

VIGILAR Y CASTIGAR: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA POR EL DELITO DE ACOSO SEXUAL COMETIDO POR UN EMPLEADO

Comentario a la Sentencia del **Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 28 de noviembre de 2014, rec. núm. 1005/2014 –Caso Mercadona–**

Esther Pomares Cintas

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Jaén

1. MARCO LEGAL

Las prácticas de acoso que tienen lugar en el contexto de la prestación laboral, mediante el prevalimiento de una posición de superioridad de quien las ejerce (acoso laboral vertical descendente), constituyen los supuestos más graves –y frecuentes– en la medida en que la existencia de una situación de dependencia laboral expresa una mayor dificultad de alejarse de la influencia ofensiva del acosador y, por ende, acentúa el desamparo de la víctima. En el ordenamiento penal aparece fragmentada la regulación de las conductas de acoso laboral vertical descendente. Veamos.

De una parte, el delito de acoso sexual vertical está ubicado dentro de los delitos contra la libertad sexual (art. 184.2 **Código Penal** –CP–), y se basa en la reiteración de comportamientos ofensivos que se dirigen inequívocamente a la solicitud de una conducta sexual indeseada para la víctima en el marco de la relación de trabajo (Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008, SSTS 1135/2000, de 23 de junio, 1460/2003, de 7 de enero; STC 224/1999, de 13 de diciembre). Este delito es imputable a quien se prevale de una posición de superioridad en el ámbito laboral. Este elemento típico no se identifica estrictamente con la exigencia de una relación de dependencia jerárquica entre los sujetos implicados, desde el punto de vista de la organización administrativa o piramidal. Cabe integrar relaciones de superioridad basadas en la dependencia funcional de la víctima, sometida al albur de las decisiones del autor en el ámbito de la prestación laboral (art. 184.1 **CP**; *vid.* STSJ de Castilla y León/Burgos, núm. 1/2002, de 29 de mayo, también, SAP de Castellón, 219-A/2002, de 31 de julio, SAP de Huelva, 115/2002, de 22 de abril).

De otra, el delito de acoso moral laboral (no sexual), introducido en el **CP** por la **Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio**, se concibe como un atentado contra la integridad moral de las personas (art. 173.1, 2.º párrafo). Castiga causar un «grave acoso» a la víctima mediante la reiteración de actos «hostiles o humillantes» realizados por quien se prevale de su relación de superioridad

sobre ella, en el ámbito de la relación laboral de que se trate. Ahora bien, si los hechos se producen antes de la incorporación o entrada en vigor del nuevo delito de acoso laboral, no existe obstáculo alguno para aplicar el delito de trato degradante, como tipo penal genérico (art. 173.1 CP), a situaciones humillantes derivadas de una pluralidad de actos realizados por quien se prevale de su situación de superioridad respecto de la víctima, que, aisladamente valorados, no alcanzan la entidad del trato degradante, pero sí desde una perspectiva de conjunto. Este criterio ha sido reiteradamente corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de otros tribunales: Sentencias del Tribunal Supremo 325/2013, de 2 de abril, y 945/2010, de 28 de octubre, y de las Audiencias Provinciales de Madrid, Sección 30.^a, 427/2013, de 12 de noviembre; de Navarra, Sección 1.^a, 241/2013, de 17 de diciembre; de Cantabria, Sección 3.^a, 533/2012, de 11 de octubre, etc.).

En realidad, el acoso sexual vertical descendente (art. 184.2 CP) es una modalidad específica de acoso moral laboral, comparte las características esenciales del delito previsto en el artículo 173.1, 2.º párrafo, como atentado contra la integridad moral. En ambos casos, se requiere provocar a la víctima una situación gravemente humillante-intimidatoria⁴. Siendo así, el tratamiento punitivo del delito de acoso sexual vertical en el ámbito laboral –pena de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses– no se corresponde con la gravedad del injusto que engloba, es notablemente más reducido que el marco penal previsto para el delito del artículo 173.1, 2.º párrafo (prisión de 6 meses a 2 años). Es, desde cualquier prisma, injustificable (Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008).

Asimismo, el CP regula específicamente la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109-122), es decir, la obligación de los intervinientes en el hecho delictivo de reparar y/o indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales causados (arts. 109.1, 110 y 116). La declaración de la responsabilidad civil *ex delicto* se podrá sustanciar en el mismo procedimiento penal o en pieza separada ante la jurisdicción civil (art. 109.2). A la hora de fijar la cuantía, los jueces y tribunales deberán establecer las bases en las que fundamente la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del delito cometido (art. 115).

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS

El acusado es un empleado de confianza de Mercadona, SA. Se le había asignado el puesto de coordinador de planta de un establecimiento de la empresa sito en Moncada, al menos entre los años 2001 y 2008. Era el máximo responsable de esa tienda y todo lo que ocurría pasaba por su decisión personal: cambios de sección o establecimiento, bajas, control de ventas. Fue denunciado por dos trabajadoras del centro, que se encontraban a su servicio durante el tiempo en el

⁴ POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

que el acusado las hizo objeto de prácticas de acoso sexual, y otros comportamientos vejatorios y violentos, hasta que fueron despedidas de la empresa. Si bien, como se desprende de las declaraciones testificales, hubo otras víctimas.

