

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CAV

MARÍA NIEVES MARTÍNEZ GAYOSO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
en la E.U. empresariales de Donostia-San Sebastián
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ABSTRACT

El objeto de este trabajo es indagar en las relaciones entre prevención de riesgos laborales e interdicción de la discriminación por razón de sexo en el trabajo, así como analizar el papel que le corresponde a la negociación colectiva en la instauración de una política preventiva en las empresas que asuma la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres. Para ello el escrito se articula en torno a dos epígrafes. En el primero, se trata sobre las relaciones entre prevención de riesgos laborales e igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. En el segundo, se aborda de manera más sistemática los huecos dejados por las normas, así como los mandatos para que la negociación colectiva intervenga en la promoción de una política preventiva inspirada en la igualdad entre mujeres y hombres.

Palabras Clave: Prevención de Riesgos Laborales. Negociación colectiva. Convenios colectivos.

Lan honen helburua laneko arriskuen prebentzioaren eta sexuagatiko diskriminazioaren debekua arteko harremanak aztertzea da, baita negoziazio kolektiboari dagokion eginkizuna aztertzea ere, emakumeen eta gizonen arteko tratua eta aukera-berdintasuna kontuan hartuko duen prebentzio-politika enpresetan ezartzeko

garaian. Horretarako, bi idazpururen inguruan egituratu dugu artikulua. Lehenengoan, laneko arriskuen prebentzioaren eta emakume nahiz gizonen arteko tratu- eta aukera-berdintasunaren arteko loturak landu ditugu. Bigarreanean, modu sistemati-koagoan aztertu ditugu arauak nahiz aginduek utzitako hutsuneak, negoziazio kolektiboak esku har dezan gizon eta emakumeen arteko berdintasunean oinarritutako prebentzio-politika bat sustatzeko garaian.

Gako-hitzak: laneko arriskuen prebentzioa. Negoziazio kolektiboa. Hitzarmen kolektiboak.

■ *The aim of this work is to inquire into relationships existing between the prevention of risks at work and the interdiction of discrimination on grounds of sex in the workplace. It also attempts to analyse the role played by collective bargaining in establishing a preventive policy in companies which assumes the standpoint of equal opportunities in the workplace among men and women. To this end, the text is divided into two sections: the first describes the relationships existing between the prevention of risks at work and equal opportunities among men and women. The second one takes a more systematic look at the gaps not covered by the regulations currently in force, in addition to the terms of reference for which purpose collective bargaining plays a part in promoting a preventive policy inspired by equality among men and women.*

Key words: prevention of risks at work; collective bargaining; collective agreements.

1. Introducción

El objeto de este trabajo es indagar en las relaciones entre prevención de riesgos laborales e interdicción de la discriminación por razón de sexo en el trabajo, así como analizar el papel que le corresponde a la negociación colectiva en la instauración de una política preventiva en las empresas que asuma la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres. Este estudio pretende, asimismo, constatar cual es el tratamiento que dan a esta cuestión los convenios colectivos, con especial atención a la negociación colectiva en la Comunidad Autónoma Vasca y realizar propuestas concretas sobre los contenidos que se pueden incorporar a los mismos.

Para ello el escrito se articula en torno a dos epígrafes. En el primero, se trata sobre las relaciones entre prevención de riesgos laborales e igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. El discurso está salpicado de consideraciones sobre posibles líneas de actuación en el marco de la negociación colectiva. En el segundo, se aborda de manera más sistemática los huecos dejados por las normas, así como los mandatos para que la negociación colectiva intervenga en la promoción de una política preventiva inspirada en la igualdad entre mujeres y hombres, se analiza la recepción por los convenios colectivos de las posibilidades abiertas por la norma estatal y se realizan propuestas concretas para el tratamiento de cuestiones como el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

2. Prevención de riesgos e igualdad

2.1. El derecho de las trabajadoras a una protección eficaz de su seguridad y salud

La principal implicación entre el principio de igualdad y la prevención de riesgos laborales consiste en la interdicción de diferencias en la garantía del derecho a la protección eficaz frente a los riesgos laborales.

La preocupación preponderante por los riesgos súbitos, propios de sectores masculinizados y la menor atención a otro tipo de riesgos puede desembocar en un déficit de protección que afecta especialmente a las mujeres. Aparentemente, a juzgar por la falta de adaptación de las reglas sobre prevención de riesgos al trabajo de las mujeres y por la escasez de reglas sobre prevención de riesgos en

las normas convencionales propias de sectores feminizados parecería que no hay riesgos en el trabajo que desempeñan las mujeres, conclusión desmentida por la constatación de daños graves en la salud de las mujeres trabajadoras en dichos sectores, que si no son inmediatos son recurrentes. El problema es que si no se contemplan los factores que provocan el riesgo y el daño, no se introducen medidas preventivas o protectoras y no se evita ni reduce el daño.

Por otro lado, la estandarización es incompatible con la igualdad. Una planificación de riesgos laborales que parta de que todas las personas trabajadoras son hombres será insuficiente y discriminatoria respecto de las mujeres (y viceversa). Una planificación que ofrezca medidas de protección a las mujeres desde un planteamiento preventivo que ha tenido en cuenta exclusivamente a los hombres planteará problemas para ellas y, en definitiva, déficit de protección.

Por lo que respecta al papel de la negociación colectiva en relación con este asunto se relaciona con la visualización de los riesgos que afectan más a las mujeres mediante el establecimiento de compromisos de análisis epidemiológicos o de estudio y vigilancia de la salud para detectar la exposición a riesgos y establecer mecanismos para evitarlos, prevenirlos y paliarlos. Otra línea de actuación sería la realización de estudios sobre bajas laborales, analizando el absentismo desde la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo.

2.2. Tutela antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales

La STC 229/1992, de catorce de diciembre puso de manifiesto otra importante implicación entre la discriminación por razón de sexo y la prevención de riesgos laborales o el derecho a la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras al indicar que las prohibiciones absolutas de acceso a determinados trabajos considerados especialmente penosos para las mujeres consistían en auténticas discriminaciones por razón de sexo, disfrazadas de protección.

Al hilo de esta sentencia y de esta implicación entre protección de la seguridad y salud de las personas que prestan servicios dependientes y por cuenta ajena (o por cuenta propia) y discriminación por razón de sexo se plantea la necesidad de eliminar medidas supuestamente proteccionistas que, de hecho, desembocan en discriminación, como por ejemplo prohibiciones de acceso al empleo para las mujeres en determinados puestos o respecto de algunas condiciones de trabajo, prohibiciones que carecen de justificación objetiva y razonable (Sanchez-Uran, 2004, p. 153). Se trataría de medidas teóricamente protectoras que de hecho devienen en prohibición del trabajo de las mujeres, que impiden su acceso al trabajo y que, por lo tanto, les discriminan. En este sentido, existe un riesgo de que la protección de la maternidad esté produciendo un resultado de expulsión de la mujer del mercado de trabajo, a pesar del esfuerzo que se ha realizado por garantizar un acceso de la mujer al trabajo en igualdad de condi-

ciones y oportunidades respecto de los hombres, cuestión sobre la que volveré un poco más adelante.

Ahora bien, el derecho a la prevención de riesgos laborales desempeña un papel fundamental en la eliminación de barreras que dificultan o impiden el acceso a determinados trabajos de las mujeres. Una adecuada política de PRL facilita que determinadas barreras que juegan en contra del acceso de la mujer al empleo sean superadas al ceder la causa objetiva y aparentemente neutra que las justifica o motiva. A pesar de los avances a nivel normativo en la eliminación de discriminaciones por razón de sexo, existe aún en la práctica de muchas empresas una división sexista del trabajo, un prejuicio que desemboca en una negativa a contratar mujeres para determinados trabajos, sobre la base de su carácter penoso o peligroso. Sin embargo, una adecuada política de PRL tiende a evitar el riesgo de tal manera que cualquier persona pueda llevarla a cabo sin detrimento de su salud. De esta forma, una adecuada política preventiva hace decaer la causa que de forma aparentemente neutral y objetiva impedía la contratación de las mujeres y contribuye a que afloren las auténticas razones por las cuales no se contrata a las mujeres, razones que no pueden ser esgrimidas y que no sirven como justificación de la práctica llevada a cabo. De esta forma, la PRL deviene en sí misma en tutela anti discriminatoria y en medida de promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres

Como vengo diciendo, una adecuada política de prevención de riesgos laborales en la empresa tiene implicaciones en la eliminación de barreras relacionadas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, ya que, por ejemplo, la adopción de medidas adecuadas de protección frente a riesgos vinculados a esfuerzo físico puede favorecer el acceso de las mujeres a determinadas profesiones.

Por lo demás, existen otros casos en los que se aprecia una relación entre las condiciones de trabajo, la prevención de riesgos laborales y la discriminación de la mujer y/o de otros colectivos.

En ocasiones, a través de la negociación colectiva se imponen o, lo que es peor, se legitima la imposición de, requisitos artificiales para el acceso al empleo, aparentemente neutros, pero con importantes repercusiones sobre el patrimonio jurídico ciudadano de la persona aspirante al trabajo de que se trate, tanto en forma de discriminación (por razón de sexo y/o de discapacidad), de atentado contra la intimidad o en forma de desplazamiento de los deberes de formación del empresario o de la empresaria en materia de prevención de riesgos laborales.

