

Para más información puedes consultar en: www.ugt.es/salud-laboral
o bien a través de: UGT Salud Laboral. C/ Hortaleza, 88 • 28004 Madrid



observatorio
de riesgos psicosociales
UGT

editorial

La OIT aborda por primera vez la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS

Director Científico del Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT-CEC

Silvia MARTÍNEZ ORTIZ

Técnico de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC

1 El pasado 8 de junio, en la última Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT, que tuvo lugar en Ginebra, se presentó por parte de la Comisión Normativa una Resolución, acompañada de sus conclusiones, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo¹, para su adopción por la Conferencia, y para fines de consulta con los gobiernos, con la intención de que se adopte un nuevo Convenio complementado por una Recomendación al respecto.

En las conclusiones de la Resolución se definen los términos de violencia y acoso en el entorno laboral

1 Vid. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Actas provisionales. Quinto punto del orden del día: La violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Informes de la Comisión normativa: Resolución y conclusiones propuestas presentadas para su adopción por la Conferencia, 8A, 107.ª reunión, Ginebra, 15 de junio de 2018.

-con un carácter bastante omnicompreensivo- como: "... un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten de manera puntual o recurrente, que tengan por objeto, o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico".

La violencia y el acoso por razón de género, incluido el sexual, son definidos, a su vez como aquellos: "que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afecten de manera desproporcionadas a personas de un sexo o género determinado".

En cuanto al ámbito subjetivo de la tutela, el término "trabajador" se concibe en sentido amplio, y debería abarcar a las personas en todos

sumario

- 1 EDITORIAL
José Antonio Fernández Avilés
Silvia Martínez Ortiz
La OIT aborda por primera vez la violencia y el acoso en el mundo del trabajo
- 8 ARTÍCULO
CIENTÍFICO-TÉCNICO
José Antonio Fernández Avilés
El "derecho a la desconexión" como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico
- 16 ARTÍCULO
CIENTÍFICO-TÉCNICO
José Sánchez Pérez
El coste indemnizatorio por falta de prevención de riesgos psicosociales: la responsabilidad civil del empleador
- 22 NOTICIAS RELEVANTES
Observatorio Institucional
Observatorio Europeo
Observatorio Internacional
Estudios Científicos

FINANCIADO POR:

AI-0001/2017



MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL



FUNDACIÓN
ESTATAL PARA
LA PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES, F.S.P.



los sectores de la economía, tanto formal como informal, ya sea en zonas urbanas o rurales, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales; así como, más en general, las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices; los trabajadores despedidos o suspendidos; los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo.

La Resolución contempla expresamente que estas situaciones podrían ocurrir en el lugar de trabajo, pero también en otros espacios, como el trayecto entre el domicilio y el lugar de trabajo, los viajes de ámbito laboral, así como en eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, mediante las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo realizadas a través de las nuevas tecnologías de la comunicación (no deja en el olvido las posibilidades crecientes de ciberacoso laboral, donde agresor y víctima ni siquiera comparten el espacio locativo sino el “virtual”) o el alojamiento proporcionado por el empresario, entre otros.

Asimismo, se considera que estos actos podrían ser cometidos por una heterogénea tipología de personas: empresarios, trabajadores y sus representantes, o terceros, incluidos los clientes, proveedores, usuarios o el público.

2 De cara a la elaboración de un Convenio sobre la materia, la Comisión Normativa establece un conjunto de considerandos a modo de fundamentos del Preámbulo de la propuesta de convenio, donde se alude expresamente –entre otros aspectos pertinentes– al “derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género”; recordando que “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

constituyen una forma de violación de los derechos humanos, son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente”; considerando que los Estados miembros tienen “la importante responsabilidad de promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con el fin de facilitar la prevención de este tipo de comportamientos, y que todos los actores en el mundo del trabajo deben abstenerse de recurrir a la violencia y el acoso, prevenirlos y combatirlos”; así como reconociendo que “la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, su dignidad, y su entorno familiar y social”².

La Resolución plantea un conjunto de medidas preventivas –también en clave de género– que debería incorporar el Convenio, como pueden ser, con carácter general: la identificación de los sectores, las ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los existe más riesgo de sufrir tanto violencia como acoso; tal información debería consultarse a los agentes sociales de cada Estado; la adopción de medidas para la protección efectiva de los trabajadores; así como la protección de la privacidad tanto de las víctimas como de los agresores y la confidencialidad del proceso.

El documento insta a los Estados a la aprobación de legislaciones nacionales que recojan el deber

² Es muy importante la conexión de la violencia y el acoso como un tema de derechos humanos, lo que se pone de relieve en la propuesta de Preámbulo de Convenio, pero además, conviene tener presente que la violencia y el acoso en el trabajo tienen un alto coste económico, que se puede medir en términos pérdida de productividad, así como en la degradación del ambiente de trabajo, de las relaciones entre compañeros y en el daño que puede causar a la propia imagen de la entidad empleadora. Y ello por no hablar también de su grave impacto en términos de gastos sanitarios y de cuidado pues, v. gr., el acoso puede generar, entre otros, el síndrome de desgaste profesional (*burn out*), depresión, problemas psicofísicos, desórdenes del sueño, agotamiento extremo, desórdenes de la conducta y dificultades para las relaciones sociales y familiares.



de los empresarios de adopción de medidas para prevenir la violencia y el acoso en el trabajo. Entre estas medidas –de integración de una política preventiva de tales riesgos en la empresa- pueden destacarse las siguientes:

- La violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales relacionados, han de ser tenidos en cuenta de cara a la organización de la seguridad y salud en el trabajo.
- El establecimiento de una política en contra de todas las formas de violencia y el acoso tras la consulta con los trabajadores y sus representantes.
- La identificación y evaluación de los riesgos de violencia y acoso con la participación de los trabajadores y sus representantes, así como la adopción de medidas para prevenir y controlar dichos riesgos.
- La información y formación a los trabajadores sobre los riesgos de violencia y acoso previamente identificados, incluyendo las medidas de prevención y protección correspondientes.

Todas estas medidas ya estarían incluidas genéricamente en el ordenamiento jurídico español, concretamente, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Reglamento de los Servicios de Prevención. Eso sí, conviene matizar que ello se hace de manera indiferenciada, pues en el grupo normativo interno no se hace una mención expresa a los riesgos de violencia laboral y de acoso –en cualquiera de sus formas-, sino que son tratados como el resto de riesgos laborales presentes en los lugares de trabajo. Debemos decir que, en general, las empresas encuentran más dificultades a la hora de llevar a cabo la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, como así lo demuestran los datos de la Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas de 2014 (ESENER 2014), donde se indica que un 23% de los centros de trabajo manifiesta que carecen de información o herramientas para tratar los riesgos psicosociales (por el 11% de los riesgos de carácter físico). Entre ellos, las dificultades más frecuentes aparecen al abordar la discriminación por sexo, edad u origen étnico (42%); así como también se ponen de manifiesto en la realización de las evaluaciones de riesgos psicosociales, pues 3 de cada 10 centros de trabajo españoles indican que no disponen de suficiente información para incluir los riesgos



psicosociales en las evaluaciones. Se hace pues necesario también un reconocimiento expreso de los riesgos psicosociales, como la violencia y el acoso en el trabajo, dentro de la noción de “riesgo laboral”, así como el desarrollo de las obligaciones preventivas precisas, para dotar de mayor efectividad a los sistemas de prevención de riesgos laborales dentro de las organizaciones productivas.

Aparte de las medidas preventivas frente a la violencia y el acoso, la Resolución también aborda la *dimensión “reparadora”*, contemplando que se deberán facilitar: por un lado, vías de fácil acceso a recurso y reparación; mecanismos de notificación y solución de conflictos seguros -que incluyan solución de conflictos externos al lugar de trabajo-; por otro, medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa, acceso a los tribunales y protección de las víctimas, testigos y denunciantes frente a la victimización y las represarías.

Estas medidas –como señala la Resolución– deberán asegurarse igualmente para aquellas *víctimas de violencia de género* en el mundo del

trabajo. Según un informe publicado también por la OIT, la violencia de género en el entorno familiar influye en la capacidad de las mujeres maltratadas a la hora de conservar su empleo³, por ello se propone que deba reconocerse y actuar sobre los efectos de la violencia doméstica sobre el mundo del trabajo (como ya en nuestro país se realizó fundamentalmente a través de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 2004).

Volviendo a las propuestas para la aprobación de un nuevo Convenio de la OIT, igualmente dan importancia a la dotación de facultades de actuación, ante los casos de acoso y violencia, a los servicios de Inspección del Trabajo, reconociéndoles la potestad de requerir la adopción de medidas de aplicación inmediata o la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida o salud de los trabajadores⁴.

3 Vid. LIPPEL, K: *Addressing Occupational Violence: An overview of conceptual and policy considerations viewed through a gender lens*, WP n. 5/2016, OIT, Ginebra, 2016, p. 57.

4 Por lo que respecta a nuestro país, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de

La Resolución no deja de lado el necesario *diálogo social* en la materia, pues señala que estas acciones a implementar deberán ser consultadas con las organizaciones de empresarios y trabajadores con mayor representatividad, debiendo abordarse desde un *enfoque multisectorial* que abarque la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la migración. Así como que se aplicará a través, tanto de los convenios colectivos⁵ como de la legislación, ampliando o adaptándola para que incluya la violencia y el acoso.

3 A continuación pasamos a comentar algunas de las conclusiones propuestas para la elaboración de una Recomendación. Como sabemos, las recomendaciones de la OIT no constituyen normas jurídicas obligatorias, pero eso no significa que no tengan una funcionalidad jurídica, pues despliegan una importante función complementaria de los convenios, ofreciendo modelos más detallados de regulación e incluso criterios de interpretación del propio convenio.

acoso sexual -durante 2016- son más numerosas que en el resto de los casos de acoso, con 628 actuaciones, lo que dio lugar a 271 requerimientos; en el caso del acoso discriminatorio por razón de sexo el número de actuaciones fue de 204, lo que dio lugar a 137 requerimientos; en el resto de los casos de acoso -excepto el sexual y por razón de sexo- se realizaron 201 actuaciones que dieron lugar a 16 requerimientos en la materia (INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2016*, Madrid, 2016).

5 En nuestro país, la Negociación Colectiva se ha hecho eco de estas problemáticas y, ya en 2017, el 39% de los convenios firmados incorporaban medidas para prevenir el acoso sexual o por razón de sexo; stos convenios afectaban a 1.770.953 trabajadores, según las estadísticas de convenios colectivos del MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL (*Estadística de convenios colectivos. Datos Diciembre 2017*) [<http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>]; *vid.* nuestro estudio: *La negociación colectiva en prevención de riesgos psicosociales en el trabajo. A los 20 años de vigencia de la LPRL*, UGT-CEC, Madrid, 2015.

