

**Prevención de los riesgos psicosociales:
Normativa y aplicación en el marco de la empresa**

María Amparo Ballester Pastor

Catedrática de Universidad

Universitat de València, EG

Bilbao 15 de Noviembre de 2013

1. LA NUEVA TRASCENDENCIA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO RIESGOS EMERGENTES

1.1.El riesgo psicosocial como riesgo emergente

Los riesgos psicosociales se caracterizan por sus efectos (psicológicos) y por su origen (derivados de la relación interpersonal y social en la empresa).

Los riesgos psicosociales se han erigido recientemente como los nuevos objetivos de las políticas de prevención, al menos nominalmente. Son numerosos los documentos que se refieren a ellos, particularmente en el ámbito de la Unión Europea, en los que se evidencia la repercusión de este tipo de riesgos en la salud de las personas y que pretenden situarlos al mismo nivel que otro tipo de riesgos laborales.

Los riesgos psicosociales forman parte, así, de los nuevos riesgos (RIESGOS EMERGENTES)

Por ejemplo, en la Estrategia para la Seguridad y Salud en el Trabajo 2002-2006¹ se proponía expresamente el tratamiento normativo de los llamados riesgos “emergentes”, a los que se prestaba una especial atención y a los que se calificaba como aquellos surgidos de nuevos procesos, tecnologías o tipos de lugar de trabajo, así como por cambios sociales u organizativos, incluyendo los de naturaleza física, biológica, química y psicosocial². Similar referencia aparecía en la Estrategia 2007-2012.

LOS RIESGOS EMERGENTES aparecen como tales (*) bien porque han sido recientemente descubiertos o (*) bien porque se corresponden con procesos productivos nuevos.

El riesgo psicosocial es un riesgo doblemente emergente porque concurren las dos razones: (*)recientemente se ha descubierto (mejor, ratificado) el efecto del clima laboral en la salud psicológica; (*) las nuevas condiciones de trabajo (mayor inestabilidad y mayores prerrogativas empresariales) hacen que se trate de un riesgo nuevo y muy generalizado.

1.2. Las consecuencias: Reconocimiento y equiparación de los riesgos psicosociales

Este surgimiento (con doble emergencia) de los riesgos psicosociales como riesgos laborales relevantes ha tenido dos consecuencias: Su reconocimiento y su equiparación a los riesgos clásicos.

A)RECONOCIMIENTO:En el momento actual el rasgo más característico de los

¹ COM (2002) 118

²Tomo el concepto de riesgo emergente dado por el Observatorio Europeo de Riesgos, <https://osha.europa.eu/es/riskobservatory/index.html>. Incluyen, por tanto, nuevos factores físicos (musculo-esqueléticos, ruido, vibraciones, radiaciones ionizantes...), biológicos (síndrome respiratorio agudo, gripe aviar, ántrax...), químicos (nanopartículas, carcinógenos, mutagénicos, tóxicos para la reproducción, alérgicos...) y psicosociales.

riesgos psicosociales es precisamente su normalización: el riesgo psicosocial está generalmente reconocido como un factor de riesgo real y efectivo, que tiene consecuencias sanitarias de gran relevancia y que requiere atención en el ámbito de la empresa. Hace ya tiempo que dejó de ser una cuestión meramente subjetiva, dependiente de la susceptibilidad de las personas o de imposible prevención para pasar a ser un riesgo de naturaleza laboral, generado en la empresa y susceptible de generar responsabilidades de la empresa. El trabajo puede ser una ZONA DE RIESGO para el surgimiento de padecimientos de naturaleza psicológica. Actualmente existe el convencimiento de que en la empresa se pueden generar “siniestros” psicológicos, que guardan una relación de causalidad con la actividad laboral y que, por lo tanto, tienen naturaleza de accidente de trabajo: a) El propio trabajo puede generar, por sus condiciones, una patología psicológica (por ejemplo, estrés laboral de ciertos cuerpos policiales, STS de 18 de Enero de 2005); b) o en el trabajo pueden surgir comportamientos interpersonales patológicos, susceptibles de generar dolencias, amén de atentados a la dignidad (acoso)

B) EQUIPARACIÓN A LOS RIESGOS CLÁSICOS: La principal consecuencia de la equiparación a los riesgos clásicos es la aplicación de políticas preventivas a los riesgos psicosociales. Pero ello se enfrenta, en la práctica, a importantes contradicciones. Y ello fundamentalmente porque hay algunas manifestaciones de los riesgos psicosociales que, pese a todos los esfuerzos realizados por los muchos estudios realizados, son riesgos con una caracterización muy peculiar, que presentan muchas diferencias con los riesgos laborales clásicos.

Podrían identificarse tres niveles de riesgos psicosociales en atención a su cercanía con los riesgos laborales tradicionales:

i) En el nivel más cercano se encontrarían los riesgos psicosociales que implican violencia/amenaza física procedente del exterior a la empresa (por ejemplo en el caso de atracos). Para este tipo de riesgos la actuación preventiva requiere comportamientos por parte del empresario muy similares a los que debería aplicar para factores de riesgo clásicos (ruido, exposición a agentes tóxicos...) puesto que básicamente su obligación consiste en identificar el riesgo, y proceder a eliminarlo o a aplicar los mecanismos para reducir sus efectos (incluyendo la formación adecuada)³.

ii) En un nivel intermedio se encuentra la violencia psicológica externa a la empresa (proveedores, clientes...) o interna (propio empresario o compañeros de trabajo) que constituye una agresión identificable por medio de conductas concretas de particular gravedad no solo por sus efectos sanitarios sino también por afectar a la dignidad de las personas. En este apartado se encuentran los acosos laborales (acoso sexual, acoso causal o acoso moral). En este nivel el principal problema es identificar la agresión y la conexión laboral de los eventuales daños psicológicos causados, pero una vez establecida la conexión el alcance de la política preventiva es similar a la del resto

³ Un ejemplo de esta similitud entre el factor de riesgo psicosocial consistente en violencia externa física y el factor de riesgo clásico en relación con las responsabilidades empresariales se advierte en la STS de 12 de Junio de 2013 (rec. 793/2012). En ella se condenó al empresario a abonar un 30% de recargo por no haber adoptado las medidas de prevención adecuadas en relación con un puesto de trabajo susceptible de atraco (cajera en local de juegos) que supuso la Incapacidad Permanente Absoluta de la trabajadora. Las medidas preventivas debían haber consistido fundamentalmente en una adecuada evaluación y formación, lo que coincide básicamente con la responsabilidad empresarial en caso de riesgo tradicional.

de factores laborales de riesgo clásicos. Para identificar estos comportamientos ha tenido gran relevancia la conceptualización de los acosos causales y acosos sexuales que existe en la normativa de la UE (Directiva 2006/54 – acoso por género y acoso sexual-; Directiva 2000/43 –acoso por etnia); y Directiva 2000/78 – acoso por razón de religión, edad, discapacidad, ideología u orientación sexual).

iii) Pero el nivel conceptual de riesgo psicosocial que más se aleja del concepto de riesgo laboral clásico es el que conecta directamente con las relaciones horizontales y verticales en la empresa y con el estilo de dirección. En este nivel se encuentran las relaciones interpersonales y directivas cotidianas, la generación de ambientes tóxicos o de situaciones de incertidumbre persistentes que llegan a formar parte de la vida ordinaria en la empresa. Vendría a ser una especie de RIESGO PSICOSOCIAL ESTRUCTURAL (MANTENIDO, PERMANENTE, INTRÍNSECO). Este último nivel es el que plantea mayores diferencias con los factores de riesgo tradicionales porque la identificación del riesgo es difusa: la diferencia entre una técnica de motivación y un maltrato puede depender, en supuestos fronterizos, de subjetividades. Pero sobre todo este último nivel plantea diferencias con los factores de riesgo clásicos en relación con la prevención porque entra en conexión con las técnicas de dirección y con las potestades de organización, un espacio reservado al empresario.

Resulta claro, pues, que el reconocimiento del riesgo psicosocial plantea dilemas importantes. Algunos datos evidencian su renovada relevancia, la voluntad institucional de que el riesgo psicosocial adquiera relevancia efectiva. Sin embargo, existen contradicciones y sombras en este reconocimiento, que hacen que la política preventiva sea más contenida. De una y otra perspectiva (en positivo y en negativo) se trata a continuación.

2.EL RIESGO PSICOSOCIAL ESTRUCTURAL EN POSITIVO. SU RENOVADA RELEVANCIA.

Hay una serie de circunstancias actuales que indican cierto resurgir del riesgo psicosocial estructural (el relacionado con la gestión de los recursos humanos, con las condiciones laborales mínimas y con el trabajo digno). () Algunas de ellas proceden de las instituciones encargadas de detectar/investigar/analizar los factores de riesgo (Agencia Europea para la seguridad y Salud en el Trabajo), que han dedicado una atención especial a la relevancia de los mismos para la configuración de un ambiente laboral sano. (*) De hecho, los documentos preparatorios de la Estrategia 2013-2020 hacen referencia al riesgo psicosocial, si bien en conexión con la Estrategia 2020. (*) También la OIT ha operado cierta integración “silenciosa” del riesgo psicosocial en el ámbito de la prevención de riesgos. (*) Finalmente, debe destacarse la conexión existente entre la normativa antidiscriminatoria y la adecuada prevención frente al riesgo psicosocial*

2.1.Los datos objetivos: Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo

A) Conforme a los estudios elaborados en la Agencia Europea de Seguridad y

Salud en el Trabajo⁴, entre los riesgos psicosociales se incluyen los relacionados con el trabajo precario, el trabajo irregular y flexible, la inseguridad en el trabajo, la intensificación en el trabajo (por ejemplo a partir de la mayor disponibilidad horaria requerida), las condiciones de trabajo de los trabajadores mayores, la violencia laboral, el acoso, el estrés laboral o la deficiente coexistencia entre vida y trabajo⁵. En general, la cuestión del control del tiempo por parte del propio trabajador/a aparece como un factor de riesgo psicosocial de gran relevancia (conciliación de responsabilidades y gestión ordinaria del tiempo ante horarios imprevistos). También destaca la situación de riesgo que genera la inestabilidad.

