

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*
AL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

FRANCISCO TRUJILLO PONS*

Abstract: from a subjective point of view of the right to digital disconnection in Spanish regulation, the universal nature of the norm under analysis should be positively highlighted, as it applies to workers -including those «who hold managerial positions» – and public employees, which is consistent with its preventive imbrication. Particularly, the express inclusion of managers has been positively highlighted by the doctrine, by breaking the idea, very widespread, that the performance of managerial positions inexorably entails total availability. And the rule also draws attention to a particularly exposed group whose right to digital disconnection must, therefore, be subject to particular protection: thus, in the «cases of total or partial performance of remote work, as well as at home of the employee linked to the use of technological tools for work purposes». Recently, such a mandate has been the subject of a response, as Law 10/2021, on Distance Work, contemplates a specific regulation of the right to disconnection of remote workers. In this (art. 18), the legislator once again establishes the right of remote workers, «particularly in teleworking, (...) to digital disconnection outside of their working hours in the terms established in art. 88 of the Organic Law 3/2018». And for the first time, the aforementioned right is the subject of a certain specification: according to Royal Decree-Law 28/2020, in effect, «the business duty to guarantee disconnection entails a limitation on the use of technological means of business and work communication during rest periods, as well as respect for the maximum duration of the working day and any limits and precautions in terms of working hours established by the applicable legal or conventional regulations». The disconnection of remote workers, therefore, implies strict compliance with maximum working hours – and correlatively respect for minimum breaks –, for which purposes, however, the rule only advocates a «limitation» of the use of company communication tools – worker in rest time.

Keywords: Right to digital disconnection – work – Spanish – time – rest – technology – workers – computer – cellphone

* Francisco Trujillo Pons, Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España). Email: francisco.trujillo@uv.es

1. Introducción al emergente e imparable derecho a la desconexión digital en el trabajo

Hacer videoconferencias, compras, revisar el correo electrónico, realizar gestiones en bancos o en las Administraciones Públicas a través de *Internet*, consultar el ritmo cardíaco, realizar mediciones del sueño o nivel de oxígeno, parecía hace unos años unas cuestiones más propias de películas de ciencia ficción, hoy, sin embargo, es ya una realidad; las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han llegado para quedarse.

La transformación digital de la actual sociedad ya forma parte del desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico, pero el uso incorrecto de las TIC ha puesto y pone en peligro un derecho básico de los trabajadores como es el relativo al descanso y, como una parte de este motivado por el uso de los medios digitales: el derecho a la desconexión digital.

Las personas viven día a día conectados a un móvil, pendientes de las llamadas, mensajes de *WhatsApp*, correos electrónicos y en ocasiones si se van de casa, llevan el cargador para cargarlo donde fuera necesario, encontrando cada vez más sitios, desde donde poder hacer una recarga exprés, en aeropuertos, estaciones de tren, restaurantes, etc. Las nuevas tecnologías son una herramienta fundamental en el trabajo diario y más ahora con la llegada de la pandemia, muchos trabajadores han podido y pueden con las nuevas tecnologías trabajar desde casa, pero ¿cómo garantizar que las nuevas tecnologías no se conviertan en el enemigo de los trabajadores? ¿es la actual legislación española una garantía y salvaguarda al consagrado y tradicional derecho del trabajador a su descanso físico y mental?

2. La actual positivización del derecho a la desconexión digital en el trabajo en España

La aparición de nuevas fórmulas de ejecución del trabajo por cuenta ajena, en concreto, al respecto de la implementación de medios telemáticos y teletrabajo, puede evidenciar el surgimiento de nuevas controversias en el ámbito de las relaciones laborales.

Por todo ello, es preciso señalar la necesidad de delimitar el contenido mínimo del derecho a la desconexión digital. En este sentido, la intervención empresarial en los tiempos de trabajo y de descanso, así como una excesiva carga de trabajo pueden repercutir de forma negativa en la salud de los trabajadores. Según las empresas y la prestación contractual parece obvio que un exceso de trabajo empuja a seguir conectado fuera del trabajo. Las empresas junto con sus representantes especializados de prevención de riesgos laborales (delegados de prevención o si la empresa cuenta con el

número de trabajadores para constituir un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo) han de analizar y estudiar la cantidad de trabajo y no «sobredemandar» al empleado porque de no hacerlo, tenderá al «enganche» tecnológico fuera de su trabajo.

