

LA INCIDENCIA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. PROTECCIÓN DE DATOS Y PREVENCIÓN DE RIESGOS. VIOLENCIA TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO. MEDIOS DE PREVENCIÓN*

Margarita Miñarro Yanini**
Universidad Jaume I

SUMARIO: –1. La profunda y transversal incidencia de las TIC en el ámbito del trabajo. –2. Desconexión digital y prevención de riesgos laborales; 2.1. Los riesgos de la conexión digital laboral fuera del tiempo de trabajo; 2.2. Marco normativo; 2.3. La desconexión digital como exigencia de salud laboral; 2.3.1. Interpretación de la desconexión digital desde el sistema de prevención de riesgos laborales; 2.3.2. Aplicación práctica: su proyección en instrumentos de desarrollo. –3. Violencia tecnológica en el trabajo; 3.1. El efecto de las NTIC en la violencia en el trabajo; 3.2. Marco normativo; 3.3. Concepto de violencia y acoso en el trabajo; 3.3.1. Situación nacional; 3.3.2. Convenio n.º 190 OIT. 3.4. Inclusión de modalidades digitales de violencia y acoso; 3.4.1. Delimitación; 3.4.2. Elementos básicos; 3.4.3. Límites; 3.5. Dimensión preventiva; 3.6. Significación del Convenio para España. –4. Conclusiones. –Bibliografía citada.

RESUMEN

El impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo es muy intenso y tan amplio que puede considerarse transversal. Entre sus profundos y variados efectos, se encuentra la dilución de límites espaciales y temporales entre el ámbito laboral y extralaboral, que incide de forma directa en la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Particularmente, la constante conexión digital relacionada con el trabajo, que invade los tiempos de descanso de las personas trabajadoras, así como las situaciones de violencia o acoso vinculados al entorno laboral producidos o agravados por NTIC, generan riesgos que, por su vinculación al trabajo, deben ser tratados como riesgos laborales. En este trabajo se examina el tratamiento normativo y judicial de estos riesgos desde el punto de vista preventivo, prestando particular atención al art.88.3 LOPDGDD, al muy reciente y aún no ratificado Convenio n.º 190 OIT, así como a la relevante STC 56/2019, de 6 de mayo.

ABSTRACT

The impact of new technologies at work is very intense and so broad that it can be considered transversal. Among its profound and varied effects, there is the loss of spatial and temporal boundaries between the labor and extra-work environment, which affects the safety and health of

*Recibido el 04 de febrero de 2020. Aceptado el 17 de abril de 2020.
**Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La incidencia de las tecnologías..., págs. 15 a 30

16 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

working people. Particularly, the constant digital connection related to work, which occupies rest time, as well as situations of violence or harassment linked to work produced by NTIC, generate risks that must be treated as occupational hazards. This paper examines its normative and judicial treatment from a preventive point of view, paying particular attention to art.88.3 LOPDGDD, ILO Convention No. 190, and the relevant STC 56/2019, of May 6 th.

Palabras clave: Desconexión digital, violencia en el trabajo, acoso, tecnologías de la información y comunicación.

Key words: Digital disconnection, violence at work, workplace harassment, information and communication technologies.

1. LA PROFUNDA Y TRANSVERSAL INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

Las nuevas tecnologías han abierto a las empresas oportunidades para incrementar la producción, reducir plantillas por la automatización de puestos, y con ello costes laborales, y aumentar el ritmo de trabajo, así como la disponibilidad de los trabajadores, entre otras. No obstante, pese a estos efectos tan intensos e importantes, en ocasiones las empresas parecen subestimar su impacto en los trabajadores, percibiéndolo como algo tan inocuo que pueden introducir libremente, *motu proprio*¹.

No obstante, resulta evidente que no todos los efectos de las nuevas tecnologías en el trabajo son positivos. Así, desde la perspectiva de los trabajadores, genera aislamiento, incremento del ritmo de trabajo, estrés por automatización de puestos y por tener a la pérdida del empleo, mayor presión, aumento del control de la productividad o disolución de los límites entre tiempo de trabajo y de descanso, y con ello, entre lo laboral y lo extralaboral², entre otras consecuencias.

Sin duda, las nuevas tecnologías, gestionadas de modo inadecuado, pueden facilitar modos productivos tóxicos, como muestra el caso France Telecom. Esta empresa, tras una reestructuración intensa que supuso la supresión de puestos de trabajo y la implantación de un modelo intensivo automatizado, complementado con mayor inestabilidad laboral y una estrategia empresarial de presión hacia la consecución de objetivos difíciles de alcanzar, tuvo como resultado un número elevado de suicidios (según fuentes, 60, 35 o 19), además de numerosas tentativas casos de depresión grave. Paradójicamente, la empresa reconoció la situación que había generado con su "nueva política", aunque justificó las medidas adoptadas como necesarias para hacer frente a la crisis, y no asumió responsabilidad alguna hasta que en diciembre del año pasado, tres directivos eran condenados por acoso moral institucional sistémico a penas de cárcel, y multas, debiendo afrontar la empresa elevadas multas e indemnizaciones³.

¹ Ilustrativo de ello son diversas sentencias que declaran nulas medidas de automatización impuestas por decisión unilateral de la empresa, dado que ésta debiera haber seguido el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo –por todas, SAN de 22 de julio de 2019 (n.º 92/2019) y STS de 4 de abril de 2019 (n.º 288/2019).

² En este sentido, se ha destacado que las tecnologías digitales hacen cada vez más porosa las esferas interna y externa de las organizaciones de trabajo, vid. MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberacoso en el trabajo*, Madrid, La Ley, 2019, p.17.

³ Vid. "Condenas de cárcel a exdirectivos de France Telecom por acoso moral", *La Vanguardia*, 21 de diciembre de 2019.

https://www.lavanguardia.com/economia/20191221/472374596193/condena-directivos-france-telecom-suicidios-acoso.html

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La incidencia de las tecnologías..., págs. 15 a 30

DL

Aun sin llegar a estas situaciones extremas, lo cierto es que las NTIC pueden introducir factores muy negativos en el trabajo, que no sólo inciden en la intimidad de quienes lo desarrollan, sino que pueden afectar a su salud y seguridad. Los riesgos que provocan las nuevas tecnologías en el ámbito laboral son frecuentemente psicosociales, pues burnout, tecnostres, fatiga digital o violencia en el trabajo, se producen o incrementan notablemente por las NTIC, según ha reconocido el CESE⁴. No obstante, también pueden ser higiénicos, como aumento de la miopía, degeneración macular, vista cansada crónica o daños cervicales.