Me estoy refiriendo, por ejemplo, a las consecuencias aparejadas al establecimiento, normalmente por vía convencional o cuando menos acordada con la representación de los trabajadores, de pruebas de acceso al empleo que pueden llegar a incluir reconocimientos médicos obligatorios; así como la instauración de

otro tipo de requisito de accesibilidad al empleo, como la controvertida tarjeta profesional del sector de la construcción.

Algunos ejemplos de cláusulas convencionales especialmente susceptibles de provocar discriminaciones en su puesta en práctica son el artículo 7 del III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el sector Portuario, al establecer un detallado régimen de pruebas para la selección de personal que incluyen pruebas físicas, psicotécnicas y médicas, de carácter eliminatorio y que han desencadenado condenas al no guardar una suficiente proporcionalidad entre las exigencias de las pruebas en el marco del proceso selectivo y las características técnicas del trabajo a desarrollar, haciendo de hecho imposible la contratación de personas con discapacidades que, sin embargo, no les incapacitan para el desarrollo de las tareas a las que pretenden optar. En este caso, las resoluciones recaídas no tratan sobre una discriminación por razón de sexo sino por razón de discapacidad, pero son ilustrativas de las consecuencias perniciosas de disposiciones convencionales aparentemente neutras e inanes.

Por lo que respecta al establecimiento de pruebas de aptitud con carácter previo al ingreso al trabajo, susceptibles de llegar a incluir reconocimientos médicos obligatorios, y, por lo tanto, con incidencia sobre decisiones cuestionables en el marco del acceso al empleo, junto al ejemplo citado más arriba, se constata esta dudosa práctica en convenios como el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (art. 15), publicado en el BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 2007 y vigente hasta el 31 de diciembre de 2011. En este mismo sentido cabe citar el supuesto debatido en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en donde se plantean una serie de interesantes cuestiones sobre la finalidad de los reconocimientos médicos en conexión con las pruebas de acceso a determinados puestos de trabajo, así como sobre su carácter voluntario u obligatorio y sobre la necesidad de contar con el consentimiento informado o sobre el papel de la representación legal de los trabajadores en la participación en la adopción de decisiones vinculadas tanto a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras como del control del acceso al empleo en el nivel de empresa.

Otra vertiente se refiere a la interrelación entre características de las actividades a desarrollar en la empresa y el establecimiento de complementos salariales. Hay coincidencia en señalar como uno de los factores determinantes de la discriminación salarial de las mujeres elementos relacionados con la estructura salarial y se suele hacer especial hincapié en los complementos retributivos relacionados con la antigüedad, así como con la penosidad. En especial estos últimos tienen una relación inmediata con la prevención de riesgos laborales y con una consideración acomodada a la protección de la seguridad y salud en el trabajo desde una perspectiva que tenga en cuenta el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, en tanto que se trata de incorporar la perspectiva de que no se trata de garantizar la ausencia de riesgos in-

mediatos como los accidentes y directamente vinculados con el concepto de seguridad propiamente dicho, sino también con el concepto más amplio y a la vez más difuso de salud entendida como bienestar físico y psíquico y susceptible de sufrir daños de forma menos evidente, pero no por ello menos atendible. En relación con los pluses por trabajos tóxicos, penosos o peligrosos es necesario abrir una reflexión no sólo sobre su incidencia en el establecimiento de diferencias salariales entre hombres y mujeres susceptibles de acarrear una lesión de la interdicción de discriminación por razón de sexo, sino, asimismo, sobre su incidencia sobre el derecho de hombres y mujeres a una adecuada y suficiente protección eficaz de su seguridad y salud, en tanto que la percepción del complemento se vincule a una tolerancia excesiva e incompatible con el citado derecho a determinados agentes, condiciones de trabajo o riesgos para la seguridad y salud.

La reflexión sobre el potencial efecto de discriminación del establecimiento de los citados complementos salariales debe tener en cuenta que se constata una falta de consideración o infravaloración de los esfuerzos vinculados al trabajo de las mujeres (al respecto ver, como botón de muestra, la STC de uno de julio de 1991) o, por ejemplo, la pretendida irrelevancia de las consecuencias emocionales colaterales vinculadas al trabajo en sectores asistenciales, al vincularlas erróneamente con la naturaleza de la condición femenina y una supuesta especial preparación y tolerancia de la mujer por el hecho de serlo que redundan en que se considere algo natural a lo que no es preciso prestar atención, ni tratar, ni paliar, es decir, no es preciso valorar, no es preciso evaluar, no es preciso evitar.

Entrando a valorar el papel que le corresponde a la negociación colectiva en relación con los aspectos tratados en este apartado, a mi modo de ver la tarea principal de los convenios colectivos consiste en concienciar sobre el hecho de que no existen tareas de hombres y mujeres, es decir, la negociación colectiva debe incidir en la lucha contra la división sexista de los trabajos y contra la segregación horizontal y vertical de la mujer.

Desde esta perspectiva, la exigencia de incluir disposiciones relativas a la negociación de planes de igualdad en las empresas es una herramienta útil para la promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo. Toda medida que tienda a hacer visible a la mujer y que permita un análisis de los datos y de la información disponible desde su incidencia en las mujeres y en los hombres sirve para poder detectar irregularidades, es decir, para poder realizar diagnósticos y a partir de ellos elaborar estrategias adecuadas a cada caso.

Hay recetas sencillas y accesibles a cualquier nivel de exigencia en el marco de la negociación colectiva como la inserción entre las cláusulas de los convenios colectivos de cualquier nivel, aunque especialmente adecuadas para el nivel sectorial, sea estatal o sea de ámbito territorial inferior, de definiciones relativas a

las antes mencionadas segregación horizontal y vertical, para a continuación incluir declaraciones tajantes de intolerancia sobre dichas prácticas.

Otra propuesta es la de generalizar la obligación de establecer planes de igualdad, haciendo especial hincapié en la necesidad de realizar el diagnóstico de situación en el sector o en la empresa.

Por lo que respecta a la garantía de acceso en igualdad de condiciones y oportunidades para hombres y mujeres, en muchas ocasiones la falta de candidatas féminas está relacionada con las formas de difusión de las ofertas de trabajo, por lo que se recomienda, asimismo, incluir en los planes de igualdad el análisis de la posible incidencia de las técnicas de comunicación de las ofertas de trabajo en la desigual proporción de hombres y mujeres en los puestos de trabajo, así como la reflexión sobre los mecanismos de comunicación y difusión de dichas ofertas, de tal manera que se encuentre el modo de garantizar que la información llega a un público lo suficientemente preparado y lo suficientemente diverso.

Otro aspecto a tener en cuenta es el ámbito de la formación y promoción profesional, donde la formación e información en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido urge la introducción de medidas que favorezcan el acceso de las mujeres a procesos formativos que les aseguren la cualificación profesional requerida para el desempeño de puestos diferentes a los habitualmente desempeñados por ellas, así como la formación en liderazgo.

2.3. La protección de la maternidad

Además de lo dicho hasta ahora, hay una serie de circunstancias biológicas indiscutibles que diferencian a mujeres y hombres y que son objeto de especial protección por la LPRL, me estoy refiriendo al embarazo, el parto y la lactancia, y que son de obligado tratamiento en todo trabajo que pretenda tratar sobre la incidencia de la prevención de riesgos laborales sobre la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres. Menor atención se suele prestar a otras, como el aborto y la menstruación.

Acerca del artículo 26 LPRL, que no reproduzco completamente por ser sobradamente conocido, se ha dicho que sobre el papel ofrece un nivel máximo de garantía, al eliminar por completo los riesgos laborales a los que se encuentra expuesta la trabajadora embarazada, puérpera o lactante (Martín, 2008, p. 153) y por el hecho de que la batería de medidas que la ley arbitra para la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras en esos estados se articulan en cascada y con una prelación determinada, siendo la suspensión del contrato de trabajo (la expulsión de la trabajadora de su puesto de trabajo) la última medida a adoptar.

Sin embargo, acertadamente se ha puesto de manifiesto que la ley no establece suficientes mecanismos correctores que aseguren una puesta en práctica o

aplicación del precepto coherente o acorde con el sentido de la ley o su literalidad ya que dado su alto nivel de abstracción y generalidad el empresario o la empresaria goza de una amplia discrecionalidad para tomar la decisión de suspensión del contrato de trabajo, de tal manera que se puede constatar que existe una práctica generalizada de recurrir a la suspensión del contrato de trabajo como medida única frente a la circunstancia de riesgo laboral con ocasión del embarazo, el parto o la lactancia.

Si he relacionado la suspensión del contrato de trabajo con la expulsión de la mujer del mercado de trabajo es por la constatación del efecto salida del mercado de trabajo que puede estar teniendo la protección de la maternidad. La política preventiva en la empresa desde una perspectiva de promoción de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en el trabajo implica la necesidad de establecer mecanismos que garanticen a la mujer embarazada, puérpera o lactante la posibilidad de continuar ocupada sin riesgo para su salud. Dentro de esos mecanismos y siguiendo el orden de prelación establecido en el artículo 26 LPRL, son herramientas fundamentales, al menos, las siguientes:

- a) la evaluación de riesgos laborales (sobre esta cuestión volveré inmediatamente),
- b) la determinación de los puestos y condiciones que no entrañan riesgos y, viceversa, la determinación de las actividades y condiciones que sí entrañan riesgos,
- c) es necesario determinar la compatibilidad entre puestos de trabajo o funciones o la equivalencia entre categorías profesionales u otras formas de clasificación del trabajo en la empresa, de tal manera que se puedan adoptar decisiones de movilidad funcional lo menos gravosas posibles y de una manera ágil y adecuada a las circunstancias particulares de cada sector y de cada empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se han realizado las siguientes puntualizaciones y críticas al artículo 26 LPRL.