Se trata de un derecho laboral con múltiples aristas, como se ha señalado, a la principal que es la seguridad y salud en el trabajo, se añaden materias como la privacidad, la intimidad y a la conciliación de la vida y el trabajo (incluida la perspectiva de género¹) que han de ser tratadas conjuntamente en la redacción de las políticas internas y en los clausulados de los distintos convenios colectivos. En este sentido, los protocolos de actuación empresariales y/o los convenios colectivos han de establecer de las medidas que tiendan a asegurar el respeto del tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores, así como el respeto a su intimidad familiar y personal, fuere cual fuere la jornada ordinaria de trabajo, resultando de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas.

Aquí es donde entra en juego el derecho a la desconexión digital como salvaguarda del clásico derecho al descanso, al derecho de todo trabajador a no contestar llamadas, e-mails, mensajes, *WhatsApp* de trabajo fuera de la jornada laboral, garantizando el descanso diario y semanal, las vacaciones y la intimidad personal y familiar. De esta forma las «horas invisibles» quedan reguladas en la normativa a fin de garantizar que durante las mismas, es decir, fuera de la jornada laboral, el trabajador pueda descansar, conciliar y poder tener una intimidad.

Como todos los derechos laborales consagrados en la normativa española, el derecho a la desconexión digital en el trabajo se ha de garantizar siempre en su integridad y sin excepción. Las herramientas tecnológicas que se utilizan en el ámbito laboral no han de ir en perjuicio de esta máxima. En este sentido, desde finales de 2018, España cuenta con un nuevo derecho laboral: el derecho del trabajador a su «desenganche digital» toda vez ha finalizado su jornada laboral; en ocasiones resulta complicado ejercitarlo por razones como: responsabilidad del puesto de trabajo o prolongación de la jornada de trabajo. Sea como sea, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el trabajador no tiene la obligación de responder a llamadas, correos electrónicos corporativos, ni mensajes de texto. De ponerse en práctica el ejercicio de este derecho, las TIC no impiden que se garantice el descanso legal y convencional del trabajador. Ahora bien, ha de quedar claro que la expresa positivización de este derecho laboral no significa que no haya otra base normativa existente que lo proteja. No en vano, el clásico y tradicional derecho al descanso consagrado en la normativa laboral ya protege al

¹ En efecto, en la redacción de las políticas de desconexión se ha de incluir la perspectiva de género y también el escrito debería realizarse con un lenguaje inclusivo. Para esta tarea inclusiva existe una novedosa herramienta llamada «CaDi» elaborada por la Universidad «Jaume I» (Castelló, España), la Universidad de Valencia (Valencia, España) y la Universidad Iberoamericana de México, que ofrece hasta 1500 palabras inclusivas. En este sentido, no resulta difícil imaginar que las trabajadoras realicen un mayor número de horas de actividades laborales no remuneradas que los trabajadores. En consecuencia, es altamente probable que no estén disponibles para el trabajo fuera del horario laboral al tener obligaciones familiares (cuidado de hijos o personas dependientes, etc.),

trabajador fuera de su jornada laboral. Dicho de otro modo: con la aplicación de los artículos 34 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) (jornada, descansos, vacaciones, excedencias, reducciones de jornada, permisos -retribuidos o no, etc.) ya se está evitando que los trabajadores deban responder mensajes o contestar llamadas fuera de su jornada laboral. Y no solo desde el marco del ET, otra norma fundamental en España, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo, LPRL) ya garantiza desde hace más de 20 años la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que las empresas, dando cumplimiento al mandato de su artículo 15 («principios de acción preventiva») han de velar por el bienestar de los trabajadores y adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar que los trabajadores sufran una sobrecarga en el uso de las TIC en el ámbito laboral: los empresarios deben integrar en el sistema de prevención de riesgos laborales, quedando sujetos pues, a los principios y obligaciones preventivas previstas en la LPRL.