Tales riesgos para la salud han de integrarse en la acción preventiva de la empresa. Parece que ello es indiscutido respecto de estos últimos, no obstante, también es predicable de los de índole psicosocial, y ello por cuanto:

1.º Cauce general: Según dispone el art.14 LPRL, todos los riesgos derivados del trabajo han de integrarse en el sistema preventivo. Ello incluye también los psicosociales, aunque no se haga referencia expresa a los mismos, puesto que el concepto "riesgo" integra todo agente que pueda causar cualquier daño. En consecuencia, sobre los riesgos psicosociales también se extiende el deber de prevención del empresario, como señaló la STJUE de 15 de noviembre de 2001⁵, y reiteró la STC 160/2007, de julio.

2.º Vía específica: Actualmente, existen dos instrumentos de los que deriva la obligación específica de prevenir los riesgos laborales derivados de las TIC, que por ello tienen un particular protagonismo en este trabajo. Estos son, por una parte, el art.88.3 LOPDGDD, que es una norma preventiva, referida a la fatiga informática derivada de la conexión digital continuada, que incluye la fatiga mental y también visual. Por otra, el art. 3 d) del Convenio n.º 190 OIT, 2019 –aún no ratificado, pero que se espera que lo sea a no mucho tardar–, norma preventiva de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que incluye como ámbito de trabajo a efectos de su aplicación "las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de las tecnologías de la información y comunicación".

En línea con las dos referencias normativas apuntadas, si bien hay otros riesgos laborales relacionados con las TIC, este trabajo se centrará en la prevención de los derivados de la hiperconexión digital y de la violencia en el trabajo.

2. DESCONEXIÓN DIGITAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

2.1. Los riesgos de la conexión digital laboral fuera del tiempo de trabajo

Una primera vertiente de tales riesgos está constituida por la continua conexión digital, que no sólo incide de forma negativa en la intimidad y la conciliación de la vida laboral y familiar, como señala el art.88.1 LOPDGDD, sino que también puede perjudicar la salud de los trabajadores. Así, la constante conexión laboral en tiempo extralaboral que las TIC permiten suponen diluir derechos tan básicos como la limitación de jornada, en cuyo fundamento originario late la protección de la salud. Esta falta del necesario descanso origina en la persona trabajadora fatiga, que afecta negativamente a su salud, pero que también tiene efecto adverso en la productividad. En consecuencia, es una práctica que, a medio plazo, no beneficia a ninguna de las partes.

⁴ Dictamen sobre el "Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo", de 15 de diciembre de 2017.

⁵ STJUE de 15 de noviembre de 2001 (asunto C-49/00), que condenó a Italia por no evaluar los riesgos psicosociales.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La incidencia de las tecnologías..., págs. 15 a 30

18 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

2.2. Marco normativo

El art.88 LOPDGDD introdujo el derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo. Es éste un precepto netamente laboral que se integra por remisión en el ET, pues el art.20 bis ET remite al art.88 LOPDGDD. No obstante, este precepto no delimita el derecho, sino que, a su vez, hace remisión a la negociación colectiva y a lo que se disponga en la política interna de la empresa, que habrán de configurarlo⁶. Esta estructura "descentralizada" explica que se le haya privado de la condición de "orgánica" propia de la ley en la que se incluye (DF 1.º LOPDGDD), a fin de facilitar tal desarrollo⁷.

El art.88 LOPDGDD es un precepto fragmentado formal y materialmente, pues en sus tres apartados regula varias dimensiones o áreas de incidencia de la desconexión digital. De este modo, el apdo.1 se limita a reconocer el derecho a la desconexión digital, mientras que el apdo.2 está referido de forma específica a la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar, siendo el apdo.3 una norma netamente preventiva. En cualquier caso, paradójicamente, en ninguno de ellos define qué es la desconexión digital.

Centrando la atención en el apdo.3, éste dispone que "el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas".

2.3. La desconexión digital como exigencia de salud laboral

2.3.1. Interpretación de la desconexión digital desde el sistema de prevención de riesgos laborales

El art.88.3 LOPDGDD introduce el riesgo de la fatiga informática o digital, que es un riesgo emergente organizativo de tipo psicosocial. No obstante, no se incluye en la LPRL⁸, lo que no constituye obstáculo alguno para considerarlo riesgo laboral e integrarlo en el sistema preventivo, pues lo mismo sucede en relación al acoso sexual ex art.48 LOI y no hay sombra de duda de que se incluye en el sistema de gestión preventiva. Con todo, la fatiga informática no es el único riesgo derivado de la permanente conexión digital, puesto que junto a él también aparece la fatiga visual y el incremento del riesgo de adicción tecnológica, así como otras vinculadas a la misma (adiciones *on line*, al juego, a las compras, al sexo...), o incluso, algunas formas de violencia en el trabajo que se ven agravadas por el uso de medios telemáticos, como se verá.

Como se ha apuntado, el precepto insta a la política interna de la empresa a que defina las modalidades de ejercicio de la desconexión digital y acciones de prevención de la fatiga informática. Esta encomienda es coherente si se entiende que es una acción englobada dentro del deber de protección del empresario (art.14 LPRL), aunque dada la ausencia de parámetros normativos de referencia, resulta poco adecuada. El precepto prevé que tal política debe adoptarse

⁶ Por ello, se ha apuntado que parece tratarse de una "norma programática", vid. DE LA CASA QUESADA, S. "Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019, p.130.

⁷ En este sentido, MINARRO YANINI, M. "La Carta de los derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 430, 2019, p.13.

⁸ Aunque debería haberse incluido en ella, vid. MINARRO YANINI, M. "La Carta de los derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación", *op. cit.*, p.13.

Doc. Labor., núm. 119-Año 2020-Vol. I. ISSN: 0211-8556. La incidencia de las tecnologías..., págs. 15 a 30

previa audiencia a los representantes de los trabajadores, no ya consulta, como correspondería a tenor del art.33 LPRL, al tratarse de una actividad de planificación y organización de la protección, y en cualquier caso, incluir medidas que puede tener efectos sustanciales en la salud de los trabajadores (art.33,1,f).

Presupuesto básico de análisis es que el derecho a la desconexión digital enlaza con el derecho al descanso, identificándose, por tanto, con una condición primaria de seguridad y salud en el trabajo. Dado que ésta ya está reconocida sobradamente en las normas laborales –art.34 ET, limitación de jornada–, el derecho a la desconexión digital debe suponer una redefinición garantista del derecho al descanso, dados los grandes retos derivados de las nuevas tecnologías y los nuevos riesgos que comporta. Con todo, esa redefinición no se efectúa en la norma, pues, aunque desde ella se aprecia intención de impulsarla, no garantiza que se haga efectiva, dejándola totalmente abierta.