En un documento de trabajo para la Comisión Europea titulado *Prioridades para la investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo en la UE-25 (Priorities for occupational safety and health research in the EU-25)* se destaca en concreto que la dificultad de los trabajadores para alcanzar el equilibrio entre la vida laboral y extra-laboral es motivo de creciente preocupación. El problema se ve agravado por el aumento de la proporción de hogares en los que conviven dos trabajadores y otros familiares dependientes de avanzada edad. También se ve afectado por lo que se ha denominado *trabajo atípico*: el proporcionado por empresas de trabajo temporal, a tiempo parcial o realizado en horarios *poco habituales*. Todos estos factores pueden contribuir fácilmente al estrés laboral, además de actuar como obstáculo para la incorporación o el mantenimiento de ciertos grupos en el conjunto de la población activa.

CONTROL DEL TIEMPO (INCLUYENDO CONCILIACIÓN) E INESTABILIDAD COMO FACTORES DE RIESGO

B) En el informe sobre el estrés laboral de la Agencia Europea de Seguridad y Salud⁶ se define el estrés laboral como el desequilibrio entre las demandas que se hacen al trabajador y los recursos que tiene disponibles para afrontar estas demandas. Se describen asimismo los síntomas del estrés laboral tanto en lo que guarda relación con sus repercusiones en la empresa (absentismo, reducción de la productividad, problemas disciplinarios, errores...) como en el propio individuo (irritabilidad, ansiedad, problemas de sueño, depresión, hipocondría, problemas familiares, dificultades de concentración, dificultad para tomar decisiones, abuso de drogas, alcohol y tabaco, comportamiento destructivo, problemas de espalda, problemas inmunológicos, úlceras, hipertensión...).

⁴ Agencia creada por Reglamento del Consejo de 18 de Julio de 1994, en el que se establece como uno de sus objetivos *proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo*. La agencia se creó junto a otras en la década de los 90 como respuesta a un deseo de descentralización geográfica y a la necesidad de hacer frente a nuevas tareas de naturaleza técnica o científica. La agencia se radica en Bilbao y se creó en 1995.

⁵ Resulta de particular interés el informe elaborado en el seno de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo titulado *Experts forecast emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807118>

⁶ <http://osha.europa.eu/en/topics/stress>

A efectos preventivos se sugiere que se permita el suficiente tiempo para el desarrollo de la actividad laboral (JORNADA/HORARIO), que se describa claramente el trabajo (CLASIFICACIÓN PROFESIONAL), que se premie al trabajador por su buen rendimiento (PROMOCIÓN OBJETIVA), que se permitan las quejas de los trabajadores y se las tenga en cuenta (REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DEFENSA DE SUS INTERESES), que los trabajadores tengan cierto control sobre su trabajo (PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA), que se permita a los trabajadores la toma de decisiones en los temas que les atañen (PARTICIPACIÓN), que se ajuste la carga de trabajo a las capacidades y los recursos de cada trabajador (ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL), que se designen trabajos estimulantes (CONDICIONES DE TRABAJO/PROMOCIÓN/SALUD), que se definan claramente trabajos y responsabilidades (CLASIFICACIÓN PROFESIONAL), que se den oportunidades para la interacción social y que se eviten ambigüedades en relación con la seguridad y el desarrollo profesional. Se apunta, en definitiva, a un modelo sano de gestión de recursos humanos motivador y participativo, en el que el trabajador tenga cierto control de su actividad, y disponga de la información necesaria.

Claramente se apunta a cuestiones que tradicionalmente han sido objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo (jornada, horario, participación, promoción, representación, tutela...), bien directamente en la legislación laboral bien en la negociación colectiva. Los trabajos de la Agencia solicitan al empresario que respete la red de seguridad en las “condiciones del trabajador” (CARGA DE TRABAJO, TIEMPO, PARTICIPACIÓN, CRITERIOS OBJETIVOS DE PROMOCIÓN...). Sucede, sin embargo, que el establecimiento legislativo de dicha red va retrocediendo a medida que se incrementan las prerrogativas empresariales en pos de la flexibilidad. También las garantías de convenio colectivo van retrocediendo a medida que va retrocediendo la ley, y va debilitándose el sindicalismo. En los documentos de la Agencia Europea de Seguridad y Salud se pide “por favor” que se mantenga la red de seguridad de las condiciones de trabajo dignas.

Da la sensación, en estos estudios, de que se está produciendo el tránsito de la ley laboral (en retroceso) al código de conducta (en avance). Aunque no debe olvidarse que la Agencia no entra en cuestiones instrumentales (acerca de cómo exactamente debe producirse esta garantía). En mi opinión: (*) hay algunas situaciones en las que el cumplimiento de dichas condiciones puede producirse por voluntad empresarial (no desempleo, sectores tecnológicos o en los que se prima la aportación intelectual del trabajador...). Existen ciertamente empresas que aplican técnicas de motivación, valoran su fuerza de trabajo y ello repercute en la calidad de su producto. (*) pero hay otras situaciones en las que resulta necesario el control legislativo para evitar que la fuerza de trabajo se inserte en una dinámica infernal de rotación permanente (en situaciones de alto desempleo e hipercualificación), para evitar que la competitividad de la empresa se eleve fundamentalmente a partir del empeoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores (por ejemplo, con relación a la gestión de su tiempo)

DEBEN MANTENERSE CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS RELACIONADAS CON EL TIEMPO, CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, PARTICIPACIÓN, TUTELA Y LÍMITES A LAS PRERROGATIVAS EMPRESARIALES COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR LA SALUD LABORAL (AGENCIA). LA LEGISLACIÓN TIENE UN PAPEL FUNDAMENTAL AL RESPECTO (MIO).

2.2. Los riesgos psicosociales en la Estrategia 2013-2020 de Seguridad y Salud en la UE: el resurgimiento coordinado

A) En los documentos preparatorios de la estrategia 2013-2012 aparecen dos referencias de notable interés en relación con los riesgos psicosociales estructurales:

(*) de un lado, se refiere que la nueva Estrategia 2013-2020 tiene que integrarse en la **Estrategia 2020**. Esta simple mención podría hacer dudar acerca de la relevancia otorgada a la prevención del riesgo psicosocial estructural, dado que el principal objetivo de la estrategia 2020 es el incremento de la competitividad empresarial (crecimiento inteligente, sostenible e integrador), y su principal instrumento es la “flexiguridad” (que ha sido considerada en ocasiones un eufemismo para defender la flexibilidad tradicional que, desde 1980, propugna el incremento de las prerrogativas empresariales). Pero la forma en que se constata en la documentación de la Estrategia 2013-2020 esta relación con la Estrategia 2020 refuerza la idea de que una adecuada política preventiva y una adecuada política de gestión de la fuerza de trabajo pueden ser unas herramientas adecuadas para incrementar la productividad y la competitividad por medio de un tipo de producción que prime la calidad. Ese es el principal objetivo de la nueva economía propugnada desde las instituciones comunitarias, que promueve la formación y la calidad del producto, para lo cual una política de gestión “sana” también resulta fundamental.

(*) de otro lado, en la propia documentación preparatoria de la nueva **Estrategia 2013-2020**⁷ se refuerza la importancia de configurar un clima sano de relaciones laborales en la empresa que aporte empleos de calidad. Y que se inspeccione adecuadamente. Se apunta expresamente lo siguiente:

-La visión ha de incluir los siguientes aspectos: Conseguir una vida de trabajo sostenible, que aporte empleos de calidad, conciliación entre la vida familiar y laboral, buenas condiciones de empleo, puestos de trabajo saludables y más productivos

-Riesgos psicosociales relacionados con el trabajo: ... Se centra en la actuación de la inspección frente a la violencia y el estrés.

LA CONEXIÓN ENTRE LA ESTRATEGIA 2013-2020 Y LA ESTRATEGIA 2020 SUPONE QUE LA PREVENCIÓN FRENTE AL RIESGO PSICOSOCIAL (BUEN CLIMA DE TRABAJO, MOTIVACIÓN, PARTICIPACION...) COADYUVA A LA MEJORA DE LA CALIDAD/COMPETITIVIDAD.

B) La **Confederación Europea de sindicatos** ha resaltado también la importancia de los riesgos psicosociales estructurales. En su Resolución de 7-8 de

⁷ Documento base para la elaboración de la estrategia OSH 2013-2012. Documento elaborado por el grupo de trabajo “Strategy” del Advisory Committee for Occupational Safety and Health. Borrador. Versión 4ª

https://docs.google.com/file/d/1_eUd0dZ0Kdd6Dh3A-UGtUsOzy_QmezenKmRX7jRn3_fzd_9s5zuEYkIX0Ty/edit?usp=drive_web&pli=1

Diciembre de 2011 (en la que mostraba su preocupación por la demora en la aprobación de la Estrategia 2013- 2020) destacaba que debía darse prioridad a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, tanto como a la prevención de accidentes. El clima laboral, pues, se destaca como elemento preventivo prioritario. Se señala expresamente lo siguiente:

Las relaciones entre la salud mental y el empleo y las condiciones laborales son significativas. Las reestructuraciones, el desempleo, el empleo precario y las degradadas condiciones laborales están detrás de las principales desigualdades sociales desde el punto de vista de la salud mental. Todos los estudios realizados sobre condiciones de trabajo muestran que el estrés es un problema serio que afecta a un número cada vez mayor de trabajadores. Además, hay una relación significativa entre las condiciones laborales y la depresión o el síndrome de burn-out (estar quemado, agotamiento). Vigilar más de cerca las condiciones laborales de los trabajadores es crucial para prevenir los problemas de salud mental. La prevención eficaz también debe abordar la desigual distribución general del trabajo entre hombres y mujeres, la falta de democracia en el lugar de trabajo y los diferentes factores que están detrás de la discriminación, el acoso y la violencia.

