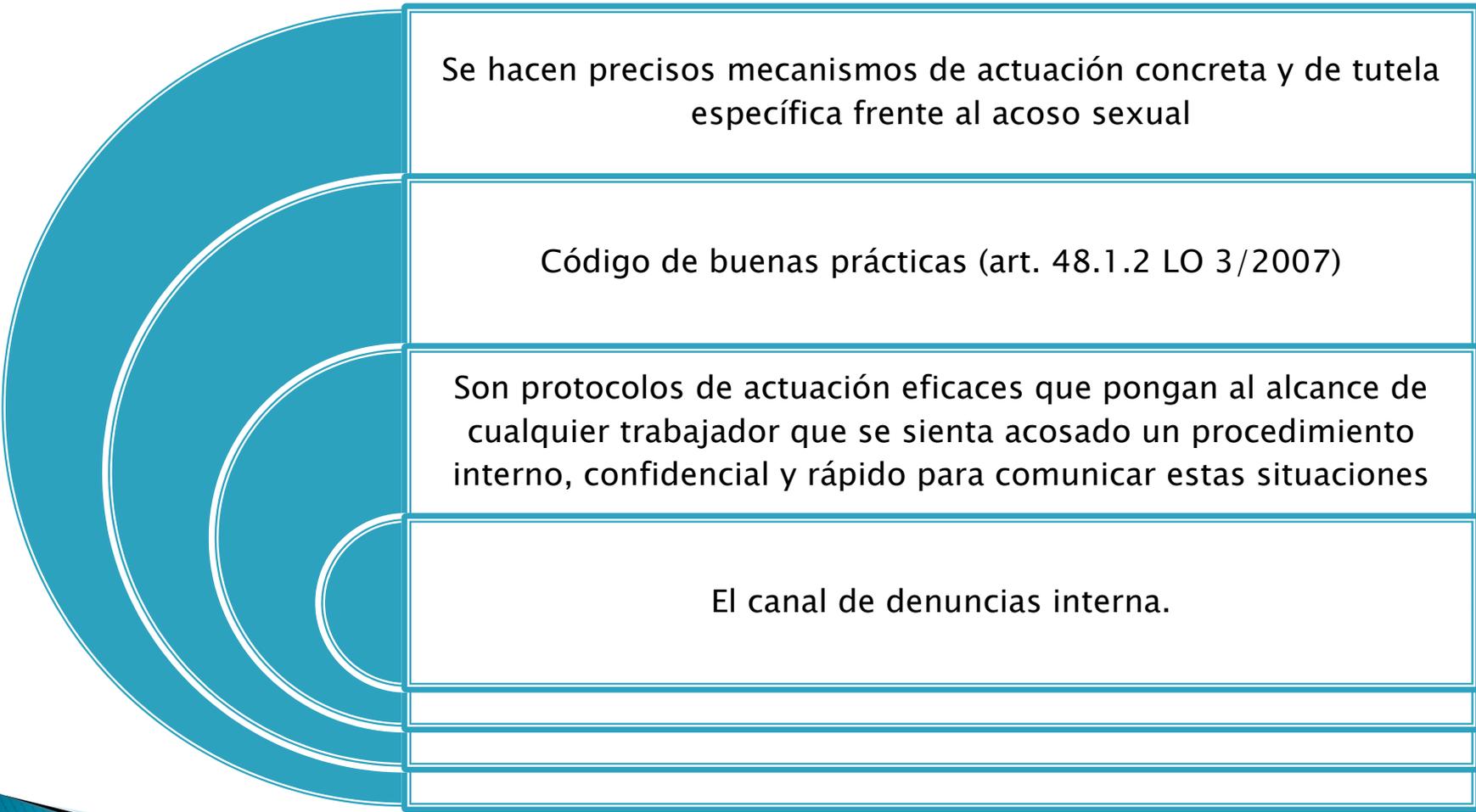
La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad real entre mujeres y hombres, obliga en su artículo 48 a que todas las empresas cuenten con un protocolo para prevenir el acoso y que recoja como actuar en caso de haberse producido.

Artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres



Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones

Un código de buenas prácticas interno



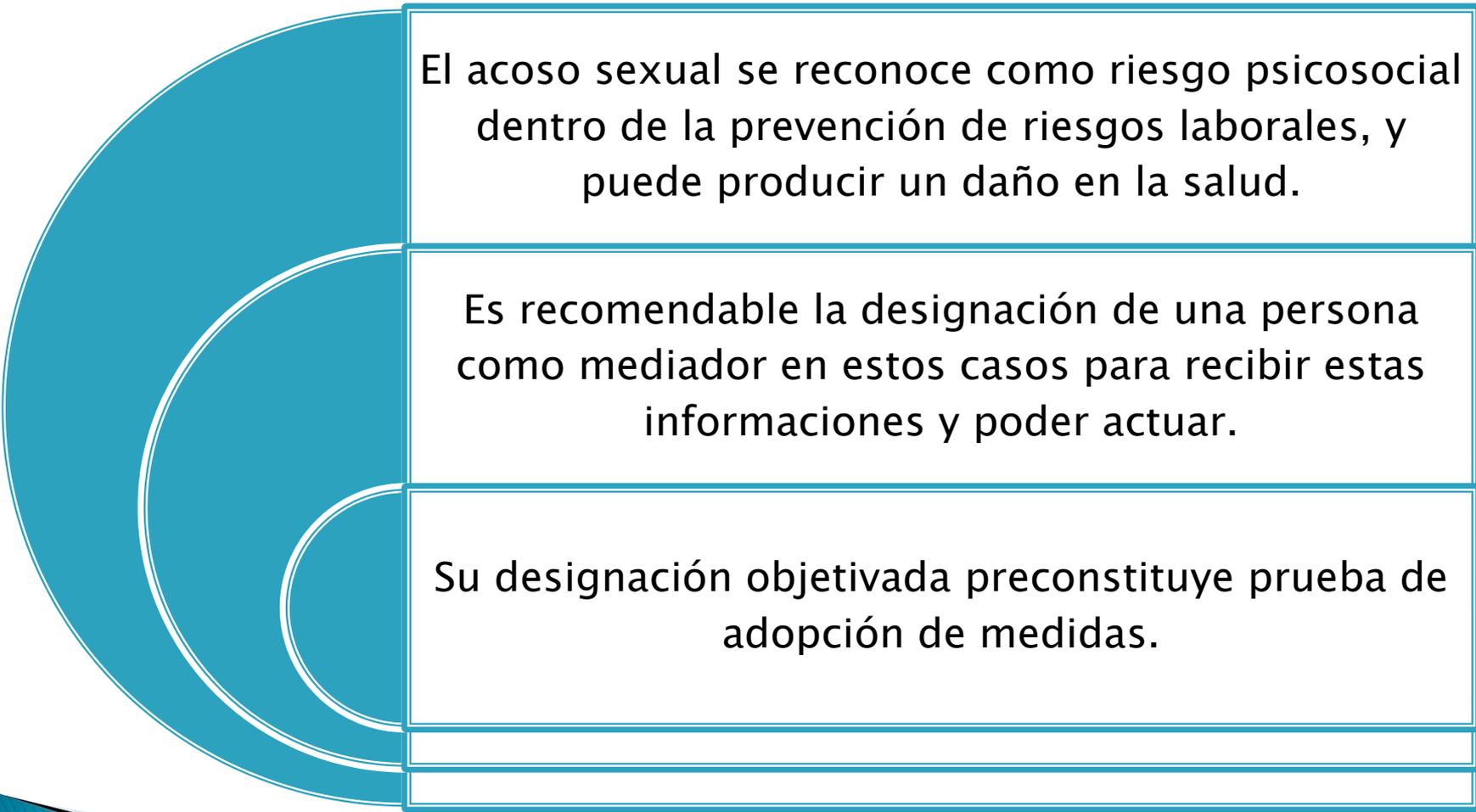
Se hacen precisos mecanismos de actuación concreta y de tutela específica frente al acoso sexual