En primer lugar, comparto la crítica de que tanto en la LPRL como en la negociación colectiva predomina una visión excesivamente reducida de la salud sexual y de la salud reproductora, como una cuestión exclusivamente ligada a las mujeres. Frente a esta perspectiva, el hombre trabajador también tiene derecho a ser protegido frente a los riesgos que para su función reproductora puedan derivarse de su trabajo (Sanchez Uran, 153) ya que determinadas condiciones o factores de trabajo no sólo afectan a las capacidades reproductivas de las mujeres sino también a las de los hombres, con independencia de que sobre ellos no recaiga el embarazo, el parto ni la lactancia natural

Se puede constatar que ninguno de los convenios colectivos analizados incluye ninguna referencia a esta cuestión ni amplía el elenco de permisos o licen-

cias en relación a los tratamientos de fertilidad o similares que pueden requerir indistintamente las personas de uno u otro sexo.

En segundo lugar, se ha criticado que la ley no defina suficientemente el ámbito subjetivo de protección del artículo 26 LPRL, es decir, que renuncie a definir qué se entiende por embarazo o mujer embarazada, parto y lactancia. Otra cara de la misma moneda se refiere al enconado debate sobre el deber de la trabajadora embarazada de comunicar al empresario su embarazo. En cualquier caso, esa ausencia, la cual por lo que respecta a la lactancia era especialmente relevante antes de la reforma de la LPRL en 2007 en tanto que nada se decía al respecto, no ha sido suplida por las cláusulas convencionales de los convenios colectivos analizados.

Desde una perspectiva material se puede entender perfectamente que la ley no se haya detenido a determinar cuando se entiende legalmente que una trabajadora está embarazada, en tanto que es un dato empírico contrastable. Esta crítica se entiende, por lo tanto, mejor una vez que se relaciona, por un lado, con la lactancia, en el sentido de cual es el periodo de lactancia natural que va a ser objeto de protección, y, por otro lado, en tanto que se relaciona con la opción de la directiva comunitaria que da paso a la intervención de la ley española en esta materia de crear una ficción legal sobre el concepto de embarazo, de tal manera que se sólo se entiende por trabajadora embarazada aquella que haya comunicado su embarazo al empresario o a la empresaria de manera fehaciente. De esta manera indirecta la directiva viene a imponer a la trabajadora un deber de puesta en conocimiento del empresario o de la empresaria de su estado. La ley española adopta una postura más respetuosa con la dignidad, la autonomía personal, la intimidad y más acorde con la realidad de las empresas en España y no recoge este deber, de tal forma que no existe en el ordenamiento jurídico español deber de la trabajadora de comunicar a nadie su estado en el ámbito de las relaciones laborales.

Esta cuestión relativa a la existencia o no de un deber de la trabajadora de poner en conocimiento del empresario o de la empresaria su embarazo es una cuestión no exenta de polémica.

En mi opinión, la opción del artículo 26 LPRL de omitir cualquier referencia a dicha obligación es completamente acertada. Asimismo, entiendo que es el empresario o la empresaria quien tiene el deber de informar a sus trabajadores y trabajadoras sobre la existencia o no de riesgos específicos en el trabajo para su salud sexual y reproductora de cara a la protección eficaz de la misma. Sólo una vez que el empresario o la empresaria haya cumplido con su deber de evaluación e información sobre dichos riesgos específicos se podrá requerir a los trabajadores y las trabajadoras afectados y afectadas que asuman las consecuencias derivadas del hecho de no haber puesto, en su caso, todas las medidas en su mano para evitar el riesgo y, entre ellas, la posibilidad de poner en conocimiento de las instancias oportunas su concreta situación.

En este sentido, me parece importante no perder de vista dos cuestiones. La primera es que las vías a través de las cuales el empresario o la empresaria puede tener conocimiento del embarazo (parto, lactancia) de sus trabajadoras son múltiples y que, por lo tanto, no cabe entablar una relación directa de causa efecto entre el hecho de que una trabajadora no haya puesto en conocimiento de su empresario o empresaria su estado y su desconocimiento, es decir, que no cabe concluir que el empresario o la empresaria no conocen el embarazo sólo del mero hecho de que le haya sido comunicado formalmente por la interesada. Desde luego, la ausencia de comunicación formal puede entrañar una dificultad de prueba añadida cuya carga recaerá sobre la interesada de donde cabe concluir la conveniencia de su comunicación pero en ningún caso la instauración de un deber legal de información.

La segunda se refiere al sujeto receptor de la información cuestión sobre la cual tengo serias dudas en el sentido de dar por hecho que sea el empresario o la empresaria. La vigilancia de la salud y la obtención de datos confidenciales sobre la misma no compete directamente al empresario o a la empresaria sino a los servicios médicos quienes adoptaran, en su caso, las decisiones oportunas

Como se puede apreciar leyendo el primer punto del artículo 26 LPRL, que paso a reproducir literalmente a continuación, la LPRL considera la evaluación de riesgos la herramienta fundamental de la tutela de la mujer embarazada.

Según el artículo 26.1 LPRL:

La evaluación de riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

La base para acabar con la división sexista del trabajo es la aceptación de que no hay actividades (puestos de trabajo ni tareas) propias de mujeres ni de hombres, por lo que desde esa premisa todas las actividades de la empresa deben ser, a priori y en abstracto, objeto de dicho análisis y no solamente en función de si en el momento concreto en el que se promueve la evaluación de los riesgos dichas actividades están siendo o no desempeñadas por hombres o por mujeres, y si éstas están o no embarazadas o lo van a estar. No estaría de más que se insistiera en que la interpretación más garantista del artículo 26 LPRL en relación con la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres es la que acabo de señalar en relación con la evaluación de riesgos.

Otra crítica acertada que se ha realizado a la redacción del artículo 26 LPRL es que, hasta la promulgación del Real Decreto 289/2009, de seis de marzo (BOE, núm. 57, de 7 de marzo de 2009), dicho precepto no se ha acompaña-

do de un elenco de actividades susceptibles de presentar un riesgo específico, ni tampoco de un elenco, aunque sea ejemplificativo, de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras que se encuentran en las situaciones protegidas o del feto. Esta carencia tampoco ha sido suplida por los convenios colectivos y ello a pesar de que la operación era tan sencilla como insistir en el carácter abierto de la lista que, en su caso, se confeccionara, con la posibilidad de reproducir íntegramente los anexos de la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que ha sido la opción que finalmente y ante la dejadez de los interlocutores sociales ha adoptado el ejecutivo.

En esta misma línea, el artículo 26.2 LPRL señala el deber del empresario, previa consulta con los representantes de los trabajadores, de determinar la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos, tarea en la que la negociación colectiva también podría ayudar, pero que es sistemáticamente omitida.

En fin, el artículo 26.3 LPRL establece como última posibilidad para la protección de la trabajadora que se declare su paso a la situación de suspensión del contrato de trabajo, posibilidad condicionada al fracaso del resto de medidas previstas y más concretamente a que el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La negociación colectiva podría hacer un esfuerzo por reconducir estas abstractas palabras a casos concretos, limitando o delimitando las facultades empresariales y de las trabajadoras afectadas en el ejercicio de este derecho, al menos ofreciendo ejemplos de los motivos atendibles o de las razones por los cuales no se considere posible el cambio.

Para acabar con esta breve glosa sobre el artículo 26 LPRL se ha puesto de manifiesto la falta de claridad sobre la posible coordinación de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural con el ejercicio de otros derechos vinculados a la maternidad y a la paternidad, como el permiso de lactancia o el disfrute por el otro progenitor de parte de la suspensión de maternidad cedida (Igartua, 2007, p. 281), lo cual abriría un nuevo campo de intervención a la negociación colectiva que ésta tampoco ha aprovechado.

Sea como sea, con este discurso he tratado de poner de manifiesto la relación existente entre el derecho de la prevención de riesgos laborales y la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo entre mujeres y hombres, así como el importante papel que juega la prevención de riesgos laborales en la eliminación de discriminaciones contra la mujer en el trabajo.

Todas las empresas deben incorporar la perspectiva de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en su política preventiva. Instaurar esa exigencia exclusivamente respecto del empresario o empresaria que ya contrata a mujeres, sin extenderlo a quien solo contrata a hombres no hace sino profundizar en las barreras de acceso al empleo de la mujer (Sanchez, 2004, p. 154)

Por otro lado, la política preventiva que incorpora la atención a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo no se limita a la protección de la maternidad, sino que abarca al menos los siguientes aspectos: riesgos para embarazo, parto y lactancia, acoso sexual y por razón de sexo, violencia de género y doble jornada

3. Prevención de riesgos y negociación colectiva

3.1. Introducción

La prevención de riesgos laborales se ha entendido como un campo para la regulación heterónoma y con escaso margen de actuación para la negociación colectiva. Sin embargo, tal y como acabamos de señalar, la ley presenta lagunas y falta de concreción que permitiría que la negociación colectiva adoptare un papel de liderazgo, de cobertura de vacíos y de concreción de las cláusulas generales y abstractas para adaptarlas a las particulares circunstancias concurrentes y propias de cada sector, papel en el que ha defraudado, tanto la negociación colectiva interconfederal, como la sectorial de ámbito territorial estatal, autonómico y provincial.