Por ello, dadas las grandes carencias que el precepto presenta en relación concretamente a la dimensión preventiva del derecho a la desconexión digital⁹, se han de buscar herramientas para dotarlo de garantías de efectividad y cubrir lagunas. A tal efecto, debe integrarse en el sistema general de prevención de riesgos laborales, pese a no haberse incluido ninguna modificación en tal sentido en esta Ley, lo que resultaría conveniente, pero no es estrictamente necesario, puesto que las normas laborales conforman un sistema.

De este modo, ello comporta dos consecuencias básicas. Por una parte, todos los riesgos vinculados a la conexión digital (fatiga digital, pero también fatiga visual e incluso adicciones tecnológicas y derivadas), como riesgos organizativos que son, han de tratarse como tales e integrarse, por tanto, en la LPRL, siendo objeto de evaluación, planificación... Por otra, se han de aplicar los principios preventivos (art.15 LPRL), entre ellos, muy en particular, “adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual” (art.15,1,h LPRL). Esta exigencia tiene gran importancia práctica, puesto que su aplicación implica desplazar la responsabilidad de la persona trabajadora individual hacia una dimensión colectiva, que debe partir necesariamente de la empresa, pues es quien ha de establecer mecanismos de protección colectiva y, en definitiva, abstenerse de enviar tales comunicaciones o de realizar llamadas a trabajadores y trabajadoras en tiempo extralaboral.

2.3.2. Aplicación práctica: su proyección en instrumentos de desarrollo

La negociación colectiva debería tener un papel relevante en la definición y delimitación del contenido de la desconexión digital, también desde su dimensión preventiva, dadas las lagunas que presenta el derecho, según se deduce de una interpretación sistemática del art.88.2 reforzado por el art.91 LOPDGGD –que llama a la negociación colectiva a establecer “garantías adicionales” de los derechos digitales en el ámbito laboral–¹⁰. Sin embargo, dado que el art.88.3 encomienda hacer efectiva tal dimensión a través de las políticas de empresa¹¹, es frecuente que no sea tratado vía convenio, aunque éstos sí la contemplan desde el punto de vista de la conciliación de la vida laboral y familiar y el derecho a la intimidad.

⁹ Se ha apuntado que el art.88 LOPDGGD sólo se refiere a la dimensión preventiva de modo “incidental”, IGARTUA MIRÓ, M. T. “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 432, 2019, p. 71.

¹⁰ Así, se ha señalado que la desconexión digital ha de tener un especial protagonismo en los futuros procesos de negociación colectiva, vid. GARCÍA GIMÉNEZ, M. “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019, p. 172.

¹¹ Sin que, además, se establezcan consecuencias en caso de no elaborar esta política de empresa relativa a la desconexión, según destaca IGARTUA MIRÓ, M. T. “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *op. cit.*, p. 84.

20 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

Este es el fundamento de la pionera regulación convencional del derecho a la desconexión digital, establecida en el art.14 del convenio colectivo del Grupo AXA¹², cuyo legado se ha extendido también a las previsiones sobre desconexión que adoptan una dimensión preventiva. Este dispone “la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”. Es de destacar que, pese al eco mediático que alcanzó esta cláusula, no sólo se limita a reconocer el, al menos en teoría, consolidadísimo derecho a la limitación de jornada –muy claro en el art.34 ET–, sino que lo debilita, al prever que decaerá por fuerza mayor o circunstancias excepcionales que, al quedar indeterminadas, habrá de definir la empresa, siendo ésta la que, en definitiva, determinará el alcance del derecho. Además, hace recaer sobre la persona trabajadora la responsabilidad sobre sí responder o no a los emails, liberando con ello a la empresa de su obligación de hacerlo efectivo no enviando tales comunicaciones¹³.

Muchos instrumentos siguen este modelo, también entre los que vinculan desconexión digital con seguridad y salud en el trabajo, como es el caso del Convenio colectivo de la empresa Cícle de l'Aiguia¹⁴.

Otros, ya fuera del ámbito estricto de los convenios colectivos, parecen establecer una regulación más tutiva del derecho, aunque presentan importantes grietas de desprotección. Valgan como ejemplo dos acuerdos recientes de sendas grandes empresas. El primero de ellos es el Acuerdo marco mundial sobre la evolución de la vida laboral de Renault, titulado “Construir juntos el mundo laboral en el grupo Renault”. Este reciente acuerdo, adoptado el 9 de julio de 2019, entre sus diversos contenidos –varios de ellos relativos al tiempo de trabajo y descanso–, dispone en su apartado 4.4 que “en el ámbito internacional, donde todos los husos horarios están activos, el grupo Renault reconoce a sus empleados y empleadas el derecho a elegir conectarse o no fuera de su tiempo de trabajo habitual y durante sus periodos vacacionales”.

Es de destacar, en primer lugar, que el carácter internacional del acuerdo marca el signo de esta regulación, puesto que, efectivamente, el cambio de husos horarios puede incidir y diluir más los límites entre tiempos de trabajo y de descanso. Asimismo, dicho carácter explica la referencia expresa que el último párrafo de esta previsión hace a la adopción de posibles “acuerdos locales” sobre la materia, pues ello permitirá hacer una regulación más ajustada a las circunstancias particulares de cada país.

Por lo que respecta a la fórmula de reconocimiento del derecho utilizada, al igual que los instrumentos examinados, carga sobre la persona trabajadora la decisión de responder o no comunicaciones de la empresa, siendo, por tanto, sólo una opción. Por ello, precisa el acuerdo que durante estos periodos éstas no están obligadas a responder los mensajes de correos electrónicos o llamadas telefónicas que recibían. Esta regla no establece de forma directa excepciones al derecho a no responder, si bien sí indica que el personal de la empresa debe procurar que las comunicaciones que realicen sólo se produzcan en situaciones de emergencia excepcionales, que concreta en supuestos que puedan afectar a la seguridad de quienes trabajan en la empresa y la clientela. En consecuencia, de ello se deduce que esas mismas circunstancias determinan la obligación excepcional de responder fuera del horario de trabajo de los trabajadores y trabajadoras de la empresa.

¹² Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE de 10 de octubre de 2017.

¹³ Un análisis crítico de esta regulación convencional puede verse en MOLINA NAVARRETE, C. “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, n.º 138, 2017.

¹⁴ Resolución 19 de marzo de 2018, BOP de Barcelona de 18 de abril de 2018.