En primer término, la Resolución resalta el *enfoque integrado* para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo a través de la legislación relativa al empleo⁶, la seguridad y salud laboral, la igualdad y el Derecho penal. Es necesario garantizar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, fomentado esta última como instrumento para prevenir y abordar, tanto la violencia como el acoso en el mundo del trabajo y amortiguar los efectos de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. Como medida complementaria se deberán proteger a los trabajadores (especialmente a las trabajadoras) migrantes, mediante medidas legislativas, por ser personas especialmente vulnerables en el mundo del trabajo. No se hace referencia en la Resolución a las trabajadoras inmigrantes en situación administrativa irregular, donde es aún más acentuada su situación de riesgo.

La Resolución realiza una descripción detallada de la política sobre violencia y acoso que deberá implementar el empresario y a la que se hizo mención al describir la propuesta de Convenio a adoptar. Establece que, en la evaluación de riesgos psicosociales, deberán ser tenidos en cuenta aquellos generados por terceros, como por ejemplo los usuarios, proveedores, etc., así como la discriminación, la existencia de relaciones de poder desiguales y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso. Además, señala que en los casos de trabajo nocturno, en aislamiento, el sector servicios, sanitario, transporte y educativo y el trabajo doméstico se deberán adoptar medidas específicas. Estas medidas no deberán

6 Reténgase en la dificultad que plantea el hecho de que las víctimas de este tipo de abusos muchas veces optan por el silencio, las situaciones no afloran y no se denuncian (permanecen silentes y ocultas) cuando estamos en contextos de una situación laboral insegura, que también puede deberse a una legislación que protege poco al trabajador frente al despido o a un contrato de duración determinada que el trabajador teme que no se renueve.

tener como consecuencia un menor acceso, participación o la exclusión de las mujeres o de grupos vulnerables en tales empleos, sectores u ocupaciones específicos. Entre los grupos vulnerables se incluyen los trabajadores más jóvenes y los de más edad, trabajadoras embarazadas, en periodo de lactancia natural o con cargas familiares, discapacitados, enfermos de VIH, migrantes, personas pertenecientes a minorías étnicas o al colectivo LGTBI.

También se detallan los aspectos que deberían incluir las vías de recurso y reparación en caso de violencia y acoso, como por ejemplo: readmisión del trabajador, indemnizaciones por daños materiales y morales, requerimientos al empresario para la adopción de medidas para frenar determinados comportamientos, pago de los honorarios de abogados y costas. Es importante resaltar que, en el caso que la víctima quede incapacitada, ya sea psicosocial o físicamente, para el trabajo, se establece que debería tener derecho a la correspondiente indemnización.

Las medidas para amortiguar los efectos de la violencia doméstica en el mundo del trabajo deberían incluir una licencia remunerada para las víctimas, horarios flexibles, traslados temporales o permanentes a otros lugares de trabajo, protección temporal contra el despido o evaluaciones de riesgos específicamente centradas en la violencia doméstica, entre otras.

Por otra parte, aquellos que cometan actos de violencia o acoso en el entorno laboral deberán recibir asistencia para evitar la reincidencia. La perspectiva de tratamiento del agresor o acosador no debe dejarse de lado, complementa la propia dimensión sancionadora de cara a reforzar la eficacia preventiva del conjunto de medidas.

Hay un reconocimiento de que es necesario formar

en este ámbito a los inspectores de trabajo, así como que las Administraciones deberían hacer público los datos estadísticos sobre violencia y acoso en el trabajo, desglosados por género, tipo de violencia o acoso y sector de actividad económica. Todo lo anterior deberá ponerse en práctica, entre otros, a través de programas tanto de actuación como formativos a todos los niveles, por ejemplo incluyendo a los jueces, inspectores de trabajo, fiscales, empresarios y trabajadores o profesionales de la comunicación, así como campañas de sensibilización acerca de esta realidad.

4 Desde UGT, con carácter previo a la celebración de esta Conferencia, se instó al Gobierno de España para que diera su voto a favor de la adopción de un Convenio, para erradicar las distintas formas de violencia y de acoso en el mundo del trabajo, ya que, al tener carácter obligatorio, es un instrumento más incisivo que una mera Recomendación, en línea con la campaña que llevo a cabo la Confederación Sindical Internacional. Desde el Sindicato se establecieron contactos tanto con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, como con la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, solicitando su compromiso en la lucha contra la violencia y el acoso a través del apoyo a este Convenio de la OIT.

En la Unión Europea también existen iniciativas sobre estos temas, aunque no se ciernen exclusivamente al entorno laboral. En 2017 el Parlamento Europeo reiteró su petición de 2014 a la Comisión Europea, demandando la elaboración de una estrategia marco en la UE, que incluya legislación vinculante para proteger a las mujeres frente a la violencia, y en particular ante el acoso y el abuso sexual⁷.

⁷ PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea (2017/2897(RSP))*.

En el caso de España, es un hecho cada vez más evidente que la violencia y el acoso están presentes en el entorno laboral, por ejemplo, un 17% de mujeres y un 15% de hombres declaran haber sufrido conductas violentas (entre las que se incluyen abuso verbal, atención sexual no deseada, amenazas, humillación, violencia física, acoso psicológico y/o acoso sexual). Estos porcentajes han aumentado (al menos en las situaciones que se reconocen por los encuestados) en comparación con los registrados en 2010, que fueron de un 15% para las mujeres y un 13% para hombres. Además, los trabajadores pertenecientes a centros de trabajo de 250 o más trabajadores son los que más se quejan de ofensas verbales (13%) y de violencia física (3%) en su trabajo. Resaltar que las ofensas verbales son un tipo de agresión que ha aumentado significativamente desde 2010 (5% en 2010 y 8% en 2015). Los trabajadores de servicios y vendedores son los que reiteradamente superan el promedio total respecto a las ofensas verbales, amenazas, acoso/intimidación, violencia física y atención sexual no deseada. Respecto a las actividades que sobresalen, son aquellas en el que se desarrolla un trabajo de cara al público como por ejemplo la sanidad, la administración pública o el transporte [según la *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 2015* (VI ENCT)].

La violencia presenta muchas caras en nuestros días⁸. La violencia en el entorno de trabajo es una de las formas más dañinas para la integridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras, es el paso previo a cualquier tipo de acoso. El acoso es un caso extremadamente grave de violencia moral en el trabajo. Por ello, no solo es necesario poner el foco de atención sobre los casos de acoso, sino que es necesario prevenirlos en su origen y eso solo lo conseguiremos evitando

8 Vid. HAN, B.-CH.: *Topología de la violencia*, Herder, Barcelona, 2016.

la violencia laboral. El deber del empresario de protección de la seguridad y salud de los trabajadores incluye, sin lugar a dudas, la protección frente a cualquier tipo de violencia, ya sea interna como externa, por lo que tendrá que implementar medidas para aquella violencia que proviene de clientes y usuarios, etc. Esto adquiere una especial importancia en ciertos sectores en los que se da un mayor trato con clientes, usuarios o alumnos, los cuales son sectores altamente feminizados (la mujer está más expuesta tanto al riesgo de sufrir violencia como cualquier tipo de acoso, especialmente de índole sexual).

La iniciativa de la OIT debe ser valorada muy positivamente, pues sitúa en un plano global toda esta problemática. La propuesta ya ha sido objeto de una primera discusión⁹, de manera que queda un año para la consulta de los Gobiernos, de cara a la posible adopción de una norma internacional del trabajo (convenio complementado por una recomendación), cuya segunda discusión ya se aprobó –como punto en el orden del día– para la próxima reunión ordinaria Conferencia Internacional del Trabajo. Estaremos atentos a sus resultados para dar cuenta de los deseables y esperados avances que se produzcan.

9 Cfr. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Actas Provisionales. Quinto punto del orden del día: La violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Informes de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: Resumen de las labores*, 8B (Rev.), 107.^a reunión, Ginebra, 6 de julio de 2018.

El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico

José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director Científico del Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT-CEC*

SUMARIO

1. Dos conceptos a diferenciar: conectividad vs. disponibilidad (la conectividad permanente puede tener consecuencias nocivas para la salud de los trabajadores). 2. Medidas para combatir el “hiper-presentismo” tecnológico (las formas de “desconexión”): la negociación colectiva es una herramienta adecuada. 3. La construcción del “derecho a la desconexión” (o de cómo no caer en la “trampa” de construir un derecho sobre una hipotética -e inviable jurídicamente- obligación de conexión permanente). 4. Hacia una nueva cultura de la gestión del tiempo de trabajo con uso intensivo de NTIC.

1. El uso intensivo de las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (NTIC) está planteando nuevos retos de salud laboral. La reformulación de los marcos normativos preventivos pasa el propio conocimiento en profundidad de los problemas psicosociales de salud laboral que puede llevar aparejado el uso de las NTIC. Proceder a una identificación precisa y completa de todos los factores de riesgo psicosocial en este tipo de trabajos no es tarea sencilla, dada la heterogeneidad de modelos organizativos y puestos de trabajo que se caracterizan por un uso intensivo de las NTIC, pero sí que son identificables los más frecuentes, así como se puede destacar que la inmensa mayoría de ellos son evaluables a través de herramientas de acreditada solvencia científica¹⁰.

Una cuestión central es la *autonomía decisional*, en términos de duración del tiempo de trabajo y de organización del mismo. Una realidad –ampliamente extendida en los trabajos con uso intensivo de las NTIC– que se refiere a la gestión y control del tiempo de trabajo frente a las posibilidades crecientes de lo que podríamos denominar la “*hiperconectividad*”. La entrega de dispositivos electrónicos y de comunicación, de tener un valor “simbólico” de *status* profesional en la empresa, han pasado –en unas décadas– a constituir una herramienta imprescindible para el desarrollo de su actividad profesional. El hecho es que permiten una *conectividad permanente* y ello ha posibilitado la confusión entre dos términos, que son bien diferenciables en el plano conceptual, pero que no siempre se delimitan con claridad en la realidad de las relaciones de producción: conectividad vs. disponibilidad.

¹⁰ Vid. MANZANO SANTAMARÍA, N.: “Las tecnologías de la comunicación y la información (TIC’s) y las nuevas formas de organización del trabajo: factores psicosociales de riesgo”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y riesgos psicosociales en el trabajo. Anuario*

Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo, UGT-CEC, 2016, pp. 47-48.

tecnologías¹³; o que, más ampliamente, es muy inquietante el dato de que al 27% de los españoles le cuesta desconectar de la tecnología¹⁴.