De hecho, ante los escasos avances en el plano de la norma convencional, la norma heterónoma ha reiterado su compromiso con la promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, también en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y ha avanzado en una protección más integral, incorporando poco a poco nuevas garantías:

Primero con una trasposición más adecuada de la directiva comunitaria relativa a la protección de la maternidad, siendo los avances más significativos de los últimos tiempos, a) las modificaciones en el artículo 26 LPRL introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para incorporar por fin la tutela de la lactancia y una definición de la misma; b) la recepción a través del Real Decreto 289/2009, de seis de marzo, de modificación del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, de aprobación del Reglamento de los Servicios de Prevención, de los listados de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el periodo de lactancia natural y de agentes y condiciones de traba-

jo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural.

Luego con un tratamiento particular de las implicaciones de la violencia de género con el trabajo y estableciendo una serie de medidas para garantizar el derecho a la protección de la integridad física y psíquica de la mujer trabajadora víctima de violencia de género en el trabajo

En fin, mediante la definición del acoso sexual y por razón de sexo, cuestión que es objeto de un tratamiento detallado por parte de la LOI desde sus implicaciones con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, pero que sin duda incide decisivamente en su consideración como riesgo laboral específico y en su tratamiento desde esta perspectiva. En este caso, así como en el anterior, la ley llama constantemente a la negociación colectiva para que intervenga en su regulación.

Por lo tanto, hay un espacio para la negociación colectiva ya que, por un lado, la regulación legal o heterónoma no es completa y, por otro lado, porque la propia regulación heterónoma llama a la negociación colectiva para que intervenga. Los convenios colectivos tienen un importante papel que desempeñar en tanto que las condiciones de trabajo se especifican en buena medida en las normas sectoriales convencionales (la clasificación profesional, la organización del trabajo, etc.)

3.2. Elenco de materias que pueden o deben abordarse por los convenios colectivos vinculadas a la prevención de riesgos laborales desde la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo

En este epígrafe ofrezco una recapitulación de las posibilidades que tiene la negociación colectiva para intervenir de forma innovadora en esta materia, prescindiendo por el momento de la reflexión en torno a la unidad de negociación más adecuada para tratar estas cuestiones.

3.2.1. *La visualización de riesgos atinentes a la salud y relacionados con la ergonomía y la organización del trabajo, con especial atención a riesgos emergentes como el acoso o los riesgos psicosociales*

3.2.1.1. *La protección de la maternidad*

La negociación colectiva puede establecer reglas específicas para la planificación preventiva en la empresa, haciendo hincapié en las cuestiones a las que dicha planificación deberá atender, concretando los mandatos abstractos y generales presentes en la normativa de prevención de riesgos laborales.

La negociación colectiva puede contribuir a completar lagunas, por ejemplo, identificando reglas concretas en torno a la coordinación de la suspensión del

contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia con el ejercicio de otros derechos relacionados con la maternidad y la paternidad.

Asimismo, puede especificar los mandatos generales y abstractos del artículo 26 LPRL, por ejemplo, adaptando a las características propias del sector o de la empresa los elencos ejemplificativos de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo susceptibles de influir negativamente en la salud de las trabajadoras; identificando los puestos de trabajo aparentemente o apriorísticamente exentos de riesgos; aprobando equivalencias entre categorías profesionales o tareas y funciones a desempeñar en la empresa o en el sector que puedan facilitar la adopción de decisiones como las relativas al cambio de puesto o función; regulando medidas que posibiliten la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo; entre otras.

3.2.1.2. *La violencia de género en el trabajo como factor de discriminación y riesgo laboral*

Las leyes en los últimos años vienen empleando una terminología confusa para referirse a la conducta consistente en el ejercicio de acciones violentas sobre mujeres en el marco de relaciones de pareja o de relaciones afectivas similares a las de pareja y que se caracterizan por el hecho de que el agresor concibe que ese marco le concede un derecho a disponer sobre la libertad, autonomía e incluso la vida o la integridad física y psíquica de su pareja.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG) señala en su artículo 1 «Esta Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

La Exposición de Motivos de la LOVG ofrece un concepto mucho más amplio de la violencia de género entendida como violencia contra la mujer por el hecho de serlo o por el hecho de entender que la mujer no tiene los mismos derechos que los hombres. Este concepto no sería caprichoso, sino que se sustenta sobre las conclusiones de la IV Conferencia Mundial de la Organización de Naciones Unidas de 1995, Conferencia Mundial sobre la Mujer. La violencia de género se manifestaría en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral.

La LOVG actúa en relación únicamente con la primera manifestación señalada. En todo caso, el nexo entre esta ley y el fenómeno que regula (la violencia de género o maltrato en el seno de las relaciones de pareja) y la prohibición de discrimi-

minación por razón de sexo resulta evidente. De hecho en el año 2007 se promulga la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que tiene por objeto, como su propio nombre indica, hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y se marca como objetivo eliminar la discriminación de la mujer en cualesquiera de los ámbitos de la vida (art. 1). Esta ley, aunque posterior en el tiempo, ofrecería el marco general en el que a modo de ley especial se insertaría la LOVG.

Ambas leyes comparten algunos de sus principios rectores, como no podía ser de otra manera. La LOI vendría a completar los mecanismos de protección contra las otras manifestaciones de la violencia de género que la LOVG no acomete, con atención especial al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el trabajo. Si según el artículo 4 LPRL, se entiende por riesgo laboral la posibilidad de que una trabajadora sufra un determinado daño derivado del trabajo y se consideran daños derivados del trabajo las lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, resulta evidente que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, además de discriminaciones por razón de sexo, constituyen riesgos laborales (por todas, Martín, 2008, p. 135).

Por lo que respecta a la violencia de género, el artículo 1 de la LOVG permite ofrecer una definición de la misma como la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

En principio, se trataría de una violencia ajena al ámbito de las relaciones laborales, pero en realidad es una violencia que también se puede producir con motivo u ocasión del trabajo, en cuyo caso constituirá un riesgo laboral. La violencia de género puede tener una especial trascendencia sobre las relaciones laborales en aquellos casos en que víctima y agresor, además de estar o haber estado ligados por vínculos de afectividad, sean compañeros de trabajo o, peor aún, la víctima se encuentre en una posición de subordinación también en el ámbito de la relación laboral respecto de su agresor (la víctima es trabajadora por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección del agresor; el agresor ocupa un puesto de mando en la empresa donde la víctima trabaja).

En estos casos la adopción de una política contundente de rechazo a cualquier forma de violencia contra la mujer puede contribuir a una más convincente protección integral de la víctima de violencia de género.

La LOVG (arts. 21 a 23 para las trabajadoras por cuenta ajena y artículos 24 a 26 para las funcionarias públicas) reconoce una serie de derechos a la trabajadora víctima de violencia de género y maneja un concepto amplio de trabajadora que incluye a las trabajadoras por cuenta ajena y a las funcionarias públicas,

(así como las TRADE, aunque en el momento en que se aprueba la LOVG no estaba expresamente regulada esta figura).

Los derechos de las trabajadoras son concretamente: a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo, si bien reconoce esos derechos «*en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*».

A estos derechos hay que añadir la referencia del artículo 21.4 LOVG, en relación al carácter justificado de las ausencias o faltas de puntualidad derivadas de la violencia de género; literalmente ese artículo dice así: «Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad».

- a) El derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo se trata en el artículo 37.7 ET, el cual tras reconocer el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a la reducción de jornada de trabajo con disminución proporcional de salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa implica directamente a la negociación colectiva en la concreción de estos derechos al señalar que «*estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada*».

Sin embargo, la implicación de la negociación colectiva en el establecimiento de los términos en que pueden ejercitarse estos derechos brilla por su ausencia en la inmensa mayoría de los convenios colectivos sectoriales analizados.

- b) El derecho a la movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo se recoge en el artículo 40.3, bis ET, el cual se preocupa en especificar que el cambio de centro de trabajo puede implicar un cambio de puesto de trabajo en tanto que se reconoce la preferencia a ocupar «*otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente*».
- c) El derecho a la suspensión del contrato de trabajo, se menciona en el artículo 48.6 ET que se limita a señalar la duración inicial máxima del periodo de suspensión y sus posibles prórrogas.
- d) El derecho a la extinción del contrato de trabajo se enumera en la letra n) del artículo 49.1 ET.

Existen algunas similitudes entre las medidas que el artículo 26 LPRL propone para la protección de la maternidad y los derechos que reconoce el artículo 21 LOVG a la trabajadora víctima de violencia de género, aunque también hay diferencias importantes entre las que voy a destacar dos.

En primer lugar, acerca de las medidas previstas en el artículo 26 LPRL se ha subrayado que ofrece una garantía máxima en tanto que permite la suspensión del contrato de trabajo como última medida a adoptar en el caso de que el riesgo que el trabajo entrañe para la salud de la madre o del feto no pueda evitarse. La LOVG y en definitiva el ET adopta una visión similar sobre la violencia de género, pero va un poco más allá al no descartar que la única medida para garantizar la protección de la víctima sea la extinción del contrato de trabajo, diferencia que se sustenta en el dato de que mientras el embarazo, el parto y la lactancia son circunstancias transitorias, la necesidad de protección generada por la violencia de género puede prolongarse en el tiempo de manera indefinida.

