

ACOSO SEXUAL Y MOBBING EN EL URUGUAY

Alberto Baroffio es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integra el departamento Laboral y de Seguridad Social de Ferrere Abogados, donde se ha especializado en Derecho del trabajo, relaciones laborales y seguridad social. Ha publicado diversos artículos de su especialidad en diferentes revistas de la materia. Recientemente publicó en coautoría el libro “Manual Práctico de la Construcción”.

I. SÍNTESIS INICIAL

La ley 18.561 reguló en el año 2009, por primera vez el acoso sexual en el trabajo. Lo definió de una manera amplia, indicando que es toda conducta basada en el sexo, dirigida a otra persona que la rechaza. Estas conductas están prohibidas en el entorno de trabajo, por violar derechos humanos constitucionales. Sin embargo, nada dispuso respecto al mobbing, que continúa carente de regulación legal. Este tipo de acoso también es muy grave, aunque lamentablemente, en la práctica forense existe una tendencia al abuso de esta figura.

En el presente trabajo analizaremos el alcance de cada instituto, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades de los empleados, empresas, sindicatos y el Estado. Todo conforme al marco legal y las tendencias de la jurisprudencia.

Finalmente, señalaremos algunas medidas preventivas, que en nuestra experiencia han contribuido en esta lucha contra las conductas de acoso sexual y mobbing.

II. NOCIÓN Y REGULACIÓN

El acoso sexual y el mobbing constituyen dos formas graves de discriminar y desconocer el respeto a la dignidad de las personas. Si bien ambas implican incumplimientos a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, en Uruguay la ley solamente regula el acoso sexual, omitiendo toda consideración al acoso laboral. Ello determina que con respecto al mobbing, no existan reglas claras que den certeza a empresas y empleados, en lo que refiere a sus eventuales derechos, obligaciones, responsabilidades, etc.

- Concepto de acoso sexual y mobbing en el Uruguay

De acuerdo a la ley 18.561, constituye acoso sexual todo comportamiento de naturaleza sexual no deseado por la persona a la que va dirigido y cuyo rechazo le produzca o amenace en producirle un perjuicio en su situación laboral, o que le cree un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio o humillante. Adicionalmente, la ley enumera a título de ejemplo algunas conductas a través de las que se puede manifestar el acoso sexual. Algunas de ellas son requerimientos de favores sexuales que impliquen la promesa de un trato diferencial o amenazas de perjuicios, acercamientos corporales indeseados u ofensivos para quien los recibe, etc. Por tanto, “...Sin perjuicio de la definición amplia que acabamos de ver, la ley en forma expresa establece que ciertos comportamientos

sean considerados manifestaciones de acoso sexual cuando se desarrollan en el lugar de trabajo. Estos comportamientos son:

* Amenaza con producir un perjuicio laboral si la conducta es rechazada o crear un ambiente de trabajo hostil.

* Las conductas pueden consistir en requerimientos de favores sexuales, acercamientos corporales y uso de expresiones humillantes u ofensivas.

* Conducta basada en el sexo realizada por un empleado/a de una empresa dirigida a otro empleado/a que la rechaza”¹.

Expresamente señala la ley, que un único incidente grave puede constituir acoso sexual, por lo que no se requiere la reiteración de conductas². Esta previsión se justifica en el objetivo de la norma, que es erradicar este tipo de conductas del ambiente de trabajo.

El acoso laboral en cambio, no está definido en una ley en Uruguay. Siendo un concepto jurídico indeterminado, cobra mucha relevancia el aporte de la jurisprudencia, que lo define de la siguiente manera: “Por “mobbing” o acoso en el lugar de trabajo hay que entender: “cualquier manifestación de una conducta abusiva y especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad y la integridad física de un individuo o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo...”³.

De acuerdo a lo anterior, el concepto de mobbing es más amplio que el de acoso sexual, ya que alcanza a conductas de hostigamiento laboral que no necesariamente tienen connotación sexual.

A diferencia del acoso sexual, de acuerdo a la jurisprudencia, el mobbing requiere para su configuración de varios actos ejecutados en un período de tiempo prolongado⁴. Además, se exige que las conductas atenten contra la dignidad de la persona o pongan en peligro el ambiente de trabajo.

Considerando estos dos requisitos, debe concluirse que la figura del mobbing queda reservada para situaciones graves. Deben descartarse aquellas en las que, a pesar de existir un empleado que se siente agraviado, existen justificaciones objetivas que determinaron la decisión de la empresa (ej. un ascenso de otro empleado por mejor performance, un traslado de dependencia por necesidades de servicio, un despido en el marco de aplicación de políticas institucionales, etc.), o la molestia que se genera al empleado no es de una gravedad relevante a estos efectos. Ello evita que se abuse de este concepto, degenerándolo y destinando tiempo y esfuerzo de nuestros jueces en situaciones en las que realmente no se lesionó la dignidad del empleado. Debe tenerse

¹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° turno, sentencia 74/2011 y Juzgado Letrado de Flores de Flores 2° turno, sentencia 5/2011.

² Refiriendo a este punto, el Juzgado Letrado de Flores de 2° turno, en sentencia N° 5/2011 expresó: “...ello sin perjuicio de hacer notar que la propia ley innova en la materia aceptando que un solo hecho puede constituir acoso”.

³ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, sentencia 171/2010, publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral 2010, caso 39.

⁴ En este sentido, ver la sentencia 314/2010 del TAT 3° (publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral 2010, caso 37), que expresa: “...Dicha violencia psicológica se produce de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado...”.

presente que el objetivo debe ser erradicar este tipo de conductas de los lugares de trabajo e indemnizar a quienes realmente fueron lesionados en su dignidad.

- Fundamento de la protección contra actos de acoso sexual y mobbing

La protección contra los actos de acoso sexual y mobbing tiene origen en la Constitución de la República. De acuerdo al art. 7, todos los habitantes tienen derecho a ser protegidos en el goce de su honor, libertad y trabajo, derechos que son violentados cuando una persona es víctima de una situación de acoso. Si bien el artículo refiere al honor, debe ser interpretado en forma amplia, comprendiendo a la dignidad de la persona humana. Adicionalmente existen otras normas constitucionales que establecen la protección especial del trabajo, la independencia moral del empleado y su higiene física y moral⁵. No caben dudas, que estos derechos son violados en verdaderas situaciones de acoso, en los que la persona es colocada en una situación de inferioridad, degradación y humillación.

También existen normas internacionales aplicables en Uruguay que prohíben el acoso sexual y mobbing. Nuestro país ratificó varios instrumentos internacionales que establecen la prohibición de discriminar, dentro de los cuales, destacamos el CIT N° 111⁶ sobre igualdad de oportunidades y trato en el empleo, con la finalidad de eliminar todo tipo de discriminación⁷.

A nivel nacional, la ley 16.045 de 1989, prohibió toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos. Quince años después, se estableció que son infracciones muy graves, las acciones u omisiones que impliquen discriminación en las condiciones de trabajo por razón de sexo, condición social, ideas políticas, etc., así como la existencia de acoso sexual en el trabajo.

Finalmente, en este largo proceso, en el año 2009 entró en vigencia la ley 18.561 relativa a la protección contra conductas de acoso sexual. La misma, luego de definir qué debe entenderse por acoso sexual, establece obligaciones para las empresas, eventuales responsabilidades, ámbitos en los que puede denunciarse una situación de acoso, etc.

De acuerdo a lo anterior, con las conductas de acoso sexual y mobbing, se lesionan derechos de la personalidad humana, como por ejemplo, la dignidad, intimidad, decoro y la integridad física y psíquica. En el caso del acoso sexual, además se violenta el derecho a la libertad sexual y a la no discriminación por sexo. En definitiva, los bienes jurídicos tutelados se asocian directamente a la integridad y salud del individuo.