Código de buenas prácticas (art. 48.1.2 LO 3/2007)

Son protocolos de actuación eficaces que pongan al alcance de cualquier trabajador que se sienta acosado un procedimiento interno, confidencial y rápido para comunicar estas situaciones

El canal de denuncias interna.

La designación específica del competente en esta materia

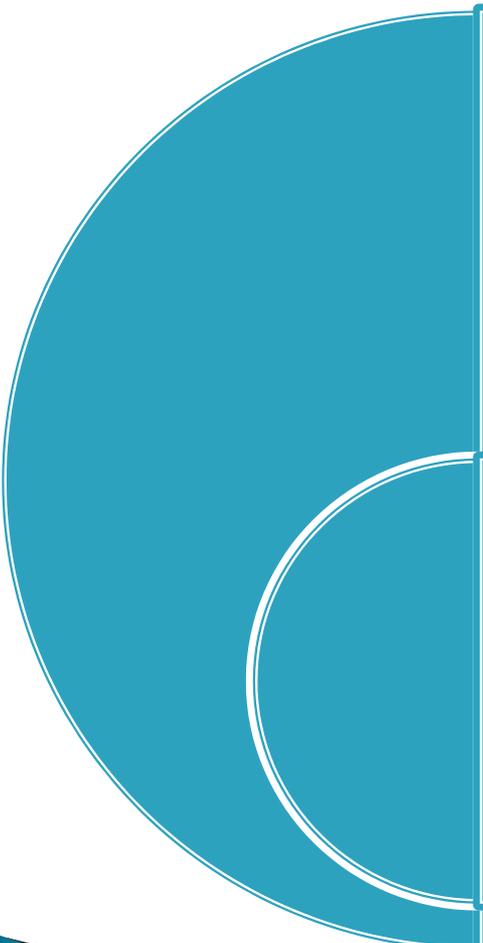


El acoso sexual se reconoce como riesgo psicosocial dentro de la prevención de riesgos laborales, y puede producir un daño en la salud.

Es recomendable la designación de una persona como mediador en estos casos para recibir estas informaciones y poder actuar.

Su designación objetivada preconstituye prueba de adopción de medidas.

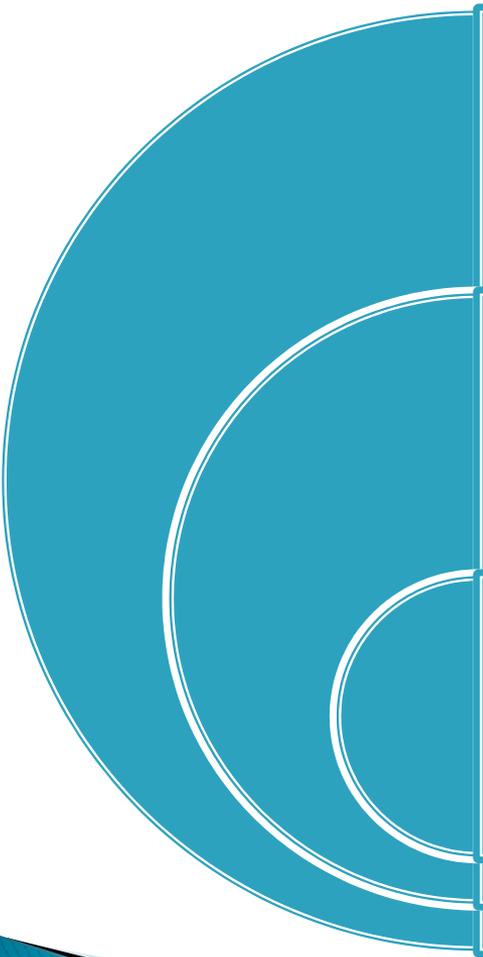
INTERVENCIÓN INMEDIATA ANTE QUEJA POR ACOSO



Es preciso preconstituir la prueba de haber actuado de forma inmediata ante queja/denuncia por acoso ante el responsable.

Acreditado el hecho la empresa hasta podría actuar el despido del sujeto acosador al constituir éste un incumplimiento disciplinario. (art. 54.2 g) ET)