La flexibilidad horaria –cuando no la falta de horario, característica de trabajos con uso de NTIC– también puede ser perjudicial para la salud. La “autogestión” del tiempo es un tema delicado y central, pues también encierra la trampa de la libertad para “auto-explotarse” (el que se auto-explota pensando que es libre) y el conocido como *workaholism*¹⁵. Dado que las nuevas tecnologías permiten la “re-conexión permanente” con el trabajo, la conectividad puede favorecer la flexibilidad laboral – pero también obstaculizar- la conciliación de la vida laboral y familiar, las relaciones sociales del trabajador y ser un riesgo para su salud laboral. Las tecnoadicciones son también un fenómeno creciente relativo a la salud psicosocial y en muchos casos vienen potenciadas por la inexistencia de límites a la conexión con el trabajo.

La conectividad no debe ser sinónimo de “disponibilidad permanente”, porque ello conllevaría la supresión del límite entre la vida privada y la profesional (cuyo extremo se conoce como *blurring*), que es un fenómeno que se está generalizando y acrecentando por motivos como tener *smartphone* de empresa, portátil, etc., y estar constantemente conectados a jefes, clientes y compañeros. La *sobrecarga de rol laboral* y la alerta y presión psicológica en este tiempo incrementa los niveles de estrés y puede afectar al propio rendimiento del trabajador

13 RANDSTAD: *Análisis Randstad – Desconectar en vacaciones*, de 31 de julio de 2017.

14 GfK: *Estudio Global. Desconectar de la tecnología*, GfK, junio de 2017.

15 Vid. SALANOVA, M. DEL LÍBANO, M., LLORENS, S., SCHAUFELI, W. B.: *La adicción al trabajo*, Nota Técnicas de Prevención n. 759, 2007, INSHT, <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/752a783/759.pdf>.

y a su salud, lo que abre un nuevo terreno de necesaria intervención para la prevención de riesgos laborales.

2. Frente al “hiperpresentismo” digital que habilitan las NTIC, han de abrirse posibilidades de implementación medidas de “desconexión” que permita gestionar adecuadamente el uso de las NTIC en la jornada laboral, garantizándose la *desconexión digital* y evitando su uso inadecuado durante los descansos y pausas, fuera de la jornada laboral, etc.

En algunas empresas se implementan medidas de desconexión automática forzada, como por ejemplo, períodos de “siesta digital” o “toque de queda digital” para favorecer la desconexión y el descanso, bloqueando la opción de recibir correos electrónicos o el acceso remoto al servidor de la empresa (en los períodos de descanso), o bien la posibilidad de utilizar el correo o *smartphone* durante una franja horaria determinada una vez terminada la jornada laboral. Luego es claro que se trata de factores de riesgo controlables, por lo que, especialmente las empresas caracterizadas por el uso intensivo de NTIC deberían desarrollar este tipo de políticas, tanto preventivas y de organización del tiempo de trabajo como de responsabilidad social.

Este conjunto de medidas contribuirían a disminuir el número de trabajadores potencialmente expuestos a estrés a causa de la disponibilidad permanente que permiten las NTIC y mejoraría la calidad reparadora de los descansos del trabajador, previniendo la adicción al trabajo y otros tipos de patologías asociadas al uso abusivo de tales tecnologías. Ello puede mejorar los resultados en términos de productividad y calidad del trabajo realizado.

Para aprovechar uno de los potenciales positivos de las NTIC, como es favorecer la flexibilidad horaria y la conciliación de la vida laboral

y personal, la acción preventiva se debería acompañar de la impartición de *formación a los trabajadores sobre la adecuada gestión del tiempo de trabajo y la priorización de tareas*, así como sensibilizándolos en cuestiones como la desconexión digital, la actualización y desarrollo de habilidades con las NTIC. Es decir, pertrechar al trabajador de las herramientas necesarias para minimizar el impacto de tales tecnologías sobre su salud laboral.

Ante la “aparente” anomia legislativa (dado que hay un marco general de ordenación del tiempo de trabajo en todo momento aplicable)¹⁶, por ahora, en España deberá ser la negociación colectiva la llamada a intervenir para armonizar el uso de dispositivos electrónicos en el trabajo con la tutela del descanso de los trabajadores y la conciliación de la vida personal y laboral¹⁷. Las medidas anteriormente señaladas o la previsión de los *micro-descansos* para ciertos trabajos que presentan elevados niveles de atención y de estrés deberían ser incorporadas a nuestra negociación colectiva.

3. De lo expuesto ha surgido también la necesidad de construir jurídicamente un nuevo “*derecho a la desconexión*”, como exigencia de tutela de la integridad psicosocial del trabajador y como garantía de su derecho a conciliar el

16 Es conveniente traer a colación una –ya lejana, pero cuya doctrina es oportuna en la actualidad– sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997 (AS 1997\3370), donde se declaran nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaban a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes.

17 Sobre las cuestiones relativas al tiempo de trabajo y la conciliación de los trabajadores en el marco de las nuevas tecnologías, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n. 16, 2016, pp. 30 y ss.; GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, *cit.*, pp. 261 y ss.

trabajo con su vida personal y familiar. Se trataría de un derecho a integrar –o mejor derivar– del contenido esencial de otros ya conocidos como el *derecho fundamental al respeto de la vida privada*, así como el *derecho laboral específico al descanso efectivo* (vinculado muy directamente con la tutela de salud laboral), que libera para el trabajador un espacio de autodeterminación, como es el tiempo de no trabajo o el tiempo de vida privada¹⁸. A tal efecto, conviene recordar que el derecho al descanso efectivo queda recogido en el art. 31.2 de la CDFUE, como principio general del Derecho de la Unión (y como principio constitucional en nuestro art. 40.2 CE). Es también conocida nuestra doctrina constitucional según la cual toda concepción –y habría que entender también conducta y/o práctica empresarial– que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo del empleador, es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción a la persona del trabajador [STC 192/2003, de 27 de octubre, referida al descanso vacacional]. Por lo tanto, el “derecho a la desconexión” sería un derecho instrumental o accesorio de otros derechos de mayor rango, así como de las propias políticas de conciliación de la vida laboral y familiar (y del conjunto de instrumentos normativos para su consecución).

En el ámbito europeo, el debate sobre este derecho de nuevo cuño está ya en curso y ya hay experiencias convencionales y legislativas comparadas, así como buenas prácticas empresariales que pueden alumbrarnos el camino¹⁹. La CES ya ha propuesto que temas

18 Para esta aproximación, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo “derecho humano a la desconexión” de los trabajadores fuera de la jornada?”, *RFDM*, v. 2, n. 269, 2017, especialmente pp. 904 y ss.

19 *Vid.* ROTA, A.: “El debate europeo sobre el derecho a la desconexión en el trabajo”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, *cit.*, pp. 287 y ss.

como el derecho a conectarse, el derecho a desconectarse y la cuestión de la protección de datos de los trabajadores deben de “abordarse conjuntamente a nivel europeo para evitar enfoques diferentes y diferentes formas de reglamentación como ya han comenzado a desarrollarse en algunos Estados miembros”²⁰.

En todo caso, el debate sobre la desconexión digital no puede, a su vez, desconectarse del escrupuloso respeto de los tiempos de descanso del trabajador y de la lucha contra los excesos y las prolongaciones indebidas de la jornada laboral establecida²¹. El mismo debate sobre el “derecho a la desconexión” encierra la falacia de pensar que, sin un reconocimiento normativo expreso, tal derecho –en estos tipos de trabajo con uso intensivo de NTIC– no existiera o no pudiera derivarse de la aplicación de la normativa jurídica general sobre la ordenación del tiempo de trabajo (esto es, de los tradicionales límites de la jornada de trabajo)²². No podemos caer en la trampa de pensar que –sin su consagración expresa– exista –o siquiera sea admisible jurídicamente– una hipotética “obligación permanente de conexión”. Aún en ausencia de una norma expresa de reconocimiento de este derecho, al trabajador siempre tendría

20 *Diálogo Social: Programa de Trabajo 2018-2020*, adoptado en el Comité Ejecutivo de la CES, 13 y 14 de junio de 2017.

21 Es de sumo interés la sentencia del TSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2013 (n. 3613/2013), relativa al uso de un acelerómetro instalado en el teléfono móvil entregado por la empresa al trabajador, que requería cierta atención y vigilancia fuera de la jornada de trabajo (pues el dispositivo no se podía desconectar), donde se considera que fuera de la jornada laboral, el dispositivo lleva consigo un perjuicio para su salud laboral “y la incidencia que ello no tiene solo para él sino también en lo que es la esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos... pues está fuera de su jornada laboral...”.

22 *Vid.* en este sentido, VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “El derecho a la desconexión: ¿«Novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n. 408, 2017, pp. 167 y ss.

una capacidad –en virtud de los derechos fundamentales en juego– de autodeterminarse cuando el ejercicio del poder de dirección se ha extralimitado, como sucede cuando se ejerce fuera de la jornada laboral. Ahora bien, el problema está en determinar en qué casos sería una facultad “directa” o simplemente de revisión en vía judicial del requerimiento empresarial (que ya que entonces sería una tutela *ex post* cuando se constate la vulneración de los derechos fundamentales en juego).

Un modelo razonable de intervención legislativa vendría constituido por el reconocimiento del denominado “derecho a la desconexión”, que podría perfectamente *integrarse* dentro de la regulación general de la ordenación del tiempo de trabajo. Simplemente añadiendo una previsión-recordatorio (es conocida la dimensión “pedagógica” de algunas normas jurídicas) a las reglas estatutarias de ordenación general del tiempo de trabajo, donde se contemple expresamente la obligatoriedad de respetar tales reglas también en los casos en que la prestación de servicios se realice mediante el uso de nuevos dispositivos tecnológicos. Este reconocimiento desplegaría una eficacia preventiva frente a la violación de los derechos a la vida privada y al descanso que están en juego para el trabajador y de garantía del propio deber empresarial de no atentar contra dichos derechos. Lo que no obsta, en el marco del principio de buena fe en el que debe desarrollarse la relación contractual laboral, que pudiera excepcionalmente requerirse la prestación del trabajador fuera de su horario de trabajo (esto es, precisamente, lo que permiten las horas extraordinarias).

De todos modos, la efectividad del derecho a la desconexión dependerá de la manera en la que se articule legislativamente, y de cómo se configure en relación a la autonomía colectiva– así como con el conjunto de “garantías secundarias” que lleve aparejado el derecho (v.

gr. se hacen necesarios instrumentos de registro del tiempo de trabajo, también en los casos en que se realiza a través de NTIC; precisamente, tales tecnologías pueden facilitar sobremanera dicho control, como permiten también –paradójicamente– potenciar las posibilidades de control empresarial sobre el trabajador).

Francia ha sido pionera en la regulación específica del derecho a la desconexión, mediante la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, que ha introducido –que no “reconocido”– el “derecho a la desconexión” laboral, mediante un nuevo apartado 7 del art. L. 2242-8 del *Code du Travail*, donde se establece –tan solo como “*deber de negociación*” de la materia y sólo en empresas de cierto volumen de plantilla (más de cincuenta trabajadores)– que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: “Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar”.