Según los hechos probados, habida cuenta del dilatado intervalo temporal desde que se inicia el hostigamiento hasta el despido de las dos víctimas (2004-2008 y 2007-2009, respectivamente), tras las pretensiones sexuales que el acusado manifestaba en diversas formas pero con idéntica estrategia, han sido acreditados comportamientos igualmente despreciativos, vejatorios e intimidatorios que trascienden la finalidad de la solicitud sexual, cuando ya era evidente la rotunda negativa de las víctimas a las proposiciones sexuales. Por ejemplo, la amenaza de ejercer violencia física (bofetadas), la modificación arbitraria de condiciones laborales, expresiones despreciativas ante los compañeros de trabajo, la imposición de un autocastigo rayana en el trato degradante (pellizcos en los pechos de manera que la víctima sintiera dolor), etc. La capacidad de resistencia de las víctimas era muy limitada, precisamente porque se constata que el poder del acusado no estaba sujeto al control de la empresa. Mientras sufrían las prácticas de maltrato del acusado, no denunciaron los hechos por el temor a perder el puesto de trabajo.

Debido al perfil vejatorio, adverso, envolvente y continuado en el tiempo de las prácticas de acoso llevadas a cabo por el acusado en el entorno laboral, las víctimas sufrieron trastornos psíquicos. Ambas estuvieron de baja médica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.^a, 223/2014, de 8 de abril, condenó al acusado como autor criminalmente responsable de dos delitos de acoso sexual (pena de siete meses de prisión por cada uno de ellos, art. 184.2 CP) y otro de agresión sexual (pena de prisión de un año y seis meses, art. 178 CP). Se le absolvió de un delito de violación por falta de acreditación. Se aplicó la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena. Asimismo se le impone la medida de libertad vigilada por un periodo de tres años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. En concepto de responsabilidad civil, se condena al procesado, y subsidiariamente a la entidad Mercadona, a indemnizar a las víctimas en la cantidad de 75.000 euros (a cada una), que engloba tanto el daño psíquico producido como el perjuicio moral derivado de la conducta del autor.

Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación. Sin poner en cuestión que los hechos enjuiciados sean constitutivos del delito imputado (delito de acoso sexual), o si podrían aplicarse otros tipos penales, fueron varios los motivos en que se basó el recurso. Desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas de las prácticas de acoso en el ámbito laboral, se destacarán los más significativos. Estos fueron alegados (por infracción de ley en materia de responsabilidad civil *ex delicto*) por la representación legal de la entidad Mercadona, SA, declarada responsable civil subsidiaria por la sentencia recurrida. Finalmente, como tendremos ocasión de analizar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2014 desestimó todos los motivos de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 223/2014, de 8 de abril.

3. LA DOCTRINA FIJADA: FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO

En primer lugar, la representación legal del responsable civil subsidiario Mercadona, SA, recurre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 223/2014, de 8 de abril, por aplicación indebida del artículo 115 del CP: se discute la cuantía indemnizatoria fijada en concepto de responsabilidad civil (75.000 € a cada una de las víctimas) y se alega falta de motivación suficiente por parte del tribunal de instancia respecto de las bases que deben fundamentar la cuantificación de la indemnización de daños y perjuicios. El criterio del Tribunal Supremo, en la sentencia que se comenta, señala que el citado importe indemnizatorio se vincula al concepto de *daños morales*, cantidad que abarca tanto el daño psíquico como el perjuicio moral irrogados a cada una de las víctimas por el comportamiento que se imputa al acusado.

Teniendo en cuenta la reiteración, importancia e intensidad de los actos de hostigamiento realizados por el acusado contra las víctimas, y en un dilatado espacio de tiempo, el Tribunal Supremo considera «obvia» la producción de «un daño moral ínsito en la humillación y el temor que ocasionan». En consecuencia, su cuantificación (75.000 € a cada una de las víctimas), que tampoco excede de la solicitada por las acusaciones, no puede reputarse arbitraria ni objetivamente desproporcionada.

Por tanto, recuerda el tribunal que este «es el único parámetro que puede ser controlado por esta Sala Casacional, en tanto que su fijación compete al Tribunal sentenciador». Es por ello que el motivo de casación se desestima.

En segundo lugar, se denuncia la aplicación indebida del artículo 120.4.º del CP (la declaración de responsabilidad civil subsidiaria dirigida a Mercadona, SA) por falta de concurrencia de los requisitos necesarios previstos en el citado precepto penal. Se alega que los delitos de acoso sexual no se han cometido en el ejercicio de las funciones laborales asignadas al acusado en el marco de su dependencia con Mercadona. Como recuerda la Sala 2.ª del Alto Tribunal, la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica en el ámbito penal exige tres requisitos: una relación de dependencia del autor del hecho delictivo y la entidad implicada en aquella (a); que el responsable penal haya actuado con ocasión de las funciones propias del cargo o empleo, o en el ejercicio de las funciones encomendadas por la empresa, aun cuando lo hubiera hecho abusando de las mismas (b); y una conexión entre el delito cometido y la clase de actividad propia de la relación de empleo (c).