PERSPECTIVA SOCIAL: SE REAFIRMA EN LAS DEMANDAS DE LOS TRABAJADORES LA RELACIÓN ENTRE CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS Y DIGNAS Y SALUD LABORAL

2.3.La política silenciosa de la OIT sobre riesgos psicosociales y el trabajo decente

A)Reconocimiento del riesgo psicosocial y aplicación de los convenios preventivos genéricos de la OIT

No existen convenios internacionales de la OIT que expresamente hagan referencia a los riesgos psicosociales. Como en el ámbito de la Unión Europea, abundan, sin embargo, los **estudios y recomendaciones prácticas**, como por ejemplo el Código de Prácticas sobre violencia en el sector servicios⁸, el convenio colectivo sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso entre la Oficina Internacional del Trabajo y el Sindicato de la OIT⁹ o el Informe sobre Violencia en el Trabajo realizado en 1998¹⁰. Existe, asimismo, referencia específica a los riesgos psicosociales en la **Estrategia Global** en materia de Seguridad y salud en el Trabajo adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Junio de 2003. En esta Estrategia se propone el desarrollo de nuevas técnicas preventivas para los riesgos emergentes y se promueve la consolidación de la cultura de la prevención, entre otros temas.

Por ello es posible incluirlos riesgos psicosociales en los convenios de la OIT que, con carácter general, tratan la cuestión de la prevención, como por ejemplo el **Convenio 155 de la OIT**, de 22 de Junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente (y la Recomendación 164), o el **Convenio 187 de la**

⁸ De fecha 15 de Octubre de 2003.

<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/mevsws03/mevsws-cp.pdf>

⁹<http://www.ilo.org/public/spanish/staffun/docs/harassment.htm>

¹⁰ Chappell y Di Martino, *Violence at work*, Ginebra, 1998

OIT de 15 de Junio de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Ambos han sido ratificados por España. El Convenio 187 resulta particularmente interesante en relación con los riesgos psicosociales porque hace continua referencia a la configuración de ambientes de trabajo no solo sanos sino “saludables,” lo que permite una interpretación del riesgo laboral más amplio que el simplemente relacionado con la salud física. También debe recordarse, al respecto, que el **Convenio 1 de la OIT**, de 1919, estableció el límite de las 48 horas semanales en la industria, desarrollando el objetivo que había sido enunciado en el Preámbulo del Tratado de Versalles. La cuestión de la limitación horaria y del control del tiempo por parte del trabajador es, por tanto, uno de los contenidos más consolidados en la OIT.

B)El trabajo decente

Pero la política de la OIT que resulta actualmente más vigorosa en relación con la prevención y protección frente a los riesgos psicosociales (aunque no se establezca esta conexión expresamente) es la que deriva del concepto de “trabajo decente” que fue utilizado por primera vez por el Director General de la OIT en 1999¹¹ y que ha dado lugar a numerosos estudios posteriores¹². El término ha acabado por incorporarse expresamente al título de algunos instrumentos de la OIT, como por ejemplo al Convenio Internacional de la OIT 189, de 2011, sobre “Trabajo decente de los trabajadores y trabajadoras domésticos”¹³. El trabajo decente aspira a conferir legitimidad a la globalización dotándole de nuevos valores éticos¹⁴. Decente significa “conveniente y apropiado”. Implica proteger el trabajo teniendo en cuenta los intereses de las empresas y de la economía, pero también significa que las relaciones humanas no deben ser reducidas a ideologías utilitarias, sino que deben comprender una dimensión ética¹⁵. Reclama, pues, un tipo de relaciones laborales en las que no se tenga en cuenta solamente la competitividad. Desde esta perspectiva de humanización de las relaciones laborales coincide en sus objetivos con la prevención de los riesgos psicosociales.

Debe destacarse que, tanto por la implantación del concepto de trabajo “decente” en el marco de la OIT como por la utilización del término “ambiente de trabajo saludable” en el Convenio 187 se advierte en la OIT cierta preocupación por mantener los límites éticos que garanticen unas condiciones de trabajo ajustadas también a las necesidades de los trabajadores, promoviendo su estabilidad y garantizando objetividad y adecuación en la gestión de recursos humanos, al menos en sus aspectos más esenciales. Pero también debe destacarse que el concepto de trabajo “decente” se sitúa un paso por debajo del concepto de trabajo “digno”¹⁶, por lo que implica en sí mismo cierto reconocimiento de que el listón de derechos laborales mínimos ha descendido. Incluso la necesidad de recordarlo implica en sí mismo el reconocimiento de que es cierta la amenaza de un retroceso en las garantías laborales de los trabajadores.

¹¹ *Trabajo decente. Informe del Director General de la OIT a la 87ª Sesión de la CIT*, Ginebra, 1999

¹² Entre muchos otros, Peccoud, *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, Madrid, 2006. También, el número monográfico sobre “La medición del trabajo decente”, en *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 122, nº 2, 2003.

¹³ El Convenio 189 de la OIT y la Recomendación 201 sobre el mismo tema fueron aprobados el 16 de Junio de 2011

¹⁴ Lo refiere Gil y Gil, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 15

¹⁵ Al respecto, Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 62

¹⁶ Lo refiere Auvergnon, “De declaración en declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 36

2.4. La conexión entre la política antidiscriminatoria y la prevención del riesgo psicosocial: mismos objetivos e instrumentos

La política antidiscriminatoria por razón de género (e incluso la política antidiscriminatoria por otras causas) comparte objetivos e instrumentos aplicativos con la política preventiva en relación con los riesgos psicosociales. () De un lado, el concepto de acoso, cuya repercusión sanitaria resulta actualmente indudable, se encuentra definida en el ámbito antidiscriminatorio; (*) De otro lado, las estrategias antidiscriminatorias son totalmente coincidentes con las estrategias sanas de gestión de recursos humanos al fomentar la objetividad en la gestión y la adecuada valoración de los trabajadores/as*

A) La conexión conceptual: Normativa antidiscriminatoria y acoso

EL ACOSO DISCRIMINATORIO- La referencia normativa más intensa en relación con la protección frente a los riesgos psicosociales aparece en el ámbito de la UE inserta en la **normativa antidiscriminatoria**, por medio de la definición del acoso sexual (Directiva 2006/54¹⁷) y del acoso por causa discriminatoria por razón de sexo (Directiva 2006/54), por razón étnica (2000/43) y por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual (Directiva 2000/78¹⁸). Casi idéntica definición aparece en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres (ley 3/2007) para el acoso por razón de género y el acoso sexual; y en la ley 62/2003 para el acoso por razón de etnia, religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual. De particular relevancia es el carácter discriminatorio que expresamente se refiere para los acosos descritos. Ello permite que se despliegue toda la batería de medidas de garantía previstas (en la normativa UE y en la normativa española): sanciones efectivas, protección contra represalias o modificación de la carga de la prueba entre otros.

EL ACOSO GENÉRICO. En el ámbito de la UE no existe una protección genérica por medio de Directiva contra el acoso como conducta degradante en sí misma, independientemente de la adscripción del trabajador/a a un determinado colectivo protegido (acoso moral)¹⁹. Pero el concepto de **acoso genérico** aparece en el Acuerdo

¹⁷ El art. 2 Directiva 2006/54 define el acoso sexual como *la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.*

¹⁸ El art. 2.3 Directiva 2000/78 establece que *el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.*

¹⁹ Sobre el tema, Arroyuelo Suárez, "La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea", *LanHarremanak*, núm. 7, 2002, p. 285; y Correa Carrasco, "El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo", en AA.VV. (Correa Carrasco Coord.), *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona, 2006, pp. 80 ss

Marco sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de Abril de 2007 (*supra*) con ciertas reminiscencias de los acosos causales, lo que evidencia que el concepto de acoso causal puede haber contribuido a facilitar la conceptualización de un acoso genérico. Dicho acoso se define como *el desarrollado por uno más directivos o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad de un trabajador o de un directivo, afectando su salud y/o creando un ambiente hostil*. Se advierte que en esta definición son elementos determinantes tanto la intención como el efecto, sin que tengan que concurrir ambos, (*con el propósito o el efecto*, como en el caso de los acosos causales) por lo que merecería la calificación de acoso una malentendida técnica de recursos humanos que, aun pretendiendo un incremento de la productividad, cause perjuicio a la dignidad de la persona afectando a su salud y/o creando un entorno intimidatorio u hostil. En el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia de género de 2007 se establece al respecto que las empresas deben aportar una adecuada formación a los directivos en materia de acoso. Deben, asimismo, hacer claros pronunciamientos acerca de que el acoso no será tolerado en la empresa y establecer procedimientos específicos en caso de denuncia.