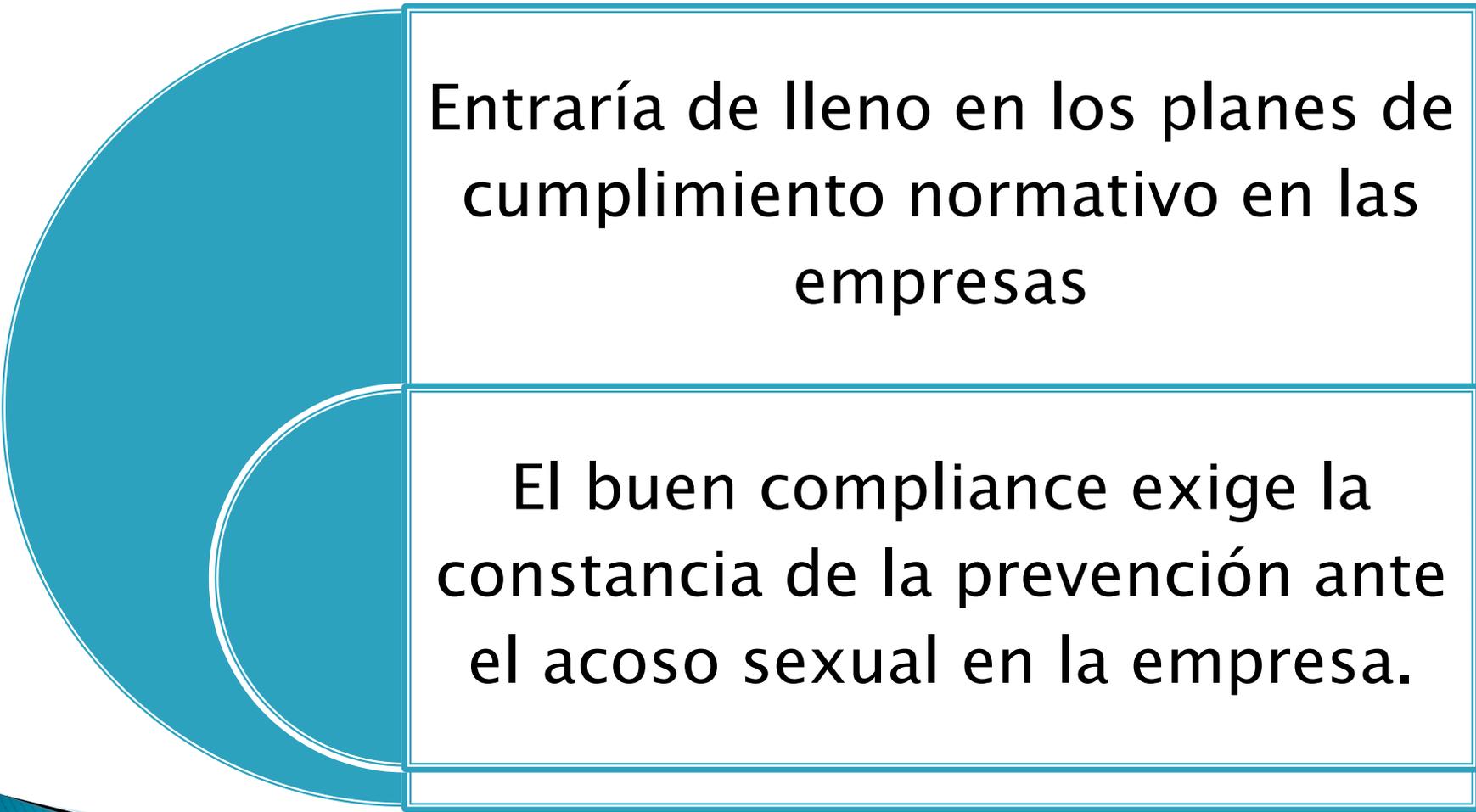
Es un delito de omisión



Es posible imponer otras sanciones, en función de la gravedad de los hechos

Lo que se sanciona es la “omisión” ante hechos de acoso conocidos por la empresa.

La carencia de protocolos de actuación que puedan favorecer estas conductas.



Entraría de lleno en los planes de cumplimiento normativo en las empresas

El buen compliance exige la constancia de la prevención ante el acoso sexual en la empresa.

Ley 31 /1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

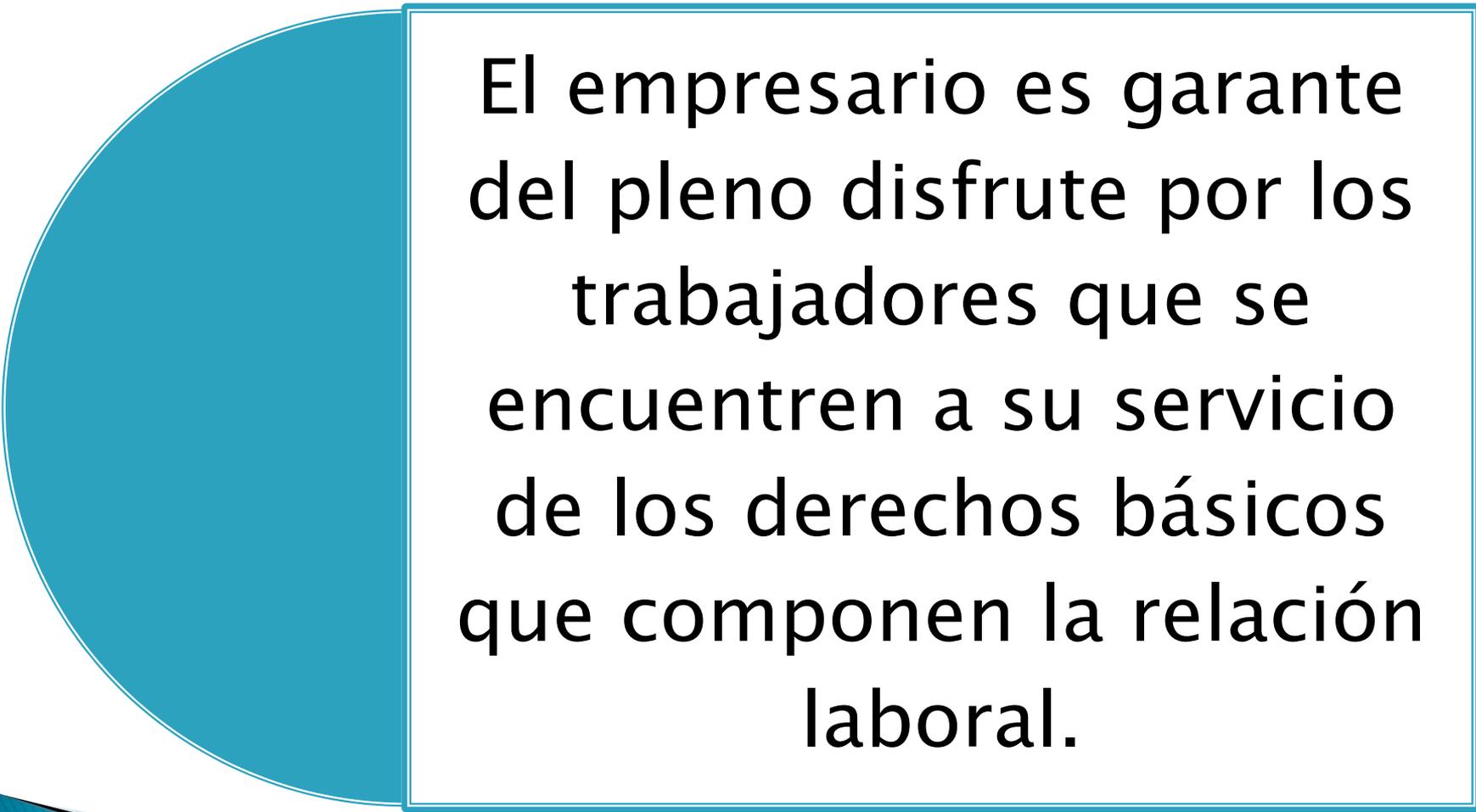
Delito de omisión.

EL ACOSO ACTIVO Y EL OMISIVO

Puede cometerse por el autor del delito que puede ser un directivo o empleado

Omisivo por no actuar en estos casos desde el punto de vista preventivo, y más aún cuando se conoce que ocurre y se consiente.

El acoso no puede ser “consentido tácitamente por el empresario”



El empresario es garante del pleno disfrute por los trabajadores que se encuentren a su servicio de los derechos básicos que componen la relación laboral.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

Infracción muy grave

13. 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.