En efecto es un derecho incardinado con la jornada de trabajo y los descansos obligatorios. De conformidad con el artículo 40.2 de la Constitución Española (CE), se reconoce expresamente el derecho al descanso, cuando se establece la obligación de los poderes públicos de fomentar políticas que garanticen el descanso necesario, mediante, de manera principal, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas. Artículo que tiene reflejo, a su vez, en el numeral 34 del ET donde se regula la duración de la jornada de trabajo. Asimismo, si bien el cumplimiento del derecho protege el derecho al descanso, se le suma también otro derecho constitucional: el derecho a la privacidad². En esta línea, el artículo 18 de la Constitución Española (CE) en su apartado 4 recoge que «*la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». En consecuencia, se debe limitar que las empresas envíen mensajes de índole profesional a sus empleados fuera de su horario laboral (por ejemplo, para que el trabajador pueda disfrutar de una vida plena de disfrute y descanso desde el viernes a las 18.00 horas hasta el domingo a las 22.00 horas), en aras a garantizar el necesario y obligado descanso.

Aparte de que es un deber empresarial, este derecho a la desconexión digital de los trabajadores está ligado a dos derechos constitucionales: el derecho a la privacidad³ y el derecho al descanso. En primer lugar, respecto al ya citado artículo 18.4 de la CE. No obstante, existe doctrina⁴ disonante sobre esta conexión por lo que la jurisprudencia ha de aclarar e interpretar el mismo. Así, dicho precepto constitucional ha sido reincidido en doctrina judicial (conforme a la SJS/23 de Madrid 31 de octubre 2019, núm. 880/2019) que recalca que el derecho no surge tras la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de

² Vid. C. Molina Navarrete, 2017.

³ Vid. C. Molina Navarrete, 2017.

⁴ En el sentido de que la disposición final primera (DF 1ª) de la LOPDGDD establece que su art 88 «*tiene carácter de ley ordinaria, no de ley orgánica, dato suficientemente indicativo de que no existe relación directa alguna entre los artículos 88 LOPDP y 18 1 CE*». Vid. E.J. Monreal, J. Thibault y A. Jurado, A. (coord.), 2020, 623.

Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) —que se limita a desarrollarlo y concretarlo— sino nace en dicho artículo 18.4 de la CE como parte del derecho fundamental de los trabajadores. Entonces, si a un trabajador se le sanciona o represalia por haberse resistido frente a órdenes de la empresa atentatorias al mismo (por ejemplo, obligar a que realice un curso de formación en tiempo de descanso), se le está lesionando un derecho fundamental que integra a su intimidad personal y familiar. Así, se trata de un derecho ya existente merced a la CE. En consecuencia, se trata de un derecho que se ha de garantizar en toda su amplitud, sin intromisión en el mismo de obligaciones laborales ni sin que pueda repercutir en despidos o represalias. Producto de su carácter fundamental, la sentencia estima que han de ser nulos de pleno derecho cualquier actuación empresarial contraria al mismo y, por tanto, existe el derecho de resistencia del trabajador frente a las mismas. Dicho de otra forma, existe una directa implicación del derecho a la desconexión digital en el trabajo con la limitación al uso de la informática y a la intimidad personal y familiar (*ex art. 18 CE*) que respaldan su consideración como fundamental con las consecuencias que, de ello, se derivan, estas son: la eventual declaración de nulidad frente a toda represalia que sufra el trabajador con motivo del ejercicio de su derecho. Y no son solo estos los argumentos, la propuesta de iniciativa legislativa comunitaria por la que se aboga por una Directiva sobre la desconexión digital explícitamente indica que el derecho debe configurarse como «derecho fundamental» para los trabajadores europeos.