Siguiendo con las diferencias, como decía, la LPRL establece una prelación entre las medidas a adoptar para proteger a la trabajadora (primero, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo; segundo, cuando la adaptación no sea posible o no elimine suficientemente el riesgo, se prevé el cambio de funciones, en principio dentro del mismo grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes y sólo en el caso de que no existiera puesto compatible, fuera del grupo profesional o entre categorías profesionales no equivalentes, pero en todo caso con las garantías del artículo 39.3 ET; tercero y por último la suspensión del contrato de trabajo), mientras que ni la LOVG ni el ET establecen una coordinación similar respecto de los derechos reconocidos a la víctima de violencia de género. En el caso de la violencia de género la ley considera que debe ser la trabajadora quien decida sobre la medida más adecuada a su situación (reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo, cambio de centro de trabajo motivado por la necesidad de cambio de la localidad de residencia, suspensión del contrato de trabajo o extinción), si bien por lo que respecta a la suspensión literalmente se señala que será el juez quien decida sobre la prórroga del periodo fijado inicialmente como máximo de seis meses.

Se echa en falta un compromiso de los convenios colectivos sectoriales con el tratamiento serio de estos derechos que permita una mayor concreción y ofrezca garantías para su ejercicio efectivo por parte de las trabajadoras, en especial por lo que respecta a las cuestiones vinculadas a la reducción de jornada y a la reordenación del tiempo de trabajo. Asimismo, se echa de menos una adecuada coordinación entre el derecho al cambio de centro de trabajo y la suspensión del contrato. Es evidente que no todas las empresas cuentan con varios centros de trabajo en localidades distintas y que, por lo tanto, el derecho de la trabajadora al cambio de centro de trabajo solamente puede predicarse de aquellas empresas que cuenten con esas características. Por otro lado, la permuta no parece una

opción, de ahí que el artículo 39.3, bis ET se refiera a la existencia de vacantes y reconoce la posibilidad de que la trabajadora llegue a consolidar el puesto en su nuevo centro de trabajo. La cuestión es que la protección efectiva de la trabajadora puede llevar consigo la necesidad de que ésta suspenda su relación laboral mientras se produce la vacante, por lo que una vez que la trabajadora haya comunicado al empresario su situación y su voluntad de cambio de centro de trabajo y ante la ausencia de vacantes adecuadas la trabajadora haya decidido suspender el contrato de trabajo, durante el periodo de suspensión subsistirá el deber del empresario o de la empresaria de comunicar a la trabajadora las vacantes que se produzcan para hacer efectivo su derecho al trabajo y su derecho a la protección. Esta u otras formas de coordinación entre los derechos reconocidos o la ampliación del elenco de derechos reconocidos recogiendo la posibilidad de cambio de centro de trabajo dentro de la misma localidad o de cambio de puesto de trabajo o de adaptación de las condiciones de trabajo en general y la cobertura de las lagunas relacionadas con situaciones concretas donde la relación entre víctima y agresor sea además relación laboral, serían cuestiones que se podrían abordar a través de los convenios colectivos. Sin embargo, los pocos convenios que tratan expresamente esta cuestión lo hacen desde la perspectiva de que la regulación legal es completa, sin añadir prácticamente nada a lo previsto en la LOVG o en el Estatuto de los Trabajadores y sin introducir ningún tipo de innovación o complemento que contribuya a garantizar en la práctica el ejercicio de estos derechos. La única excepción entre los convenios colectivos analizados es el convenio colectivo de Residencias de Personas Mayores de Gipuzkoa de 2005-08, publicado en el BOG, núm. 23, 3-2-2006 (artículo 43). Además son mayoría los convenios que no mencionan estos derechos.

En fin, como vengo diciendo, la LOVG no se plantea como medida de protección la posibilidad de cambio de puesto de trabajo o el desempeño de funciones diferentes y compatibles con la protección de la víctima, ni el derecho a una genérica adaptación de las condiciones de trabajo, sino que exclusivamente se constata como medida de protección el derecho al cambio de centro de trabajo a una localidad distinta, implique o no cambio de residencia. En la concreción de este derecho realizada por el art. 40.3, bis ET, el estatuto de los trabajadores no descarta que el cambio de centro de trabajo se acompañe de un cambio de funciones, si bien, en principio, únicamente se contempla el cambio dentro del mismo grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes. De cualquier manera no hay que descartar la posibilidad de que un cambio de funciones redunde en una garantía de protección de la víctima, posibilidad que aunque no se mencione expresamente se podría considerar genéricamente comprendida en la posibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo, si este derecho hubiera sido reconocido.

En todo caso, buena parte de las reflexiones realizadas en relación con el papel protagonista de la negociación colectiva en la concreción de las medidas

articuladas para la protección de la maternidad son válidas para el comentario de los derechos de la víctima de la violencia de género en el trabajo, pudiéndose constatar, asimismo, la falta de interés que despierta esta materia en los convenios colectivos sectoriales. Se han detectado graves ausencias de la regulación de la protección de la víctima de violencia de género en especial desde la consideración de que víctima y agresor compartan espacios en la relación de trabajo, bien por ser compañeros de trabajo o bien por ocupar respectivamente la posición de víctima/trabajadora y agresor(a)/empleador(a) y todas las demás combinaciones posibles, carencias de las que la negociación colectiva ha decidido no ocuparse.

Como colofón a este apartado, me parece importante resaltar que la LOI ofrece una definición de violencia de género más amplia y se propone acometer medidas que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres y correlativamente que erradiquen cualquier forma de discriminación de la mujer, haciendo especial hincapié, por ejemplo, en la prevención y en la protección frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. A ello hay que añadir el hecho de que la LOI considera que los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar son uno de los principales ejes de la lucha contra la discriminación laboral de la mujer, por lo que reforma tanto el estatuto de los trabajadores como el estatuto de los funcionarios públicos para mejorar el funcionamiento de esos derechos. Los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar pivotan, en definitiva, sobre los derechos a la reducción y/o reordenación del tiempo de trabajo, sobre los permisos y sobre la suspensión del contrato de trabajo, ofreciendo medidas concurrentes tanto con la protección de la maternidad (art. 26 LPRL), como con los derechos reconocidos a la trabajadora víctima de violencia de género, aunque los términos concretos en que se reconocen unos y otros no sean los mismos. En todo caso, una negociación colectiva que sea consciente de estas interrelaciones entre no discriminación por razón de sexo, prevención de riesgos laborales y condiciones de trabajo entendidas en un sentido amplio puede arbitrar mecanismos de tutela eficaces que mejoren el ejercicio de las posibilidades previstas con carácter general y abstracto por las diferentes normas reguladoras de la cuestión.

3.2.1.3. El acoso sexual y el acoso por razón de sexo como riesgo laboral y su prevención

La LOI define en su artículo 7 el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y los encuadra entre las conductas constitutivas de discriminación por razón de sexo. De acuerdo con la definición de riesgo laboral de la que hemos tratado más arriba no cabe duda de que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo constituyen riesgos laborales razón que contribuye a explicar la exigencia legal de prevención de dichos factores.

La idea que inspira la regulación de la LOI en torno al acoso sexual y por razón de sexo es que una adecuada política de empresa en esa materia contribuye a que no se generen esas conductas. De ahí que al hilo de la regulación de los planes de igualdad en las empresas (artículos 45 a 49 LOI), se señale como contenido posible de los mismos medidas de prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo y que se dedique un precepto al tratamiento de las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo (art. 48 LOI). En esta misma línea y concretando un poco más la manera de abordar la prevención frente a estos riesgos, el artículo 62 LOI regula el protocolo de actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo dentro de las medidas de igualdad en el empleo que debe abordar la Administración general del Estado y los organismos públicos vinculados a ella.

Por política en este contexto se entiende un conjunto de medidas dirigidas a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y que deben integrar las siguientes acciones:

- Declaraciones de principios que manifiesten el rechazo de este tipo de conductas (como botón de muestra, art. 62, a) LOI).
- Medidas disciplinarias a adoptar contra quien acose.
- Sensibilización de los trabajadores frente al acoso.
- Difusión de la política de empresa entre todos los trabajadores.
- Formación específica de las personas con funciones de mando.
- Identificación de una persona en la empresa con una formación adecuada para encargarse específicamente de atender las cuestiones relacionadas con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (sensibilizar a los trabajadores, formar al personal, en especial a los que ejercen funciones de mando y dirección, difundir la política de la empresa en esta materia, recibir las quejas y asesorar a las víctimas), persona que debe inspirar confianza tanto a la empresa como a los trabajadores.
- Establecimiento de procedimientos para solicitar ayuda o interponer denuncias en relación con el acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 48.1 LOI).

Otra idea clave que inspira la regulación de la LOI en esta materia es que difícilmente se puede contribuir a la erradicación del acoso sexual y por razón de sexo si no se cuenta con la colaboración y el apoyo de los trabajadores y las trabajadoras y sus representantes (art. 48.2 LOI). De ahí la trascendencia de que los convenios colectivos integren en sus contenidos estas materias, en tanto manifestación del acuerdo entre empresas y/o sus representantes y la representación del personal en la lucha contra el acoso en cualquiera de sus manifestaciones, moral, sexual o por razón de sexo.

A continuación se glosan una serie de propuestas sobre las acciones a incluir en los protocolos de prevención del acoso:

a) Declaración de principios

El primer paso en la prevención de estos fenómenos es la elaboración de declaraciones de principios en las que se establezca expresamente que no se tolerará el acoso sexual ni el acoso por razón de sexo en el trabajo¹.

Podría decirse que las declaraciones de este tipo son inútiles reiteraciones de los deberes derivados de la vigencia del derecho constitucional a no ser discriminado ni discriminada por razón de sexo, deberes que vinculan a empresas y trabajadores y trabajadoras a pesar de que no la integren en los convenios colectivos. No obstante, su inserción en ellos es muy recomendable ya que constituye el primer paso en la instauración de medidas para prevenir el acoso sexual (art. 48 y 62 LOI).