A pesar de los avances que vemos en estos temas, nos interesa destacar que la eventual enfermedad que pudiese generar una situación de acoso no está incluida en el listado de enfermedades profesionales que fue aprobado recientemente por el Decreto 210/011. Este decreto amplió considerablemente el listado vigente a esa fecha, pero no incluyó a esta enfermedad. Por ello consideramos que en el estado normativo actual, no

⁵ Artículos 53, 54 y 72.

⁶ Ratificado por ley 16.063.

⁷ Ello demuestra que en el inicio de esta protección, no se enfocaban estas situaciones como casos de acoso sino como protección de género.

corresponde que la víctima se ampare al Banco de Seguros de Estado a efectos de obtener la cobertura que otorga el seguro obligatorio por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tampoco presenta las características que definen al accidente de trabajo. Señalamos además que no existen antecedentes en los que el Banco de Seguros del Estado haya dado cobertura a las víctimas de acoso sexual o mobbing.

- Clasificación del acoso sexual y el mobbing

La doctrina y jurisprudencia clasifica las conductas de acoso sexual y mobbing en vertical y horizontal (entre otras clasificaciones), considerando si existe o no relación de jerarquía entre acosador y acosado⁸.

Si bien la ley 18.561 de protección contra el acoso sexual no hace referencia a esta clasificación, parece tenerla presente al momento de señalar a los eventuales responsables de las conductas. En este sentido, en el artículo 4 señala que el empleador será responsable cuando cometa directamente las conductas de acoso sexual o lo hagan sus representantes en el ejercicio del poder de dirección (acoso vertical descendente). También será responsable por los actos de acoso de sus dependientes (acoso horizontal) u otros terceros relacionados a la empresa, cuando habiendo tomado conocimiento de ello, no tome las medidas necesarias para corregir la situación.

De acuerdo a lo anterior, la eventual responsabilidad del empleador se configurará de diferentes maneras, de acuerdo al tipo de acoso que ocurra: vertical u horizontal.

III. PREVENCIÓN DEL ACOSO E INVESTIGACIÓN DE DENUNCIAS

En materia de acoso sexual y mobbing, la prevención cobra un papel relevante por dos motivos principales.

En primer lugar, porque la finalidad de todas las normas que se dicten en esta materia es erradicar este tipo de conductas de los entornos laborales. Por tanto, el mejor ambiente de trabajo es aquel en que no existen las conductas de acoso, y será una empresa modelo, aquella que implementa medidas preventivas que contribuyan a concientizar sobre la gravedad de las conductas. Y para ello, las capacitaciones y políticas institucionales a este respecto juegan un rol fundamental.

En segundo lugar, debido a que la existencia de mecanismos de prevención podrá determinar la inexistencia de responsabilidad de la empresa, siempre que cumpla además sus restantes obligaciones.

Sin embargo, cuando puedan haber fallado las medidas de prevención, deberán ejecutarse acciones tendientes a investigar las situaciones con apariencia de acoso que se denuncien. Concluida la investigación y en función de sus resultados, corresponderá adoptar las medidas pertinentes.

⁸ En este sentido, citamos la sentencia 171/010 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, publicada en Anuario de Jurisprudencia Laboral 2010, caso 39. La misma expresa: “*comportamientos horizontales, vejatorios o de persecución psicológica realizados por colegas (mobbing horizontal) o por el empleador (mobbing vertical) destinados a...*”.

- Mecanismos de prevención vigentes en el Uruguay

A nivel legal, solamente existen medidas de prevención con respecto a las conductas de acoso sexual. En este sentido, el art. 6 de la ley 18.561 dispuso que toda empresa debe diseñar, comunicar y difundir a sus empleados una política contra el acoso sexual. La misma debe incluir medidas que prevengan, desalienten y sancionen este tipo de conductas.

En caso que la empresa no cuente con una política en este sentido, podrá ser sancionada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (en adelante “MTSS”) con una multa administrativa.

Respecto al mobbing, no existe ningún mecanismo legal de prevención.

Tampoco existen en Uruguay, decretos del Poder Ejecutivo ni convenios colectivos por sector de actividad, que prevean mecanismos específicos de prevención de conductas de acoso sexual y/o mobbing. Sin perjuicio de ello, en estos últimos es habitual incluir cláusulas vinculadas a la equidad de género, en donde se prohíbe la discriminación por razón de sexo.

- Rol de la empresa

Considerando los escasos mecanismos generales de prevención vigentes, debe concluirse que son los mecanismos que establezca la empresa los que le permitirán concientizar a sus empleados de la importancia del tema y en definitiva evitar este tipo de conductas. Y es que, en el esquema actual de relaciones laborales en Uruguay, es la empresa quien asume las mayores obligaciones y responsabilidades por eventuales situaciones de acoso sexual y/o mobbing. Ello porque es quien debe velar por la moralidad del ambiente de trabajo⁹, instaurar mecanismos específicos de prevención, sancionar comportamientos de sus empleados que atenten contra las buenas costumbres, investigar las denuncias que se presenten, responder eventualmente por conductas de terceros, etc.

Pero ello no es todo, ya que es también quien se expone a los mayores riesgos, ya que, si concluida la investigación arriba a la conclusión de que existió acoso¹⁰, con seguridad despedirá al empleado por notoria mala conducta. De esa manera, se expone a un reclamo por indemnización por despido, aguinaldo y muy probablemente de una indemnización adicional por un monto muy elevado por concepto de despido abusivo o daño moral (cuando no se reclaman ambos rubros por montos muy elevados). En nuestra experiencia, aquellos empleados que son despedidos (luego de realizar la investigación) en virtud de este tipo de denuncias, se presentan ante el poder judicial reclamando disparatados montos por estos conceptos, fundándolos en que se dañó su imagen personal, su vida familiar y social, etc.

⁹ Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, T. II, vol. 1, pág. 170

¹⁰ Con las dificultades probatorias que presentan este tipo de situaciones, en las que seguramente se arribe a la conclusión mediante prueba por indicios.

En definitiva, el cumplimiento de sus obligaciones (preventivas, de investigación, etc.) serán determinantes para evitar eventuales responsabilidades que le impute en un eventual juicio una víctima de acoso o un ex empleado que haya sido despedido por situaciones de acoso, etc.

- Obligaciones de la empresa

Según dijimos, la primera obligación que tiene la empresa es comunicar y difundir la existencia de una política institucional contra el acoso sexual. La misma debe prohibir estas conductas y establecer cuál será el tratamiento que se dará a las denuncias que reciba de este tipo de actos. Si bien no existe obligación legal, es conveniente que la política incluya la prohibición de realizar conductas que puedan implicar cualquier otro tipo de acoso.

En concordancia con la política institucional, es posible incluir en los contratos de trabajo, una cláusula que establezca la obligación del empleado de guardar el debido respeto y consideración de sus compañeros de trabajo, y la prohibición de realizar conductas de acoso y/o que vulneren el buen ambiente de trabajo¹¹.

Las empresas tienen otras obligaciones, que solamente deben cumplirse en caso de existir denuncias de acoso sexual, y que refieren a la protección de los denunciantes y víctimas del acoso, y al desarrollo de una investigación sobre los hechos denunciados. Esta investigación deberá realizarse por escrito, con la reserva del caso, con garantías para todas las partes y deberá concluir en el plazo de 30 días. El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la responsabilidad de la empresa frente a la víctima del acoso sexual. Además, la empresa podrá ser sancionada por la Inspección General de Trabajo y Seguridad Social (en adelante "IGTSS") en caso que se detecte el incumplimiento. En este sentido, el JLT de 2° turno señaló: "*Con fecha 30 de enero de 2011, el M.T y SS emitió la resolución... por la cual se dispuso sancionar a la empresa... por no haber diligenciado investigación en la empresa por escrito, por no haber acreditado con las obligaciones de comunicación difusión y promoción de política institucional contra el acoso sexual...*"¹².