Por lo demás, a pesar de que la responsabilidad última de acogerse o no al derecho a no responder se hace recaer sobre quienes trabajan en la empresa, aun con una formulación que podría ser mucho más clara, se asigna un papel de vigilancia y advertencia –se entiende que con objetivo amonestatorio– a los superiores jerárquicos y supervisores sobre el personal de la empresa. En este sentido, señala que “los managers y los colaboradores velan por dar ejemplo: permanecen atentos y avisan en caso de sobrepasar manifiestamente los horarios de trabajo y/o de no respetar los tiempos de descanso. Dado que no queda limitada la respuesta a las comunicaciones de la empresa por parte de las personas que trabajan en ella, se entiende que el objeto de esta eventual fiscalización no son los mensajes o llamadas que éstas reciben y responden, sino los que envían. Esta medida resulta muy interesante, puesto que implica un control sobre la emisión de comunicaciones, que es la base del derecho a no responder, si bien, su falta de claridad plantea interrogantes y, en definitiva, dudas acerca de su eficacia.

El segundo de los instrumentos que se examinan a efectos ilustrativos es el Acuerdo sobre Política Interna Reguladora del Derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras de Telefónica, de 17 de julio de 2019.

Éste vincula expresamente la desconexión digital no sólo a la intimidad y a la conciliación, sino también a la salud laboral, al reconocer el “derecho a la desconexión digital como elemento fundamental para lograr una mejor ordenación del tiempo de trabajo en aras del respeto de la vida privada y familiar, mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y contribuir a la optimización de la salud laboral del conjunto de las personas trabajadoras”.

Es de destacar que también implica a los eslabones superiores, al señalar que “los superiores jerárquicos se abstendrán de requerir respuesta en las comunicaciones enviadas a las personas trabajadoras fuera de horario de trabajo o próximo a su finalización, siempre que pudieran suponer para los destinatarios de las mismas la realización de un trabajo efectivo que previsiblemente pueda prolongarse e invadir su tiempo de descanso. Por ello, las personas destinatarias de la comunicación tendrán derecho a no responder a la misiva hasta el inicio de la siguiente jornada laboral”. Con todo, no les impide enviar comunicaciones en tiempo extralaboral, sino no esperar respuesta, dejando a criterio de quienes las reciben dar o no respuesta.

Establece como excepciones al derecho a no responder “por causa de fuerza mayor o que supongan un grave, imminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesita indubitablemente de una respuesta inmediata”. Introduce así el perjuicio para la empresa como circunstancia que excepciona el derecho a no responder, regulando las excepciones de forma muy amplia, por lo que, en definitiva, quedan a total determinación de la empresa.

Es de destacar que este acuerdo establece pautas acerca del tiempo de conexión durante el que, en circunstancias excepcionales, cede el derecho a la desconexión. Así, señala que “en dichos supuestos, la Compañía que requiera una respuesta de la persona trabajadora, una vez finalizada su jornada laboral, contactará con aquella preferiblemente por teléfono para comunicarle la situación de urgencia que motiva dicha situación. De esta forma, el tiempo de trabajo así requerido podría calificarse como hora extraordinaria, de conformidad con lo establecido en cuanto a jornada y/o política de horas extraordinarias en el marco laboral de la empresa propia de la persona trabajadora”. Esta determinación del tratamiento del tiempo excepcional de conexión es lógica, puesto que si el trabajador está en su tiempo de descanso es porque ya ha completado su jornada, y si en ese tiempo ha de conectarse para resolver cuestiones laborales, sólo puede ser considerado “extraordinario”. En cualquier caso, se considera que la mención es positiva, al dar seguridad jurídica, en general, y asegurar su cobro o compensación al trabajador, en particular, si bien, no se entiende el uso del condicional “podría” en relación a su consideración como hora extraordinaria, que parece dejar su aplicación en el plano de lo incierto.

Asimismo, importa destacar que el acuerdo incide en que la desconexión digital fuera del trabajo es un derecho de las personas trabajadoras, no una obligación. Esta estructura, si bien

22 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

encaja con los esquemas de los derechos de conciliación, no resulta coherente con las obligaciones de índole preventiva (art.29 LPRL), que en ningún caso son potestativas.

Por lo demás, las previsiones de este acuerdo son seguidas muy de cerca por el Acuerdo del BBVA de 25 de septiembre de 2019 sobre registro de jornada y desconexión digital, sobre registro de jornada y desconexión digital.

3. VIOLENCIA TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO

3.1. El efecto de las NTIC en la violencia en el trabajo

Las nuevas tecnologías en el ámbito laboral también tienen otro efecto adverso, no buscado por la empresa, que es la facilitación de la comunicación entre personas de la empresa y la difusión de información a través de las redes sociales y servicios de mensajería. Éstas generan sensación de anonimato e impunidad en el autor, y acentúan la inseguridad y vulnerabilidad de las víctimas. La amenaza, además, es constante –cualquiera puede haber realizado algo “vergonzante” en la vida–, difusa –pues puede proceder de casi cualquiera– y de expansión vertiginosa, por lo que su efecto puede ser casi inmediato y de magnitud desbordante. Este problema, que se está evidenciando de una forma muy intensa en el ámbito escolar¹⁵, tiene también gran impacto en el ámbito laboral, que es particularmente sensible ante estas situaciones pues quienes participan en él han de preservar cierta imagen que puede verse dañada por informaciones íntimas o inadecuadas, con la consecuente muy posible incidencia negativa a efectos laborales y también personales.

La violencia y el acoso en el trabajo que pueden propiciar las NTIC son de carácter viral, pues procede de fuera y se extiende fácilmente de unas personas contra otras. No obstante, con cierta frecuencia, el efecto que ello causa supone una presión emocional y ambiental tan intensa que puede desembocar en conductas de carácter autodestructivo, adicciones o incluso el suicidio de quienes la padecen¹⁶. Por ello, no sólo puede dañar la salud, sino también la integridad de quienes los sufren.

De este modo, si bien la violencia en el trabajo es autónoma de las nuevas tecnologías, éstas incrementan y agravan exponencialmente las agresiones, por la facilidad de envío y difusión, el aparente anonimato y la irreflexibilidad o visceralidad que parece suscitarse¹⁷; por tanto, también amplía sus consecuencias. Muestra de ello es que en los últimos tiempos se han multiplicado las demandas por violencia y acoso en el trabajo en los que se utilizan tecnologías de información y comunicación.

Por ello, dada la gravedad del problema de la violencia y el acoso, en un plano general y en el ámbito laboral en particular, se hace más necesario que nunca contar con referentes que clarifiquen conceptos y establezcan pautas para su prevención y la debida respuesta cuando ésta falle.