El modelo francés de regulación supone una “indefinición” legal del derecho –regulación típica de lo que podría denominarse legislación “aparente”, “propagandística” o “cosmética”– con remisión a la negociación colectiva, que será la que deba realmente asumir esta materia; o bien –en su defecto– al desarrollo de la materia mediante el ejercicio del poder unilateral de fijación de condiciones de trabajo de la empresa (que actuaría como fuente reguladora de cierre). A falta de acuerdo mediante la negociación colectiva, “el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una *política de actuación* al respecto”; esta política empresarial –acompañada solo de un derecho de consulta

a los representantes de los trabajadores– será entonces la que defina “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección”. Por lo tanto, se reconduce la materia a la prevención primaria en relación al uso abusivo y problemático de tales dispositivos²³. Como ha tenido ocasión de señalar la doctrina francesa, la vacuidad del derecho legal es evidente, pues no conlleva una delimitación de contenidos (fijación del derecho) ni imposición de garantías (primarias y secundarias); pues no se establecen medidas concretas o sanciones para las empresas incumplidoras por lo que el valor práctico del derecho queda diluido, convertido más en un deseo que en una realidad²⁴. Y ello salvo su reconducción a los incumplimientos relativos al tiempo de trabajo, e incluso incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, pues los mismos deberían estar evaluados y planificados dentro de la actividad preventiva²⁵.

Entendemos que el establecimiento legislativo de un mero “deber de negociación”, p. ej. de

23 Un análisis detallado de la regulación francesa puede verse en TRICLIN, A.: “Régimen jurídico del derecho a la desconexión en Francia”, en *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, cit., pp. 311 y ss.; ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la «Loi Travail No 2016-1088»”, *Trabajo y Derecho*, n. 30, 2017, pp. 12 y ss.; DI MEO, R.: “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”, *Labour & Law Issues*, v. 3, n. 2, 2017, pp. 19 y ss. [<https://labourlaw.unibo.it/article/view/7571>].

24 Vid. RAY, J.-E.: “Grande accélération et droit à la déconnexion”, *Droit Social*, n. 11, 2016, pp. 912 y ss.

25 Vid. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.), *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 91.

obligación de negociación del derecho a la desconexión, como ha sucedido en Francia, es una medida adecuada pero insuficiente. El ideal es la *combinación de un suelo legal de protección mejorado con la intervención de la negociación colectiva*. A veces olvidamos que las materias laborales –incluidas las relativas a la prevención de riesgos laborales– entran plenamente en el ámbito objetivo de contenidos de la negociación colectiva, y que los interlocutores sociales están legitimados para negociarlas sin necesidad de una llamada o remisión legal expresa para hacerlo.

El mero reconocimiento del derecho a la desconexión digital no es una garantía plena si no hay una verdadera voluntad empresarial que garantice más ampliamente el cumplimiento de las reglas de tiempo de trabajo preestablecidas. Luego *el debate sobre la desconexión no puede, a su vez, desconectarse del respeto de los tiempos de descanso del trabajador y de la lucha contra los excesos y las prolongaciones indebidas de la jornada laboral* establecida. Asimismo, las cláusulas convencionales deberían reforzar la función de control que los representantes de los trabajadores tienen legalmente atribuida en estas materias.

En España el primer convenio en prestar atención a este asunto ha sido el Convenio Colectivo del Grupo Axa (BOE n. 244, 10 de octubre de 2017), cuyo art. 14 regula –de manera un tanto etérea– el “derecho a la desconexión digital”. En la citada cláusula convencional se reconoce que “el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras”; en base a ello, las partes firmantes del Convenio “coinciden en la necesidad

de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral”; y consecuentemente, “*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”. Repárese que se reconoce el derecho a no responder, pero no la obligación de no remitir mails o mensajes fuera de la jornada de trabajo. Todo ello podría ya deducirse perfectamente del respeto estricto de la ordenación jurídica vigente sobre tiempo de trabajo, aunque la norma se presente como una medida para proteger y garantizar los tiempos de descanso del trabajador en el caso de trabajos que permitirían la conectividad permanente, en realidad, traslada la decisión sobre la respuesta al trabajador y no impide que se produzca la comunicación –y el requerimiento implícito de disponibilidad– por parte de la empresa. Este tipo de regulación convencional ya ha sido incorporado en los convenios colectivos de otras empresas como Ikea y Banco Santander²⁶. Ahora bien, el uso de conceptos

26 El Acuerdo Laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander, S.A., Banco Popular S.A. y Banco Pastor, S.A., alcanzado entre la dirección de las entidades y la representación social, de 26 de junio de 2018, se asienta sobre la idea de comprometer principios y buenas prácticas a la hora de establecer convocatorias para reuniones de trabajo y formación, utilización racional de los servicios de mensajería, de sistemas de comunicación no presencial, vídeo-conferencias, etc. En esta dirección, su Anexo IV establece que las representaciones firmantes se comprometen a seguir los principios de buenas prácticas en la organización del trabajo, asumiendo específicamente ciertos compromisos, aunque “la elección de los mismos y su implantación deberán adaptarse a las diferentes necesidades de sus profesionales y del negocio/función para el que trabajan, *sin repercusiones negativas en la productividad ni en los resultados y que permitan la necesaria conciliación de la vida personal y familiar*”; entre los que destaca: “Promover un *uso eficiente y racional del mail*, mediante la difusión por la Dirección de Guías y/o Recomendaciones que eviten su uso excesivo o innecesario, o el envío de mails fuera del horario laboral, *salvo situaciones justificadas o de urgencia que no admitan demora*”; en este sentido, y consecuentemente, “se reconoce el *derecho de los profesionales para no responder a emails o mensajes profesionales fuera de sus horarios*”



jurídicos indeterminados –como la expresión “circunstancias excepcionales”– requerirían de una mayor precisión y –muy probablemente– sean fuente de conflictos jurídicos.

4. Es una necesidad imperiosa la transición hacia una nueva cultura del trabajo en entornos digitales (como son especialmente el teletrabajo y el teletrabajo móvil) basada en el cumplimiento de objetivos y la evitación de la monitorización continua del trabajador, donde fomente la comunicación y el *feedback* con los trabajadores, evitando la sensación de aislamiento del trabajador, diseñando una política de promoción y desarrollo de carrera profesional que incluya también al trabajador remoto (o al que presta servicios mediante nuevos dispositivos tecnológicos y de la comunicación). En dicho contexto, es prioritario el respeto al derecho a la desconexión (digital) para garantizar el descanso físico y mental, así como adecuando la carga de trabajo a realizar a las posibilidades y recursos del trabajador que emplea NTIC, así como respetando la jornada laboral mediante la restricción del contacto con el trabajador ya sea vía correo electrónico, u otros medios de mensajería instantánea o llamada telefónica fuera de la jornada laboral, así como mayor claridad en las “expectativas de respuesta”²⁷.

La ausencia de una cultura preventiva sobre el uso adecuado de las NTIC permite la existencia

de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales”.

27 MANZANO SANTAMARÍA, N.: “Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y nuevas formas de organización del trabajo”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, n. 92, 2017, p. 32.

de expectativas de disponibilidad y de respuesta inmediata por parte de los superiores jerárquicos y/o la sensación del “deber de contestar” fuera de la jornada laboral por parte de los trabajadores.

El mismo debate sobre el “derecho a la desconexión” encierra la falacia de pensar que, sin un reconocimiento normativo expreso, tal derecho no exista ya por aplicación de la normativa sobre tiempo de trabajo. Cuando la prestación se preste mediante NTIC, lo lógico es que se acuerden los períodos mínimos de interconexión, así como las fórmulas de control empresarial del cumplimiento horario, con medios que permitan, al mismo tiempo, la protección del derecho a la intimidad y a la vida privada de este tipo de trabajadores, así como también una política clara de límites a una tiranizante “disponibilidad permanente” (que no tiene fundamento jurídico alguno)²⁸.

28 Aunque se trate de un litigio relativo al abono de horas extraordinarias a un trabajador a distancia, es de notable interés la doctrina judicial vertida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016 (AS 2016\99), donde se establece que, en el caso del trabajo desarrollado con conexión a internet, la empresa *debe establecer pautas sobre tiempo de trabajo e instrumentos de control de la actividad del trabajador*, cuyo rechazo por parte de este o su incumplimiento conllevará que la empresa quede exonerada del pago de las correspondientes horas extraordinarias y de su cómputo como trabajo efectivo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no puede admitirse la exoneración de su pago a la empresa, lo que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio; asimismo establece que el control del ejercicio laboral a distancia mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red no supone invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio.

El coste indemnizatorio por falta de prevención de riesgos psicosociales: la responsabilidad civil del empleador

José SÁNCHEZ PÉREZ

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

SUMARIO

1. Riesgos psicosociales y su tutela en la jurisdicción laboral. 2. El avance en la protección de los riesgos psicosociales. 3. La concreción de la indemnización resarcitoria.

1. Cuando afrontamos el problema de la reparación del daño vinculado a los riesgos psicosociales nos topamos con un primer problema a considerar: la inexistencia de una ley reguladora en nuestro ordenamiento jurídico laboral que integre las diferentes modalidades de riesgo laboral de carácter psicosocial, incluido el acoso laboral. Pese a esta inicial deficiencia, que comienza a tener respuesta legislativa en otros países de nuestro entorno, los trabajadores tienen opciones para reclamar frente a este tipo de comportamientos. De entrada hay que tener presente que en la Constitución Española podemos encontrar una fórmula que permite articular determinados mecanismos de defensa. El artículo 53 CE incorpora la previsión de desarrollo de un proceso judicial que ofrezca tutela de los derechos y libertades fundamentales, estableciendo como “*ultima ratio*” la opción de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el ámbito jurisdiccional laboral podrá recurrirse al proceso especial de derechos fundamentales –ha de apreciarse el estrecho vínculo que surge entre los riesgos de origen psicosocial y la

infracción de derechos de carácter fundamental de los trabajadores- o bien a través de los diferentes procesos, bien sea el ordinario o los de carácter especial. También, como veremos, la inexistencia de un plan de prevención de riesgos laborales puede resultar una omisión punible desde la perspectiva de la responsabilidad generada por el empresario.

2. Tradicionalmente, podríamos afirmarlo sin contemplaciones, la trayectoria a la hora de reparar el daño causado en el ámbito de la jurisdicción laboral se podría calificar como “*cicatera*”. Fue la jurisdicción que peor trató el daño corporal provocado en las lesiones vinculadas a la realización de la actividad laboral. Si no existía una clara responsabilidad directa del empresario generadora del daño causado y producida a través de una infracción manifiesta de las obligaciones en materia de seguridad, la acción de responsabilidad civil sólo tenía cabida, en el más clásico de los sentidos, a través de la vía del artículo 1902 del Código Civil: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.