En caso que de las investigaciones realizadas a partir de la denuncia se concluya que hubo acoso sexual, la empresa estará obligada a sancionar al responsable (si está identificado). Si no lo hace será responsable ante la víctima del acoso. En este sentido, el TAT 2° señaló que "*...las medidas preventivas que se tomaron por la empresa como publicación de la norma, charla informativa a los gerentes, pero olvidó la demandada que si uno de sus dependientes no acataba el cumplimiento de la norma, o sus instrucciones debía recibir la sanción...*"¹³.

Dar cumplimiento a esta obligación es de vital importancia para alcanzar el objetivo de la ley. Por eso entendemos que la sanción a aplicar al responsable de las conductas de acoso sexual debe ser el despido por notoria mala conducta. No debe tolerarse este tipo de conductas en el entorno de trabajo. Porque hacerlo implica complicidad, que es el

¹¹ Para ver otras medidas de prevención que es posible implementar, ver más adelante nuestras Recomendaciones Prácticas.

¹² Juzgado Letrado de Trabajo de 2° turno. Sentencia N° 36/2011.

¹³ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno. Sentencia 74/2011

peor mensaje que puede transmitir la empresa en un tema de tanta gravedad como lo es este. Aplicar una sanción al responsable es la retribución necesaria que debe darse a dicha persona, pero es también una clara señal para los restantes empleados de la empresa. Ese mensaje debe ser, “no se tolerará el acoso sexual en la empresa”.

Por lo anterior, compartimos las reflexiones del TAT 2°, cuando al analizar la sanción que se le había aplicado al responsable directo del acoso sexual expresó: “*Con referencia a los dichos del apelante sobre la sanción una vez constatado el acoso, no se comparten... ¿Puede entenderse como sanción real una anotación en el legajo personal y quince días de suspensión que no se efectivizaran?... Lo único que realiza la sanción es seguir cuidando la apariencia del acosador... Sin duda el poder sancionatorio es disciplinario de la empresa, pero estamos ante una ley que protege derechos fundamentales, no incumplimientos del trabajador al empleador*”¹⁴.

En definitiva, entendemos que dar cumplimiento a esta obligación es trascendente, ya que la misma muestra el compromiso de la empresa en la lucha contra este tipo de conductas. Las mismas no pueden ser toleradas por la empresa si el responsable está identificado. De hacerlo, la empresa también será responsable. Si bien las obligaciones señaladas en este apartado refieren únicamente a situaciones de acoso sexual, consideramos que deben ser aplicadas en relación a cualquier otro tipo de acoso que se denuncie en la empresa. Se trata de obligaciones que tienden a prevenir las situaciones de acoso, y de investigar las denuncias que se presenten. Finalmente, si la conclusión es que hubo acoso (cualquiera sea el tipo), la empresa debe dar una respuesta seria, aplicando la sanción correspondiente a la gravedad de la situación.

- Rol del Sindicato

De acuerdo a la ley 18.561, en materia de acoso sexual, cuando el Sindicato reciba una denuncia de ese tipo, tiene competencia para concurrir a la IGTSS y solicitarle que se presente en la empresa donde habría ocurrido la situación de acoso. Adicionalmente, si la víctima presta su consentimiento, el Sindicato podrá asesorarla, promover medidas tendientes a evitar la reiteración de los actos y a generar prueba que acredite los hechos denunciados.

Desde nuestro punto de vista, el Sindicato debe tener un rol primordial en la capacitación de sus afiliados en los temas de acoso sexual y mobbing.

Lamentablemente, entendemos que hasta el momento no se ha focalizado en estos temas. Son muy pocos los sindicatos que han puesto el tema arriba de la mesa de negociación a nivel de empresa, las referencias a estos temas en convenios colectivos son casi inexistentes, y hasta en algún caso, nos animamos a afirmar que durante el transcurso de la investigación de acoso sexual procedió con inmadurez. Y realizamos esta afirmación, porque en uno de los casos en los que en el ejercicio de la profesión nos tocó participar, nos encontramos con un Sindicato que defendió al denunciado (afiliado) sin considerar las pruebas relevadas, adoptó medidas importantes ante la decisión de despedir al acosador por notoria mala conducta, no guardó la confidencialidad debida¹⁵,

¹⁴ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno. Sentencias 74/2011 y 146/2011.

¹⁵ El Juzgado Letrado de Fray Bentos de 2° turno, en sentencia 22/2012 expresa: “*En cambio, sí se ha acreditado que el Sindicato al que pertenecía el actor divulgó los hechos a la totalidad de los afiliados...*”

etc. No dudamos que estos errores fueron bien intencionados, y entendemos que se debieron a la falta de experiencia y capacitación. Por eso, estamos convencidos que los Sindicatos de rama de actividad, deben capacitar a sus delegados de empresa y en definitiva contribuir de la mejor manera en esta lucha contra las conductas de acoso.

- Rol de los trabajadores

La totalidad de los empleados de una empresa deben colaborar en erradicar las conductas de acoso. No caben dudas, que todo empleado quiere trabajar en la mejor empresa, en la que exista el mejor ambiente laboral y en donde se respeten todos sus derechos. Por eso, todos los empleados debe comprometerse con la causa, y denunciar las situaciones de acoso que puedan conocer, cualquiera sea el tipo.

Para ello, es necesario que los empleados tengan garantizados algunos aspectos, entre ellos, la confidencialidad de la información que denuncien. Algunas medidas que pueden contribuir en este punto, son la existencia de buzones y líneas telefónicas anónimas en las empresas. Asimismo, la designación de un oficial de cumplimiento de las políticas de acoso sexual y mobbing pueden contribuir en este aspecto, ya que los empleados sabrán a quién acudir en forma privada.

Con buen tino, la ley 18.561 sobre protección contra actos de acoso sexual estableció una protección especial para el empleado víctima del acoso y los testigos¹⁶ que hayan prestado declaración en el transcurso de la investigación de los hechos denunciados. El art. 12 de la ley señala que ni uno ni otros podrán ser despedidos ni sancionados. Asimismo, indica que se presume que el despido o la sanción obedece a motivos de represalia cuando tenga lugar dentro del plazo de 180 días de presentada la denuncia. En ese caso, el despido se considera abusivo y da derecho a reclamar una indemnización especial de seis mensualidades que se acumulará con la indemnización por despido común.

Refiriendo al pago de esta indemnización especial, el artículo 12 de la ley expresa: “*Se presume –salvo prueba en contrario– que el despido o las sanciones obedecen a motivos de represalia cuando tengan lugar dentro del plazo... El despido será calificado de abusivo y dará lugar a la indemnización prevista en el segundo inciso del artículo 11, con la salvaguarda de la notoria mala conducta*”.

Del artículo anterior debe concluirse que la empresa puede exonerarse del pago de la indemnización especial cuando pruebe que el despido no tiene conexión con el hecho de la denuncia de acoso sexual. Por tanto, no corresponde abonar esta indemnización cuando el empleado es despedido por notoria mala conducta, por razones de reestructura, etc. La ley no limita la exoneración de la empresa (respecto al despido abusivo) a la excepción de notoria mala conducta, ya que la protección a los empleados es contra represalias por denunciar o aportar prueba en una investigación de acoso. Por ello, no compartimos las consideraciones realizadas por el TAT 1°, cuando afirma:

Frente a ello, en una ciudad de escasas dimensiones como lo es Fray Bentos, no puede sorprender la filtración de información incluso a nivel de prensa...”.