Con carácter previo al abordaje de la vigente normativa española, cabe resaltar en términos convencionales, los pasos que se dieron en determinadas empresas situadas en territorio español. Así, uno de los primeros convenios colectivos que abordaron este derecho – del que existió un enorme eco informativo en prensa y en doctrina⁵ – fue el de la empresa aseguradora AXA, firmado a fecha de 21 de julio de 2017 y con vigencia desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020. En concreto, en su artículo 14 trata sobre el ya mencionado «*Derecho a la desconexión digital*». Desgranando dicho precepto, una vez terminada la jornada laboral los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital y que, por lo tanto, salvo causa mayor o circunstancias excepcionales AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder correos electrónicos o llamadas telefónicas profesionales fuera de su horario laboral. Ahora bien, según su contenido, esta desconexión no es absoluta, sino que, puede no respetarse cuando existan causas de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. No queda concretado cuándo serán estas causas, pero se entiende que han de ser siempre objetivas y justificadas. En este sentido, por analogía normativa del artículo 35.3 del ET dedicado a las horas extraordinarias, las causas de fuerza mayor están reservadas a la necesidad de reparar, así como prevenir siniestros u otros daños urgentes en los que, por ejemplo, se temen perder materias primas. El legislador, en la génesis de la redacción pensó en el

⁵ *Vid.* C. Molina Navarrete, 2017; y F. Trujillo Pons, 2018.

trabajo presencial; a priori resulta difícil considerar que, desde casa, por medio de las herramientas tecnológicas disponibles, se puedan solventar estos casos por lo que los trabajadores pueden recibir llamadas telefónicas o mensajes instantáneos fuera de su jornada laboral siempre que la causa de fuerza mayor sea objetiva y justificada. Sea como fuere, es conveniente que tanto el mismo texto convencional concrete estas causas como también la futura norma que regule con mayor amplitud el derecho, porque se deja mucho al arbitrio del empresario. Más allá, según su contenido, la empresa aseguradora no reconoce en ningún momento ninguna obligación a cargo del empleador de no enviar correos electrónicos o mensajes profesionales al trabajador fuera de su horario, sino que lo que protege es que el trabajador tiene libertad de no responderlos. Ejemplos que no hacen más que justificar la relevancia que el tiempo y su gestión tiene a nivel de empresas y de rendimiento. Aparte de que el empresario cumpla y respete los tiempos de trabajo y descansos mínimos; derechos consagrados en la normativa laboral española (arts. 34 a 38 ET, ambos inclusive). Aun así, no cabe duda de que medidas como las de las empresas señaladas y, sobre todo, la normativa francesa resultó de estímulo al legislador español para conseguir mejoras en la ordenación del tiempo de trabajo debido al uso constante de los medios tecnológicos a disposición de las empresas y trabajadores.

Normativamente, España cuenta con una regulación propia del derecho a la desconexión tecnológica en el trabajo del derecho, aunque si bien es cierto dada su directa implicación en el ámbito laboral es extraño el encaje⁶ del mismo en una ley orgánica sobre protección de datos. Más en concreto, la normativa española deviene de la transposición del Reglamento General Europeo de Protección de Datos⁷ por el que para adaptarse al mismo el legislador publicó la LOPDPGDD que, entre otras medidas tendentes a reforzar la privacidad de los trabajadores ante los sistemas audiovisuales o de geolocalización en el trabajo, garantiza el derecho a la desconexión digital fuera de horario laboral, tanto para los trabajadores asalariados (incluyendo también a los que ocupen puestos directivos —se refiere el legislador a mandos intermedios y distintos cargos con mando—) y para los empleados públicos⁸ —los autónomos deben autoexigirse

⁶ Su análisis está excelentemente mostrado en *Vid. J. Baz, 2019.*

⁷ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) - DOUE de 4 de mayo de 2016 -.