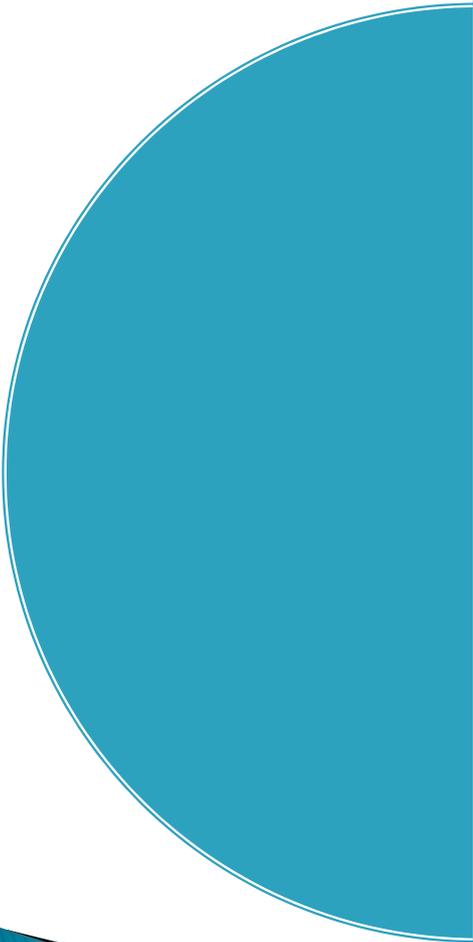
13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que,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

Del acoso sexual

Artículo 184

1. El que solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.



Para la perfección del delito se requiere la mera solicitud, la demanda sexual sin que sea necesario un contacto corporal puesto que en éste caso entraríamos en el ámbito de los delitos sexuales.

Basta la mera solicitud, no se exige el contacto

La solicitud debe incidir en la libertad de desarrollo sexual de la víctima y además genere una situación objetiva y gravemente intimatoria hostil y humillante.

La acción típica se limita a exigir la solicitud de favores sexuales, razón por la cual el perfeccionamiento del delito no exige contacto sexual bastando la formulación de la demanda de trato sexual.

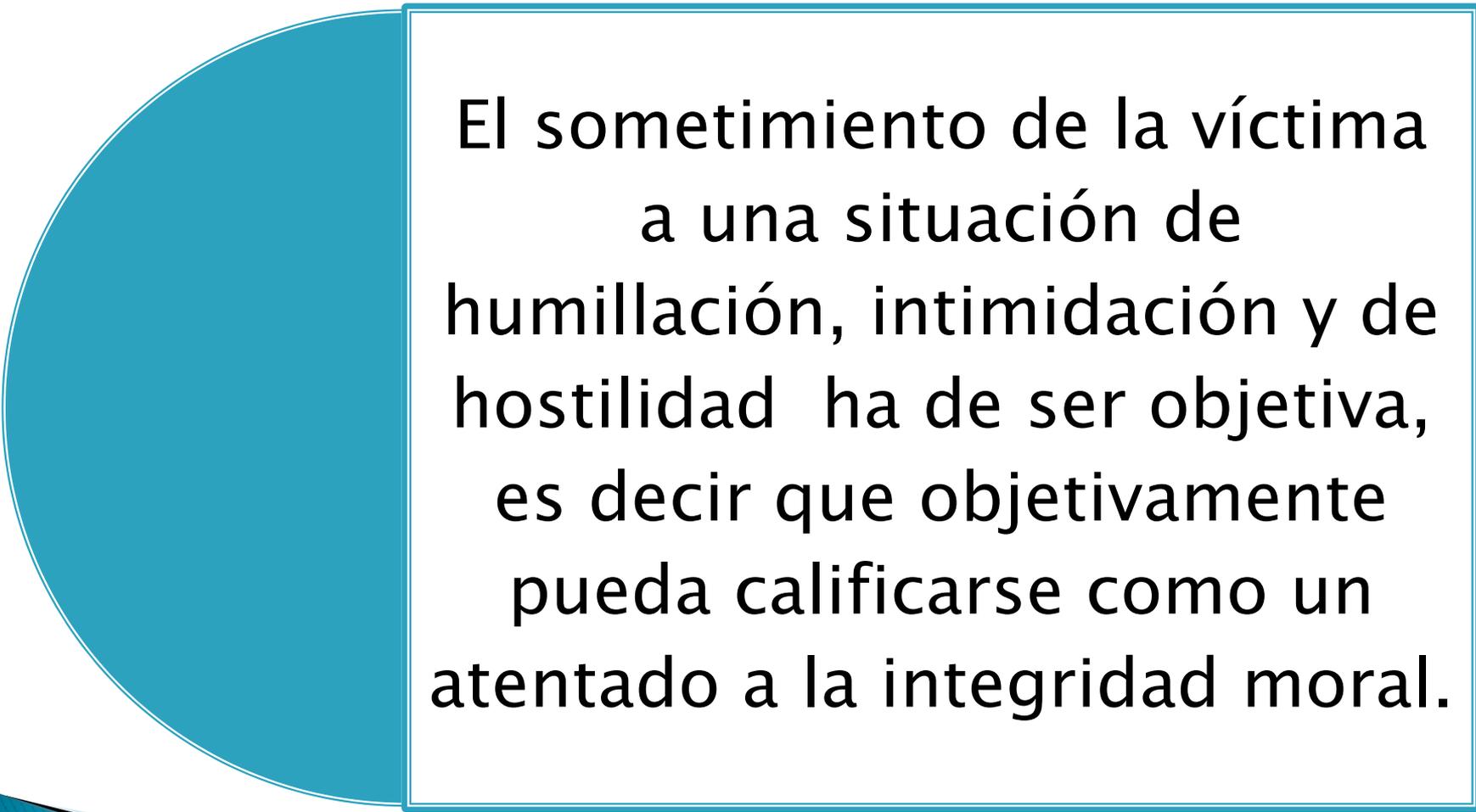
Solicitar favores de naturaleza sexual

El requisito de continuidad o habitualidad del tipo básico del delito (Art. 184.1 CP) muestra que para que se consuma el delito dicha conducta deba ser continuada

No se trata de “conducta amistosa sexualmente aceptada” ni de bromas

La STS 1135/2000, de 23 de junio de 2000 establece que “la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue el acoso del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo es aceptado y mutuo.”

Objetivación de la humillación



El sometimiento de la víctima a una situación de humillación, intimidación y de hostilidad ha de ser objetiva, es decir que objetivamente pueda calificarse como un atentado a la integridad moral.

Se exige que se provoque en la víctima una situación que objetivamente pueda calificarse como una amenaza a la integridad moral.

Se diferencia del delito de acoso del art. 172 ter CP en que en este se exige que el acoso altere gravemente la vida cotidiana de la víctima.

Artículo 173 acoso moral en el trabajo

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

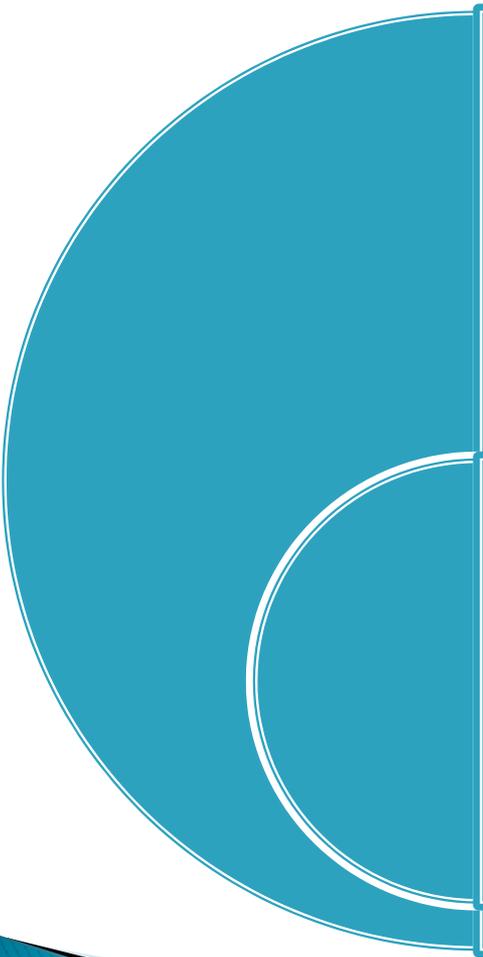
Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.