En cuanto a la unidad de negociación más adecuada para insertar estas declaraciones de principios, se pueden contener en convenios colectivos de empresa y en convenios colectivos de sector. Estas declaraciones de principios unidos a otras medidas complementarias (como medidas disciplinarias, comisiones de vigilancia y otras) contribuyen a garantizar una protección más adecuada de los trabajadores y las trabajadoras frente al acoso sexual y por razón de sexo, en especial en aquellas empresas que no cuentan con representación legal de los trabajadores y donde es más difícil que esas medidas de protección sean acordadas con el empresario.

La declaración de principios debe ir acompañada de una descripción de lo que se entiende por acoso sexual y de acoso por razón de sexo en tanto conductas que no se han de tolerar, definiciones que deben acomodarse a las legalmente establecidas.

b) La prevención del acoso sexual y por razón de sexo y el régimen disciplinario

El capítulo relativo al régimen disciplinario forma parte del contenido típico de los convenios colectivos, no en vano el art. 58 ET remite al convenio colectivo aplicable la graduación de faltas y sanciones. Por lo que respecta a la unidad de negociación adecuada para el tratamiento de esta cuestión, la referencia del art. 58.1 ET al convenio colectivo aplicable debe ser completada con lo señalado en el art. 84.1 párrafo tercero ET, el cual incluye *el régimen disciplinario* entre las *materias no negociables en ámbitos inferiores*. Es decir, conviene tener en cuenta que el art. 84 ET otorga al convenio colectivo sectorial de ámbito (territorial y funcional) superior la preferencia en la regulación del régimen disciplinario. Esta preferencia no ha de impedir que los convenios colectivos de ámbito

¹ Un ejemplo de cláusula convencional de este tipo en el art. 55 del CC del Consorcio de Haurreskolak (publicado en el BOPV, núm. 153, de 13 de agosto de 2008).

superior decidan otorgar un carácter abierto a su regulación, fijando las reglas de concurrencia y los principios de complementariedad de sus contenidos con los negociados por las unidades de contratación inferiores. De cualquier manera, todos los convenios colectivos sectoriales provinciales y de ámbito autonómico analizados regulan con profusión el régimen disciplinario en las empresas, con independencia de que cuenten con convenios sectoriales de ámbito estatal o no. Se constata un intenso interés por los interlocutores sociales por incorporar el régimen disciplinario al contenido del convenio, con independencia de las previsiones legales sobre articulación de la negociación colectiva y preferencias en el reparto de materias entre las diferentes unidades de negociación concernidas.

El régimen disciplinario tiene importancia de cara a dotar de contenido las declaraciones de principios sobre el carácter intolerable del acoso sexual, del acoso por razón de sexo y de otras formas de acoso y de violencia contra las mujeres así como de las conductas que constituyen una discriminación por razón de sexo.

Ahora bien, las conductas de índole sexual o sexista que pueden recibir una respuesta en forma de medida disciplinaria en el marco del contrato de trabajo pueden ser muy variadas: no es preciso que sean constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo en sentido estricto para que no se toleren. Por ejemplo, chistes machistas, comentarios obscenos, exhibición de fotos pornográficas o con alto contenido sexual, imágenes con representaciones sexistas de los roles que corresponden a mujeres y hombres, miradas o gestos, tocamientos, roces, en fin conductas verbales o físicas que sin llegar a generar un ámbito de trabajo hostil, producen rechazo y/o incomodidad.

Esta cuestión se relaciona, asimismo, con otro tipo de riesgo emergente vinculado al uso de las nuevas tecnologías como herramienta de trabajo en la empresa. En relación con esta cuestión hay que destacar el esfuerzo que se está realizando en especial a nivel de negociación colectiva sectorial estatal por incorporar a los convenios colectivos de sectores donde el uso de las nuevas tecnologías es generalizado de reglas sobre lo que se considera como uso adecuado del correo electrónico, internet y de la informática en la empresa. Algunas de esas cláusulas incorporan referencias expresas a la no tolerancia del uso con fines de naturaleza sexual o sexista de dichas herramientas.

En algunos convenios colectivos sectoriales se establecen protocolos para la intervención en lo que unas veces se considera una falta laboral y en otras un riesgo laboral específico como son las drogodependencias, entre ellas la embriaguez. Considero que los protocolos de actuación que se regulan para estos casos (insisto, en la mayoría de las ocasiones dentro del capítulo relativo al régimen disciplinario, aunque en ocasiones dentro del capítulo relativo a la salud laboral) podría ser válido para la prevención del acoso moral, sexual y por razón de sexo, en especial por lo que hace a su consideración como conductas intolerables, que

pueden desencadenar importantes perjuicios, como el despido disciplinario, pero en donde también puede haber un proceso de diálogo, de formación o de investigación previo y donde el ánimo imperante, al menos en relación con las conductas menos graves no debe ser el sancionador, sino el preventivo y educativo, tendente a lograr una reincorporación de la persona al trabajo que no genere daños a los demás.

Ver por ejemplo, el artículo 30 del V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, publicado en el BOE, núm. 79, de 1 de abril de 2008. En los convenios colectivos sectoriales de la provincia de Bizkaia se incluye en el marco del régimen disciplinario, por ejemplo en el Convenio Colectivo para Comercio de Alimentación y Comercio de la Piel y Calzado de la provincia de Bizkaia (BOB 2/2/2009 y 31/1/2007, respectivamente)

En este sentido, una de las preocupaciones que se aprecia en la práctica en relación con el acoso sexual y por razón de sexo es que las medidas de cambio de puesto de trabajo a que en ocasiones este tipo de denuncias dan lugar o por el contrario la expulsión del mercado de trabajo de la persona acosada no resuelven el problema en tanto que no garantizan que la persona agresora o que acosa cuando mantiene su puesto de trabajo o en el nuevo que vaya a ocupar no vaya a reproducir su conducta, con lo que se está trasladando el problema pero no resolviéndolo. Desde esta perspectiva puede ser conveniente que para los casos menos graves se introduzcan a través de la negociación colectiva medidas que insistan sobre la necesidad de educación, sensibilización y formación en esta materia.

Los artículos 58 y 54 ET ofrecen un amplio abanico de posibilidades a los convenios colectivos para lograr dicha finalidad.

El art. 54 ET ofrece un elenco ejemplificativo de las conductas que pueden considerarse faltas o incumplimientos contractuales y que pueden ser sancionados, si bien remite su graduación a los convenios colectivos (art. 58 ET). Entre ellas se hace referencia a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos (art. 54.1, c) ET), siendo habitual que los convenios establezcan una respuesta diferente en función de la gravedad que revistan dichas ofensas, distinguiendo, por poner un ejemplo, entre faltas de respeto de carácter leve, ofensas físicas que produzcan lesiones corporales que no revistan gravedad y ofensas más graves que produzcan lesiones importantes.

Igualmente, como ya he dicho, pueden existir conductas de índole sexual o sexista que no alcancen a generar un entorno intimidatorio (no sean constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo en sentido estricto) pero que merezcan, asimismo, un reproche en el marco del contrato de trabajo. Estas conductas se

enmarcan en la referencia genérica a las faltas de respeto que no impliquen una grave ofensa, pero no estaría de más que se especificaran y que quedaran anudadas a ellas protocolos de intervención específicos.

Por ejemplo, que se indique que se considerarán faltas leves la falta de respeto o consideración a otros empleados cuando no implique grave ofensa de los mismos, añadiendo que cuando dicha falta de respeto tenga connotaciones de índole sexual o sexista cabrá la posibilidad de sustituir o compaginar la sanción con un programa de formación y sensibilización para concienciar sobre el rechazo al acoso moral, sexual y por razón de sexo o cualquier otro tipo de violencia y discriminación contra la mujer.

La calificación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo como infracción muy grave trata de asentar la idea de que dichas conductas constituyen incumplimientos contractuales graves y culpables susceptibles de desencadenar y justificar un despido disciplinario. El punto de partida es el art. 54.1, g) ET que incluye el acoso sexual y el acoso por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa entre los incumplimientos contractuales. La confirmación de esta opción por el convenio colectivo contribuye a hacer explícito el rechazo que suscita el acoso sexual y el acoso por razón de sexo

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo no son sino manifestaciones específicas del tipo más genérico de incumplimiento contractual consistente en ofender física o verbalmente al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

Sobre la base de estas premisas se realizan las siguientes propuestas:

1. Incluir en las cláusulas convencionales sobre tipificación y graduación de infracciones, las conductas de índole sexual o sexista partiendo de la clasificación de las faltas en leves, graves y muy graves.
2. Tratamiento de esas conductas no sólo desde una perspectiva sancionadora, sino también desde una perspectiva educativa, en el sentido de permitir que la sanción no se lleve a efecto siempre en cuanto el trabajador asuma el carácter intolerable de su conducta y exprese un propósito de enmienda, acompañado de un programa formativo y de sensibilización, con la posibilidad de suspender el contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo.
3. Inserción dentro del elenco de faltas las relativas a la no asistencia injustificada a los cursos de formación convocados por la Empresa, así como la falta de aprovechamiento injustificado de los mismos, mencionando expresamente los cursos de sensibilización contra el acoso sexual y por razón de sexo.