¹⁶ Adicionalmente, el art. 8 de la ley 18.561 establece que si la IGTSS decidiese interrogar personas vinculadas fuera de la empresa en la que se desempeña, “...el tiempo que insuma el traslado al mismo y el interrogatorio será considerado tiempo trabajado...”.

“...el objeto debatido fue simple y conllevaba analizar si la notoria mala conducta alegada por la demandada se había producido, de forma de enervar la presunción de que el despido era una represalia ante la denuncia administrativa de acoso sexual y obviamente en ese análisis se aplican los criterios generales para determinar si se configuró la eximente... Existe un delicado límite entre la conducta que justifica el despido, porque desde el punto de vista del empleador, el trabajador ha incurrido en un acto no tolerable a su juicio y aquella que amerita el despido por notoria mala conducta... Sin duda, la conducta asumida por la actora, desde la óptica de la empresa, merecía el despido, puesto que con razón o sin ella, la actora dificultaba el relacionamiento con sus compañeros, pero para que se configure notoria mala conducta, ese accionar debe revestir otra entidad que en autos no fue demostrada... No corresponde que se analice si las sanciones tuvieron relación con una represalia frente a la denuncia, porque la ley lo presume, por lo que lo que debe tenerse presente es si, en definitiva, la eximente alegada se demostró, puesto que es la única vía que la ley admite para evitar la condena al pago de la indemnización que prevé. En el ámbito de la ley no puede analizarse si las sanciones o el despido tuvieron como fin la represalia frente a la denuncia de acoso sexual, porque la ley lo presume así, salvo que se pruebe que, si del despido se trata, fue ocasionado por notoria mala conducta, por lo que no es necesario analizar esta cuestión... no se acreditó la notoria mala conducta invocada, por lo que la accionada no logró destruir la presunción que en su contra preveía la ley 18.561, por lo que corresponde acoger el agravio y condenar a la demandada a abonar la indemnización reclamada”¹⁷.

Entendemos que la interpretación realizada por el Tribunal es muy restrictiva. Lo que busca la ley es que no exista un despido en represalia a la situación de acoso, pero no otorgar una mayor estabilidad al trabajador afectado y a los testigos con respecto a cualquier otro motivo que pueda originar el despido. Si el empleador prueba que el despido no estuvo vinculado a la situación de acoso, corresponde desestimar el reclamo de indemnización especial, aún cuando no haya notoria mala conducta. Ello considerando el derecho al despido que tienen por regla las empresas y que en ese caso habrá caído la presunción relativa de que el despido obedeció a motivos de represalia¹⁸.

Compartimos las consideraciones realizadas por el JLT de 2° turno al señalar que *“El artículo 12 de la Ley 18561 prevé “protección contra represalias”... el giro utilizado en la disposición convocada en primer término, que alude a trabajador o trabajadora “afectada”, refiere a trabajadora denunciante con independencia de que en sede administrativa se hubiere considerado o no acreditados los hechos denunciados como configurativos de acoso sexual”¹⁹*. Compartimos esta posición por cuanto, *“...el sentido tuitivo de las disposiciones aludidas, se basa en otorgar al denunciante, más allá de la razón o sinrazón de sus dichos, libertad y la consiguiente garantía que de formular denuncia ello no le acarrearán en ningún caso consecuencias desfavorables. Existe entonces prohibición de sancionar y de despedir al trabajador, en el caso la trabajadora denunciante, dentro del plazo de 180 días previsto legalmente”²⁰*.

¹⁷ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° turno, sentencia 300/2011.

¹⁸ En este sentido, el Juzgado Letrado de Trabajo de 2° turno expresó en la sentencia N° 36/2011: *“Y cuando el despido se verifica dentro del plazo de referencia, existe una presunción relativa de que la causa del cese se encuentra en el hecho de la denuncia”*.

¹⁹ Juzgado Letrado de Trabajo de 2° turno, sentencia N° 36/2011.

²⁰ Juzgado Letrado de Trabajo de 2° turno, sentencia N° 36/2011.

También compartimos el siguiente pasaje de la sentencia referida: “...en sede administrativa la demandada intimada a ello si bien compareció no explicitó los motivos del despido como le fuera requerido, y tampoco ya instaurado el accionamiento en el presente proceso, al contestar la demanda se centró en restar trascendencia a los hechos denunciados por la actora, expresando que no eran voluntariamente dirigidos contra su persona, pero en definitiva nada dice de las causas del despido ni controvierte que éste se hubiera verificado en la fecha denunciada... En definitiva no cumple con la carga que le gravaba si pretendía que no hiciera lugar a la indemnización prevista en la Ley especial, esto es nunca dijo los motivos reales del cese ni invocó la existencia de notoria mala conducta. Por lo cual ante la ausencia de la expresión de una causa real y concreta que adquiera valor justificante y enervante de la presunción legalmente establecida en su contra, ante la actitud omisa y reticente de la accionada en punto a los hechos medulares en que se fundamenta la demanda y que constituyen los supuestos integrados al precepto legal aplicable (artículo 12 de la Ley especial), procede hacer lugar a la demanda por concepto de despido abusivo en represalia a la denuncia formulada y por concepto de despido común, acumulables ambas por imperativo legal”²¹. Como puede notarse, en la sentencia se realiza una distinción, señalando que la empresa demandada nunca expresó y probó los motivos del despido, ni alegó la causal de notoria mala conducta.

En definitiva, entendemos que la protección de las víctimas de acoso y de los testigos que aportan su declaración al procedimiento es de vital importancia. Si ello no ocurre, nadie contará con las garantías necesarias como para realizar una denuncia de este tipo (o a colaborar con su declaración). Sin embargo, la protección debe ser contra los abusos de la represalia y no contra cualquier otro motivo ajeno al acoso sexual. Por tanto, si la empresa alega y prueba que el despido no se vinculó al acoso sexual, corresponde desestimar la pretendida indemnización especial.

- Rol del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

En materia de acoso sexual, existen previsiones especiales que regulan las competencias del MTSS. De acuerdo a la ley, el Ministerio debe diseñar e implementar políticas de sensibilización, educativas y de supervisión, para la prevención de este tipo de conductas. Además, de acuerdo al art. 5 de la ley 18.561, es a la IGTSS a quien le compete el contralor del cumplimiento de la norma. Finalmente, debemos tener presente el artículo 8 de la ley referida, que otorga competencia a la IGTSS para investigar las denuncias de acoso sexual que reciba.

Adicionalmente, conforme a lo establecido en el Decreto 680/977, a la IGTSS le compete la protección legal de los empleados en general y en particular en lo que refiere a condiciones de higiene, seguridad y medio ambiental.

Conforme a lo anterior, en materia de acoso sexual y mobbing, a nivel estatal es a la IGTSS a quien le compete desarrollar y resolver los procedimientos de investigación correspondientes. El procedimiento que seguirá es el establecido en el Decreto 500/991, que se iniciará con la denuncia que reciba, y continuará con una vista a la persona

²¹ Juzgado Letrado de Trabajo de 2° turno, sentencia N° 36/2011.

denunciada, apertura, ofrecimiento y diligenciamiento de la prueba, vista final y resolución²². Esta última será pasible de recursos administrativos y eventualmente se podrá solicitar su nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Además, la IGTSS estará facultada para aplicar sanciones a la empresa en caso que la misma haya incumplido una o varias de sus obligaciones.