⁸ Como bien señala la doctrina iusalboralista (*Vid. E. Taléns, 2019*) «(...) en el contexto del trabajo desarrollado para las Administraciones Públicas, la necesidad de regular un derecho a la desconexión digital se revela un tanto más diluido, dado que no suelen darse las urgencias que sí que afloran en las empresas privadas, donde la clientela y los beneficios económicos son una máxima. En cualquier caso, este derecho guarda una especial relación *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*» (152). Más en este sentido se manifiesta *Vid. G. García, 2020*, «(...) La crisis de la COVID-19 ha evidenciado la esencialidad del derecho a la desconexión en el ámbito público. La situación vivida ha truncado definitivamente aquellas teorías que, sin excesivo soporte metodológico y no exentas de prejuicios, apuntaban la irrelevancia de la hiperconexión en el empleo público en comparación con el empleo privado. Ha sido esta realidad disruptiva la que ha evidenciado que la regulación del derecho a la desconexión en el

la desconexión digital—. Entre otros muchos aspectos, destaca de forma relevante el reconocimiento del derecho laboral en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. Aparte del plano relativo al derecho a la intimidad, la desconexión digital está definido como un elemento potenciador de la conciliación de la vida laboral y personal. De su contenido normativo⁹, destaca el artículo 88 dedicado al «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral» y las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta que, respectivamente, modifican el contenido del Estatuto de los trabajadores (añadiendo un precepto nuevo: el art. 20 bis¹⁰) y del Real

empleo público resulta de todo punto necesaria, presentándose como ineficaz la indefinida e incierta ordenación legal en esta materia» (16).

⁹ Dada su significación, se recoge textualmente todo el conjunto normativo de interés de la LOPDPGDD: *Artículo 88: 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. 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, se 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.*

Disposiciones finales decimotercera y decimocuarta Disposición final decimotercera. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Se añade un nuevo artículo 20 bis al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, con el siguiente contenido: «Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Disposición final decimocuarta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Se añade una nueva letra j bis) en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que quedará redactada como sigue: «j bis) A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». A la luz de la aplicación del derecho a los empleados públicos, son cada vez más las entidades públicas las que van incorporando el mismo, como ejemplo de ello, se encuentra la Diputación Foral de Álava que al instaurar el teletrabajo a 80 empleados, da cumplimiento a la nueva normativa sobre el trabajo a distancia de forma que todos ellos tendrán derecho a la desconexión digital, el respeto al tiempo de descanso y a la intimidad y, de esta forma, tendrán derecho a no contestar mensajes o llamadas fuera del horario de disponibilidad fijado. Asimismo, mantendrán siempre en el contacto con su puesto y sus compañeros/as, ya que la jornada semanal, con carácter general, se distribuirá de manera que tres días se presten con teletrabajo y dos días de forma presencial. Vid. Gasteizberri, 2020.

¹⁰ *«Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».*

Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

En suma, el derecho surge en España con motivo de LOPDPGDD regulado en su artículo 88. Del contenido del precepto se extraen dos conclusiones: la primera que el legislador español, al igual que su homónimo francés (Ley «El Khomri»), otorga un papel destacado al tratamiento convencional para que de forma determinante intervenga en la concreción de la regulación de la desconexión digital (un derecho de configuración flexible porque solo la negociación colectiva o en su defecto, la política interna o protocolo de actuación pueden modular o matizar el disfrute del derecho atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral). En circunstancias donde coincidan al unísono políticas internas o protocolos de actuación y convenios colectivos, es recomendable que se generen por las partes mecanismos de coordinación para evitar desajustes o incoherencias respecto al derecho laboral. En todo caso, merced a la normativa española, el posible choque de interpretaciones siempre se resuelve decantándose por el convenio colectivo estatutario. Y la segunda; por medio de su tercer apartado, de forma sucinta, se obliga al empresario a elaborar una política interna en la que se deben definir las modalidades del ejercicio del derecho. Un protocolo que se debe realizar siempre, siguiendo los postulados conseguidos, en su caso, en la negociación colectiva. Ahora bien, se puede prever que el legislador en la génesis de la redacción de su tercer apartado tercero, lo destinó como salvoconducto ante una posible falta de acuerdos, abriendo la puerta así, a la regulación unilateral por el empresario. Como va a ser objeto de análisis posterior, ha de ser la negociación colectiva la vía para modular el derecho y ajustarlo a las relaciones laborales concretadas de cada empresa y sector pues, como alternativa a los protocolos, redactados en muchas ocasiones con escasa participación de los trabajadores, da un poder ilimitado al empresario y puede, a la postre, desarmonizar la garantía y efectividad del derecho del trabajador a desconectar tecnológicamente del trabajo (en el sentido del respeto a su descanso y a su conciliación laboral y familiar).