De las situaciones vinculadas al acoso laboral, una de las manifestaciones más graves de los riesgos psicosociales, también se ha de subrayar que la solución clásica que se ofrecía desde la práctica judicial venía a resultar nefasta, pues, al entenderse incluido el daño moral en las indemnizaciones estipuladas por el Estatuto de los Trabajadores, el empresario podía recurrir a este tipo de comportamientos con la tranquilidad de que una hipotética reclamación por despido no le arrojaría otro perjuicio que la indemnización tasada normativamente.

Hoy, por fortuna, los criterios para articular el resarcimiento de daños provocados por el trabajo han evolucionado de forma muy favorable. Quedan lejos los tiempos en que los jueces podrían interpretar incluso que un trabajador, después de haber sufrido un accidente de trabajo con responsabilidad empresarial, arrojaba un saldo deudor desfavorable frente a la empresa una vez capitalizado el coste de las prestaciones devengadas.

Desde la perspectiva doctrinal ha habido quien ha recurrido al símil del derecho como una

partida de ajedrez. Pues bien, en esa partida de ajedrez, en el ámbito de la reclamación de daños y de los riesgos psicosociales vinculados al trabajo, se introdujo una pieza nueva representada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Esta nueva Ley, en la partida de ajedrez que se juega cuando hay una reclamación de daños en el trabajo, venía a ocupar el lugar del peón que se convierte en reina permitiendo reequilibrar una partida en la que los trabajadores partían con varios movimientos de desventaja.

Esta norma viene a superar el papel tradicional de la empresa que podía limitarse a oponer la ausencia de un comportamiento concreto causante del accidente para quedar al margen de toda responsabilidad. Pero ahora no resulta suficiente el que la empresa *“se cruce de brazos para eludir su responsabilidad en el riesgo causado por el trabajo”*. Hay que tener presente que es el empresario, en la búsqueda de su propio beneficio y de los resultados empresariales, quien organiza la actividad productiva. Es por ello que la LPRL obliga a las empresas a la adopción de las medidas

que resulten adecuadas para sortear las condiciones de trabajo que puedan resultar peligrosas o inadecuadas para la salud de los trabajadores, observando el artículo 4.7 que *“se entenderá como condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador”*.

Por su parte, el artículo 14.2 LPRL incorpora la obligación de transposición del artículo 5 de la Directiva (89/391/CEE), donde aparecía de forma referente la obligación del empresario de *“garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”*. Los principios básicos de la Directiva, incorporados a la LPRL, imponen como obligación del empresario *“evitar los riesgos”, “combatir los riesgos en su origen”* y *“adaptar el trabajo a la persona”*, estableciendo como obligación complementaria la obligación del empresario consistente en planificar *“la prevención buscando un conjunto coherente”*.

No vale, pues, la clásica respuesta del empresario según la cual el trabajador pudo tener más cuidado para sortear el riesgo o pudo haber desplegado algún tipo de actividad para evitarlo. La responsabilidad para crear un medio de trabajo seguro en el que desarrollar la actividad laboral compete exclusivamente al empresario, de modo que si no lleva a cabo una evaluación del riesgo laboral para corregirlo, controlarlo o eliminarlo será susceptible de responder por el daño que pueda derivarse del desarrollo del trabajo en condiciones inseguras.

El escenario protector lo completa la respuesta más incisiva que se desprende de la articulación de los derechos fundamentales. La doctrina constitucional ha pasado a ofrecer una tutela específica para la vulneración de estos derechos,

incluso valorando desde la perspectiva de la víctima la posibilidad de ofrecer indicios de la existencia del daño moral y de la descripción de las circunstancias en que se ha producido la vulneración de derechos, para que la carga de la prueba se desplace hacia el empresario, que deberá justificar la licitud y coherencia de las medidas llevadas a cabo. Entre estos derechos particularmente relacionados con los riesgos psicosociales podemos identificar *“la dignidad y la integridad moral”*. Y todo ello teniendo presente que, con frecuencia, resulta imposible la identificación de un perjuicio o daño concreto, o bien su cuantificación desde la perspectiva de reparación del daño.

En la actualidad se ha consolidado una menor tolerancia en relación a los comportamientos que se vinculan a los riesgos psicosociales, en tanto que, simultáneamente, el ordenamiento jurídico ha articulado respuestas más eficaces para la tutela de los derechos infringidos. Pese a que el ordenamiento jurídico probablemente debería acoger avances específicos que mejoraran la tutela de los riesgos psicosociales, lo cierto es que las normas procesales permiten articular diversas opciones como la solicitud de cesación de los comportamientos que infrinjan derechos fundamentales, la de extinción indemnizada del contrato de trabajo o, finalmente, la reclamación de indemnizaciones asociadas a la constatación de daños de tipo físico, psíquico o moral.

Entre los riesgos de carácter psicosocial destaca especialmente, por la frecuencia con que se muestra y los gastos económicos que genera al sistema a través del absentismo y del gasto en prestaciones de Seguridad Social, el *“estrés laboral”*. La relevancia de este factor ha provocado iniciativas por parte de la OIT, la OMS, la Comisión Europea así como Consejo Europeo. La Organización Mundial de la Salud ha incidido en las enfermedades relacionadas con el trabajo refiriéndose a ellas como: *“procesos*

*multifactoriales en los que la ocupación, el trabajo o las condiciones de trabajo pueden ser uno de los muchos factores etiológicos*²⁹.

Uno de los problemas a salvar, sin duda, viene determinado por el origen multicausal del estrés, que puede estar generado por varios factores. La tarea fundamental del laboralista consistirá en identificar aquellas situaciones en que el “factor trabajo” se erige como determinante en su desarrollo. Si el diagnóstico de la patología es el “estrés laboral” habrán de abordarse las medidas necesarias para su tratamiento.

Hay que identificar, no obstante, el “estrés”, como una disfunción de carácter psíquico con un claro componente subjetivo. Cualquier tipo de trabajo, con las exigencias de rendimiento y productividad a lo largo de la jornada ordinaria de trabajo va a llevar implícita una carga de “estrés” inevitable. Lo determinante será diferenciar y tratar aquellas ocasiones que integra un componente patológico y deriva de una situación de sobrecarga de trabajo, de discriminación, de deficiente organización del desempeño laboral, de una situación específica de acoso laboral. En todos estos últimos casos se desplegará la obligación empresarial de reorganizar la actividad o como hemos indicado de “evitar los riesgos”, “combatirlos en su origen” o “adaptar el trabajo a la persona”. De eludirse las obligaciones que incumben al empresario que actúa pasivamente, obviamente, se le podrán exigir las responsabilidades que procedan.

3. La fijación de criterios para indemnizar el daño derivado de los riesgos psicosociales no sólo resulta relevante para poderlos identificar de forma adecuada, sino que por sí misma incorpora

29 SILVAGGI, F., SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “La prevención de los riesgos psicosociales: una perspectiva comparada (Italia-España)”, *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 3/2017, Vol. 5, ADAPT University Press, pp. 173-191.

una faceta preventiva de alcance patente. La identificación de un comportamiento que aparece específicamente reprobado por el ordenamiento jurídico, con su sanción correspondiente, suele generar por parte de los actores implicados un comportamiento adaptativo a las exigencias que plantea la norma.

Desde otra perspectiva la norma procesal, Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ha previsto -en sus artículos 179.3 y 183 LRJS- la reparación de todas las consecuencias que puedan derivar de la violación de un derecho de carácter fundamental, incluida la indemnización que pueda proceder. La indemnización específicamente contemplada en el artículo 183 LRJS plantea como finalidad “resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como (...) contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. La nueva norma incorpora el criterio doctrinal constitucional que se desprende de la STC núm. 250/2007, de 17 de diciembre, incidiendo sobre el ámbito material del procedimiento y ampliando su objeto de cobertura, afectando a varios aspectos del ámbito subjetivo e incorpora la posibilidad de modo más contundente de recurrir a la adopción de medidas cautelares³⁰.

El artículo 177.1 LRJS incorpora una protección que específicamente puede dispensarse a los riesgos psicosociales al referir de forma genérica el tratamiento de «*otros derechos fundamentales y libertades públicas*». A través de este cauce procedimental se podrán articular las reclamaciones relacionadas con cualesquiera derechos fundamentales tales como el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen, la libertad ideológica, religiosa y de culto, la

30 BAJO GARCÍA, I.: “La tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas”, *El Derecho. Boletín Laboral*, septiembre de 2013.

libertad de expresión, de información, reunión y manifestación, la tutela judicial efectiva, etc. Tales derechos pueden aparecer en el desarrollo de la prestación laboral y son especialmente sensibles a contextos donde se proyectan los riesgos de carácter psicosocial.

También, de otro lado, entra en juego la prohibición del tratamiento discriminatorio y acoso laboral. La prohibición de discriminación se proyecta como expresión del derecho de igualdad desde las múltiples perspectivas que ofrecen una tutela protectora (nuestra Constitución, el derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, Tratado de Lisboa). Desde esta perspectiva la prohibición expresa del acoso laboral permitirá acometer las reclamaciones de comportamientos que puedan encuadrarse dentro de esta modalidad ilícita de actuación.

Pese a todo, se ha de tener presente que para recurrir al proceso de vulneración de derechos fundamentales resulta preciso que no resulte de aplicación un proceso especial específico en la LRJS, supuesto en que decaería la opción de recurrir a esta privilegiada fórmula procesal. A tenor de la prevención normativa, si se apreciara la vulneración del derecho fundamental, el juez habría de resolver no solo el cese inmediato de la conducta, sino la reparación de todas aquellas consecuencias consideradas ilícitas.

A la hora de cuantificar el importe indemnizatorio no sólo se habría de tener presente la vulneración del derecho fundamental, sino los daños y perjuicios adicionales que provoquen, entre los que cabría incluir aquellos daños materiales causados, cuyo importe resulta más fácil acreditar y cuantificar.

En atención al principio de rogación, presente en el proceso laboral, la cantidad reclamada ha de

figurar en el escrito de demanda, sin que parezca consecuente que el juez imponga *ex officio* una indemnización excluida del *petitum* de la misma. La norma procesal (artículo 179.3 LRJS) contempla que en las demandas que contemplen una reparación del daño causado se deben indicar con claridad: los hechos constitutivos de la indemnización, el derecho o libertad infringidos así como la cantidad reclamada (artículos 182 y 183 LRJS). En los supuestos en que se reclamen daños morales relacionados con el derecho fundamental, cuando se deduzca dificultad para su concreción detallada, se fijarán las circunstancias que puedan resultar relevantes para su determinación “*incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador*”. La nueva normativa procesal (artículo 183.2 LRJS) no exige la obligatoriedad de concretar los elementos que puedan identificar el daño, ni la obligación de determinar cada una de las partidas reclamadas, permitiéndose la opción alternativa de que el tribunal lo fije de modo prudencial sobre la base de una petición previa.