3.2. Marco normativo

Como se ha indicado en la introducción, la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo, como riesgos psicosociales que son, es una obligación derivada del art.14 LPRL, por lo que

¹⁵ En este sentido, “ANAR: las nuevas tecnologías propician más el bullying de lo que creemos”, *La Vanguardia*, 10 de marzo 2017. <https://www.lavanguardia.com/vida/20170310/42748368451/anar-las-nuevas-tecnologias-propician-mas-el-bullying-de-lo-que-creemos.html>

¹⁶ Según la OMS, cada 40 segundos se suicida una persona, y en 2020 éste se incrementará en 1.500.000 personas, vid. OMS “Cada 40 segundos se suicida una persona”, <https://www.who.int/es/news-room/detail/09-09-2019-suicide-one-person-dies-every-40-seconds>

¹⁷ Si bien algún pronunciamiento judicial estima que el hecho de escribir el mensaje implica reflexión, vid. STSJ de Murcia de 26 de abril de 2017 (nº448/2017).

ésta debe integrarse dentro del sistema de prevención de riesgos laborales. El problema es que hasta la fecha no se ha dispuesto de ningún concepto normativo de violencia en el trabajo, lo que ha dificultado su aplicación práctica.

Con todo, ello tampoco ha supuesto una situación de vacío total de referentes, puesto que se ha contado con otros instrumentos supranacionales, como son el Acuerdo Marco Europeo sobre violencia y acoso en el trabajo, de 2007, y las Directrices Multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso en el trabajo.

Asimismo, en el ámbito nacional, ha de hacerse referencia particular a la muy importante STC 56/2019, de 6 de mayo, puesto que en ella el Tribunal Constitucional delimita por primera vez los elementos que han de concurrir en el acoso laboral.

No obstante, por su importancia normativa y su especificidad, debe prestarse una particular atención a una reciente norma internacional, el Convenio n.º 190 OIT, sobre la violencia y el acoso (2019), y a la Recomendación n.º 206 que lo acompaña. Este convenio, aún no ratificado por España, pero respecto del que el Gobierno ha expresado su compromiso de hacerlo¹⁸, incluso en el entretanto, está llamado a constituir referente esencial para los operadores jurídicos. Por ello, su importancia práctica es muy elevada, dado que, desde un ámbito subjetivo muy amplio –que incluye incluso a voluntarios y candidatos a un empleo–, define estos riesgos, los regula desde el punto de vista preventivo y delimita específicamente la violencia y el acoso tecnológicos en el trabajo.

3.3. Concepto de violencia y acoso en el trabajo

3.3.1. Situación nacional

En España, se cuenta con concepto normativo de acoso discriminatorio, pero no de violencia en el ámbito laboral. Por ello, a fin de cubrir esta carencia, se elaboró un concepto judicial, restrictivo, que incluye elementos como la exigencia de una reiteración determinada, de resultados dañinos o de cierta intensidad. Este concepto se basa en la NTP 476/1998, que exige que se trate de violencia “extrema”, intención de dañar y periodicidad de al menos una vez a la semana durante más de 6 meses¹⁹. Dada la excesiva restricción a la que conducía, fue sustituida por la NTP 85/2009, que elimina la exigencia de intensidad extrema, así como el arco temporal y el resultado de daño, bastando con la creación de un riesgo. No obstante, esta noción posterior más flexible no ha tenido reflejo en sede judicial²⁰.

La muy importante STC 56/2019, de 6 de mayo, aun no relativa a NTIC, resulta esencial en materia de violencia y acoso en el trabajo, puesto que por primera vez realiza una caracterización del acoso moral desde la perspectiva constitucional, confirmando este apuntado concepto menos restrictivo. Se refiere al supuesto de un funcionario del Ministerio del Interior que se reincorpora tras un período en servicios especiales, al que, parece que por expresa petición del en-

¹⁸ MTMYSS, Comunicado de Prensa, “España estudia la ratificación del Convenio 190”, 25 de septiembre de 2019, <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3613>

¹⁹ Resulta ilustrativa de esta corriente judicial la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2019 (n.º rec.719/2019), que rechaza que se hubiera producido acoso laboral de un gerente hacia una empleada de una cafetería, con el argumento de que “son conductas que no se producen con la periodicidad de una por semana, tampoco superan los 6 meses, sino que son intermitentes, ocasionales”.

²⁰ La doctrina destaca que ello es debido a dos factores, por una parte, la idea de que la gran trascendencia de estas conductas hace inadecuadas interpretaciones más expansivas, y por otra, la voluntad de frenar el crecimiento de demandas por acoso, vid. MOLINA NAVARRETE, C. “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019, p.146.

24 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

tonces Ministro, se le se le adjudica un puesto de nueva creación, sin atribuciones definidas, manteniéndosele en él durante año y medio, pese a sus reiteradas peticiones de que le cambiaran de destino o le encomendaran algunas funciones.

Al fundamentarse el recurso en el art.43 LOTC –violación de derechos y libertades atribuidos a actos del Gobierno, sus autoridades o funcionarios–, a tenor del art.44.b) LOTC, el Tribunal no estuvo limitado por las valoraciones de hechos realizadas por la jurisdicción ordinaria (art.44.b) LOTC)²¹. Ello le permite realizar un examen amplio del supuesto, del que concluye que el trato degradante supone la conjunción de tres elementos, que además define de forma laxa:

1. Intención: supone verificar si la conducta es deliberada o está conectada con el resultado lesivo, exigiendo sólo que no haya sido accidental. La STC indica, muy relevantemente, que no es preciso indagar en factores psicológicos y subjetivos, de difícil control.
2. Menoscabo: implica determinar si ha causado un padecimiento o tenía potencialidad de hacerlo. El Tribunal indica de forma expresa al respecto que no es preciso que el daño se actualice²².
3. Vejación: incide en la comprobación de la finalidad humillante de la conducta o en su idoneidad objetiva para ello.

3.3.2. Convenio n.º 190 OIT

En este contexto, en junio de 2019 aparece el Convenio n.º 190, cuyo art.1 establece un concepto normativo de violencia y acoso, al señalar que:

a) La expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o que sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) La expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso en misma línea.

Por lo que respecta a las definiciones de violencia y acoso (apdo. a), además de ser muy amplias²³, es de destacar que la norma no desagraja una de la otra, fundamentalmente por la dificultad de hacerlo y a fin de no chocar con definiciones nacionales²⁴. No obstante, expresamente señala en su apdo.2 que la legislación nacional podrá definirlos como un concepto único o como conceptos separados, lo que es más adecuado para que pueda perfilarse de forma más precisa los contornos de cada una y mejorar con ello su prevención y protección.

²¹ Sobre el particular, vid. CORREA CARRASCO, M. “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019, p.168.