Artículo 88 que, merced a su disposición final 13 se ha trasladado al ET. De este modo se ha añadido el derecho en forma de *bis* en el artículo 20 que regula la dirección y control de la actividad laboral. Y no solo ello, más recientemente, el derecho ha tenido reflejo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) en su artículo 18 el cual se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el artículo 88 de la LOPDPGDD. Como se observa en la normativa tanto en el LTD como en la LOPDPGDD, está configurado como un derecho del trabajador, pero de la dicción de la normativa se extrae que no es un derecho absoluto e irrenunciable por lo que cabe que decida el trabajador ejercer el derecho o no. El legislador español no evita que el empresario o un superior jerárquico envíe mensajes de móvil, o *e-mails* o realice llamadas telefónicas en horas nocturnas e incluso en fines de semana, lo que determina es el derecho del trabajador a no responder. Ahora bien, dado que la normativa del derecho es autorregulable por las partes, sí que es cierto que existen convenios colectivos y

protocolos de actuación que incorporan en su contenido que el empresario tiene prohibido el envío de mensajes fuera de la jornada laboral. Obviamente, son actuaciones que protegen más la efectividad del derecho a la desconexión.

En este mismo sentido normativo, cabe señalar que el derecho laboral no es absoluto dado que puede quedar invalidado -esto es, se puede contactar a los trabajadores aun en periodos de descanso- ante supuestos excepcionales y con carácter de urgente necesidad. La Disposición Adicional 1ª del LTD (apdo. 2) por el que «*los convenios o acuerdos colectivos podrán regular (...) las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión digital*». En consecuencia, el legislador está dejando entrever las posibles circunstancias excepcionales que pueden motivar que los empleados fuera de su horario de trabajo deban estar pendiente de llamadas o mensajes al teléfono móvil o al correo electrónico. En estos casos, la empresa en vista a un posible perjuicio que pueda sufrir puede contactar a sus empleados mediante una llamada o mensaje corto para que se pueda resolver con inmediatez dicha urgencia excepcional. Los protocolos de actuación interna, así como los convenios colectivos determinan en muchas ocasiones esta excepción del derecho laboral pero no deja de ser una generalidad sin mayores concreciones (¿qué tipos de supuestos son?). Aparte de que deberían detallar estos supuestos de imperiosa necesidad como puede ser por medio de ejemplos, también podrían suscribir, si es necesario, un acuerdo fijando una hora u horquilla horaria para que los trabajadores sepan que deben revisar sus dispositivos digitales (móvil, ordenador, etc.).

Así mismo, es importante destacar que está configurado como un derecho del trabajador que puede ejercer o no, en función de su voluntad (no tiene prohibido el empresario realizar comunicaciones profesionales fuera del horario laboral a sus trabajadores). En este sentido, son de destacar las distintas posturas que puede adoptar el trabajador frente al derecho laboral. Desde este prisma, el titular del derecho tiene cuatro opciones graduables; las cuales los convenios colectivos y políticas de desconexión pueden acoger como referencia, en cada caso, en la determinación de las distintas modalidades del ejercicio del derecho.

- Nivel 1: el trabajador apaga el dispositivo corporativo en su tiempo de descanso para no apreciar la entrada de mensajes y así no tener la tentación de leerlos. A este nivel de prohibición se acoge la empresa Zurich que, en su plan de desconexión provisto de tres fases, prohíbe, prácticamente a todos sus trabajadores, conectarse y acceder a la empresa durante el fin de semana: 1) en la primera fase (febrero 2021), como se ha afirmado, los trabajadores no pueden acceder a su entorno de trabajo digital durante los fines de semana y festivos nacionales, autonómicos y locales. En este sentido, el rango de horarios en el que se desconecta su entorno va desde las 00:00 horas del último día laborable hasta las 07:00 horas del siguiente día laborable; 2) en la segunda fase prevista para mediados de 2021: la desconexión digital se ampliará también a las vacaciones, bajas por enfermedad y los permisos de maternidad y paternidad de los trabajadores y;