En la forma descrita se ofrece una respuesta que incorpora criterios de justicia material, facilitando no sólo la efectiva reparación del daño, que podrá ser fijada de forma prudencial por el juez sino un claro efecto preventivo de las conductas que puedan infringir derechos fundamentales, entre las que significativamente se encuentran las relacionadas con los riesgos psicosociales. Así, una vez verificada la conducta vulneradora del derecho fundamental el juez podrá pronunciarse sobre la cuantía del daño fijándolo de modo prudencial y procurando el restablecimiento íntegro de la situación en su estado previo a la lesión³¹.

31 SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción laboral y su vertiente reparadora”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 9, 2016, pp. 873-884.



La nueva redacción de la LRJS incorpora no sólo un criterio de justicia material fijando una indemnización en supuestos particularmente sensibles, sino que incorpora la doctrina constitucional existente³². Sentada la doctrina del Tribunal Constitucional, queda superada la situación de indefensión en que quedaban quienes no hubieran podido justificar adecuadamente la indemnización interesada. Ahora para rechazar el derecho a ser indemnizado por daños vinculados a la lesión de un derecho fundamental se ha de articular una motivación razonable y fundada en derecho, garantizándose el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE. Se llega así a mostrar a los derechos fundamentales como reales y efectivos (sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre) de modo que si se verifica

³² La STC 247/2006, de 24 de julio, establece que una vez producida la vulneración de derechos fundamentales, ello resultaba suficiente para declarar la existencia de daño moral, identificando y describiendo las circunstancias en que la vulneración se hubiera producido. Resultaría suficiente con la aportación de indicios en los que justificar la sentencia condenatoria, considerando que, con frecuencia no resulta posible ofrecer una prueba concreta del perjuicio sufrido, ni de su cuantificación indemnizatoria.

la protección jurisdiccional de los derechos y libertades ex artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE no pueden traducirse en un acto meramente ritual o simbólico (sentencia del Tribunal Constitucional 12/1994, de 17 de enero).

En conclusión el rechazo de toda indemnización a un trabajador que ha visto lesionado un derecho fundamental, sin que quepa motivación razonable para ello, no es algo constitucionalmente admisible, debiéndose fijar la indemnización que proceda en función de la índole, intensidad y duración en el tiempo de los comportamientos generadores del riesgo psicosocial. Se ha tener presente, como argumento de cierre, que el Tribunal Supremo ha ratificado, como referencia a la hora de fijar la indemnización procedente por daño moral, que resulta adecuado imponer una indemnización equivalente a aquella que pudiera corresponder a tenor del comportamiento infractor de la empresa a tenor de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social [STS de 24 de enero de 2017 (rec. núm. 1902/2015); criterio considerado idóneo y razonable por la doctrina jurisprudencial recopilada en la misma].

NOTICIAS RELEVANTES

OBSERVATORIO INSTITUCIONAL

A) PROPUESTAS LEGISLATIVAS

■ La Comisión de Empleo y Seguridad Social del **Congreso de los Diputados**, en su sesión del día 15 de marzo de 2018, aprobó la Proposición no de Ley sobre la modificación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, para que su aplicación no dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de sexo, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista [BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 328, 2 de abril de 2018].

Conforme a la Proposición, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

- Que se adopten las medidas legales que procedan para evitar que la aplicación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de Enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de género, revisando el listado de enfermedades profesionales, para que se contemplen entre las enfermedades profesionales las provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos, también en las actividades desempeñadas fundamentalmente por mujeres, en las cuales se sufren las mismas dolencias, pero dichas profesiones no están entre las ejemplificadas en la norma, como sí lo están profesiones y trabajos masculinizados.
- Que se planifiquen en colaboración con las CCAA campañas específicas de Inspección de Trabajo, en aquellos sectores de actividad en los que debido a la segregación horizontal prestan servicios de forma mayoritaria mujeres trabajadoras a los efectos de que se vigile el cumplimiento de las obligaciones preventivas de evaluación y planificación teniendo en cuenta la perspectiva de género.

En el Editorial del Boletín número 27 del Observatorio de Riesgos Psicosociales de la UGT ya pusimos de manifiesto la necesidad de integrar la perspectiva de género en el diseño de los sistemas de prevención³³ y esta propuesta incide, también en clave reparadora, en la identificación de las patologías derivadas del trabajo que tienen especial incidencia en las mujeres.

33 Boletín del Observatorio de Riesgos Psicosociales de la UGT, n. 27, junio de 2018 [http://www.ugt.es/sites/default/files/boletin27_web_2_0.pdf].

B) DOCTRINA JUDICIAL

EL “BURN OUT” PUEDE CALIFICARSE DE CONTINGENCIA PROFESIONAL A EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE. La declaración de incapacidad permanente total por contingencia profesional puede calificarse como tal, en caso de que la misma traiga su causa en el estrés laboral, las excesivas presiones en el trabajo, la mala gestión del trabajo por la empresa y las constantes circunstancias de enfrentamientos. Una enfermedad psiquiátrica, aun no tratándose de una lesión acaecida de forma súbita, puede ser calificada de accidente de trabajo [ex art. 156.2 e) trLGSS] cuando la única y exclusiva causa de la patología sufrida es el trabajo, sin él no se hubiera producido menoscabo psicológico que incidiese en el desarrollo funcional (**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2017**, nº 1683/2017).

Hechos:

La trabajadora comenzó a prestar servicios para la empresa en el año 1986 como directora de fábrica, destacando por su profesionalidad y entrega en el desempeño de sus funciones. Prestando servicio tanto como directora como en cualquier puesto de trabajo cuando fuera necesario y prolongando su jornada laboral. Estos hechos, unidos a su personalidad, de la que destaca el exceso de responsabilidad y exigencia, provocaron las primeras bajas por incapacidad temporal por estrés entre los años 2000 y 2006.

Durante 2008 y 2009 le asignaron a distintos puestos en distintos proyectos que la empresa iniciaba, para los que no la dotaban de suficiente información para su correcto desempeño. A la trabajadora se le solicitó su clave y usuario de su ordenador, a pesar de que el servidor era público y no era necesaria contraseña para acceder a sus datos. A partir de este hecho, la trabajadora manifiesta sentirse cada vez más aislada. Posteriormente el Director de Recursos Humanos le ofreció llegar a un acuerdo para no continuar en la empresa.

Más adelante, en la reorganización que se llevó a cabo en la empresa, no se le asignó el cargo de Directora que ella esperaba, dada su experiencia en el mismo, sino el de responsable de ubicación de personal, procesos e incentivos, por debajo del gerente industrial del que ya había manifestado que la ignoraba. Debido a la asignación de este cargo, la trabajadora se sintió humillada. De la misma forma que, en ocasiones anteriores, no se le facilita la información necesaria para el correcto desempeño de su puesto, lo que le provoca una crisis de ansiedad por la que volvió a la situación de incapacidad temporal a fecha de 24 de junio de 2010. El 15 de marzo de 2011 inicia otro proceso de IT que se acumuló al anterior. Finalmente, le es reconocida una incapacidad permanente total. La trabajadora no está conforme con que la contingencia de los procesos sea calificada de común y solicita un cambio de contingencia de los mismos a profesional.

Derecho establecido:

La sentencia decide sobre la declaración del tipo de contingencia de la incapacidad permanente total reconocida a la trabajadora. En este caso se establece que la incapacidad deriva de contingencia

profesional, puesto que la deficiente organización del trabajo por parte de la empresa ha provocado estrés laboral en la trabajadora, así como constantes enfrentamientos y excesiva presión.

No se califica la contingencia de enfermedad profesional, ya que el diagnóstico “Trastorno depresivo recurrente de larga evolución, rasgos anancásticos de personalidad” no se encuentra recogido en el RD 1299/2006 de 10 de noviembre (ex art.157 LGSS), sin embargo, si es considerado como accidente de trabajo según lo previsto en el art. 156.2 e) LGSS: “(...) *se considerará como accidente de trabajo aquella enfermedad contraída con motivo de la realización del trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo*”.

La sentencia resalta la gran responsabilidad de la trabajadora, su exhaustividad y gran profesionalidad, descartando también que los hechos acaecidos puedan ser considerados como acoso laboral, ya que este es definido como aquella conducta abusiva o de violencia psicológica al que se somete de forma sistemática, concurriendo las notas de frecuencia, intensidad y permanencia, a una persona en el ámbito laboral, manifestada de forma reiterada mediante comportamientos, palabras o actitudes que lesionen su dignidad o integridad psíquica, poniendo en peligro o degradando sus condiciones de trabajo.

Por el contrario, considerando la situación permanente de autoexigencia y responsabilidad de la trabajadora para el correcto desempeño de sus funciones, no es de extrañar que con el paso del tiempo, y en un momento de cambios, desencadene en la aparición de *burn out*, enfermedad psicosocial que significa “estar quemado”. Para corroborar este hecho, es destacable que la trabajadora padeció dos procesos de incapacidad temporal por estrés durante los años 2000 y 2006, lo que guarda estrecha relación con la intensidad del tipo de trabajo realizado y la gran responsabilidad a la que estaba sometida.

Comentario:

La sentencia es de especial interés ya que considera como accidente de trabajo la enfermedad psicosocial, denominada *burn out* (síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de estrés laboral crónico o frustración prolongado), sufrida por la trabajadora.

En la misma, se considera que tanto la baja médica por incapacidad temporal, así como la incapacidad permanente total, se originaron por una contingencia profesional en lugar de contingencia común. Resaltar la calificación como accidente laboral debido a que los factores que derivan en estrés son motivo exclusivo del trabajo y no se corresponden con factores de la personalidad del trabajador.

La sentencia tiene relevancia, ya que comúnmente las patologías producidas por los riesgos psicosociales son consideradas como contingencias comunes en lugar de profesionales, teniendo, los trabajadores, que acudir ante la Jurisdicción Social para conseguir el cambio de contingencia, así como la protección asociada a la contingencia profesional. Supone un ejemplo del reconocimiento de la etiología laboral de estas patologías, y refleja la realidad de las enfermedades relacionadas con el trabajo de origen psicosocial, las cuales presentan especiales dificultades –aunque no resulte imposible- para la consideración de su etiología laboral.

LAS CONDUCTAS DENIGRANTES HACIA TRABAJADORAS DE NUEVA INCORPORACION CONSTITUYEN ACOSO POR RAZÓN DE SEXO Y SON CAUSA SUFICIENTE DE DESPIDO DISCIPLINARIO.