A continuación compartimos la siguiente información sobre denuncias que nos fuera proporcionada por la IGTSS. Como podrán notar, la tendencia es claramente, el aumento de denuncias de este estilo, en la cual entendemos tuvo un papel muy importante la entrada en vigencia de la ley de protección contra el acoso sexual, de setiembre de 2009. Otra información relevante que surge de los registros, es la mayor cantidad de denuncias de mujeres, de personal del sector privado y del departamento de Montevideo.

Año	Total denuncias realizadas en MTSS por acoso sexual	Total denuncias realizadas en MTSS por mobbing ²³
2004	No existen registros	No existen registros
2005	3	No existen registros
2006	3	No existen registros
2007	2	No existen registros
2008	5	No existen registros
2009	8	11
2010	26	87
2011	45	150
2012	18 ²⁴	73 ²⁵

Año	Denuncias por acoso sexual		Sexo denunciante de la situación de acoso sexual		Lugar de denuncia por acoso sexual	
	Sector Privado	Sector Público	Masculino	Femenino	Montevideo	Otros Deptos.
2009	7	1	8	0	5	3
2010	23	3	1	25	16	10
2011	41	4	4	41	30	15
2012	15	3	1	17	8	10

IV. RESPONSABILIDADES

De acuerdo a lo anterior, la denuncia de acoso sexual y/o mobbing puede presentarse ante la empresa y/o el MTSS. Adicionalmente, la víctima de acoso podrá iniciar un reclamo judicial contra los responsables de las conductas. Es que las situaciones de acoso sexual o mobbing podrán implicar eventualmente los siguientes tipos de responsabilidad: laboral, civil, administrativa y penal. Respecto a la eventual responsabilidad administrativa de la empresa, nos remitimos a lo antes expresado.

²² En materia de acoso sexual, la resolución final deberá dictarse en el plazo máximo de veinte días.

²³ El 87,9% de las denuncias recibidas por mobbing pertenecen a empleados del sector privado, correspondiendo el 12,1% restante a empleados públicos. El 56% del total de estas denuncias fueron realizadas por mujeres, el 34% por hombres y el 10% por Sindicatos.

²⁴ Comprende denuncias realizadas hasta el 24 de abril de 2012.

²⁵ Comprende denuncias realizadas hasta el 4 de mayo de 2012.

Rápidamente, señalamos que las conductas de acoso sexual podrán configurar eventualmente un delito penal, como podría ser atentado violento al pudor, violencia privada, una falta, etc.

- Responsabilidad civil

La víctima del acoso sexual podrá optar por seguir trabajando y reclamar en juicio una indemnización especial por daño moral o por considerarse indirectamente despedida y accionar judicialmente reclamando el pago de la indemnización por despido común más indemnización especial tarifada²⁶.

No obstante, la víctima deberá analizar adecuadamente la situación, ya que el sujeto pasivo del reclamo variará según los casos.

Si opta por continuar trabajando, podrá pretender el pago de una indemnización por daño moral mínima de seis mensualidades (de acuerdo a su última remuneración), iniciando la reclamación al responsable. Éste será el titular de los actos de acoso y la empresa cuando: i) el acoso sexual haya sido realizado por el empresario y/o quienes lo representen en el ejercicio del poder de dirección o ii) cuando el acosador sea cualquier empleado y la empresa no haya tomado medidas (ej no realizar la investigación cuando recibe la denuncia) para corregirla cuando tomó conocimiento de la situación.

La segunda opción que tiene la víctima es considerarse indirectamente despedida. En tal caso podrá reclamar exclusivamente a la empresa el pago de la indemnización por despido común y la especial tarifada de seis mensualidades. No obstante, en este caso, consideramos que la empresa solamente podrá ser condenada cuando sea responsable, según lo explicamos en el párrafo anterior. Entendemos que si la empresa cumplió con todas sus obligaciones, el empleado no podrá alegar un despido indirecto, el que requiere para su configuración el incumplimiento de una obligación principal. Esta interpretación que proponemos se encuentra en consonancia con el artículo 4 de la ley 18.561 (que indica cuando la empresa será responsable), y con su finalidad (erradicar este tipo de conductas). Nótese que con esta interpretación se responsabiliza a las empresas incumplidoras, y no a las que tienen excelentes niveles de cumplimiento.

En jurisprudencia, en un caso en el que la víctima del acoso optó por continuar trabajando y reclamar al responsable directo de los actos, se lo condenó a este último al pago de una suma equivalente a seis mensualidades. En la sentencia se expresa: “...*Si bien la Sra. Q. vivió un cuadro de angustia producto de la situación se entiende que el mismo fue superado en un plazo breve... Por lo tanto se considera que corresponderá condenar a la indemnización mínima prevista por la ley esto es seis mensualidades*”²⁷.

Entendemos que a efectos de determinar esta condena, los jueces deben tener en cuenta el salario de la víctima, que en el caso era baja. El monto de la condena en ese caso fue inferior a \$ 80.000, por lo que entendemos la reparación pudo no haber sido integral.

²⁶ De acuerdo al artículo 16 de la ley 18.651, las acciones judiciales que se inicien en virtud de situaciones de acoso sexual se tramitarán de acuerdo a la estructura de una acción de amparo.

²⁷ Juzgado Letrado de Flores de 2º turno, sentencia N° 5/2011.

Si bien en relación al mobbing no existen normas específicas que prevean indemnizaciones especiales, nuestra jurisprudencia ha entendido que en las situaciones de acoso laboral corresponde acumular a la indemnización por despido común (en caso que el empleado se considere despedido) la reparación del daño moral. Esta última indemnización, así como la correspondiente condena por despido abusivo, ha sido cuantificada por la jurisprudencia en montos equivalentes a una, dos o tres indemnizaciones por despido común. Respecto a la acumulación de indemnizaciones, citamos la siguiente sentencia del TAT 1°: *“Por todo cuanto se analizó precedentemente, no sólo se hallaba fundado el amparo a la pretendida reparación del daño moral por el acoso, sino claramente configurado el despido indirecto alegado por la accionante...”*²⁸.

- Sanciones a aplicar al acosador

Constituye notoria mala conducta, el incumplimiento por culpa del empleado a las obligaciones laborales, que pone en crisis total la relación de trabajo. Doctrina y jurisprudencia son uniformes en cuanto a que esa crisis puede ocasionarse a raíz de incumplimientos frecuentemente reiterados, u ocurrir súbitamente por un suceso de excepcional gravedad, como lo es el acoso sexual o mobbing.

Las conductas de acoso sexual y/o mobbing de las que es responsable el autor importan graves incumplimientos a sus obligaciones laborales, como ser, el respeto a la moralidad del ambiente de trabajo y a la dignidad de sus compañeros.

Con las conductas de acoso, el responsable de las mismas hiere la dignidad, sensibilidad, decoro e integridad moral de la víctima y vulnera el buen ambiente de trabajo. Pero lo que es más grave aún, su permanencia en la empresa compromete la moralidad del ambiente de trabajo. Es por ello que debe existir una tolerancia cero a este tipo de conductas tan graves, que deben ser erradicadas del lugar de trabajo.

Consideramos que las conductas de acoso constituyen incumplimientos graves a sus obligaciones laborales, incumplimiento de tal gravedad que configura un despido por notoria mala conducta.

En este sentido, nuestros Tribunales de Apelaciones señalaron que comportamientos *“...como los que se dieron en el caso a examen vuelve inadecuadas las condiciones para que la trabajadora desempeñe sus tareas en tanto no se la respeta por su condición de mujer, siendo la cometida una falta gravísima... Ese tipo de conductas debe ser erradicado del ámbito laboral y sancionarse drásticamente a quien agrede la dignidad de una trabajadora...”*²⁹. *“Todo acto de violencia, malos tratos, injuria, amenaza, acoso sexual... cometido por el empleador o incluso por algún otro dependiente, constituye sin duda una falta laboral grave que debe ser asumida por el responsable”*³⁰.