«Mobbing laboral» infligido a una auxiliar administrativa de un concesionario de automóviles por sus superiores. Comportamiento agresivo, trato hostil y aptitud humillante y vejatoria hacia la trabajadora.

Atribución de funciones banales y traslado a un lugar cerrado y aislado cuando se reincorporó tras un despido disciplinario nulo. Padecimiento psicológico constitutivo de delito de lesiones.

Exigencia de intervención activa empresarial de prevención



Cuando no es la propia empresa quien lleva a cabo el acoso sino otro de sus trabajadores, la empresa puede ser responsable por omisión cuando conoce o tiene sospecha que un trabajador de la empresa acosa a una compañera y no hace nada al respecto.

O no lo hizo antes...

La empresa está obligada a prevenir, identificar las prácticas de acoso y a erradicar las situaciones de acoso en la empresa.

La omisión activa el régimen de responsabilidad jurídica de la empresa

Se agrava cuando se produce un daño efectivo a la víctima.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 2007, apreció la responsabilidad empresarial por omisión cuando tenía conocimiento de situaciones de acoso, o al menos una sospecha fundada de su existencia, y la **alentara pasivamente al no impedirle adoptando medidas al respecto.**

Ley 31 /1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

Artículo 42 Responsabilidades y su compatibilidad

1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.

Cuidado con no proveer a los trabajadores de las medidas de seguridad contra actos de acoso

Posible delito del art. 316 o 317 CP

Comisión de no proveer ningún medio o ser insuficientes.

Pena de 6 meses a 3 años y multa de 1800 euros o pena de 3 a 6 meses de prisión y multa de 900 euros.

Cuidado porque pueden derivar daños psicológicos indemnizables

Responsabilidades civiles

No hay con la mera omisión

Habría si hay lesiones

Daño moral.

Responsabilidad civil y cobertura de la póliza de seguro.

DAÑO MORAL INDEMNIZABLE

El daño moral forma parte de las reclamaciones en contextos como este

Se puede pedir un daño moral en el que se podrían englobar un daño psíquico, si un médico así lo señala, y, además, un daño psicológico que, evidentemente, existe por el acoso y sus consecuencias al trabajador que sería indemnizable por separado como señaló el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 458/2019 de 9 Oct. 2019, Rec. 10194/2019.



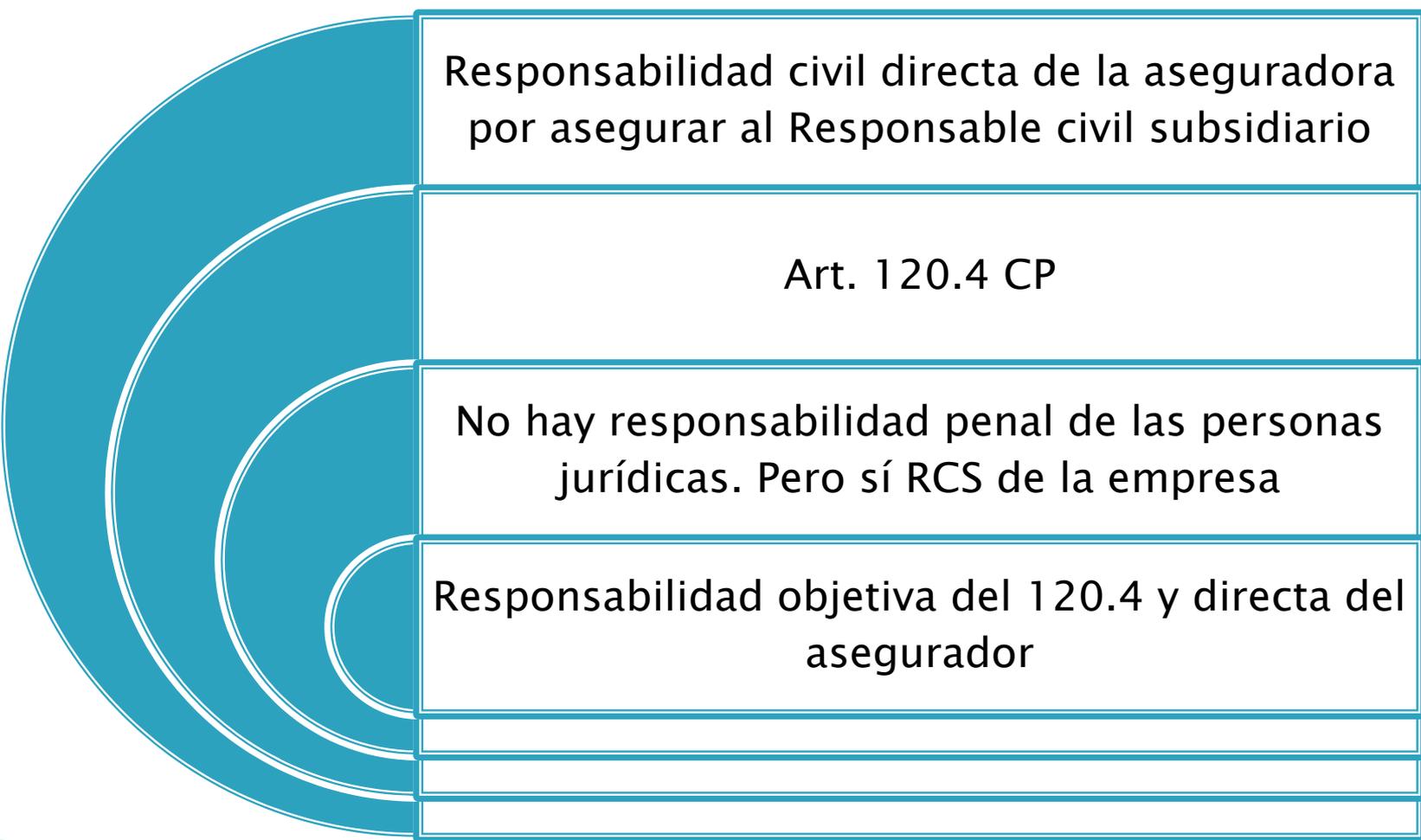
El art. 316 CP es delito doloso. De su RC responde la aseguradora.

No hay infracción del art. 19 LCS

Art. 76 LCS acción directa.