Particularmente interesante resulta destacar que esta normalización del acoso como riesgo laboral se ha extendido desde el acoso discriminatorio al acoso moral y, desde ahí, ha abarcado otro tipo de actividades tóxicas en la empresa relacionadas con la inadecuada gestión de recursos humanos que, buscando el incremento de la productividad de la fuerza de trabajo, causaran a los trabajadores perjuicios psicológicos. Al respecto, la jurisprudencia española no ha admitido con rotundidad la asimilación de las técnicas tóxicas de recursos humanos al acoso. Y ello aunque no existirían demasiados problemas para ello, dado que el acoso se califica por sus efectos y no por sus intenciones: debiera ser irrelevante si el daño se produce para provocar la dimisión del trabajador o para incrementar su productividad mediante la generación de miedo y ansiedad. En todo caso, los Tribunales españoles han considerado que son aplicables a este supuesto las consecuencias generalmente establecidas para los casos de acoso, particularmente con relación a la posibilidad de rescisión indemnizada prevista en el art. 50 ET²⁰

Pese a todo, no deja de ser peculiar esta nebulosa en la que se mantiene el acoso moral pese a ser un riesgo psicosocial de gran intensidad, puesto que las referencias del Acuerdo Marco, pese a su rotundidad, no dejan de formar parte de un texto sin eficacia normativa en la UE. Destaca, precisamente, que exista una diferencia clara entre la intensidad preventiva debida cuando se trata de acosos de contenido discriminatorio y cuando no lo son, pese a que sus repercusiones sanitarias son de igual intensidad.

B) La conexión material: los instrumentos antidiscriminatorios y los instrumentos contra el riesgo psicosocial

Existe una virtualidad indirecta de la normativa antidiscriminatoria en la generación de actitudes empresariales preventivas de los riesgos psicosociales que resulta de gran interés. El punto de referencia es el concepto de discriminación indirecta que se aplica a todas las causas de discriminación prohibida. El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (básicamente coincidente con el de las otras causas de discriminación prohibidas) es el siguiente (art. 2.1.b. Directiva 2006/54, que también coincide con el concepto de discriminación indirecta de la LOIE en España): *la situación en que una*

²⁰ STSJ Galicia de 1 de Octubre de 2012, rec. 2264/2012

disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. Este concepto impone al empresario la obligación de llevar a cabo comportamientos objetivos, justificados y razonables puesto que cualquier beneficio o perjuicio que tuviera mayores repercusiones en alguno de los colectivos protegidos por alguna de las causas de discriminación prohibidas, sería discriminación indirecta. De hecho, desde antiguo el TJUE y el TC español han considerado constitutivas de discriminación indirecta por razón de sexo las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo que implicaran una menor valoración en términos retributivos de los puestos ocupados mayoritariamente por mujeres²¹. También la utilización de mecanismos de promoción no transparentes que perjudicaran al colectivo femenino han sido considerados constitutivos de discriminación indirecta²². En definitiva, el concepto de discriminación indirecta y la posible repercusión de las actuaciones empresariales en colectivos protegidos potencia la utilización de criterios objetivos en la gestión de los recursos humanos en la empresa, lo que a su vez coincide con parte de los mecanismos preventivos del estrés laboral y de los riesgos psicosociales no solo en los integrantes de los colectivos protegidos, sino también en el resto de los trabajadores.

²¹ STJCE de 1 de Julio de 1986, asunto *Dato*, C-237/85; y STJCE de 17 de Octubre de 1989, asunto *Danfoss*, C-109/88. También, STC 145/1991, de 1 de Julio

²² STS de 18 de Julio de 2011, rec. 133/2010

3. LAS PARADOJAS DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES (Y DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN PARTICULAR) . SU VERSIÓN EN NEGATIVO

La forma en que se ha producido el tratamiento de los riesgos psicosociales ha escapado del tratamiento normativo expreso y concreto del que normalmente han sido objeto los riesgos clásicos. Tradicionalmente la constatación de un determinado factor de riesgo derivaba en la aprobación de una Directiva concreta y/o en una norma interna que determinaba niveles y medidas de protección. Sin embargo, el desarrollo de los riesgos psicosociales se ha producido de un modo muy peculiar porque, de un lado, se ha reforzado su caracterización “en el techo”, como riesgos laborales ordinarios, con lo que han quedado vinculados con carácter general a los mecanismos generales de identificación y actuación preventiva (Directiva marco 89/391 y Ley de Prevención de riesgos laborales, ley 31/1995). De otro lado, se han multiplicado los documentos y estudios “en el suelo” que destacan su relevancia y que señalan los espacios en los que debe operar su identificación y prevención

Pero tales estudios no han trascendido al nivel normativo obligatorio que permitiría un mayor compromiso preventivo. FALTA EL NIVEL PROTECTOR INTERMEDIO –normativo estricto-, QUE ES EL MAS EFECTIVO.

Esta particular levedad en el tratamiento de los riesgos psicosociales podría tener las siguientes explicaciones:

3.1. La desaceleración del motor UE en el avance de la prevención de los riesgos psicosociales

A) Retroceso normativo

Es sabido que la normativa de la UE ha tenido un papel fundamental en la configuración de políticas preventivas en los Estados miembros. Particularmente en España la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en 1995 y las muchas normas preventivas aprobadas con posterioridad han surgido como normas de transposición. Pero en los últimos años se advierte cierto retroceso de la Unión Europea en materia preventiva, en general, y en prevención de riesgos psicosociales en particular:

a) RETROCESO EN MATERIA PREVENTIVA GENERAL: Teóricamente: la aparición de los riesgos psicosociales en el ámbito de la política de la UE sobre prevención de riesgos laborales ha coincidido en el tiempo con el fin de la fase de elaboración de Directivas y con el inicio de una nueva etapa más estable²³, caracterizada por la consolidación y sensibilización²⁴. Podría decirse que ha culminado la fase más intensa de actuación preventiva procedente de la Unión Europea, o al menos eso es lo

²³ Sigo la evolución descrita por Sala Franco, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia 2012, pp. 29 ss

²⁴ En el Cuarto programa de Acción Comunitaria de Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo (1996-2000) se hacía expresa referencia al hecho de que en el pasado la acción preventiva de la UE se había venido realizando por medio de acciones legislativas (particularmente Directivas), pero que en el futuro la estrategia pasaba a ser fundamentalmente informativa. Comunicación de la Comisión sobre un programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000). COM (95) 282 final.

que se deduce del texto de las Estrategias. En la práctica, se advierten mayores dificultades para la aprobación de Directivas que pueden implicar altos costes de adaptación. Por ejemplo, la reforma de la Directiva 2004/37, de 29 de Abril de 2004, sobre agentes cancerígenos y mutágenos durante el trabajo, lleva ya varios años discutiéndose sin que se haya procedido a su aprobación (que podría producirse en 2014). Asimismo, ya caducada la Estrategia 2007-2012 sigue sin aprobarse en 2013 la Estrategia europea de seguridad y salud 2013-2020. Este retroceso general de la cuestión preventiva se produce por los siguientes factores: como consecuencia natural del principio de subsidiariedad (por primera vez configurado en el Tratado de Maastricht de 1992, y progresivamente consolidado), por la crisis económica (y el surgimiento de nuevas prioridades) y por la entrada en la UE de nuevos países que tienen menor interés en el avance preventivo al tener, primero, que adaptar sus legislaciones al acervo comunitario ya existente.

b)RETROCESO EN MATERIA PREVENTIVA PSICOSOCIAL: el concepto de riesgos emergentes indicaba en la Estrategia 2002-2006 (*cit supra*) la dirección en la que se iría moviendo la expansión de la política preventiva de la UE. Se hacía entonces expresa referencia al objetivo de normativizar la prevención en riesgos psicosociales (como en el resto de los riesgos emergentes). Pero ninguna referencia aparecía al desarrollo legislativo de los riesgos psicosociales en la Estrategia 2007-2012²⁵ que, sin embargo, sí que incidía intensamente en la necesidad de investigarlos y, en particular, de promover la salud mental en el trabajo. La cuestión parecía definitivamente desplazada al poco comprometido espacio de la investigación, en parte como consecuencia de la naturaleza “emergente” de los riesgos (lo que teóricamente justificaba la demora de acciones obligatorias) pero también, en parte, al menos con relación a los riesgos psicosociales, porque la estrategia de actuación necesaria para asegurar la prevención planteaba conflictos con la flexibilidad empresarial que se propugnaba desde las instancias comunitarias (*infra*).

Adicionalmente, el avance en las condiciones de trabajo por medio de Directivas (prevención del riesgo psicosocial estructural) resulta actualmente complejo. El modo decidido en que en el pasado se habían adoptado Directivas que habían hecho evolucionar el concepto de Derecho Social de la Unión Europea estableciendo garantías para los trabajadores (por ejemplo en el ámbito de la transmisión de empresas o en el de los despidos colectivos) es fruto de otra época²⁶. Con razón se ha dicho que el derecho Social de la Unión Europea corre el riesgo de desaparecer como actuación consolidada para quedar transformada en un aglutinado de islotes para la armonización²⁷. En el actual TFUE sigue estableciéndose como objetivo *la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso* (art. 151 TFUE). A tal fin la UE *apoyará y completará la acción de los Estados Miembros en... a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo* (art. 153.1 TFUE). Pero la acción comunitaria se centra en el art. 151 TFUE en “apoyar y completar”. De hecho, se propone como primera acción para la mejora de las condiciones de trabajo la

²⁵ COM (2007) 62 final.

²⁶Las competencias sociales extensas se basaban en la atribución de competencias a la antigua CEE para la “aproximación de las legislaciones por la vía del progreso” (antiguo art. 117 TCE), lo que había dado lugar a una incipiente normativa laboral comunitaria.

²⁷ Así lo refería LYON CAEN, “Conferencia inaugural de la Conferencia organizada por la Comisión Europea sobre el futuro del Derecho del Trabajo”, Bruselas, 21 de Octubre de 2013

coordinación, quedando expresamente excluida la armonización²⁸. La posibilidad de Directivas queda apuntada con carácter secundario²⁹. En definitiva, el actual es un contexto bastante hostil a la unificación en materia de condiciones de trabajo, lo que incide claramente en el tratamiento otorgado a los riesgos psicosociales estructurales.