²⁸ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° turno, sentencia 122/010, publicada en Anuario de jurisprudencia Laboral 2010, caso 36.

²⁹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno, sentencia 298/2008.

³⁰ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno, sentencia 298/2008.

Las conductas de acoso constituyen hechos graves que imposibilitan la continuación de la relación laboral y que encartan dentro de la causal de notoria mala conducta, eximiendo a la empresa del pago de la indemnización por despido y aguinaldo. Reiteramos, se trata de actos que afectan la sensibilidad, decoro, dignidad e integridad moral de la víctima del acoso, y que perturban gravemente la moralidad del ambiente de trabajo. Ello hace imposible la continuidad de la relación laboral.

A continuación citamos algunos fallos de jurisprudencia, en los que se hace referencia a la gravedad de las conductas de acoso sexual y a la necesidad de erradicarlas de los lugares de trabajo. En algunas de estas sentencias, se señala expresamente que la sanción que corresponde aplicar en estos casos es el despido por notoria mala conducta.

i) *“La Sala considera que el acoso sexual, como forma de hostigar, hostilizar, atosigar, perseguir, importunar, apremiar a una persona con molestias o requerimientos sexuales no queridos, vuelve inadecuadas las condiciones para que el trabajador acosado desempeñe sus funciones en un ámbito en el que debe ser respetado como ser humano, y el acosador comete una gravísima falta en el ámbito laboral que permite que el empleador lo despida por notoria mala conducta”*³¹.

ii) *“...En el caso, esa decisión de considerarse indirectamente despedida fue consecuencia del desafortunado acontecimiento del día 24 de enero de 2007, según ratificación de fecha realizada en la audiencia preliminar por la accionante, quien relata que en circunstancias que se encontraba sola sellando botellas de vino en descendencias de la empresa, su patrón le acarició el rostro y el cabello y ante su rechazo hizo algún comentario como ser si no sabía ser bandida... El abuso es evidente ya que cualquier hostigamiento, persecución o requerimiento como los que se dieron en el caso a examen vuelve inadecuadas las condiciones para que la trabajadora desempeñe sus tareas en tanto no se le respeta por su condición de mujer, siendo la cometida una falta gravísima del empleador. Ese tipo de conductas debe ser erradicado del ámbito laboral y sancionarse drásticamente a quien arremete la dignidad de una trabajadora prevaleándose de su posición jerárquica y de la necesidad de la víctima de conservar su fuente de trabajo (Cf. Anuario... año 96-97, caso 73, pág.32).*

El ataque a la dignidad resulta elemento esencial del caso, en tanto hubo un trato que no respetó la dignidad de la trabajadora, tratamiento que tuvo sus consecuencias en la salud psíquica de la misma...

*Todo acto de violencia, malos tratos, injuria, amenaza, acoso sexual o cualquier otra violación al deber de respeto a la personalidad física o moral del trabajador, cometido por el trabajador o incluso por algún otro dependiente, constituye sin duda una falta laboral grave que debe ser asumida por el responsable...”*³²

iii) En una reciente sentencia (N° 22/012) del Juzgado Letrado de Fray Bentos de 2° turno³³ expresa *“...el señor M ha incumplido sus obligaciones laborales con respecto a su empleador, al violar la normativa interna de la empresa en cuanto al comportamiento que deben tener sus empleados; y ha faltado el respeto y violado los*

³¹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, sentencia N° 90/98.

³² Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno, sentencia N° 298/2008, publicada en Anuario de Jurisprudencia laboral 2008, caso 25, página 24.

³³ Sentencia confirmada en todos sus términos por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno (sentencia N° 184/012)

derechos de sus compañeros de trabajo al mantener dichas conductas, creando un ambiente intimidatorio, hostil y humillante para las víctimas de su actitud... Asimismo, los comportamientos acreditados encartan en los numerales 2 y 3 del artículo 3 de la Ley de Acoso Sexual. Atento a lo dispuesto en el artículo 4, inciso tercero, de la referida norma legal, el despido por notoria mala conducta emerge como la única decisión posible (inciso segundo) y acorde a Derecho por parte de la empresa.”

En definitiva, si bien el artículo 15 de la ley de protección contra actos de acoso sexual señala que podrá despedirse al responsable por notoria mala conducta, entendemos que si se acredita la conducta de acoso sexual, el responsable debe ser despedido por dicha causal. Se trata de una situación que si es acreditada es gravísima y que debe tener como consecuencia necesaria el despido por notoria mala conducta.

- *Sanciones a aplicar a quien realiza una denuncia falsa*

La ley 18.561 establece a título expreso que si se acreditara que el denunciante presentó la denuncia con estratagemas o engaños para inducir en error acerca de la existencia de conductas de acoso sexual, para procurarse a sí mismo o un tercero una ventaja, podrá ser despedido por notoria mala conducta³⁴.

Consideramos que si a raíz de una investigación por acoso sexual o mobbing, se arribara a la conclusión que la denuncia es falsa y que se presentó para dañar al supuesto acosador, o para obtener una ventaja, el denunciante debe ser despedido en forma inmediata. Esa denuncia falsa, evidenciaría la mala fe con la que habría procedido el denunciante, atribuyendo a un tercero un incumplimiento gravísimo que le podría haber ocasionado la pérdida de su empleo, un daño en su imagen, etc. El incumplimiento al deber de actuar de buena fe y la pérdida de confianza que generaría en quien procediera de esta manera, pondrían en crisis total la relación de trabajo, por lo que su despido por notoria mala conducta es la respuesta adecuada.

V. OTROS ASPECTOS A CONSIDERAR

En el presente capítulo analizaremos otros aspectos de relevancia práctica, como indicar acciones a desarrollar en aquellos casos en los que el acosador no es empleado de nuestra empresa, la posibilidad de diligenciar medios de prueba sin que el denunciado conozca la investigación y cómo valorar la prueba en este tipo de denuncias. Finalmente terminaremos nuestro trabajo realizando algunas recomendaciones prácticas que en nuestra experiencia son de utilidad en estas situaciones.

- *Sujeto activo del acoso sexual y del mobbing*

El eventual responsable de las conductas de acoso es muy amplio, pudiendo ser el empresario, un gerente o un compañero de trabajo. Tener presente este aspecto respecto a las conductas de acoso sexual es muy importante. Como vimos, si las mismas son realizadas por el empresario o por quienes lo representen en el ejercicio del poder de dirección (ej. gerentes), habrá responsabilidad de la empresa. En cambio si las conductas son realizadas por otra persona, el empleador será responsable si toma

³⁴ Ello con independencia a la posible sanción del sistema penal.

conocimiento de la ocurrencia y no adopta las medidas necesarias para corregir la situación. En relación a este aspecto, nos remitimos a lo ya señalado.

Pero las conductas de acoso pueden ser cometidas por sujetos ajenos a la empresa, aunque vinculados a ella, como puede ser un empleado de una empresa proveedora de servicios, de una suministradora de personal, de un cliente, etc.

Consideramos que si las conductas de acoso ocurren dentro de los locales de la empresa, aún cuando fueran realizados por un empleado de otra compañía, ameritan el inicio de una investigación interna. No obstante, en ese caso posiblemente deberá actuarse en forma conjunta con la empleadora del autor de las conductas, por lo que entendemos debe ser notificada desde el inicio de las actuaciones. El actuar conjunto de las empresas permitirá evitar que se reiteren conductas de ese tipo, y aplicar la sanción correspondiente al responsable de las mismas. Viceversa, si un empleado de la empresa fuera víctima de conductas de acoso en una empresa proveedora o cliente, entendemos que su empleador debe comunicarse con la empleadora del responsable de las conductas, para que esta última inicie la investigación correspondiente. Obviamente, deberá colaborar en todas las instancias que estén a su alcance.