Art. 317 CP es imprudencia grave.
Responde de la RC la aseguradora.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 805/2017 de 11 Dic. 2017, Rec. 2019/2016

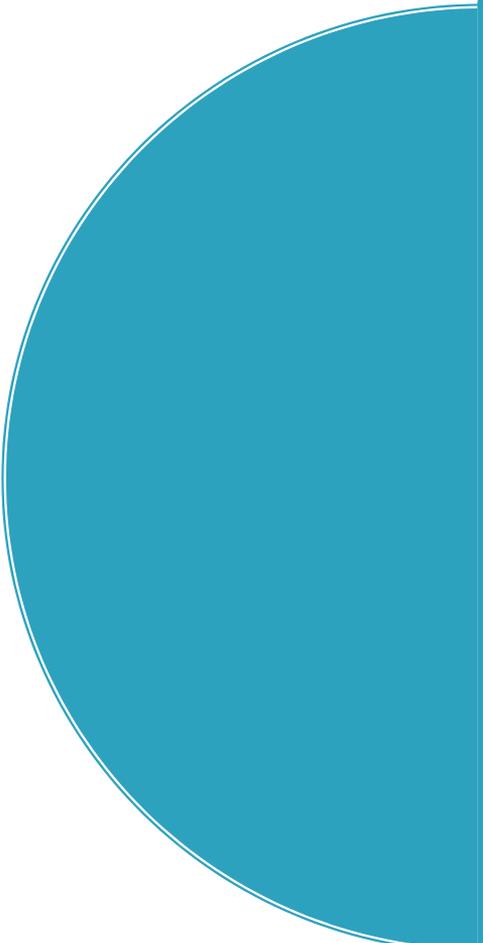


Responsabilidad civil directa de la aseguradora
por asegurar al Responsable civil subsidiario

Art. 120.4 CP

No hay responsabilidad penal de las personas
jurídicas. Pero sí RCS de la empresa

Responsabilidad objetiva del 120.4 y directa del
asegurador



STS 1240/2001, de 22 de junio el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados.

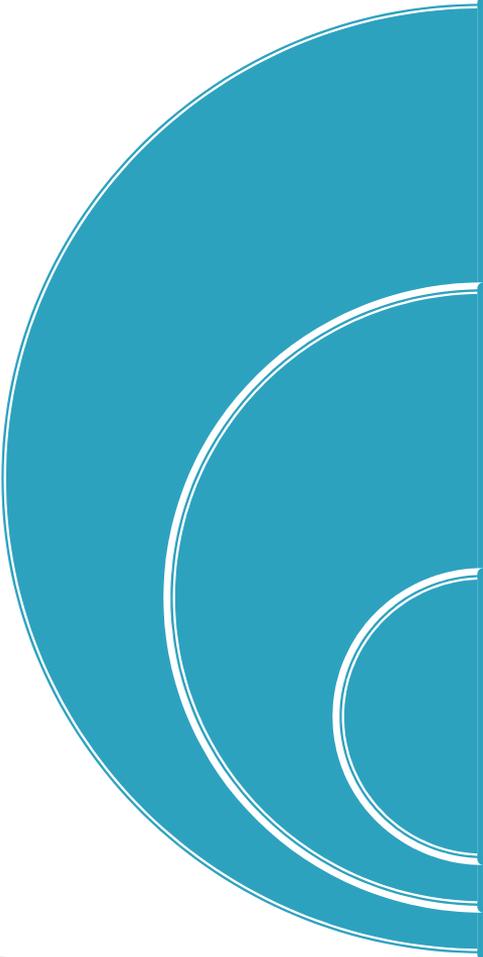
Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia
595/2014 de 23 Jul. 2014, Rec. 2299/2013
El precepto aplicado es el art. 316 CP. Hay delito
empresarial

En el proceso penal solo cabe decidir la responsabilidad civil de terceros cuando el título de reclamación tome como base la regulación del Código Penal: *"Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal ..."*.

Solo cuando se trate de responsabilidad civil nacida directamente del delito y reglamentada en el Código Penal (art. 1092 del Código Civil) habrá de ventilarse en el proceso penal. Cuando la reclamación indemnizatoria traiga base de legislación extrapenal, aunque tenga relación con hechos delictivos, no es objeto idóneo en principio de un proceso penal.

La aseguradora no puede discutir la inexistencia de responsabilidad penal del asegurado
Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 341 /2020 de 22 Jun. 2020, Rec. 4033/2018

El responsable civil subsidiario/directo no puede discutir la responsabilidad penal del acusado, cuya defensa privativa corresponde exclusivamente y excluyentemente al encausado.



En los casos de delitos
omisivos

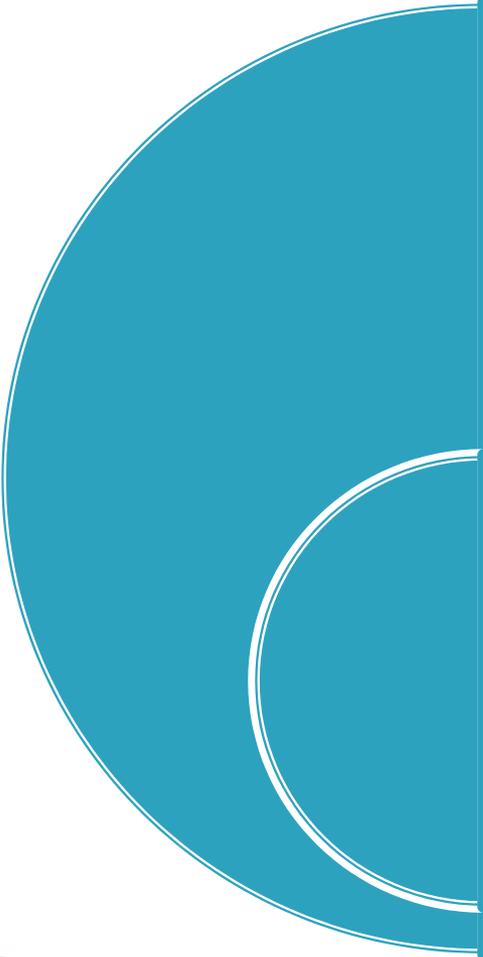
No cubrir medios de seguridad
e higiene en el trabajo.

No se deriva Responsabilidad
penal a las PJ.

Art. 318 CP

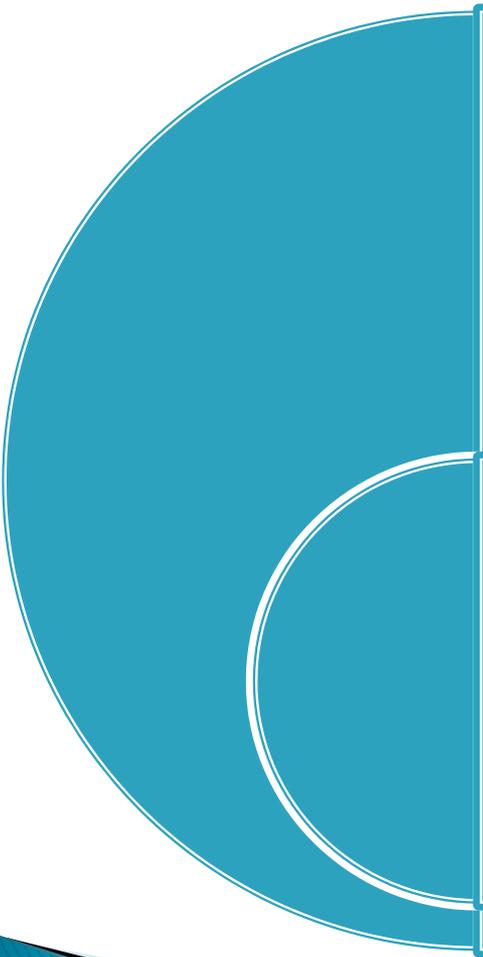
Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 212/2019 de 23 Abr. 2019, Rec. 762/2018