B) El camino alternativo de los Acuerdos Marco

En paralelo a este retroceso de la norma UE en el tratamiento de los riesgos psicosociales se advierte, en cambio, una **gran vitalidad de los Acuerdos Marco entre los interlocutores sociales de la UE**. De este modo, la fuerza motora de la Unión Europea de las políticas preventivas de los Estados Miembros se ha desplazado desde las normas clásicas (Directivas) a los meros acuerdos de ámbito UE en lo relacionado con los riesgos psicosociales. El desarrollo de la política de la UE sobre riesgos psicosociales se ha desarrollado fundamentalmente con carácter negociado. Esta manifestación resulta consecuente con la regeneración de la negociación colectiva comunitaria que se pretendió en el Tratado de Maastricht y que se consolidó con el Tratado de Amsterdam. Resulta llamativo, sin embargo, que los acuerdos relacionados con los riesgos psicosociales nunca llegaron a tener manifestación normativa institucional de la Unión Europea, porque nunca generaron ninguna Directiva. Se mantuvieron en el plano estricto de los acuerdos en el ámbito de la UE, lo que genera efectos tan solo en el plano de las obligaciones contraídas por las asociaciones y sindicatos nacionales afiliados a las asociaciones y sindicatos comunitarios firmantes. (Otras directivas sociales, sin embargo, sí que fueron precedidas de acuerdos de los interlocutores sociales comunitarios: por ejemplo, las directivas de permisos parentales, Directiva 96/34 y Directiva 2010/18)

a) El primero de los Acuerdos se firmó en **2004** y hacía referencia al **estrés laboral**³⁰. Hay tres aspectos que conviene resaltar en el mismo: (*) Primero. El contenido de este primer acuerdo se refiere, en general, todos los riesgos psicosociales, porque todos ellos son susceptibles de generar estrés laboral: la violencia física externa, el acoso y los riesgos psicosociales estructurales (de gestión ordinaria); (*) Segundo, el Acuerdo Marco de 2004 refiere expresamente que el estrés laboral es un riesgo laboral incluido en el ámbito de la Directiva marco 89/391, lo que permitía desencadenar la obligación de los Estados miembros de aplicar las técnicas preventivas, intervencionistas y protectoras configuradas con carácter general para todos los riesgos laborales (evaluación y prevención). Vinculaba de este modo la política preventiva de los riesgos psicosociales al techo preventivo. (*) Tercero, se advertía en el texto del Acuerdo que la intensidad protectora era menor que en el caso de otros factores de riesgo. Se indicaba expresamente, al respecto, que la actuación empresarial frente al estrés laboral no quedaba necesariamente incluida en la evaluación de riesgos, sino que

²⁸Para conseguir los objetivos del art. 151 TFUE se podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (art. 153.2 TFUE).

²⁹La posibilidad de Directivas para la consecución de los objetivos del art. 151 TFUE queda reducida al establecimiento de disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros (art. 153.2.b TFUE).

³⁰Firmado el 8 de Octubre de 2004 por los interlocutores sociales EU. <http://es.scribd.com/doc/14532417/Acuerdo-Marco-Europeo-sobre-el-Estres-Laboral>

podía realizarse por otros mecanismos específicos para su detección³¹. De este modo se evidenciaba la falta de equiparación a nivel preventivo entre riesgos psicosociales y el resto de riesgos laborales. De otro lado, en los documentos de seguimiento del Acuerdo Marco (elaborados en 2004, 2005 y 2006) se hablaba de la dificultad para encontrar consensos en torno a aspectos tan elementales como la propia definición de estrés laboral. El interés del acuerdo marco sobre estrés laboral quedaba, así, fundamentalmente limitado a haber servido como foro de encuentro para el encuentro de opiniones y como mecanismo informativo para aquellos países menos concienciados³².

b) Algo parecido sucedió con el segundo de los Acuerdos Marco sobre riesgos psicosociales, el Acuerdo Marco **sobre acoso y violencia en el trabajo** (2007)³³, donde igualmente se refería la inclusión de este riesgo en la Directiva marco 89/391. Limitaciones: (*) Estancamiento: En el acuerdo de seguimiento de 2011³⁴ se destacó que los interlocutores sociales habían concluido en que debían seguir utilizándose los instrumentos ya existentes en cada Estado miembro para la prevención de riesgos psicosociales, sin que fuera necesario el establecimiento de instrumentos específicos de garantía, lo que llevaba implícito cierto estancamiento. (*) Foro de encuentro: Se destacaba, también (como en el Acuerdo de seguimiento del Acuerdo marco sobre estrés laboral) que los resultados concretos no son el único objeto del Acuerdo marco, sino que también resulta importante que el acuerdo haya actuado como foro de encuentro para la discusión y el dialogo. Hay en estas manifestaciones cierto resignado reconocimiento de que la cuestión no ha avanzado y de que resulta difícil llegar a acuerdos siquiera en los aspectos más elementales. Pese a estas limitaciones, debe reconocerse que ambos Acuerdos han resultado fundamentales para que todos los Estados Miembros situaran el riesgo psicosocial entre los incluidos en sus respectivas normas preventivas. La influencia ha sido mayor en lo referente a las conductas más graves (las constitutivas de acoso) en parte por su clara repercusión sanitaria (que puede desencadenar incluso consecuencias penales) y, en parte, también porque existía un referente descriptivo en el ámbito de los acosos discriminatorios.

c) También la prevención de los riesgos psicosociales vinculados a la **violencia procedente de terceros** ha sido objeto de tratamiento en la Unión Europea por medio del Acuerdo entre los interlocutores sociales de 2010 que dio lugar a las Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo³⁵. Resulta de interés destacar que éste es el aspecto de los riesgos psicosociales que es más fácil de identificar y acerca del cual existe un mayor consenso. Es suficientemente significativo que el acuerdo al que se ha llegado en el ámbito de la UE reciba el nombre de “Directrices multisectoriales”. Sus mecanismos preventivos no resultan tan problemáticos como en el caso de los riesgos psicosociales generados en el interior de la empresa puesto que es menor su incidencia en relación con el alcance de

³¹ Así lo refiere Velazquez Fernández, “Preventing violence and harassment at work” Ponencia al *Seminaron violence and harassment at work*, 6 y 7 Octubre 2009

³² Así se refería en el Acuerdo de seguimiento de 2008. http://www.etuc.org/IMG/pdf_Final_Implementation_report.pdf

³³ Firmado el 26 de Abril de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0686:ES:NOT>

³⁴ Firmado el 27 de Octubre de 2011. http://www.etuc.org/IMG/pdf/BROCHURE_harassment7_2_.pdf

³⁵ El texto puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf

las prerrogativas empresariales. En realidad la dinámica preventiva no se diferencia demasiado de la que corresponde aplicar en el caso de riesgos laborales tradicionales. De hecho, expresamente se refiere en las Directrices la necesidad de que la violencia externa forme parte de la evaluación de riesgos (sin referencia a que la cuestión se trate por medio de mecanismos alternativos) y de que se apliquen técnicas de formación, sensibilización y actuación (protección y defensa del trabajador).

EL DESARROLLO DEL RIESGO PSICOSOCIAL POR MEDIO DE ACUERDOS MARCO EVIDENCIA LO SIGUIENTE:

- A) SE DILUYE LA PROTECCIÓN –POR SUS EXCEPCIONES Y POR SU FALTA DE OBLIGATORIEDAD-
- B) APARECEN TRES GRADOS DE RIESGO PSICOSOCIAL: (*)EL MÁS COMPROMETIDO (CON MEDIDAS DE ACCION CONCRETAS) ES EL DE LA VIOLENCIA DE TERCEROS (MAS PARECIDO AL RIESGO CLÁSICO); (*) EL INTERMEDIO ES EL DEL ACOSO (POR SU CONEXIÓN CON EL CONCEPTO YA APORTADO EN LAS DIRECTIVAS ANTIDISCRIMINATORIAS, LO QUE FACILITA SU IDENTIFICACIÓN); (*) EL NIVEL DE PROTECCIÓN MAS LEVE ES EL DEL RIESGO PSICOSOCIAL QUE TIENE COMO EFECTO EL ESTRÉS LABORAL (EN EL QUE SE ENCUENTRA EL ESTRUCTURAL) PORQUE APARECEN DIFICULTADES INCLUSO PARA DEFINIR CONCEPTOS.

3.2.La peculiar relación entre la prevención de riesgos psicosociales y la competitividad como objetivos de la UE

La gran paradoja del nivel estructural de los riesgos psicosociales surge en relación con el incremento de las prerrogativas empresariales que aparece como consigna desde instituciones económicas, internacionales y comunitarias, dirigida a incrementar la flexibilidad empresarial y, por ende, la competitividad. Es en este último nivel en el que la concepción de los riesgos psicosociales se mueve en un espacio más impreciso y contradictorio, porque la prevención, en esencia, significa adaptación del trabajo al trabajador y lo que propugnan las nuevas consignas de la competitividad son la adaptación del trabajador al empresario. Es una contradicción aparente porque es necesario recordar una serie de premisas.