Adicionalmente, las empresas en forma conjunta podrán adoptar las medidas tendientes a evitar la continuación de las conductas denunciadas, ya sea mediante la separación del cargo del responsable, cambio de tareas de uno o ambos empleados implicados, etc.

Por lo anterior, entendemos conveniente que en los contratos comerciales que se firmen con empresa proveedoras o clientes, se incluyan cláusulas de este tipo, que establezcan la obligación de la empresa empleadora del acosador de iniciar la investigación, obligación de colaboración de la empresa empleadora de la víctima del acoso, facultades de rescisión de contrato en caso de incumplir con estas obligaciones, etc.

- *Posibilidad de anticipar prueba que pueda perderse*

Consideramos que la política institucional sobre acoso sexual, que puede también prever situaciones de acoso laboral, debe incluir un capítulo que establezca qué facultades tendrá el instructor en el marco de la investigación que se realice a partir de la denuncia recibida. En ese sentido, consideramos que debe preverse la posibilidad de anticipar prueba cuando exista posibilidad de perderla en caso de notificar al denunciado con anterioridad. Así por ejemplo, la noticia al denunciado, puede poner en peligro la declaración sincera y veraz de un testigo o la eliminación de un correo electrónico que pueda ilustrar acerca de los hechos denunciados. Por ello, entendemos que si el medio probatorio corre riesgo de ser eliminado, el instructor debe tener la posibilidad de anticiparse a su diligenciamiento, aún cuando la persona denunciada no esté enterada de la investigación. En los casos señalados, tomaría declaración al testigo, controlaría el uso del correo electrónico laboral, imprimiría los mails correspondientes, etc.

Tal como afirma Marinés Babugia, *“no existe un medio probatorio más idóneo para probar el mobbing, sino un momento idóneo más oportuno para producir la prueba, que es cuando la víctima aún se encuentra en la organización y ha detectado que algo*

*le ocurre*³⁵. Compartimos esta afirmación, y es por ello que entendemos que el instructor debe tener la facultad referida. En este tipo de investigación, el tiempo es clave, y anticiparse al diligenciamiento de los medios probatorios puede ser la clave para probar o descartar la denuncia.

Entendemos que esta facultad del instructor no debilita el debido procedimiento, ya que el denunciado tendrá la posibilidad de hacer descargos, ofrecer prueba, alegar y tendrá una nueva vista previa a la resolución final.

Además, no debe olvidarse que el denunciante podría solicitar en el Poder Judicial la realización de una diligencia preparatoria y eventualmente una medida cautelar (siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la norma). La ventaja de la posición que defendemos es que acelera la producción del medio probatorio, sin vulnerar las garantías del debido procedimiento. Adicionalmente, debe tenerse presente que quien se anticipa al diligenciamiento de la prueba es un tercero imparcial, ya que no es acosado ni acosador, por lo que será imparcial y objetivo. Este aspecto también contribuye a otorgar a las dos partes las garantías debidas.

Finalmente, queremos señalar que es conveniente que el instructor también tenga las facultades necesarias como para implementar medidas que aseguren o disminuyan al máximo la posibilidad que se repitan los hechos denunciados. En ese marco, el instructor debe tener la posibilidad de cambiar de sección a uno o ambos sujetos involucrados, separar preventivamente del cargo a uno de los empleados, otorgarle la licencia que tuviere pendiente, etc.

- *La prueba del acoso sexual y el mobbing*

En materia de prueba de situaciones de acoso sexual o mobbing no existe en nuestro país ninguna norma especial que establezca inversiones de la carga de la prueba o reglas de valoración. Por ello, consideramos que en la investigación interna y en un eventual juicio, no debe invertirse la carga de la prueba. Cada sujeto deberá probar sus afirmaciones.

Sin perjuicio de ello, considerando las dificultades probatorias, deben admitirse todos los medios de prueba lícitos, cobrando especial relevancia los indicios. Incluso, como vimos más arriba, en algunos casos podrá ser necesario diligenciar algunos medios de prueba sin la noticia de los involucrados, ya que de lo contrario podrán frustrarse.

En este tipo de situaciones, es altamente improbable que exista una prueba cabal del acoso, por la sencilla razón de que el acosador se cuidará de no atormentar a su víctima delante de otras personas y de dejar rastros. Una prueba determinante pueden ser testigos directos de los actos de acoso, una filmación, etc. Pero si no existen estas pruebas, serán de vital importancia todos los indicios que puedan aportarse.

Lo anterior determina que ante una denuncia de acoso deberá actuarse con agilidad y profesionalismo, siendo conveniente asesorarse con los especialistas. Ante una denuncia

³⁵ Babugia, Marinés. Mobbing: la pesada carga de probar. Publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social N° 16, agosto 2011, República Argentina.

por acoso sexual, la empresa deberá accionar la investigación correspondiente, en la que se considerarán todos los indicios que surjan. Así por ejemplo, deben analizarse los antecedentes de los involucrados, la conducta y relacionamiento del eventual responsable frente a otros sujetos, los tiempos existentes entre el/los acto/s de acoso y la denuncia, el estado emocional de los involucrados, los testigos que pueda haber de actos cercanos en el tiempo al denunciado (ej. testigos que hayan visto a la víctima o responsable enseguida después del acto denunciado), etc. Todo ello sin perjuicio de los medios de prueba que ofrezcan las partes involucradas.

Refiriendo a la prueba del acoso sexual, la jurisprudencia ha señalado:

i) *“...la ley no contiene una previsión normativa específica en los que refiere a los aspectos probatorios del acoso sexual en el ámbito laboral, aunque debe tenerse en cuenta que la definición legal de acoso sexual está determinado desde la perspectiva de la víctima.*

La jurisprudencia ha destacado las dificultades de existencia de prueba directa de los comportamientos de acoso sexual. A partir de esta premisa... aspectos que han sido valoradas en las sentencias para entender acreditado o no el acoso sexual; tales como a) la conducta observada por la persona denunciada en el lugar de trabajo respecto de otras trabajadoras; b) la posición de los sujetos involucrados en especial la relación de jerarquía; c) la afectación emocional y psicológica; las características socio culturales de denunciante y denunciado y del medio en que se desarrolla la relación laboral; d) las características físicas del ambiente de trabajo por ej. posibilidades de privacidad que tiene”³⁶.

ii) *“...en tanto las conductas de acoso, generalmente se producen sin testigos y no a la vista y paciencia de todo el mundo, de allí la importancia de los indicios que se relevan, ya que pretender una prueba explícita del acoso sexual es prácticamente imposible... la privacidad de las acciones (configurativas de acoso sexual) sin presencia de testigos... condice con lo que indica la experiencia común en torno a ellas por cuanto habitualmente y debido a su reprobación cultural, llevan al agresor a guardarse que así sea. Tal circunstancia, habitualmente dificulta la prueba y determina la necesidad de hacer hincapié en la ilustración de hechos aledaños o indirectamente vinculados que pueden de algún modo enlazarse con los denunciados”³⁷.*

Debido a las dificultades probatorias que necesariamente existirán en estos casos, será de vital importancia valorar adecuadamente cada una de las pruebas agregadas a la investigación y/o proceso judicial. Las mismas deberán ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica y los principios de razonabilidad y experiencia. No obstante, reiteramos que no corresponde invertir la carga de la prueba, ya que no existe norma legal que lo habilite.

En el sentido anterior, el Juzgado Letrado de Flores de 2° turno³⁸ concluyó que había existido acoso sexual a partir de los siguientes medios de prueba:

³⁶ Juzgado Letrado de Flores de 2° turno. Sentencia N° 5/2011.