²² Esta inexistencia de resultado dañino está en línea con las exigencias preventivas que suponen que lo importante es la potencialidad dañina, y ya fue previamente por las SSTC 62/2007, de 27 de mayo, y 160/2007, de 2 de julio, y SSTS 90/2016, de 16 de febrero y 544/2018, de 17 de mayo.

²³ Como destaca la doctrina, significativo a tal efecto es el uso del concepto “inaceptable”, que resulta tan amplio como problemático, dada su indeterminación, MOLINA NAVARRETE, C. *Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del Convenio 190*, Albatros, Bomarzo, 2020, p.23.

²⁴ Según destaca VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019, p.124.

No obstante, sí lo hace respecto del acoso discriminatorio por razón de género (apdo. b)), dándole en este punto, como en otros, un protagonismo que demuestra un interés específico. Ello se debe a que su origen se encuentra en los debates que organizó la OIT en torno a la igualdad entre hombres y mujeres²⁵, aunque también porque en el 90 % de los casos de acoso las víctimas son mujeres. Esta definición encaja con la de acoso sexual y por razón de sexo incluidas en el art.7 LOI, por lo que, en este concreto punto, la normativa española ya cumpliría la exigencia definitoria del Convenio.

En cuanto a la violencia y al acoso en el trabajo, pese a su definición conjunta, resulta claro que son conductas diferentes, y es oportuno deslindarlas para identificarlas, prevenir las y tratarlas del modo más eficaz. A tal efecto, de la noción del Convenio, así como de otros instrumentos y elementos con que se cuenta, entre ellos, la fundamental STC 56/2019, de 6 de mayo, se infiere que:

–La violencia es una conducta inaceptable e inadecuada que pone en riesgo la salud e integridad de la persona. Para que se produzca violencia no es necesaria reiteración, sino que puede apreciarse en un solo episodio de suficiente entidad. Es más amplia que el acoso, puesto que constituye el género.

–El acoso es una conducta inaceptable que, por su reiteración en el tiempo, genera un ambiente intimidatorio y ofensivo, poniendo en riesgo la salud e integridad de la persona que lo padece. De este modo, en principio²⁶, es violencia reiterada, que se extiende en el tiempo. Los diferentes actos que componen el proceso pueden no tener una entidad muy relevante en sí mismos considerados, sino tratarse de actos sutiles que, al reiterarse, agravan la conducta.

En cualquier caso, que sea laboral implica que tenga relación con el trabajo, enlazando con los clásicos referentes de lugar y tiempo, relacionados con la capacidad de control de la empresa, cuestionados por la violencia y acoso tecnológicos. De producirse tal situación, generará responsabilidad de la empresa, mientras que, en caso contrario, se tratará de violencia social, que debe ser prevenida por los poderes públicos, y no ya por la empresa.

3.4. Inclusión de modalidades digitales de violencia y acoso

3.4.1. Delimitación

El art.3 del Convenio n.º 190, al referirse al elemento del lugar en el que se ejerce la violencia y el acoso, incluye el ciberespacio, por lo que delimita sus modalidades tecnológicas, lo que era imprescindible si no quería nacer ya desfasado. No obstante, ello hace emerger tensiones en la norma derivadas de las dificultades que presentan estas formas en relación con las exigencias clásicas de responsabilidad de la empresa.

Así, el apartado d) de este artículo establece que “el presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: (...) d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y comunicación”.

²⁵ En este sentido, VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *op. cit.*, p.122.

²⁶ Han de introducirse algunos matices a la exigencia de reiteración, por cuanto la normativa canadiense considera acoso moral un solo acto cuando este tenga suficiente entidad para provocar un daño y, en esta misma línea flexibilizadora, la normativa francesa (Ley 2018-73), que incluye la violencia o acoso grupal, considera que éste se produce cuando haya sido concertado, aunque sólo se haya producido una conducta de cada persona actora y no se repita.

26 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

Esta referencia normativa tiene enorme importancia, porque es la primera vez que una norma hace alusión a la violencia y al acoso tecnológico. Esta, parte de la definición de violencia y acoso en el trabajo, pero añade elementos de latitud vinculados a las nuevas tecnologías, flexibilizando exigencias clásicas por la disolución de fronteras de lugar y tiempo que éstas propician.

3.4.2. Elementos básicos

Los elementos básicos de la definición de la violencia y el acoso tecnológicos que incorpora el Convenio n.º 190 son:

1. Delimitación amplia de lugar de trabajo: No se exige que las comunicaciones tengan lugar en el trabajo, sino que basta que éstas “estén relacionadas” con el trabajo.
2. Delimitación amplia de tiempo de trabajo: con carácter general, el Convenio marca un amplio ámbito temporal a efectos de prevenir y proteger frente a la violencia y acoso en el trabajo. En este sentido, seguramente teniendo en cuenta los imperativos de la inclusión de la modalidad tecnológica, sólo exige que las comunicaciones se produzcan “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”.
3. Cauce de comunicación: El Convenio incluye cualquier cauce de comunicación que se realice por medio de tecnologías de información y comunicación –por lo que incluiría teléfono, email, todos los sistemas de mensajería instantánea, todas las redes sociales...–
4. Instrumentos de comunicación: No se exige que los instrumentos a través de los que se realicen las comunicaciones sean de la empresa, por lo que puede hacerse a través de dispositivos privados de la persona trabajadora, lo que, sin duda, complicará las posibilidades de control²⁷.
5. Laboral: Superadas las exigencias de lugar y tiempo de trabajo, y de que los instrumentos sean titularidad de la empresa, la condición de laboral vendrá dada por que exista un punto importante de conexión laboral²⁸, como es el trasfondo laboral en la relación de quienes establezcan tales comunicaciones –compañeros o compañeras de trabajo, clientes, suministradores...–.

La flexibilidad que implica esta delimitación, si bien es necesaria si quiere ser útil, a tenor de las características y exigencias que impone la vía tecnológica, genera importantes tensiones con el concepto tradicional de “riesgo laboral”, que exige que se produzca en el lugar y durante el tiempo de trabajo. Por el contrario, en las modalidades digitales no se produce esa conexión, pues permiten un contacto permanente entre las personas vinculadas a la empresa, que excede del tiempo y del lugar de trabajo y que no hace necesarios instrumentos de la empresa²⁹. Ello

²⁷ Así lo destaca MOLINA NAVARRETE, C. “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *op. cit.*, p.158, que incide en que ello no obsta a la plena exigencia de hacer efectivo el deber de protección del empresario en tales casos.

²⁸ En ello incide MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberacoso en el trabajo*, *op. cit.*, p.419.