A)Primero.La incorrecta percepción de una unidireccionalidad de la flexibilidad

El objetivo de la adaptación del trabajador a la empresa alcanza a propio Tratado Fundacional de la Unión Europea y, en ocasiones, parece casi absoluto e incondicionado. Por ejemplo, en el actual art. 145 TFUE (antiguo art. 125 TCE) se hace referencia a la necesidad de fomentar desde las instituciones comunitarias la adaptabilidad del trabajador a la empresa: *Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable ...*

Existe una clara sensación en la política comunitaria de que debe predominar la flexibilidad unidireccional, en beneficio del empresario, frente a la flexibilidad en

beneficio del trabajador, como si no existiera otra manera de que la economía europea incrementara su competitividad. Pero debe advertirse que la flexibilidad debe ser un instrumento de doble dirección, por lo que cualquier interpretación unívoca es incorrecta: de hecho, tanto en la Estrategia 2007-2012 para la Seguridad y Salud en el Trabajo, como en el borrador de la Estrategia 2013-2020³⁶ se hace expresa referencia a la compatibilidad entre prevención y competitividad. También debe destacarse lo establecido en la Estrategia UE para la igualdad entre hombres y mujeres (2010-2015), acerca de la necesidad de establecer mecanismos para la compatibilidad horaria por responsabilidades familiares. Y las referencias que la Estrategia Europa 2020 realiza a la necesidad de que la empresa se adapte a las necesidades de formación permanente del trabajador. Son todas ellas referencias que ponen de manifiesto la necesidad de que la gestión de RRHH en la empresa tome en consideración las necesidades y situaciones de los trabajadores.

B) Segundo. La incorrecta percepción de la flexiguridad

En el borrador de la Estrategia 2013-2020 se menciona expresamente su integración con la Estrategia Europa 2020³⁷ que, como se sabe, tiene como principal objetivo la configuración de una economía europea más competitiva. Y aquí es donde pudiera surgir una, solo aparente, contradicción: el modelo europeo para la eficiencia empresarial es uno asentado en la *flexiguridad*³⁸, un concepto particularmente atractivo que ha servido para referir el objetivo de mutua aclimatación de intereses y que en general ha terminado por configurarse en la versión amable de la flexibilidad clásica, entendida como incremento de las prerrogativas empresariales³⁹. El término comenzó formando parte de documentos puntuales de la UE⁴⁰ y terminó constituyéndose en eje central de la Estrategia 2020⁴¹. Tanto el concepto clásico de flexibilidad empresarial como el más reciente de flexiguridad entran en aparente contradicción con las medidas de prevención contra los riesgos psicosociales, al menos en el sentido descrito más arriba por la Agencia europea de seguridad y salud en el trabajo que, en sus planteamientos generales, no supone sino otra manera de formular el objetivo de *mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso* establecido en el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Efectivamente, la política de prevención del estrés laboral se basa en la adaptación de la empresa al trabajador. Los presupuestos de la flexibilidad, sin embargo, propugnan el incremento de las prerrogativas empresariales a fin de que la fuerza de trabajo (como mero factor de producción) se adecúe a las necesidades empresariales de cada momento. La misma contradicción se produce entre flexiguridad y prevención de riesgos

³⁶ La Estrategia destinada a sustituir a la que concluyó vigencia en 2012 (2013-2020) todavía no ha sido aprobada. Un resumen de su contenido en https://docs.google.com/file/d/1_eUd0dZ0Kdd6Dh3A-UGtUsOZy_QmezenKmRX7jRn3_fzd_9s5zuEYkIX0Ty/edit?pli=1

³⁷ Particularmente en relación con el eje del “Crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo”. Un análisis del alcance de la Estrategia 2020 en Cabeza Pereiro y Ballester Pastor, *Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid, 2010.

³⁸ Sobresualcance, portodos, Wilthagen y Tros, “The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets”, *European Review of Labour and Research*, vol 10, nº 2, 2004, p. 2

³⁹ Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, “El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, 3, 2009, p. 6

⁴⁰ Entre otros, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, de 27 de Junio de 2007 *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. COM (2007) 355 final

⁴¹ *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020.

psicosociales, puesto que aquella propugna la mayor facilidad extintiva a cambio de reforzar las políticas activas de empleo para la mayor empleabilidad de los trabajadores⁴². Sin embargo, uno de los principales detonantes de estrés laboral es la inestabilidad, la precariedad y el miedo a la pérdida del puesto de trabajo (*supra*)⁴³.

Ciertamente, una política adecuada de gestión de mano de obra, preventiva de riesgos psicosociales no es incompatible con los postulados de la Estrategia 2020 que, a fin de cuentas, propugna el incremento de la competitividad por medio del incremento de la calidad de la fuerza de trabajo. Y la buena gestión de recursos humanos que lleva implícita la prevención de los riesgos psicosociales es susceptible de incrementar dicha calidad. Sucede, sin embargo, que la flexiguridad propugna con exactitud las formulas pro-empresariales (mayor facilidad para el despido e incremento de las prerrogativas de gestión ordinaria empresariales), pero deja en la incertidumbre las herramientas para el incremento de la calidad de la fuerza de trabajo, que apenas quedan referidas genéricamente a la formación. De hecho hay una evidente contradicción en el hecho de tolerar la rotación laboral y promover la inversión en la calidad de la fuerza de trabajo, porque en un contexto de alto desempleo y alta cualificación de la fuerza de trabajo siempre sale más rentable una gestión asentada en la “regeneración” de las plantillas. Es por esto que la única manera de solucionar la contradicción entre flexibilidad/flexiguridad, de un lado, y prevención de riesgos psicosociales, de otro, pasa necesariamente por configurar normativamente ciertos límites a la prerrogativas organizativas empresariales.

C)Tercero. La incorrecta instrumentalización de las Directivas preventivas como instrumentos de incremento de las prerrogativas empresariales

El intento por hacer que prevalezca la flexibilidad empresarial frente a la prevención de riesgos psicosociales se advierte también en las últimas tentativas normativas sobre tiempo de trabajo. Y precisamente las dificultades para que prosperen las reformas flexibilizadoras evidencian que el campo preventivo está amenazado pero todavía sigue siendo un espacio de preferencia por la salud del trabajador/a.

La Directiva 2003/88, de 14 de noviembre, regula algunos aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. Lo ha hecho dentro del bloque de normas preventivas en desarrollo de la Directiva Marco 89/391. El tiempo de trabajo tiene directa relación con la protección física del trabajador, pero también implica protección frente a riesgos psicosociales porque tanto la limitación de la jornada como el control del tiempo de trabajo y descanso suponen mecanismos preventivos del estrés laboral. De hecho, en los documentos elaborados por la Agencia Europea de Seguridad Salud son numerosas las

⁴² Podía leerse en el Informe WimKok II “Revisión a medio plazo de la Estrategia de Lisboa”, presentado el 13 de noviembre de 2004 (que sirvió de base a la Comunicación de la Comisión: COM (2005) 24 “Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo. Reforzamiento de la Estrategia de Lisboa”) lo siguiente: *Se trata de fomentar nuevas modalidades de seguridad que, lejos del modelo restrictivo basado en el mantenimiento del puesto de trabajo durante toda la vida, asuman un nuevo paradigma cuyo objetivo es desarrollar la capacidad de los trabajadores para permanecer y avanzar en el mercado laboral.*

⁴³ En un estudio realizado en 942 trabajadores españoles resultó que la inestabilidad disminuye la satisfacción en el trabajo y la entrega a la empresa. La sensación de inseguridad influye intensamente en la actitud del trabajador. Sora, Caballer y Peiró, “Los efectos de la inestabilidad en el trabajador y la dependencia del empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 129, nº 1, 2010

referencias al control del tiempo como instrumento preventivo del riesgo psicosocial. Sucede, sin embargo que en este ámbito la proyectada reforma no parece dirigirse hacia la mejora de las condiciones de trabajo, sino al incremento de las prerrogativas empresariales. Sabido es que el proyecto de reforma de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo presentada en 2008 no prosperó (por oposición del Parlamento Europeo), con lo que quedó paralizada la consolidación de jornadas extendidas más allá de las 48 horas. Esta posibilidad existe bajo la actual regulación de la UE, pero se mantiene en un espacio teóricamente excepcional que pretendía suprimir la reforma de 2008. Sucede, sin embargo, que han seguido realizándose con posterioridad documentos desde la Comisión Europea que pretenden promover la flexibilidad horaria en un sentido muy similar al que se proponía en 2008⁴⁴. Resulta de particular interés destacar que, en el ámbito de la ordenación del tiempo de trabajo, la política preventiva no avanza sino que a duras penas se mantiene frente a los retrocesos flexibilizadores que siguen proponiéndose. Ningún otro factor de riesgo ha sufrido ataques de esta naturaleza, puesto que la política preventiva se ha desarrollado, sin ninguna otra excepción, hacia el incremento de garantías para los trabajadores.

4.LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA SOBRE RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

4.1.El riesgo psicosocial como riesgo laboral

No existe referencia específica en el ordenamiento español a los riesgos psicosociales. Sin embargo, como sucede en relación a este tipo de riesgos en la norma comunitaria, el riesgo de esta naturaleza entra en el concepto genérico de riesgo laboral incluido en la normativa general española de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, LPRL). Además hay otros factores que refuerzan el carácter de riesgo ordinario del riesgo psicosocial:

(*)El contenido de los Acuerdos Marco Europeos sobre estrés laboral (2004) y sobre acoso y violencia laboral (2007) fue incorporado al texto del Acuerdo sobre Negociación Colectiva 2005⁴⁵ y ANC 2007⁴⁶ respectivamente. En ambos se reconoce la naturaleza de riesgo laboral del riesgo psicosocial.

(*)Expresamente establece el art. 4.7.d LPRL que integran el concepto de condiciones de trabajo a las que se refiere la ley preventiva española *todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización, que influyen en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*. El riesgo psicosocial, entendido como riesgo relacionado con la organización del trabajo, entra claramente en el concepto de riesgo laboral.

(*)Expresamente ha establecido el Tribunal Constitucional que las obligaciones preventivas de la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo (STC 160/2007, de 2 de Julio de 2007).