En fin, queda por subrayar el hecho de que la calificación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo como infracción muy grave tiende a desencadenar

y justificar un despido disciplinario. El art. 54.1, g) ET incluye el acoso sexual y el acoso por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa entre los incumplimientos contractuales graves y culpables que pueden justificar un despido disciplinario. La confirmación de esta opción por el convenio colectivo contribuye a hacer explícito el rechazo que suscita el acoso sexual y el acoso por razón de sexo

Las definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo que se incluyan en los convenios colectivos deben partir de las legalmente establecidas. La definición más general es la del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, aunque hay otras en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y el Código Penal. Las definiciones a incluir pueden ser las siguientes:

- a) El acoso sexual, entendido como cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito y produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo.
Sin ánimo de exhaustividad, se entenderá que se tiene el propósito de atentar contra la dignidad de la persona en los siguientes casos:

- cuando quien incurre en la conducta conozca que su comportamiento no es deseado por la víctima,
- cuando quien incurre en la conducta conozca o deba saber que su comportamiento resulta intimidatorio, ofensivo o degradante.

Asimismo, la comisión de faltas leves de índole sexual o sexista, entendiéndose por tales pequeñas faltas de respeto, incluyendo conductas verbales o físicas, que no impliquen aisladamente un atentado grave a la dignidad de la persona, será constitutiva en todo caso de acoso sexual cuando exista advertencia del carácter no deseado de la conducta y se insista en reiterarla.

- b) El acoso por razón de sexo, entendido como cualquier comportamiento verbal o físico realizado en función del sexo de una persona, con el propósito y el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo.
- c) El chantaje sexual o por razón de sexo, entendido como aquel comportamiento que consiste en condicionar un derecho o una expectativa de derecho a la aceptación de solicitudes de favores de naturaleza sexual o de otros comportamientos constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.
- d) En todo caso se considerará falta muy grave el acoso sexual definido en los términos del art. 184 CP.

Esta propuesta parte de la definición más general contenida en el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, ligeramente adaptada para hacerla compatible con el

art. 54 ET, partiendo del dato de que el despido disciplinario debe estar basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador (art. 54 ET).

La calificación de acoso sexual y de acoso por razón de sexo como infracción grave o muy grave debe ser suficientemente significativa de que en dicha conducta concurren la culpabilidad y la gravedad que han de caracterizar a toda falta laboral susceptible de justificar un despido. La culpabilidad se refleja en el propósito de atentar contra la dignidad de la persona, propósito que se entiende implícito en todo acto constitutivo de chantaje sexual. La gravedad se refleja tanto en el hecho mismo de crear un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo como en el hecho de haber atentado contra la dignidad de la persona.

Se recomienda, asimismo, incluir como falta, la conducta que consiste en la ocultación de hechos o faltas graves presenciadas que sean causa de perjuicio grave, con la finalidad de reforzar la sensibilización de los trabajadores con la denuncia de las conductas constitutivas de acoso sexual o por razón de sexo.

En fin, para los supuestos más graves, sería conveniente que los convenios colectivos incluyeran una cláusula que advierta de que no se tolerarán determinadas conductas, restringiendo la habitual discrecionalidad del empresario o empresaria en la decisión sobre la sanción de las conductas por el carácter imperativo de las mismas. En este mismo sentido, Martín, 2008, p. 142 considera que «cuando el ejercicio del poder disciplinario sea la única medida posible dentro de lo técnica y organizativamente factible para prevenir esta clase de riesgos laborales, ese ejercicio dejará de ser discrecional para el empresario y se convertirá en obligatorio».

- c) Identificación de la persona encargada de atender las reclamaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo

La base del éxito del procedimiento de prevención y del procedimiento para dar cauce a las reclamaciones y denuncias, es que quienes hayan sido objeto de acoso sepan a quien recurrir y que esa persona goce de su confianza. La idea es que no se perciba la empresa como un ámbito hostil a la denuncia de estas conductas, por el contrario que resulte fácil decir no y que el procedimiento inspire confianza. De ahí que otra recomendación que se hace a las empresas es que identifiquen a una o varias personas encargadas de atender a quienes formulen reclamaciones, quejas o denuncias (art. 62, d) en relación con el art. 48 LOI).

De forma más general, es conveniente que exista en la empresa una persona de confianza, tanto para empresario como para trabajadores, con una formación adecuada y específica en materia de acoso sexual y de acoso por razón de sexo, que además de atender las denuncias y prestar asesoramiento y ayuda a quien lo solicite, pueda llevar a cabo las tareas de sensibilización de los trabajadores y de formación de personal y difusión de la política preventiva en la empresa.

Para identificar a esas personas las empresas y los convenios colectivos pueden partir de las estructuras con las que ya cuentan como, por ejemplo, los órganos de representación de personal (los delegados y las delegadas sindicales, de personal o de prevención, los comités de empresa, las secciones sindicales, los comités de seguridad y salud), o los recursos preventivos. O bien pueden optar por generar otras nuevas.

El papel que pueden cumplir los convenios colectivos en esta materia es muy importante ya que los convenios colectivos

- Pueden contribuir a la identificación de la persona experta en acoso sexual de muchas maneras, especificando las funciones de las representaciones legales y sindicales de los trabajadores y las trabajadoras, generando representaciones específicas en materia de igualdad o de acoso sexual, regulando un procedimiento para que empresa y representación de los trabajadores de mutuo acuerdo designen o nombren a esa persona, entre otras. El hecho de que el convenio colectivo se refiera a estas cuestiones contribuye a asegurar que la identificación de la persona experta en acoso sexual se produce de común acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores y que goza de la confianza de ambos.
- Pueden regular su perfil, es decir, pueden establecer las condiciones que los candidatos y las candidatas a ocupar ese puesto deben cumplir.
- Pueden regular su estatuto, determinando sus funciones, derechos, facultades, garantías y deberes.

Teniendo en cuenta lo señalado se lanzan las siguientes propuestas sobre la regulación de lo que podríamos denominar delegados y delegadas de igualdad.

Cualquier sistema de identificación de la persona experta en acoso que venga incluido en el convenio colectivo, aunque haga recaer la decisión exclusivamente sobre la empresa o exclusivamente sobre la representación legal de los trabajadores, tendrá la cualidad de ser un procedimiento acordado. En todo caso, el compromiso con la prevención del acoso sexual se debe adaptar en función del tamaño de la empresa.

En el caso de las PYMES los convenios sectoriales o, en su caso, de empresa pueden limitarse a recordar los imperativos legales impuestos como mínimos en relación con los derechos, competencias, facultades y garantías de la representación de personal, pero haciendo referencia expresa a los específicamente vinculados con la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Sería recomendable que, en estos casos, se establezcan mecanismos adecuados de coordinación entre la representación de personal (delegados y delegadas de personal, de prevención o sindicales con un estatuto asimilado al de los anteriores) e instancias como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

En grandes empresas (empresas de cincuenta o de doscientos cincuenta trabajadores o más) se podría identificar a más de una persona para que desarrolle estas tareas. Se puede optar en este caso, por un reparto de papeles entre ellas, de tal forma que una o varias se encargue fundamentalmente de asesorar y representar a la empresa y de formar a las personas con funciones de mando y otra u otras se encargue de sensibilizar a los trabajadores, asesorar a quienes sean objeto de acoso, tramitar denuncias y tareas por el estilo. Igualmente, puede ser adecuado que la empresa designe unilateralmente a su persona experta, sin perjuicio de informar al respecto a la representación de personal y que el personal, a su vez, designe a su persona experta, por ejemplo, por y entre ellos y ellas.

En este sentido, se propone que todas las grandes empresas cuenten al menos con un delegado o una delegada de igualdad, en los términos previstos por la negociación colectiva. Al igual que todas las empresas deben contar con delegados y delegadas de prevención, identificando entre los y las miembros de la representación de personal a la persona que asume esas tareas, se recomienda que los convenios colectivos regulen una representación de personal específica en materia de igualdad, a la que cabría denominar delegado o delegada de igualdad.

El elenco de funciones que cabría atribuir a estas personas podría ser el siguiente:

- a) Colaborar con la dirección de la empresa en la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo y más concretamente.
- b) Sensibilizar a los trabajadores y a las trabajadoras, incluida la impartición de aquellos cursos de sensibilización que se haya impuesto como sanción a los trabajadores.
- c) Recopilar información sobre los factores que contribuyen al acoso en la empresa y elaborar y emitir informes para la empresa acerca de dichos factores.
- d) Informar a la dirección de la empresa de las conductas de que tenga conocimiento que puedan propiciar el acoso sexual y de acoso por razón de sexo.
- e) Ayudar y, en su caso, asesorar a quienes sean objeto de acoso.
- f) Recibir y tramitar las reclamaciones formuladas por quienes hayan sido objeto de acoso o por quienes tengan conocimiento de que se ha producido, y en especial tratar esas reclamaciones y denuncias con seriedad, prontitud y confidencialmente.
- g) Participar a petición de la persona que haya sido objeto de acoso en el intento de solución extraoficial del problema.
- h) El seguimiento de los procedimientos y de su eficacia.
- i) La difusión de la política de la organización en materia de acoso sexual y de acoso por razón de sexo.

- j) La impartición de cursos de formación en materia de acoso sexual y de acoso por razón de sexo en la empresa, ciñéndose a lo contenidos fijados en el plan formativo del convenio o de la empresa.
- k) El asesoramiento a la empresa sobre las responsabilidades que recaen sobre ella como consecuencia del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en el trabajo.