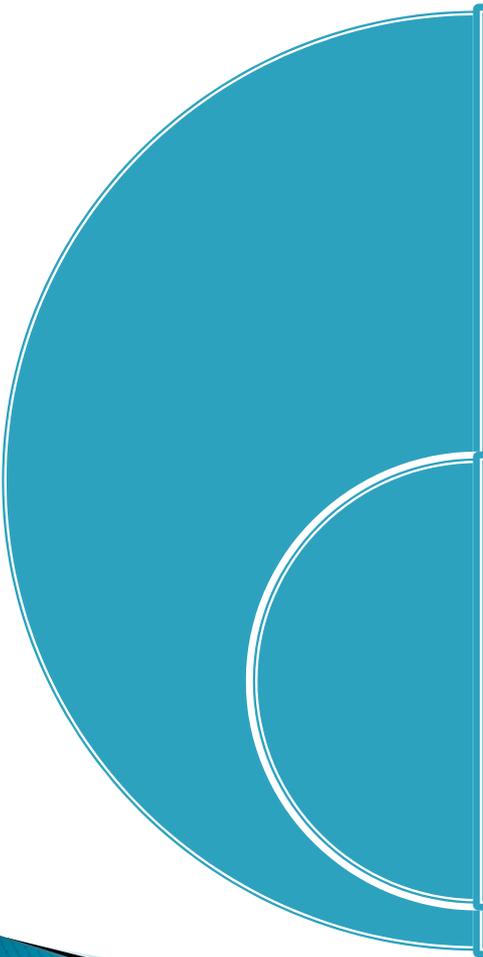
La responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora con el límite máximo de cobertura del seguro. La regla de no asegurabilidad del dolo no conduce a excluir la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar a los terceros perjudicados, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el asegurado causante doloso de los daños o perjuicios indemnizados.

La aseguradora sería citada para responder y pagar por condena, y, luego, al no estar cubierto el dolo en el seguro por la vía del art. 19 Ley de contrato de seguro, debería reclamar a ellos por el daño causado a terceros.



Si además del delito de omisión se produce un resultado lesivo el delito de resultado absorbe al de riesgo

Se castigaría solo por la lesión sufrida por la víctima



La imputación objetiva del
resultado delictivo lesional...
incluso la muerte

Y la RC derivada de ello.

Responsabilidad del autor y de la empresa

Los supuestos de responsabilidad empresarial, es decir en aquellos casos en los que la empresa responderá de forma solidaria por los daños y perjuicios causados a la víctima en aquellos supuestos en los que el delito haya sido producido por sujetos con facultades de dirección

La empresa sólo se eximirá de responsabilidad si acredita que adoptó todas las medidas para prevenir y corregir tal comportamiento.

Pero no quedará exenta de RC, porque hay subsidiaria ex art. 120.4 CP

La RC del daño causado imputable también a la empresa

El artículo 1903 del CC establece el régimen de responsabilidad delegada del empresario por los daños ocasionados por sus trabajadores salvo que probara que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

El artículo 1902 CC dispone que el “que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

La no adopción de las medidas necesarias para la prevención y represión de acoso conllevará la obligación de repararlo.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 333/2018 de 4 Jul. 2018, Rec. 10709/2017

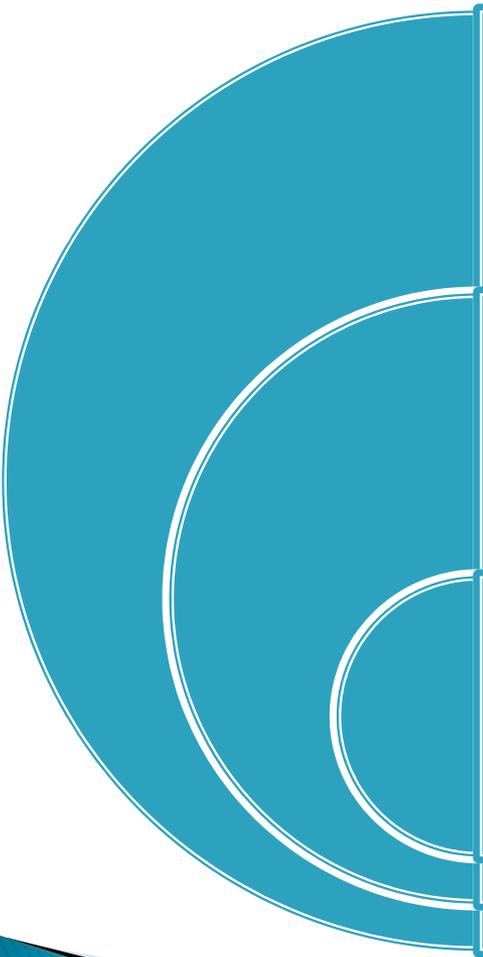
RC del art. 120.4 CP de la empresa.

Se trata de una situación de acoso laboral, en el que el acusado, se sirvió de su condición de superior jerárquico de la víctima para vencer su resistencia a cambio de trato de favor en el trabajo.

RESPONSABILIDAD EX DELICTO. Subsidiaria de la empresa.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia
830/2014 de 28 Nov. 2014, Rec. 1005/2014

ACOSO SEXUAL. Cometido por el coordinador de planta de establecimiento... sobre dos trabajadoras prevaliéndose de una situación de superioridad laboral. Solicitud para sí de favores de naturaleza sexual causando con tal comportamiento una situación objetiva y gravemente intimidatoria y humillante, generadora de daños psíquicos.



RESPONSABILIDAD EX DELICTO. Daño psíquico y moral.

Subsidiaria de la entidad empleadora, en cuyo ámbito organizativo se comete el delito, ex art. 120.4º CP. Culpa in vigilando.

Poder omnímodo del acusado como responsable del supermercado, sin prever la entidad controles o mecanismos que sirvieran de contrapeso a tal poder. La acción delictiva no fue puntual o episódica, sino prolongada en el tiempo, lo que significa que cualquier tipo de control brilló por su ausencia.