⁴⁴ Por ejemplo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de marzo de 2010 - Revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo (primera fase de la consulta de los interlocutores sociales a nivel de la Unión Europea con arreglo al artículo 154 del TFUE), [COM\(2010\) 106](#)final .

⁴⁵ BOE de 16 de Marzo de 2005

⁴⁶ BOE de 14 de Enero de 2008

(*)Las consecuencias sobre la salud que pudieran derivar de riesgos psicosociales admiten la calificación de accidente de trabajo si existe conexión causal con la prestación laboral. Pese a que el art. 115.2.e LGSS requiere que dicha conexión sea “exclusiva” (dado que no es posible aplicar la presunción de laboralidad por tratarse generalmente de enfermedades y, por tanto, por no manifestarse en el lugar de trabajo), los Tribunales de Justicia han llevado a cabo una interpretación extensiva, que permite considerar que concurre causa laboral cuando el estrés laboral⁴⁷ o el acoso⁴⁸ es la causa “determinante” de la patología. Es una corrección imprescindible para que pueda producirse la calificación como accidente de trabajo de las enfermedades surgidas como consecuencia del estrés laboral, dado que los rasgos de personalidad son ciertamente elementos que influyen en su existencia. En todo caso, los Tribunales españoles para operar esta reinterpretación han tenido que superar la referencia a la lesión “corporal” que aparece como rasgo definitorio del accidente de trabajo en el art. 155. 1 LGSS y que debiera ser objeto de revisión a efectos de que el riesgo psicosocial no tuviera que ser objeto de interpretaciones extraordinarias. Por lo demás, los tribunales han admitido también que, una vez reconocida la naturaleza de accidente de trabajo a una situación de estrés laboral se generan todas las consecuencias correspondientes establecidas en el ordenamiento español, incluyendo la posibilidad de recargo⁴⁹ de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene.

El paralelismo con los riesgos clásicos es completo en lo que guarda relación con la responsabilidad empresarial, aunque la identificación del riesgo tiene que superar algunos obstáculos que se encuentran en la propia legislación.

4.2.La prevención de los riesgos psicosociales en España: el cumplimiento formal

A)LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN: En el art. 15.1.d LPRL se establece la obligación de *adaptar el trabajo a las persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.*

B)CONCRECIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ADAPTACIÓN: En la Guía de actuación de la Inspección de Trabajo sobre riesgos psicosociales⁵⁰ se contienen las obligaciones empresariales que deben ser objeto de control: a) La inclusión de los riesgos psicosociales entre los factores de riesgo que deben ser objeto de evaluación cuando concurren en el trabajo y no puedan ser eliminados (art. 16.2.a LPRL). La falta de identificación del riesgo psicosocial constituiría infracción grave (art. 12.1.b Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, LISOS); b) Obligación de definir las medidas preventivas, aplicarlas o planificar su ejecución (art. 16.2.b LPRL). ; La falta de planificación sería infracción grave (art. 12.6 LISOS) c) Obligación de investigar las causas de los daños a la salud cuando aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes (art.

⁴⁷ STS de 18 de Enero de 2005, rec. 6590/2003; y STS de 4 de Diciembre de 2012, rec. 3711/2011

⁴⁸ STSJ Galicia de 24 de Enero de 2000, rec. 5818/1996

⁴⁹ El TS en su sentencia de 14 de Febrero de 2012, rec. 1535/2011 no admitió el recurso, pero admitió implícitamente la posibilidad de recargo en caso de acoso laboral.

⁵⁰ http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf

16.3 LPRL); d) Obligaciones correspondientes al Plan de Prevención, especialmente en lo que respecta a los cauces de comunicación entre los niveles jerárquicos y los procedimientos organizativos existentes en la empresa (art. 16.1 LPRL); e) Obligación de adscribir a los trabajadores a puestos de trabajo compatibles con sus características personales y psicofísicas (art. 25.1 LPRL).

C)PREVENCIÓN ESPECÍFICA EN MATERIA DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO: Con relación al acoso sexual y el acoso por razón de sexo existe en el ordenamiento español una obligación preventiva específica contenida en el art. 48.1 de la Ley 3/2007, de 22 de Marzo, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres a cuyo tenor *las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.* Con esta formulación se cumple formalmente la obligación preventiva de las conductas discriminatorias por razón de sexo, entre las que se incluyen el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, establecida en el art. 46 de la Directiva 2006/54 (*supra*).

D)PREVENCIÓN ESPECÍFICA DEL ACOSO MORAL: Con relación al acoso moral y al resto de acosos discriminatorios, el Criterio técnico 69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo⁵¹ refiere expresamente su condición de riesgo laboral y le aplica la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones preventivas, así como actuaciones reactivas en caso de que el acoso se produzca. Con relación a las sanciones aplicables, la LISOS califica como infracción muy grave la actuación u omisión del empresario cuando, habiendo conocido o debido conocer los hechos no hubiera adoptado las medidas suficientes y adecuadas para actuar contra el acoso moral (art. 8.11 LISOS), acoso sexual (art. 8.13 LISOS) o acoso por causa discriminatoria (art. 8.13 bis LISOS).

De este modo, aunque en los primeros criterios técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre acoso moral en el trabajo (34/2003) no llegó a establecerse una postura clara sobre la naturaleza de los riesgos psicosociales, ni siquiera en su manifestación más grave constitutiva de acoso, la situación actual es radicalmente diferente. Han tenido una importancia fundamental al respecto tanto los Acuerdos Marco Europeos acerca del estrés laboral (2004) y la violencia laboral y el acoso (2007) como el código de prácticas sobre violencia en el sector servicios aprobado en el seno de la OIT en 2003 (*supra*). Se produce, pues, una acomodación formal a las indicaciones de la UE y de la OIT acerca de la inclusión de los riesgos psicosociales en las políticas preventivas. Pero existen una serie de obstáculos a la efectividad de la prevención en este ámbito que se desarrollan al margen de la política preventiva y que adquieren notable relevancia. De algunos de ellos se da cuenta a continuación:

4.3.Los obstáculos efectivos a la prevención del riesgo psicosocial:inestabilidad

⁵¹ Cuyo contenido puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_ciudadano/Criterios_Tecnicos/Documentos/CT_69_2009.pdf

laboral, incremento de la flexibilidad laboral y retroceso de los derechos fundamentales

Hay varios factores recientes que inciden en un repunte de los riesgos psicosociales en España: () la contratación española se asienta fundamentalmente en la contratación temporal y en la rotación laboral lo que incrementa la inestabilidad laboral, que es uno de los principales factores de riesgo psicosocial; (*) El incremento de las prerrogativas empresariales asentadas en el incremento de la flexibilidad interna también incrementa el riesgo psicosocial, particularmente en lo relacionado con la gestión del tiempo de trabajo. La situación se agrava particularmente en relación con las personas que tienen responsabilidades de cuidado; (*) El listón mínimo de los derechos fundamentales en la empresa, que debiera actuar como freno de estas prerrogativas empresariales ampliadas, ha sufrido un retroceso reciente que se detecta en recientes sentencias del Tribunal Constitucional.*

A) La inestabilidad laboral y la consolidación de técnicas de gestión rotacional de mano de obra

La reforma de 2012 se ha desprendido sin complejos de la consideración del trabajo como un valor propio en sí mismo, para integrarlo como un factor más en la productividad empresarial, presumiendo que el crecimiento surgiría inevitablemente de la eliminación de rigideces, y a partir de ahí podría remediar el desempleo⁵². Pero el incremento de la flexibilidad interna no tiene eficacia como instrumento sustitutivo de la flexibilidad externa si no se establecen mecanismos penalizadores de la extinción como técnica de gestión ordinaria. La reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de Julio), sin embargo, ha optado por un **incremento de todas las modalidades de flexibilidad, tanto las internas como las externas**: Así ha sucedido con el abaratamiento del despido improcedente, con la creación de nuevas figuras precarias (el llamado contrato indefinido de emprendedores) o con la mayor facilidad para la aplicación del despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción), sin establecer, asimismo, ningún mecanismo de proporcionalidad entre las medidas de ajuste que obligue al empresario a optar preferentemente por las medidas menos traumáticas.

Las **medidas por crisis en España funcionan como una especie de bufet libre** donde el empresario puede utilizar la medida que prefiera (despido u otra), sin que se establezcan normativamente requisitos de proporcionalidad. De hecho, la proporcionalidad es precisamente lo que ha intentado reducir la reforma de 2012 al establecer factores objetivos para la aplicación del despido por causa económica (disminución de ingresos o ventas en tres trimestres en comparación con los mismos del año anterior), sin que se establezca la necesidad de que se pruebe la imposibilidad de utilizar mecanismos menos traumáticos. Todo ello (en un contexto de precariedad laboral que afecta sistemáticamente desde hace varias décadas a casi el 30% de los contratos laborales) es susceptible de generar la consolidación del riesgo psicosocial como una especie de **pandemia**, al desencadenar una situación permanente de inestabilidad.