Conductas denigrantes hacia compañeras de nueva incorporación en la empresa constituyen conductas calificables de acoso por razón de sexo, de un *mobbing* entre compañeros que constituye causa suficiente de despido disciplinario, sin que sea posible que el convenio colectivo rebaje la gravedad de la falta laboral (**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2017**, nº 2145/2017).

Hechos:

Un trabajador es despedido por motivos disciplinarios, debido a su conducta frente a distintas compañeras de nueva incorporación, que resulta considerada como acoso por razón de sexo.

En concreto, los hechos que dan lugar a la medida disciplinaria derivan de la denuncia de una trabajadora, que comienza a prestar sus servicios como cuidadora de personas discapacitadas en 2014, y que, en su segunda semana de trabajo, un grupo de trabajadores, todos varones, la comentan que debe pasar una prueba que consiste en “comerse un plátano delante de los hombres”. Este grupo de trabajadores cantan una canción sobre la broma a la trabajadora, cada vez que se incorpora a su puesto de trabajo y cuando pasaban a su lado intentaban rozarse con ella e incluso le daban golpecitos cuando pasaban con un carro. Estos comportamientos los justificaban porque ella no había pasado la “prueba del plátano” y, por lo tanto, no formaba parte del equipo.

El trabajador despedido, junto con otro compañero, intentan que la trabajadora realice la “prueba” en el aula donde se encontraban los alumnos discapacitados, la trabajadora intentó salir del aula y los trabajadores se lo impidieron. Mientras esto ocurría, los alumnos que debía atender el trabajador se encontraban solos en su aula. Este comportamiento lo repitieron a la semana siguiente con otra trabajadora de nueva incorporación.

Derecho establecido:

La sentencia deja claro que nos encontramos ante conductas de acoso por razón de sexo entre compañeros, las cuales son motivo de despido disciplinario, sin que sea posible por el convenio rebajar la gravedad de la falta laboral, de manera que no sea susceptible de despido.

En este sentido, conviene tener en cuenta que el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, al que está acogida la empresa en la que prestaban servicio los trabajadores, posee un catálogo de faltas escueto. En su art. 68 c) recoge como falta muy grave: “Los malos tratamientos de palabra u obra a los jefes y compañeros”. En relación con el art. 4. E) LET y con el art. 7 de la Ley 13/2007, al suponer las conductas realizadas por el trabajador como ofensas verbales y físicas, y considerando este caso como acoso debido a la conducta llevada a cabo por varios trabajadores, reiterada en el tiempo, y forzando el consentimiento de la víctima mediante la humillación pública y la coacción física, se considera que el despido disciplinario aplicado al trabajador es adecuado a la gravedad de la conducta realizada.

Comentario:

Perseguir a una trabajadora de nueva incorporación, junto con otros compañeros, para someterla a la “prueba del plátano” no podemos considerarlo una broma, como así alegaba el trabajador despedido. Estos hechos se realizaban con todas las trabajadoras “novatas” y sin conocimiento de la empresa. La situación encaja en las conocidas como “novatadas”, frente a las cuales la sociedad cada vez se muestra más contraria y sensible, pues pueden amparar claras violaciones de derechos fundamentales en el trabajo.

Estas conductas, dirigidas contra una persona en concreto, de forma reiterada en el tiempo, incluyendo humillaciones, amenazas, ofensas verbales y coacciones físicas son consideradas como acoso por razón de sexo, que es calificable como una falta muy grave, por lo que constituye causa suficiente de despido disciplinario, sin que sea posible que el convenio colectivo rebaje la gravedad de la falta laboral, de manera que no sea susceptible de despido.

Destacar que, en la sentencia, se invita al trabajador despedido a aplicar la regla de oro de la ética, pensando si él hubiera consentido que su hija o su esposa hubieran sido sujetos pasivos de tal “broma”. Seguramente no.

OBSERVATORIO EUROPEO

La **Comisión Europea** publica el Documento no vinculante del Senior Labour Inspectors' Committee Working Group (SLIC): New and emerging risks (EMEX) sobre: *Principles for Labour Inspectors. With regard to diversity-sensitive risk assessment, particularly as regards age, gender, and other demographic characteristics* [“Principios para los Inspectores de Trabajo. Con respecto a la evaluación de riesgos sensibles a la diversidad, particularmente en lo que respecta a la edad, el género y otras características demográficas”; Luxemburgo, adoptado el 23 de mayo de 2018].

El propósito del Documento es desarrollar un procedimiento de inspección e incrementar la confianza de los inspectores de trabajo a la hora de abordar la evaluación de riesgos de *forma sensible a la diversidad*. Además, está destinado a mejorar la eficacia de las intervenciones en el lugar de trabajo de los inspectores del trabajo, en particular en relación con la edad y los problemas relacionados con el género.

Promover un enfoque holístico para la gestión de la seguridad y salud en el trabajo requiere un examen exhaustivo del lugar de trabajo en su conjunto, teniendo en cuenta y abordando todos los factores que podrían influir en la seguridad y la salud en el lugar de trabajo.

En la actualidad, muchas evaluaciones de riesgos se basan en las características del lugar de trabajo, el tipo de trabajo y los factores laborales, pero se presta menos atención a las

características humanas específicas, incluidas las psicosociales, ya que las evaluaciones de riesgos tienden a diseñarse pensando en el ser humano promedio. Para implementar una hoja de ruta para lograr este objetivo, se debe comenzar a desarrollar tanto políticas como legislación específica.

Considerar y abordar los nuevos riesgos emergentes lleva la evaluación de riesgos a un nivel superior y exige una cultura preventiva y procesos de gestión de SST adecuados. Sin embargo, en la mayoría de los casos, este enfoque se diseñó inicialmente teniendo en cuenta el ser humano promedio. En una segunda consideración, se deben hacer preguntas sobre si todos los procesos, tareas y medidas mencionados en la evaluación de riesgos pueden ser realizados por todos. En este sentido, se identificarán las limitaciones planteadas por características humanas específicas, como la edad, el sexo y el idioma. La participación de los trabajadores podría ser crucial en esta etapa, en la que se presta especial atención a las características humanas.

De acuerdo con el Marco Estratégico de SST de la UE 2014-2020, el envejecimiento de la mano de obra es uno de los tres principales desafíos. Unas condiciones adecuadas de seguridad y salud son necesarias para una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, especialmente a la luz del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral.

Los trabajadores de todas las edades necesitan una capacitación y supervisión adecuadas, así como un entorno de trabajo seguro y adecuado que se ajuste a sus habilidades mentales y físicas. Por estos motivos, la legislación de la UE (Directiva 89/391/CEE significativamente) exige que los empresarios tengan especialmente en cuenta a los grupos de trabajadores vulnerables durante la evaluación del riesgo y apliquen medidas preventivas y de protección adecuadas.

La diversidad de la fuerza de trabajo debe tenerse en cuenta al evaluar y gestionar los riesgos. Una evaluación sistemática de los riesgos debería mejorar la seguridad y la salud en el lugar de trabajo, independientemente de la edad del trabajador. Un enfoque excesivamente general de la evaluación y prevención de riesgos sin una perspectiva de edad puede generar riesgos para los trabajadores más jóvenes/mayores.

Por otra parte, en una comunicación de 2017, la Comisión Europea concluyó que hay “evidencia de que los riesgos relacionados con el trabajo para la seguridad y salud de las mujeres han sido subestimados y un enfoque neutral en género ha contribuido a que se destinen menos atención y recursos a la prevención de riesgos experimentados por las mujeres”.

Los trastornos musculoesqueléticos (TME) constituyen uno de los principales motivos de los problemas de SST. La exposición puede diferir entre mujeres y hombres. La

organización del trabajo tiene un gran impacto en la probabilidad de desarrollar TME. Las mujeres y los hombres a menudo hacen cosas diferentes en el trabajo, incluso si tienen la misma ocupación, por lo que sus exposiciones difieren. Las diferencias biológicas, por otro lado, juegan solo un pequeño papel. Los hombres generalmente tienen una mayor variación en sus tareas laborales, mientras que las mujeres a menudo tienen más tareas repetitivas.

La noción de que las mujeres nacen con una mejor capacidad de cuidado que los hombres, por ejemplo, ha llevado a que los sectores de atención de la salud y atención social estén dominados por mujeres. Con frecuencia los hombres tienen más oportunidades de influir en su situación laboral que las mujeres. Además, cuanto más alta es la posición en una organización, menos mujeres desempeñan estos puestos. Un empresario puede reducir el riesgo de discriminación, acoso y conflicto, y aumentar la creatividad y la rentabilidad, luchando activamente por un lugar de trabajo con mayor igualdad de género.

Los hombres y las mujeres también enfrentan diferentes tipos de estrés psicológico: las mujeres están más expuestas al acoso y la discriminación, mientras que los hombres están más expuestos al estrés y son más propensos a enfermedades cardiovasculares. Con frecuencia, el diseño y la organización del trabajo así como los equipos de trabajo, incluidos los de protección personal (EPI's), se basan en el hombre "promedio", a pesar del principio de adaptar el trabajo a los trabajadores está recogido en la legislación de la UE.

Adoptar un enfoque de "neutralidad de género" en la evaluación y prevención de riesgos puede hacer que se subestimen o incluso se ignoren los riesgos para las trabajadoras. Cuando pensamos en los peligros en el trabajo, es más probable que pensemos en los hombres que trabajan en áreas de alto riesgo de accidentes. Un examen cuidadoso de las circunstancias laborales reales muestra que tanto mujeres como hombres pueden enfrentar riesgos significativos en el trabajo. Es importante incluir las cuestiones de género en la evaluación de riesgos y, además, la "integración" de las cuestiones de género en la prevención de riesgos es un objetivo de la Unión Europea.

OBSERVATORIO EUROPEO

■ La **Organización Internacional del Trabajo** y **EUROFOUND** publicaron el Informe de Investigación conjunto: *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work* ["Trabajando en cualquier momento y en cualquier lugar: los efectos en el mundo del trabajo"; Luxemburgo y Ginebra, 2017]³⁴.

El Informe de investigación examina la relación entre el teletrabajo y el ámbito laboral, en el que han participado 15 países, de los cuales 10 pertenecen a la Unión Europea, entre

³⁴ http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_544138/lang--en/index.htm

ellos España. El informe clasifica a los teletrabajadores en función de su lugar de trabajo y analiza los efectos en el tiempo de trabajo, el rendimiento y la conciliación entre la vida laboral y personal. Sus conclusiones pueden contribuir al desarrollo de políticas eficaces en este ámbito así como garantizar unas condiciones de trabajo justas.