³⁷ Juzgado Letrado de Flores de 2° turno. Sentencia N° 5/2011.

³⁸ Juzgado Letrado de Flores de 2° turno. Sentencia N° 5/2011.

- SMS de donde *“no puede negarse un claro intento de seducción por parte del demandado”*
- Declaración de parte actora
- Informe de psiquiatra tratante
- *“A efectos de fundamentar la conclusión a la que se arriba, también se valora la circunstancia que dos de los testigos que deponen en autos y la propia accionante refieren a conductas similares de R. con otras subalternas”*
- *“A estos sms se agregan los llamados de R. a Q. para que concurriera a su despacho a realizar trabajos, fomentando así la posibilidad de encuentros a solas”*

Por su parte, el TAT 3° expresó: *“Si bien es cierto que no hubo testigos presenciales de lo relatado, no cabe duda que todo el aporte probatorio realizado conduce a verificar la veracidad del hecho, como ser la consulta médica inmediata por estado nervioso y el consecuente certificado de la médico otorgando licencia por cuadro depresivo debido a conflicto laboral... denuncia policial radicada en la comisaria... testigos que resultan necesarios como ser su madre, su novio que ese día la había ido a esperar al trabajo... encargado de la bodega aunque dijo que no quiere involucrarse relata no obstante que el patrón en ocasiones está ebrio y que ya en otra ocasión debió salir de testigo... que la actora le contó en su momento lo que le había pasado, llorando, que la vio muy angustiada y que al otro día ya no fue a trabajar... empleada de la bodega dijo que la vio llorosa ese día... quedando igualmente corroborado el acontecimiento denunciado que provocara el disgusto de la actora”*³⁹.

Como puede notarse, el Tribunal toma los diferentes medios de prueba aportados, en donde si bien no se acredita el acto de acoso directamente, sirven para ilustrarlo acerca de los comportamientos del responsable frente a otras personas, el estado anímico de la víctima enseguida después de sufrir el acoso, etc. Todos estos indicios permitieron al Tribunal concluir que los actos denunciados habían ocurrido realmente. Compartimos el criterio del Tribunal, que atando con razonabilidad cada una de las pruebas arribó a una conclusión. Entendemos además, que en estos casos, será de vital importancia la razonabilidad de los descargos que pueda o no realizar el sujeto denunciado. Esto es, la explicación que pueda dar el supuesto acosador a los actos denunciados.

Refiriendo a la valoración de los medios de prueba, la jurisprudencia ha señalado:

i) *“...la valoración del comportamiento desarrollado se realiza desde la perspectiva de la víctima, obviamente conforme a criterios de razonabilidad y normalidad... La ley entiende que la valoración de la conducta desarrollada debe realizarse desde la perspectiva de la víctima y no del acosador”*⁴⁰.

ii) *“...reglas de la sana crítica reclamadas por el art. 139.2 C.G.P. en una dinámica que recorra dos etapas: la primera, la exigencia al trabajador-actor de prueba de los hechos que por lo menos creen una razonable sospecha de que el derecho ha sido vulnerado y la segunda exigirle al empleador demandado la prueba de hechos que destruyan la verdad provisoria que el demandante creó. Vale decir al demandado, la*

³⁹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° turno, sentencia 298/2008.

⁴⁰ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° turno, sentencia 74/2011 y Juzgado Letrado de Flores de 2° turno, sentencia N° 5/2011.

prueba de los hechos que expliquen necesaria, objetiva, razonable y proporcionalmente la conducta que otrora desplegó”⁴¹.

Entendemos que las pruebas deben ser valoradas con las reglas de sana crítica, considerando si las conductas desplegadas le generaron a la víctima un ambiente hostil o humillante. Para ello deben tomarse los parámetros de razonabilidad y normalidad, analizando si era previsible para quien realiza las conductas imaginar que las mismas agravarían a la persona destinataria de los actos. Entonces, si era previsible que la hostigara o humillara, o si se buscó esa finalidad debe concluirse que existió acoso sexual, y por tanto corresponde aplicar una sanción al responsable.

- Consideraciones finales y recomendaciones prácticas

La ley de protección contra el acoso sexual significó un avance en la prevención y sanción contra este tipo de conductas gravísimas, que deben ser erradicadas del lugar de trabajo. Una muestra clara de ello, es el aumento de denuncias que recibió el MTSS a partir de la sanción de dicha ley en el año 2009.

Lamentablemente, no existen normas específicas que regulen las situaciones de mobbing, por lo que rigen las normas de carácter general. Sin embargo, en la medida que sólo existen construcciones doctrinarias al respecto, que afirman la existencia de obligaciones, responsabilidades, etc., nos encontramos ante una figura más difusa, que no otorga certeza a los empleados y empresas. Incluso, creemos que la ausencia de una definición legal, ha dado terreno a una utilización judicial abusiva de esta figura. Y sostenemos esto, porque es moneda corriente el reclamo de indemnizaciones por “despido abusivo” y/o “daño moral” supuestamente ocasionados en situaciones de acoso, que realmente no existieron. Si bien no hay estadísticas, en nuestra experiencia, más del 90% de estas reclamaciones son desestimadas por los jueces, ya que la empresa logra acreditar en el juicio, la razón objetiva que le impulsó a tomar una decisión. Motivos que en forma previa y extrajudicialmente ya les había expuesto a la persona y a su abogado. Por eso, creemos que otra misión de los aplicadores del Derecho, desde su rol, debe ser utilizar esta grave figura del mobbing en los casos en que realmente lo hubo, o en donde al menos existan elementos serios que indiquen que pudo haber existido. De lo contrario, el uso abusivo de la figura, le quita sentido e importancia.

En definitiva, creemos que todos los actores de la relación de trabajo y aplicadores del Derecho deben concientizarse de la gravedad de este tipo de situaciones y combatir las para erradicarlas de los lugares de trabajo. Para ello, es fundamental que las empresas instauren ámbitos de prevención, en donde tengan la colaboración de todos sus empleados y el Sindicato. Y en caso de existir situaciones de acoso, debe investigarse y sancionar al responsable. Solamente de esa manera será posible tener ambientes de trabajo libres de conductas de acoso sexual y mobbing.

Antes de finalizar, queremos señalar algunas medidas que pueden contribuir a prevenir situaciones de acoso y a delimitar eventuales responsables en caso que las mismas existan. Algunas de estas buenas prácticas son la aplicación del siguiente decálogo:

⁴¹ Juzgado Letrado de Flores de 2° turno, sentencia N° 5/2011.

- ✓ Notificar políticas institucionales que incluyan la prohibición de conductas de acoso sexual y mobbing, así como las consecuencias que generará su incumplimiento.
- ✓ Realización de cursos, talleres y capacitaciones en la materia, que contribuyan a concientizar sobre el tema.
- ✓ Creación de comisiones de seguridad e higiene laboral, que pueden incluir la participación de psicólogos laborales.
- ✓ Instalación de una línea telefónica o buzón para realizar denuncias.
- ✓ Designación de un oficial de cumplimiento de la política institucional.
- ✓ Establecer procedimientos claros, que regulen las diversas instancias de la investigación que se desarrolle, los derechos y cargas de los involucrados y las facultades del instructor.
- ✓ Tomar medidas que eviten la continuación de las conductas denunciadas, como ser: cambios de sección o separar del cargo a uno o varios involucrados, otorgar licencias, etc.
- ✓ Mantener confidencialidad de la situación.
- ✓ Una vez comprobados los actos de acoso, aplicar sanciones importantes, como el despido.
- ✓ Conservar toda la documentación vinculada a la investigación, por si en el futuro se inicia juicio a la compañía.