La sentencia que se comenta no solo corrobora, en este caso, la vinculación entre los hechos delictivos declarados probados y el ámbito funcional que desarrollaba el autor de los mismos como empleado de la empresa implicada, y la condición de Mercadona, SA como empleadora del acusado. Lo más significativo del caso es que el autor de las prácticas de acoso contra varias de las trabajadoras que estaban a su cargo en el establecimiento había actuado, durante un prolongado espacio de tiempo (2001-2008) sin haber sido supervisado por los mecanismos de control interno de la empresa que debían implantarse o aplicarse para detectar dicha violencia en el trabajo (*culpa*

in vigilando). En síntesis, «tal falta de supervisión de su actuación es atribuible a la empresa y en consecuencia debe responder de todos los excesos que en el ejercicio de sus funciones realice el procesado, como aquí ocurrió pues existe una verdadera *culpa in vigilando*». Por lo tanto, se desestima también este motivo de casación.

4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA: IMPACTO JURÍDICO

Es doctrina jurisprudencial consolidada que el *quantum* de la indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada del delito no puede ser sometido a la revisión casacional: solo puede ser objeto de control cuando resulta manifiestamente arbitrario y objetivamente desproporcionado (SSTS de 14 de diciembre y 29 de marzo de 2011; 6 de julio de 2010; 264/2009, de 12 de marzo y 752/2007, de 2 de octubre). Así, a la hora de ponderar el perjuicio moral derivado del delito de acoso sexual, la sentencia ha reconocido que «son de difícil o de imposible consignación las bases en las que se fundamenta ese alcance civil». No existen más parámetros que lo arbitrario o desproporcionado.

Con todo, hay un aspecto del importe indemnizatorio fijado que conviene ser resaltado. Se observa que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 223/2014, de 8 abril, fija la misma cantidad para las dos víctimas, a pesar de que en una de ellas no resultó acreditada la agresión sexual (violación). Por tanto, esa misma cantidad (75.000 €), que no se ha considerado desmesurada por la Sentencia del Tribunal Supremo 28 de noviembre de 2014, correspondería exclusivamente a los daños morales y perjuicios psíquicos causados a dicha víctima por el delito de acoso sexual. Si es así, este baremo se aleja de la tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad civil derivada del delito de acoso sexual.

En efecto, como ha denunciado la doctrina, el carácter privilegiado que se predica del tratamiento penal del delito de acoso sexual se extiende, igualmente, a la hora de determinar la responsabilidad civil del autor. Los importes indemnizatorios revisten, en general, menor importancia en contraste con los que resultan de las condenas en supuestos de acoso laboral vertical no sexual. La Sentencia del Tribunal Supremo comentada aplica el criterio jurisprudencial consolidado en torno a los requisitos que son necesarios para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa por los delitos cometidos por sus empleados en el ejercicio de las funciones efectivamente encomendadas (SSTS 84/2009, de 30 de enero y 85/2007, de 9 de febrero).

Al mismo tiempo, se deposita la clave en el inusitado e inaceptable poder omnímodo del acusado, es decir, en la falta de control o adopción de medidas de control sobre el mismo por parte del responsable principal de Mercadona. La inexistencia de mecanismos de control por parte de la empresa para supervisar las actividades asignadas a sus empleados puede trascender incluso su significado como requisito para establecer la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa. En efecto, la ausencia de medidas de control o vigilancia de los empleados puede fundamentar otros dos tipos de responsabilidades.

La propia Sala de lo Penal menciona aquí la *responsabilidad penal de la persona jurídica*, aunque no esté reconocida expresamente en los delitos contra la libertad sexual aquí aplicados (acoso sexual, agresión sexual). Es, sin duda, digna de mención la posible imputación a la persona jurídica de los delitos cometidos por los empleados, en el ejercicio de las actividades encomendadas, cuando se acredite la ausencia u omisión del debido control, vigilancia o supervisión sobre ellos por aquellos que detentan materialmente el poder de decisión en la empresa (administradores de hecho o de derecho). Ahora bien, se exigiría que el empleado haya cometido el delito por cuenta y en provecho de la empresa, y aquí no se da este requisito tampoco (art. 31 bis.1 CP).

De especial trascendencia es la otra responsabilidad penal que cabría motivar y que, a menudo, se olvida: la esfera penal de la *prevención de los riesgos psicosociales*. Es decir, la falta de adopción de medidas adecuadas y eficaces para evitar el menoscabo de la salud psíquica derivado de cualquier modalidad de acoso laboral, como fuente de riesgos *psicosociales*, podría dar entrada a los delitos de peligro de los artículos 316 (doloso) y 317 (imprudente), siempre que se den sus requisitos típicos (y en relación con el art. 318 CP respecto de la autoría en el seno de la persona jurídica)⁵.

⁵ Vid. POMARES CINTAS, E.: «La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales través de los artículos 316 y 317 del Código penal», *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011.