²⁹ Lo que ha venido imponiendo dificultades a efectos de determinar el carácter laboral de la violencia o el acoso entre personas vinculadas por su pertenencia a la empresa, cuando las acciones han tenido lugar fuera del lugar y tiempo de trabajo. A título de ejemplo, vid. a favor, STSJ Castilla-La Mancha, 443/2016, de 8 de abril, en el supuesto de un trabajador que, fuera de su jornada de trabajo, en su Facebook, incluyó un mensaje en el que se refería en términos obscenos a dos compañeras de trabajo, invitando al trabajador al resto de compañeros que miraran su muro de Facebook, lo que generó el consiguiente malestar empresa. El trabajador es despedido por vulnerar los derechos de las trabajadoras afectadas y también por crear mal clima laboral en la empresa. También hace referencia a la necesidad de mantener el “buen clima laboral” la STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de

supone trazar una protección frente a la violencia y acoso de la persona trabajadora muy amplia, lo que resulta positivo, si bien, por la flexibilización de la conexión laboral que implica, plantea importantes dificultades para la empresa.

3.4.3. Límites

La apuntada tensión entre la flexibilidad exigida en la determinación del componente laboral cuando la comunicación se realiza a través de tecnologías de la información y comunicación, y los referentes laborales clásicos de determinación de la responsabilidad de la empresa, se evidencian en el art.9 del Convenio n.º 190. En éste, encomienda a los Estados miembros “*adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (...) en la medida en que sea razonable y factible*”.

Introduce, de este modo, tres límites generales, definidos en el art.3.d), a saber³⁰:

1. Control: la exigencia de capacidad de control proyectada sobre la violencia y el acoso tecnológicos en el trabajo resulta compleja.
2. Razonabilidad: este requisito atiende al estándar anglosajón de equilibrio entre coste y eficacia. Con todo, en España queda neutralizada al exigirse el máximo nivel de protección de seguridad y salud posible, que obliga al empleador a demostrar que ha puesto todos los medios necesarios para que no se produzca el daño.
3. Factibilidad: esta exigencia, tampoco desprovista de problemas, supone que la protección sea posible para la empresa.

Estas limitaciones a la obligación de prevenir la violencia y el acoso en el trabajo pueden resultar muy difíciles de compaginar con la amplia delimitación de estas conductas que realiza el propio convenio cuando éstas se producen por vía tecnológica. Se trata de una evidente tensión, derivada del choque entre los parámetros clásicos y los retos que plantean las nuevas tecnologías, que planteará numerosos problemas a los que las normas nacionales que integren estas previsiones habrán de dar respuesta.

3.5. Dimensión preventiva

Aunque el Convenio n.º 190 prevé medidas de tratamiento y de reacción frente a la violencia y el acoso en el trabajo, sin duda, su dimensión preponderante es la preventiva. Este enfoque ya estaba reflejado de forma general en España, puesto que el art.14 LPRL refiere el deber de prevención/protección a todos los riesgos laborales, por tanto, también a los psicosociales. En consecuencia, a tenor de esta previsión general, han de integrarse en el sistema preventivo, si bien no parece que hasta la fecha haya habido mucha conciencia de ello.

Valga como muestra de esta falta de identificación de la violencia y el acoso laboral como riesgos laborales que han de prevenirse, que la gran mayoría de supuestos de acoso que llegan a los tribunales son por acción de despido disciplinario –lo que supone el fracaso de la preven-

2015 (n.º 5613/2015). En contra, STSJVP 1646/2017, de 18 de julio, que confirma el despido de un trabajador que acosaba a través de llamadas y mensajes a una compañera y expareja, instándole a que recuperaran una relación sentimental ya rota, en la que la Sala entiende que se trata de una cuestión privada, aunque como en algún caso envía los mensajes o llamadas en su tiempo de trabajo y en ellos también criticaba a otros compañeros, considera que tiene trascendencia laboral y convalida el despido.

³⁰ Sobre el significado y alcance de tales límites, vid. M. MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberacoso en el trabajo*, op. cit., p.427 ss.

28 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

ción– y a consecuencia de la vulneración de la dignidad, es decir, por la vía del incumplimiento laboral³¹, y no por el cauce del incumplimiento en materia preventiva³². Con todo, también es cierto que, cuando se dirige por tal vía, en algunos casos los propios Tribunales parecen minusvalorar su dimensión preventiva³³.

No obstante, al tratarse de actos pluriobjetivos –afectan a la dignidad, a la intimidad y a la salud– nada impide que pudieran canalizarse por vía de la prevención de riesgos laborales, dado que desde un punto de vista práctico, la protección a la víctima es superior. Así, son mayores las multas y, por utilizarse éstas en sede judicial como referentes en el cálculo de los daños morales, también superiores las indemnizaciones³⁴.

Así, el mandato a los Estados, reiterado durante todo el Convenio, es “*prevenir y combatir*” la violencia y el acoso laboral, siendo la prevención la obligación principal, siguiendo los enfoques de seguridad y salud modernos, puesto que sólo cuando ésta fracasa han de activarse las medidas de protección. Esta dimensión preventiva se aprecia a lo largo de todo el Convenio, y exige integrar la violencia y el acoso en el trabajo –también a través de TIC– en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, lo que implica incluirlas en el sistema de prevención de riesgos laborales, debiendo ser objeto de evaluación, planificación y el resto de obligaciones preventivas.

A ello hay que añadir que el art.9 exige que los Estados adopten una política del lugar de trabajo –política de empresa– sobre la violencia y el acoso en el trabajo, en consulta con los representantes de los trabajadores. Esta asignación a la política de empresa del diseño de herramientas de prevención es coherente con la obligación del empresario de prevenir los riesgos laborales ex art.14 LPRL, por lo que reafirma tal carácter.

En este caso, se exige que se adopte en consulta con los representantes de los trabajadores, lo que mantiene la lógica con el art.33 LPRL, al tratarse de una actividad de planificación y organización de la protección, y en cualquier caso, incluir medidas que pueden tener efectos sustanciales en la salud de los trabajadores (art.33.1.f). De este modo, la intervención de los representantes se colocaría en un lugar intermedio entre la audiencia –establecida en relación a las herramientas para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital, art.88.3 LOPDGD– y la negociación colectiva –prevista respecto de los instrumentos para prevenir el acoso sexual y por razón de género, art.48 LOI–. Esta política de empresa debe incluir herramientas preventivas adecuadas también para evitar la violencia y el acoso digital, a las que hace referencia abierta la Recomendación n.º 206³⁵. Con todo, la más habitual son los protocolos contra la violencia y el acoso en el trabajo, aunque en la práctica pocas veces contemplan las modalidades digitales y, cuando lo hacen, tampoco garantizan por sí solas que la empresa haga una adecuada gestión de estos riesgos³⁶.