Por lo que hace a las facultades se podría mencionar las siguientes:

- a) Proponer a la empresa la adopción de medidas que contribuyan a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la empresa. La decisión negativa de la empresa a la adopción de las medidas propuestas por la representación de personal deberá ser motivada
- b) Recurrir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si tienen razones fundadas para pensar o les consta que hay personas que están siendo objeto de acoso sexual y de acoso por razón de sexo.
- c) Recurrir a la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres si tienen razones fundadas para pensar o les consta que hay personas que están siendo objeto de acoso sexual y de acoso por razón de sexo o si consideran que no se están adoptando medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

En cuanto a las garantías sería conveniente insistir en la necesidad de recibir una formación adecuada a cargo de la empresa, señalando la duración mínima del modulo de formación, los contenidos a tratar y, en su caso, la caracterización del tiempo dedicado a dicha formación. Por lo que hace a los contenidos del proceso formativo, personalmente haría hincapié en las siguientes materias: a) Concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Definición de acoso sexual y de acoso por razón de sexo en el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y en el Código Penal; b) Factores que inciden en la generación del acoso; c) Técnicas preventivas elementales en materia de acoso sexual y por razón de sexo: elaboración de políticas contra el acoso, comunicación de la política, formación adecuada de las personas con funciones de mando y de gestión de personas, procedimientos para dar cauce a las reclamaciones; d) La persona experta en acoso: estatuto y funciones; e) Régimen de responsabilidades que recaen sobre la empresa en supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, en especial el acoso producido dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial: Responsabilidades directas si quien acosa es el empresario o la empresaria; Responsabilidad patrimonial solidaria por culpa extracontractual (art. 1903 CC); Responsabilidad patrimonial subsidiaria en el marco de procesos penales; Responsabilidad administrativa en el orden social; f) Derechos de la víctima de acoso: tutela antidiscriminatoria; g) Técnicas para una comunicación adecuada de la política anti acoso; h) Técnicas para ofrecer una formación adecuada a la planti-

lla en materia de acoso; i) Procedimientos para dar cauce a las reclamaciones en materia de acoso sexual; j) Deberes de reserva, confidencialidad y sigilo.

d) Procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias

El art. 48.1 LOI impone el deber a las empresas de que arbitren procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de acoso sexual o de acoso por razón de sexo. Este precepto no anima especialmente a que sean negociados ni acordados con la representación de los trabajadores y las trabajadoras. No obstante, los convenios colectivos pueden cumplir un papel importante en la generación de espacios proclives a la denuncia del acoso tanto por parte de quienes lo sufren como por parte de quienes son testigos de que se produce.

La idea vuelve a ser la de recalcar que el ámbito de aplicación del convenio es un marco para que la víctima se sienta segura y apoyada y con confianza para no esconderse y denunciar su situación. Asimismo, el convenio colectivo debe poner los medios necesarios para hacer comprender a la persona que molesta que debe terminar con esa actitud.

De acuerdo a esas directrices es importante que los convenios colectivos:

- Inciten a que no existan testigos mudos del acoso, es decir, que favorezcan que quien tenga conocimiento de que se está produciendo acoso lo pongan en conocimiento de la instancia adecuada.
- Identifiquen con claridad la persona o la instancia adecuada para recibir las denuncias de las víctimas y de los testigos.
- Promuevan procedimientos informales para explicar, cuando sea necesario o se considere conveniente, que la conducta de que se trate no es bien recibida, es ofensiva y está interfiriendo en el trabajo y que debe terminar con esa actitud.
- Den información sobre las instancias adecuadas para formular las oportunas quejas, denuncias y reclamaciones.
- Regulen procedimientos de queja.

El éxito de los procedimientos específicos de denuncia depende de que puedan garantizar que las personas que se responsabilicen de ellos gozan de la confianza de la empresa y los/as trabajadores/as; cuentan con una formación específica adecuada para ayudar, asesorar e investigar acerca de esas conductas, contando con la colaboración de la empresa y la plantilla y, en fin, que sean neutras e independientes

En el caso de que no se puedan asegurar esas condiciones resulta preferible dejar la cuestión en manos de las instancias oportunas, como la ITySS o la DIMH. En este sentido, los convenios colectivos pueden asegurar que exista una adecuada comunicación entre la empresa y la representación legal del perso-

nal, por un lado, y estas instancias, por otro, dando noticia de su presencia y de su función en los propios convenios colectivos. En este sentido, cabe indicar que en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco existe un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo, articulado a través de un Acuerdo Interprofesional (en adelante Preco) y gestionado a través del Consejo de Relaciones Laborales. El objeto de los procedimientos se circunscribe a los conflictos colectivos (art. 8 Preco), si bien no hay que descartar que se asuman las particularidades establecidas en los convenios colectivos sectoriales o de empresa, en el sentido de que reconduzcan a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje aquellas controversias individuales que surjan en la empresa relacionadas con el acoso moral, sexual o por razón de sexo. Esta posibilidad no ha sido explorada por la negociación colectiva, si bien para algunos casos una intervención de una tercera persona objetiva e imparcial que goce de la confianza de las partes y que en el marco de un procedimiento estrictamente confidencial trate de recomponer la relación deteriorada entre dos personas, haciendo hincapié en sus intereses, puede ser una solución adecuada a este tipo de circunstancias.

En caso de que se decida regular procedimientos específicos de queja, estos deben sustentarse sobre los siguientes criterios:

- Determinación de los requisitos mínimos a los que debe sujetarse la denuncia de hechos para que sea tenida en cuenta.
- Advertencia de que no se aceptaran denuncias falsas y especificación de las consecuencias aparejadas a ellas.
- Garantía de tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pueden ser constitutivos de acoso sexual y de acoso por razón de sexo (art. 62, c) LOI).
- Garantía de que las partes interesadas sean representadas por otras personas de su confianza, como representantes sindicales u otros y otras compañeros/as.
- Garantía del principio de contrariedad, es preciso dar pie en todo caso a que cada parte ofrezca su versión de los hechos.
- Garantía de indemnidad, proteger a los/as trabajadores/as frente a represalias.
- Se debe garantizar que las denuncias se tratarán con seriedad y rapidez.
- Garantía de que se desarrollará una investigación centrada en hechos.

4. Valoración de los resultados obtenidos del barrido de convenios

Como punto final, voy a señalar brevemente el resultado del análisis sobre los convenios analizados. En este sentido, las conclusiones que alcanzó en su día Sanchez, 2004, p. 153, se mantienen invariables, también en el ámbito de la negociación colectiva sectorial vasca. Estas conclusiones eran las siguientes:

1. Los convenios colectivos sectoriales no tratan ni adecuada ni extensamente la materia de prevención de riesgos laborales. Esta afirmación es especialmente verdad en el caso de los convenios colectivos sectoriales provinciales del País Vasco, en donde en ocasiones se dedica un único breve artículo a la salud laboral.

En este sentido, no está de más recordar que el Estatuto de los Trabajadores concibe la unidad de negociación de ámbito superior a la empresa y de ámbito funcional y territorial superior como la más adecuada para el establecimiento de las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, ya que según el artículo 84 último párrafo, se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Ahora bien, el hecho de que el propio artículo 84 ET se refiere a las normas mínimas, está poniendo claramente de manifiesto que es necesaria una articulación entre las diferentes unidades de negociación de tal manera que en el ámbito superior se traten las normas mínimas y, en su caso, los ámbitos inferiores los desarrollen.

El barrido de convenios colectivos pone de manifiesto que los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal suelen incluir un capítulo, más o menos extenso, sobre la seguridad y salud en el trabajo, en el que, sin embargo, se limitan a reproducir literalmente las normas de prevención de riesgos laborales, pero como he señalado en el comentario de cada cuestión concreta desde la perspectiva de que se trata de regulaciones completas y de que el convenio colectivo nada tiene que añadir a la regulación legal.

Más concretamente, la salud laboral sexual tampoco se trata adecuadamente. Como he dicho, ningún convenio incluye referencias a la salud sexual o reproductora de los hombres, muchos convenios de los analizados no mencionan el permiso para asistencia a técnicas de preparación al parto y por lo que respecta a la protección de la maternidad, el silencio se compensa con una recepción literal del artículo 26 LPRL, sin pretender completarlo.

La conclusión, por lo tanto, es que como tónica general no se integra la igualdad de trato en la política preventiva ya que, en el mejor de los casos, solo se trata la salud reproductora de la mujer y desde la premisa de que la regulación legal es completa; en algunos convenios se hace referencia a la violencia de género pero desde esa misma premisa; en algún caso, se menciona el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y se insertan protocolos, pero lo más habitual es que la mención se limite a incluir una referencia al acoso sexual entre las infracciones muy graves.

Hay algunas excepciones. En este sentido destacaría la regulación de algunos convenios sectoriales sobre los planes de igualdad; los protocolos para el tratamiento de las drogodependencias ya mencionado y que podría tomarse como

base para el tratamiento de otro tipo de riesgos; las regulaciones sobre nuevas formas de organización del trabajo y su relación con el acoso sexual y por razón de sexo o con la generación de riesgos específicos, como es el caso de la utilización de las nuevas tecnologías.

Bibliografía

- IGARTUA MIRÓ, M.T. (2007): «Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», *Temas Laborales*, 91, pp. 263-296.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L. (2008): «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas*, 137, pp. 115 a 158.
- MONTOYA MELGAR, A. (2000): «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, 5, pp. 779-792.
- MORA CABELLO DE ALBA, L. (2008): «La salud de las mujeres en un mundo laboral declinado en masculino: el acoso por razón de sexo», *Revista de Derecho Social*, 42, p. 97.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2004): «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 53, pp. 149-180.