REPOSABILIDAD CIVIL EMPRESARIAL

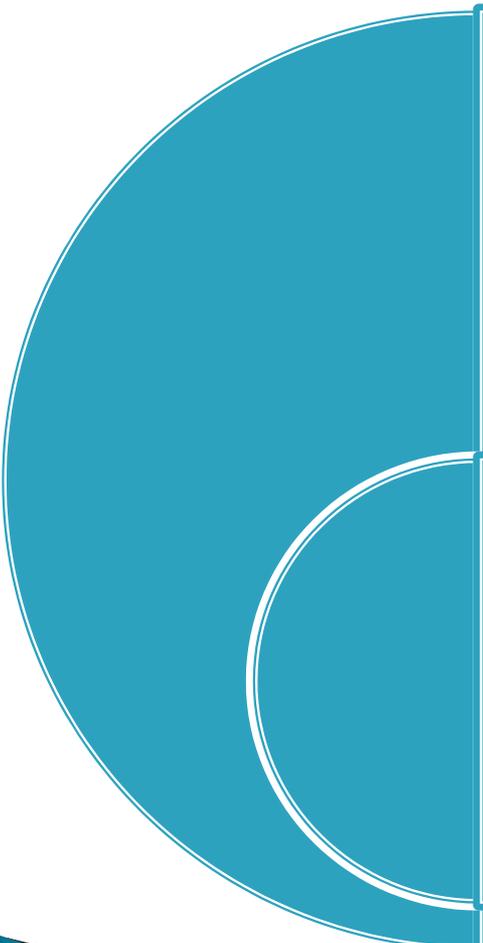
Para que pueda entrar en juego RCS exigen:

a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo.

Extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas

Que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas resulta obvio, pero ello no excluye de responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 , "extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales".

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 298/2019 de 7 Jun. 2019, Rec. 2554/2018



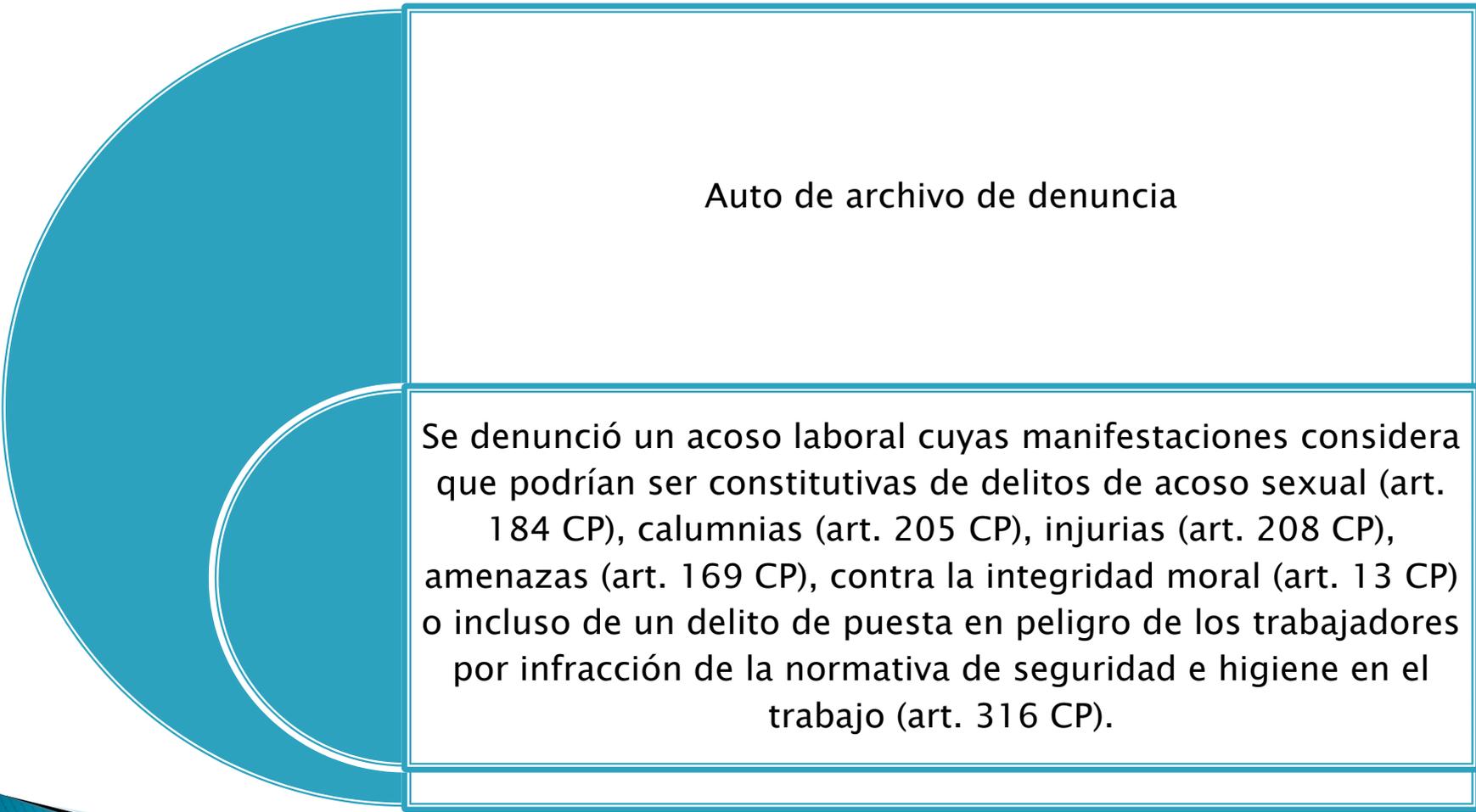
ABUSOS SEXUALES. Cometido por profesor de academia sobre alumnas menores de doce años.

RESPONSABILIDAD CIVIL. Subsidiaria del Colegio en el que trabajaba el acusado como profesor, aun cuando la mayoría de los hechos se producían en una academia aneja al centro educativo por la que el acusado abonaba un alquiler, nutriéndose de los mismos alumnos. Existe un beneficio del colegio y unos vínculos de conexión que favorecieron la comisión de los hechos delictivos.

Vinculo del colegio con el centro donde se cometen los abusos

Era un negocio ventajoso para todos porque **la orden religiosa dueña del colegio vería incrementados sus ingresos y, por ende, el colegio, y se retroalimentarían:** la academia se nutriría del colegio y el colegio de la academia; no solo por sus instalaciones sino también por el propio flujo mercantil, pues lo rutinario para los alumnos del colegio que quisieran realizar ese tipo de actividades extraescolares era que se matriculasen en dicha academia, incluso por pura comodidad física dado que no tenían que salir del colegio y si lo hacían no era ninguna incomodidad

Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección
5ª, Auto 259/2010 de 20 May. 2010, Rec. 511/2008
La venganza



Auto de archivo de denuncia

Se denunció un acoso laboral cuyas manifestaciones considera que podrían ser constitutivas de delitos de acoso sexual (art. 184 CP), calumnias (art. 205 CP), injurias (art. 208 CP), amenazas (art. 169 CP), contra la integridad moral (art. 13 CP) o incluso de un delito de puesta en peligro de los trabajadores por infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo (art. 316 CP).

Se archivó

Tampoco se denuncia verdaderamente la existencia de hechos que puedan ser considerados constitutivos de un delito del art. 316 CP: no se imputa la infracción de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo.

A lo anterior se añade un segundo argumento valorado por la Juez de Instrucción: el hecho de que esta denuncia se presente el mismo día en que se le comunica una sanción disciplinaria a la recurrente; y la falta de aportación de testigos al procedimiento durante los siete meses en los que la causa permaneció abierta