³¹ Así lo destaca MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberacoso en el trabajo*, op. cit., p. 201.

³² Entre las sentencias de acoso laboral articuladas por vía preventiva, SSTSJ Cantabria de 21 de enero de 2019 (n.º 51/2019), y de STSJ de Cantabria de 30 de enero de 2019 (n.º 79/2019).

³³ Según destaca e ilustra MOLINA NAVARRETE, C. *Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del Convenio 190*, op. cit., p.72.

³⁴ Lo que se evidencia en un sencillo examen comparado de unas y otras a tenor del art.40 LISOS: –infracciones laborales graves, de 626 a 6.250 euros y muy graves, de 6.251 a 187.515 euros.

–infracciones de prevención de riesgos laborales graves, de 2.046 a 40.985 euros y muy graves, de 40.986 a 819.780 euros.

³⁵ Punto 7.e) de la Recomendación n.º 206.

³⁶ Muestra de ello es el triste suicidio de una trabajadora de IVECO por la difusión en su entorno laboral de un video sexual, en el que la empresa, sabedora de la situación, no pudo medir alguna pesa a que el art.2 de su protocolo contra el acoso sexual, incluido como anexo V en su Convenio colectivo 2017-2019, considera como tal conducta “el uso de gráficos, viñetas, dibujos, fotografías o imágenes de contenido sexualmente explícito”.

3.6. Significación del Convenio para España

Por lo que respecta al efecto útil del Convenio n.º 190 para España, al margen de la definición de la violencia y el acoso en el trabajo, así como en su modalidad cibernética, lo cierto es que sus restantes previsiones no son realmente novedosas puesto que se entiende que la prevención de los riesgos psicosociales se encuentra implícita en las disposiciones generales, según indicó ya la STC 160/2007, de 2 de julio, se infiere de los arts. 4.2 ET y 14 LPRL, y en ámbito del empleo público señala expresamente el art.14 EBER al referirse al acoso moral y laboral. Asimismo, ya se prevé vigilancia, control y sanciones por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art.10.a Convenio n.º 190), así como vías de reparación a las víctimas de violencia y acoso en el trabajo (art.10.b Convenio n.º 190), que ya están establecidas con carácter general mediante la tutela administrativa y judicial.

No obstante, el Convenio n.º 190 obliga a introducir específicamente la violencia y acoso laboral en la normativa de prevención, en el marco de la prevención de riesgos psicosociales, no como referencia aislada, sino dentro del sistema global de prevención de riesgos laborales. En consecuencia, deberían integrarse en la LPRL³⁷, aunque la norma internacional admite la integración a través de convenios colectivos (art.12), lo que, por cierto, ya hace el Convenio colectivo del campo de Huelva³⁸, que incluso se anticipó a ella³⁹. Aunque tal introducción, por sí sola, no garantizará que la previsiones antiviolencia y acoso en el trabajo sean efectivas de forma inmediata, sí obrará el efecto de que se tengan más presentes, lo que debería suponer mayor cumplimiento de las obligaciones inherentes a éstas. Además, al concretarse en mayor medida su delimitación, facilitará su control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y favorecerá su aplicación uniforme por los Tribunales, y con ello, también su eficacia disuasoria, por lo que se considera que, por esta vía, sí incrementará su eficacia.

4. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, las nuevas tecnologías generan nuevos retos en la sociedad, en general, y en el ámbito del trabajo, en particular. Su impacto llega a ser transversal, afectando todas las dimensiones de las relaciones laborales, y también la seguridad y salud en el trabajo, ámbito éste en el que provoca efectos múltiples, entre los que se encuentra la hiperconexión laboral y el incremento de la violencia y acoso en el trabajo.

Por lo que respecta al primero de estos problemas, el art.88.3 LOPDGD ha pretendido solventarlo a través del establecimiento de un derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo en aras a evitar la fatiga digital. Este precepto tiene un claro signo preventivo, si bien que adolece de numerosas lagunas e indefiniciones, que la negociación colectiva no integra, y que no resuelven satisfactoriamente las políticas de empresa que han de hacerlo efectivo. En cualquier caso, al ser un riesgo laboral, la conectividad constante se ha de integrar en el sistema de prevención de riesgos laborales, lo que debe implicar, por una parte, que, como riesgo laboral que es, necesariamente debe ser objeto de evaluación, planificación... Por otra, supone que debe protegerse a través de medidas colectivas, pero en ningún caso haciendo recaer sobre el trabajador individual la responsabilidad sobre su efectividad.

³⁷ Según destaca VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, op. cit., p.134.

³⁸ Convenio colectivo del campo para la provincia de Huelva, adoptado el 22 de octubre de 2018, BOH n.º 215, de 8 de noviembre de 2018.

³⁹ Puede verse un análisis sobre las previsiones de este convenio colectivo en materia de violencia y acoso en el trabajo en MIÑARRO YANINI, M. “La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes”, *Temas Laborales*, n.º 149, 2019, p.101 ss.

30 La incidencia de las tecnologías de la información...

DL

En cuanto a la violencia y el acoso en el trabajo, que se incrementan con las TIC, sin duda, la STC 56/2019 y el Convenio n.º 190 OIT –aunque todavía no ratificado– están llamados a tener un papel esencial, marcando una nueva etapa en su prevención y protección. El abandono de conceptos restrictivos que la primera impone, y la introducción por el segundo de una noción de violencia y acoso en el trabajo, que son contempladas desde el prisma preventivo, han de marcar un hito, que debe suponer la intensificación de su faceta preventiva y la mejora de su tutela. Asimismo, en particular, la inclusión expresa por parte de la norma internacional de las formas temáticas de la violencia y el acoso en el trabajo implica abordar una cuestión que hasta ahora, pese a la enorme problemática que entraña, carecía de reflejo normativo. Con todo, la gran dificultad que presentan estas situaciones late en el Convenio n.º 190, puesto que la necesaria flexibilidad con la que delimita los factores de tiempo y lugar de su definición choca con los límites clásicos de lo que se entiende por laboral. En cualquier caso, estas tensiones, de compleja solución, que evidencia, no han de empañar el muy positivo juicio que merece.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORREA CARRASCO, M., “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019.
- DE LA CASA QUESADA, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019.
- IGARTUA MIRO, M. T., “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 432, 2019.
- GARCÍA GIMÉNEZ, M., “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M., “La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes”, *Temas Laborales*, n.º 149, 2019.
- MIÑARRO YANINI, M., “La Carta de los derechos digitales de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 430, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, n.º 138, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C., “El ciberacoso en el trabajo”, Madrid, La Ley, 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del Convenio 190*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n.º 437-438, 2019.