El Informe repasa aquellos efectos positivos del teletrabajo y del teletrabajo móvil, entre los que pueden citarse: la reducción de los tiempos de desplazamientos de casa al trabajo y viceversa y el incremento de la autonomía relacionada con los tiempos de trabajo, lo cual facilita una organización del tiempo de trabajo más flexible. En general, también se produce una mejor conciliación de la vida personal y laboral y un aumento de la productividad del trabajador ya que se sienten más motivados. Esto beneficia igualmente a las empresas, ya que repercute en una disminución de la rotación del personal, mejora la productividad y la eficiencia y la reducción de espacio en las oficinas y los costes asociados.

Pero también el teletrabajo, en el que se utilizan las nuevas tecnologías de la información tiene desventajas, la primera de ellas es la tendencia de los trabajadores a trabajar más horas, la superposición entre el trabajo y la vida personal que deriva en una intensificación del trabajo.

En este sentido, los teletrabajadores que desarrollan su labor desde casa, señalan un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal, mientras que los teletrabajadores de alta movilidad están más expuestos al riesgo de padecer efectos negativos en la salud. Las modalidades de teletrabajo parcial presentan un saldo más favorable entre ventajas e inconvenientes.

Desde la perspectiva de género, los hombres teletrabajan más que las mujeres, pero son ellas las que trabajan más desde casa, lo que sugiere que los roles y modelos de trabajo atribuidos a hombres y mujeres, y la vida familiar, desempeñan un importante papel en la configuración del teletrabajo. Asimismo, las teletrabajadoras tienden a trabajar menos horas que los hombres y alcanzan mejores niveles de conciliación entre la vida laboral y personal.

El desdibujamiento de los límites entre la vida laboral y la personal y las características de las distintas profesiones en las que se usan las TIC's determinan lo beneficioso o perjudicial de su uso. Además, que el teletrabajo sustituya al trabajo en la oficina o lo complementa parece ser un factor importante a la hora de determinar resultados negativos o positivos.

Como del uso de las TIC's para realizar teletrabajo se derivan ventajas tanto para la empresa como para los trabajadores, las autoridades deberían acentuar los efectos positivos sobre los negativos, por ejemplo promocionando el teletrabajo a tiempo parcial y restringiendo aquel informal y el de elevada movilidad que conlleve largas jornadas. También deberían tener en cuenta los cambios en la organización del trabajo vinculados al uso de las TIC y

comenzar a regularlos. Un problema a la hora de aplicar los principios preventivos es la dificultad de evaluar los entornos de trabajo fuera de las instalaciones de las empresas. Sobre este asunto, y para dar soluciones, está realizando un proyecto la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA). Son necesarias iniciativas de formación y sensibilización, tanto para los trabajadores como para los directivos, en cuanto al uso eficaz de las TIC's en el teletrabajo, así como los posibles riesgos y de cómo gestionar de manera eficaz la flexibilidad que ofrece.

El teletrabajo puede ser una herramienta adecuada en la integración, en el mercado de trabajo, de determinados grupos sociales como los trabajadores de edad avanzada, las mujeres jóvenes con hijos y las personas con discapacidad. Tanto las iniciativas gubernamentales como los convenios colectivos son importantes para generar un marco general en el que alcancen acuerdos específicos que atiendan a las necesidades y preferencias de los trabajadores y de las empresas. Además, deben tenerse en cuenta las conclusiones con respecto a las diferencias en las condiciones de trabajo de los distintos tipos de teletrabajo, por ejemplo en casa o de elevada movilidad. Las medidas políticas tendrán que abordar las causas de los efectos negativos del teletrabajo en relación con las condiciones de trabajo anteriormente descritas.

ESTUDIOS CIENTÍFICOS

■ Monografía sobre: ***Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición*** [Autor: **Cristóbal Molina Navarrete**; 2ª edición, Editorial Bomarzo, 2018].

La obra constituye una actualización de la que publicara el autor en el año 2007, considerando que el problema de la tutela judicial efectiva frente al acoso se ha agravado, pues si bien el número de demandas se ha incrementado exponencialmente, las sentencias estimatorias se han reducido sensiblemente. En este sentido, miles de demandas, algunas relativas a las nuevas formas de acoso, reciben respuestas judiciales ancladas en el pasado, si bien otras conllevan aportaciones innovadoras en la tutela preventiva y reparadora frente al acoso moral en el trabajo.

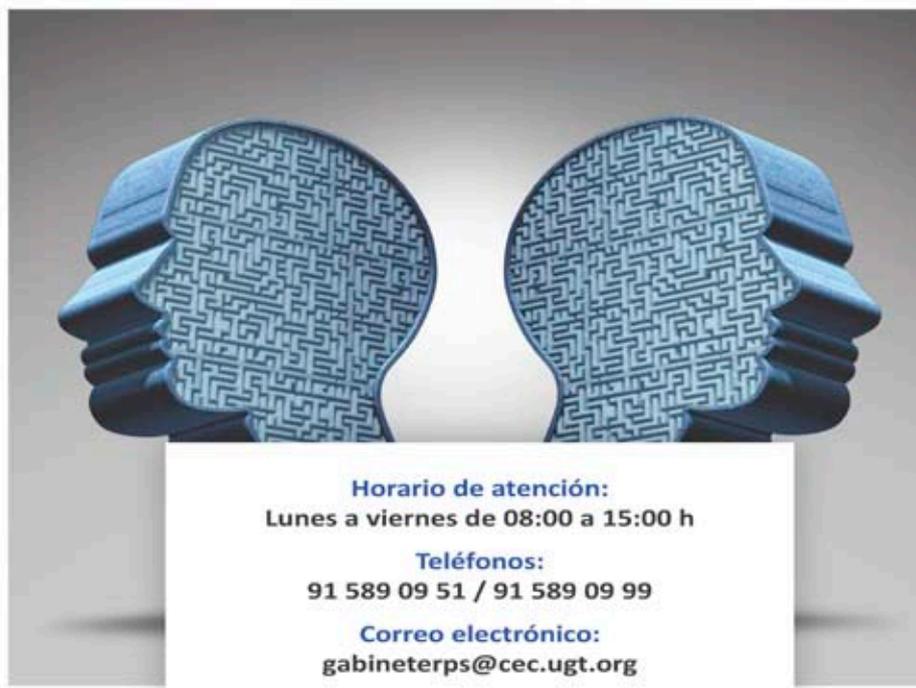
La obra es imprescindible para una puesta al día en el tratamiento judicial que reciben los casos de acoso moral en el trabajo en los diferentes órdenes jurisdiccionales. Se abre con una introducción donde se pone se expone el planteamiento general de la obra, que no es sino dar respuesta a la cuestión de si viene pesando más la función innovadora de la jurisprudencia o, por el contrario, persisten inercias conservadoras o resistencias al cambio que conllevan una ineffectividad de la tutela jurídico-social frente al acoso laboral. Para dar respuesta a este interrogante, el trabajo se estructura sistemáticamente en cuatro capítulos que, plagado de apreciaciones técnico-jurídicas en clave crítica, abordan:

- La *tutela socio-laboral frente al acoso laboral*, haciendo hincapié en la importancia de elegir adecuadamente entre la pluralidad de vías procesales para posibilitar una protección integral y eficaz (preventiva, reparadora y sancionadora) en relación a conductas y prácticas que pueden ser pluri-ofensivas; se denuncia el estancamiento conceptual y doctrinal sobre el acoso (en contraposición a la evolución legislativa y científico-técnica del mismo), así como el retroceso en orden a la eficacia práctica de las pretensiones de tutela frente al acoso en el trabajo.
- La *tutela frente al acoso en la “justicia” contencioso-administrativa*, donde se ponen de relieve las persistentes resistencias institucionales para actualizar el derecho del funcionario a la integridad frente a entornos organizativos psicosociales contaminados, valorándose el sistema como más defensor del privilegio administrativo de que efectividad de la tutela de dicha integridad; y que se agrava por la resistencia a calificar las consecuencias psíquicas del acoso como contingencia profesional.
- La *tutela civil frente al acoso laboral*, ya muy residual tras los cambios competenciales operados por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
- La *tutela penal*, en la práctica judicial post-reforma del Código penal, donde se constata que conllevó el crecimiento de las demandas, pero no de las estimaciones, situación que califica de frustrante “más hoy que ayer”, aún reconociendo que la principal protección eficaz debe ser la preventiva, y no la punitiva.

El autor, entre otras interesantes reflexiones finales, concluye que las nuevas piezas normativas, incorporadas al grupo normativo que tutela jurídicamente el acoso moral en el trabajo, contrastan con una realidad social y judicial en la que se demuestra su falta de eficacia; considerando prioritaria una renovación judicial sobre las reglas de facilitación de la carga de la prueba, así como tomarse más en serio la regla del primado de la tutela preventiva, a través del sistema de gestión de riesgos profesionales, con inclusión plena de los riesgos psicosociales.

GABINETE DE ASESORAMIENTO EN RIESGOS PSICOSOCIALES

SECRETARÍA DE SALUD LABORAL Y MEDIO AMBIENTE
C/ HORTALEZA 88. PLANTA BAJA (28004 MADRID)



Desde UGT os informamos de la creación del **Gabinete de asesoramiento técnico sobre riesgos psicosociales, una prestación gratuita para todos los trabajadores de cualquier punto de España**, financiada por la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales.

El Gabinete está constituido por dos técnicos que atienden las consultas **presencialmente o a través del teléfono o email, de lunes a viernes, de 8:00 a 15:00 en la Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC C/Hortaleza 88 de Madrid.**

Entre la temática a tratar por este Gabinete se encuentra: el **estrés laboral**, síndrome del quemado o **burnout**, violencia o acoso en sus diferentes vertientes (**mobbing, acoso sexual**,); depresión, suicidio, ansiedad, ; **factores psicosociales como autonomía, motivación**, sobre todo la **organización del trabajo, conciliación de la vida laboral-personal**; así como otras situaciones que pueden relacionarse con los RPS como absentismo, adicciones, etc.

Esta iniciativa complementa la línea de actuación que venimos desarrollando desde el ORPS, cuyo objetivo es la **promoción del conocimiento y el cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo** en este tipo de riesgos, uno de los mayores problemas que sufre la población trabajadora.

Además del Gabinete editaremos dos herramientas para la Negociación Colectiva y el desarrollo de las funciones de nuestros delegados, una guía de negociación colectiva en RPS, en la que se recogerán las cláusulas más interesantes publicadas en los Convenios Colectivos y otra guía en la que se realizará un estudio sobre los protocolos de acoso.

Para más información puedes consultar en: www.ugt.es/salud-laboral
o bien a través de: UGT Salud Laboral. C/ Hortaleza, 88 • 28004 Madrid

Depósito Legal: M-4691-2006

FINANCIADO POR:

AI-0001/2017



MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL



FUNDACIÓN
ESTATAL PARA
LA PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES, F.S.P.