⁵² Casas Baamonde, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Valdés DalRé, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales* 5, 2012, p. 2

Ciertamente, la fidelización del trabajador, su motivación y la inversión en la mejora de su calidad son actuaciones empresariales que incrementan también la calidad del producto además de contribuir a la prevención de los riesgos psicosociales, pero aunque este tipo de actuaciones son asumidas por ciertas empresas, no puede presumirse que terminará siendo objeto de actuación de todas ellas, básicamente en un contexto de alto desempleo y de sujetos hipercualificados. Si el ordenamiento laboral no pone freno a la utilización de la rotación laboral como técnica de gestión ordinaria (**regeneración de plantillas**) no puede producirse una adecuada prevención de los riesgos psicosociales. Si no se establecen frenos legislativos a la utilización abusiva de las medidas de crisis pueden proliferar las empresas que regeneren plantillas, no por medio de la motivación/formación/promoción, sino por medio de la rotación laboral permanente. Ello no tiene solo costes en el ámbito de la salud psicosocial de los trabajadores, sino en muchos otros ámbitos (sociales y económicos)

B) El incremento de la flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo y el paralelo incremento del riesgo psicosocial

Pero, además, la reforma laboral de 2012 está sirviendo para promocionar directamente otras formas de actuación empresarial generadoras de riesgos psicosociales que suponen violaciones de lo establecido en normas de la UE, al incrementar las prerrogativas empresariales por medio del incremento de la flexibilidad interna. Piénsese, por ejemplo, en la actual regulación de la distribución irregular de la jornada en España⁵³, que configura en beneficio del empresario un poder de disposición horaria que puede alcanzar hasta el 10% de la jornada anual, salvo que otra cosa viniera establecida por acuerdo, sin que para ello tenga que justificar motivos excepcionales. Con este mecanismo, todos los contratos en España devienen contratos “disponibles” en dicho porcentaje, salvo que otra cosa se establezca por acuerdo. En el art. 19 de la Directiva 2003/88 de 4 de Noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo se establece que el parámetro de referencia para la aplicación de las normas a las que hace referencia la propia Directiva en relación con la determinación del horario no puede sobrepasar los seis meses. Pasado este periodo de referencia la eventual distribución irregular, a compensar en un periodo de referencia de doce meses, debe, según la Directiva 2003/88, operar solo con causa justificada (razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo) y mediante habilitación establecida al efecto en convenio o acuerdo colectivo. También se hace expresa referencia a que el parámetro superior al semestral tan solo podrá establecerse si se respetan los principios generales de protección de la seguridad y la salud⁵⁴. La norma española, como se ha expuesto, no respeta estos presupuestos. Y ello, no solo porque la distribución irregular no requiere

⁵³ Lo señala Argüelles Blanco, “La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo”, Comunicación en las XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 y 22 de Febrero de 2013, p. 5

⁵⁴ El art. 19 de la Directiva 2003/88 establece lo siguiente: *Límites a las excepciones a los períodos de referencia. La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses.*

causa justificativa (probablemente el aspecto más desconcertante de la regulación española teniendo en cuenta que el horario es una condición esencial en el contrato de trabajo y que está directamente vinculada a la prevención de riesgos) sino también porque no incorpora que las irregularidades de jornada superiores en su desarrollo a seis meses (el parámetro español es anual) tengan que ser habilitadas por la acción de la negociación colectiva. Por supuesto, tampoco existe referencia alguna a que el parámetro superior al semestral respete los principios de seguridad y salud laboral, incluyendo los riesgos psicosociales.

Algo parecido podría decirse de la posibilidad de realizar horas extraordinarias los trabajadores contratados a tiempo parcial, forma de contratación que en lugar de quedar configurada como una modalidad contractual que facilite la compatibilidad (familiar, formativa o de otra naturaleza) termina siendo una fórmula de contrato a plena disponibilidad, dado que su horario concreto queda continuamente pendiente de estas horas extraordinarias, de las horas complementarias y de la distribución irregular de hasta el 10%, salvo que otra cosa se estableciera por acuerdo. Se observa aquí el mismo fenómeno de trivialización de la cuestión de la organización del tiempo sin tener en cuenta que las facilidades para la compatibilidad son técnicas preventivas de los riesgos psicosociales. Al contrario, la reforma operada por la ley 3/2012 en materia de reducción de jornada por cuidado de hijos ha pretendido incorporar certidumbre en la organización empresarial configurando una solución homogénea (reducción de jornada “diaria”, sin hacer referencia a parámetros superiores) que se aleja de los parámetros de adecuación que requieren las medidas de conciliación para que sean efectivas⁵⁵. De otro lado, se hace referencia genérica en el art. 34.8 ET segundo párrafo a que “se promoverán” la jornada flexible y otros mecanismos que pretenden facilitar la conciliación, pero sin establecer un marco concreto de derechos y obligaciones. Ni siquiera existe una referencia a que los empresarios *tomen en consideración* las solicitudes de ajuste de jornada de los trabajadores que se reincorporan tras un permiso parental, tal y como establece la Directiva 2010/18 de permisos parentales.

C) El retroceso de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son el listón mínimo que no puede ser atacado por la legislación. Los derechos constitucionales fundamentales actúan, de este modo, como parámetros de referencia que garantizan el mantenimiento de un determinado tipo de sociedad. Sin embargo, recientemente, algunas interpretaciones del Tribunal Constitucional están haciendo que los derechos constitucionales fundamentales no estén cumpliendo esta función o, al menos, con el carácter decidido con el que fueron interpretados y aplicados en otras etapas jurisprudenciales. Un ejemplo de esta nueva concepción, más laxa, del **derecho a la intimidad** como freno a las prerrogativas de control empresarial han sido las sentencias del Tribunal Constitucional 241/2012, de 17 de Diciembre de 2012⁵⁶ y STC de 7 de Octubre de 2013⁵⁷. Van siendo minoría aquellas

⁵⁵ Refiere que con esta medida desaparece el sentido finalista de la reducción de jornada, Herraiz Martín, “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar” en García Perrote y Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 2012, p. 280

⁵⁶ STC 241/2012, de 17 de Diciembre: Consideró no contrario al derecho a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones el acceso por parte de la empresa a una información depositada por dos trabajadoras en un ordenador común de la empresa por medio de la instalación de un software (Trillium) que había sido prohibido por la empresa. Su contenido, que contenía comentarios contra algunos compañeros, fue hecho público por la empresa.

sentencias del Tribunal Constitucional en las que las expectativas del trabajador acerca del control realizado por el empresario actúan como freno a las prerrogativas empresariales al respecto⁵⁸. De hecho, esta reciente interpretación del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho a la intimidad podría ir en contra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha establecido la ilicitud de los mecanismos de control de trabajador cuando exista una expectativa de intimidad⁵⁹. En relación con los riesgos psicosociales el aligeramiento del derecho a la intimidad, por medio del control no advertido claramente, es susceptible de situar al trabajador en una situación de alerta permanente y de continua sumisión al empresario. Sus perjuicios en la salud psicológica resultan evidentes.

También se advierte el aligeramiento del derecho a la no discriminación por razón de embarazo, en relación con el mantenimiento del empleo a partir de lo establecido en la muy reciente STC de 10 de Octubre de 2013. En este caso el Tribunal Constitucional consideró que la extinción del contrato de trabajo de una mujer embarazada durante el periodo de prueba no tenía el carácter de despido y, por tanto, no estaba incluido en el supuesto de nulidad automática establecido en el art. 55 ET (y en el art. 108 LRJS). En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, para que procediera la nulidad debía constar la existencia de discriminación por razón de embarazo, lo que no se producía en caso de que el empresario alegara falta de conocimiento del embarazo. Esta interpretación del Tribunal Constitucional no solo sitúa a la trabajadora embarazada en una situación de desprotección que incrementa el riesgo psicosocial sino que tiene más efectos perversos colaterales: primero, puede afectar a la propia situación de su embarazo, razón por la que podría estar en contra de lo establecido en la Directiva 92/85, cuya principal finalidad es proteger la salud de la mujer embarazada o en situación de parto reciente, independientemente de que se encuentre o no en periodo de prueba. Y la imposibilidad fáctica de refutar la alegación de falta de conocimiento por parte del empresario constituye una situación de despido durante el embarazo que puede producirse al margen de cualquier justificación efectiva por parte del empresario. Segundo, podría plantearse la aplicación de la Directiva 92/85 porque en su artículo 2 incluyedentro de su ámbito aplicativo a las mujeres embarazadas que hubieran comunicado su estado de embarazo al empresario, lo que no había sucedido en el supuesto planteado ante el Tribunal Constitucional. Pero no hay problema en entender que esta interpretación del Constitucional podría contravenir lo establecido en la Directiva 2006/54 (antidiscriminatoria por razón de género) dado que en ésta la discriminación por embarazo es discriminación por razón de sexo (sin distinción por razón del conocimiento del empresario). En consecuencia, una actuación extintiva (sea despido o extinción) que constituya un trato peyorativo por razón de embarazo y en el

⁵⁷ STC 7 de Octubre de 2013: Considera que no ha habido atentado al derecho a la intimidad del trabajador cuando el empresario accedió al contenido del correo electrónico cuando la única expectativa de control que tenía el trabajador era el hecho de que constaba como infracción leve en el convenio colectivo el uso extralaboral del correo electrónico. A partir de este acceso al contenido se detectó una competencia desleal del trabajador que motivó su despido.

⁵⁸ STC 29/2013, de 11 de Febrero de 2013, que consideró contrario al art. 18.4 de la Constitución (protección datos personales) el que se sancionara a un trabajador con la sola prueba de una cámara colocada en el campus universitario, fuera del local de trabajo, de la que se deducía el momento de su entrada y salida. Y ello porque no se informó al trabajador acerca de la posibilidad de que se diera ese uso a las grabaciones, ni de la posibilidad de solicitar la modificación o supresión de dichos datos personales.

⁵⁹ STEDH de 3 de Julio de 2007, rec. 62617/00, Asunto Copeland vs reino Unido. El TEDH consideró contrario al art. 8 de la Convención el control realizado sobre el teléfono, el acceso a internet y los correos electrónicos por parte del Director de una entidad educativa sobre una de sus profesoras, cuando no existía previa advertencia de dicho control, y habiendo sido su uso desproporcionado.

que de hecho se posibilite que el empresario se libere de responsabilidad sin tener que justificar la razón no discriminatoria de su comportamiento (por la presunción fáctica derivada de la alegación de falta de conocimiento) podría ser atentatoria a la Directiva 2006/54.