3) en la última fase prevista en su política, la desconexión digital incluirá al 100% de la plantilla, con la única excepción del Comité de Dirección y los Comités de Crisis de la Compañía. En este nivel también puede encajar la postura de las empresas que adoptan el derecho de los trabajadores a no recibir comunicaciones del trabajo fuera del horario laboral. Como la citada empresa alemana Volkswagen o de otras que adopten medidas de apagado de sus servidores en rangos horarios de 18:15 a 07:00 h. y de este modo las comunicaciones empresariales no llegan a los empleados a partir de ese rango pactado. Una medida drástica porque puede contraponerse no solo frente a trabajadores que quieran renunciar al derecho y deseen conectarse en tiempo de descanso por el motivo que fuere, sino también frente a actuaciones empresariales a nivel internacional; empresas que sean multinacionales, por ejemplo y que cuenten con filiales y clientes de otros continentes donde existe una diferencia horaria y en ese rango de apagado del servidor existen e-mails urgentes.

- Nivel 2: el trabajador mantiene su derecho a no responder como se garantiza en la normativa. El dispositivo corporativo lo tiene encendido en su tiempo de descanso pero no lee los mensajes que recibe, es decir, lo utiliza o si tiene autorizado hacerlo en uno personal para temas corporativos, lo utiliza para otras funciones pero omite leer los mensajes laborales, de manera que tiene desactivadas las notificaciones de mensajes pendientes de lectura (evita que aparezcan iconos o globos de pendientes desde la pantalla de su móvil o tablet en aplicaciones de correo electrónico, WhatsApp, Telegram, etc.). En este nivel corre el riesgo de sufrir un perjuicio al momento de obtener incentivos o progresar en la empresa mientras otros que sí responden y no ejercitan su derecho a la desconexión tecnológica.

- Nivel 3: el trabajador mantiene el dispositivo corporativo encendido en su tiempo de descanso, aunque en este nivel, lee los mensajes, pero no da respuesta por no considerarlo urgente (en línea a la tesis de la ITSS que señala que la empresa puede ser sancionada si envía comunicaciones y espera la urgencia de respuesta del emisor, ver, supra apdo. 2). Aquí se muestra su voluntad férrea y disciplina. Limita la tentación, deseo o curiosidad de ver qué es lo que está pasando. Deja, entonces que entren los mensajes a sus dispositivos digitales e incluso los lee para, decidir finalmente si contestarlos o no (salvo casos excepcionales). En este nivel, son muchos los convenios colectivos que garantizan el derecho de los trabajadores a no responder, a hacer caso omiso a comunicaciones en su tiempo de descanso. Para ello, establecen la obligación a los remitentes de no enviar mensajes en una franja horaria concreta: de 19:00 a 8:00 h. (considerado por las compañías como su horario de descanso). Siempre, claro, salvo casos excepcionales de urgencia y teniendo en cuenta que siempre habrá determinados puestos de trabajo con turnos de trabajo distintos, así como colaboradores que trabajan con clientes o proveedores provenientes de países con distintos husos horarios.

- Nivel 4: el trabajador mantiene el dispositivo corporativo encendido en su tiempo de descanso con lectura de los mensajes y con respuesta (aquí hay una absoluta falta de

desconexión, es pleno el no ejercicio del derecho). Este nivel conecta con la metodología de gestión del estrés: hay personas que, por su personalidad les estresa más saber que cuando lleguen el lunes al trabajo o cuando enciendan el teléfono móvil tendrán cientos de mensajes pendientes de lectura y, otras personas, les estresa más tener inputs de la empresa durante el tiempo de descanso.

En otro orden, como antecedente español a la actual normativa del derecho de la desconexión digital en el trabajo, interesa adicionar la proposición no de Ley (realizada por la confluencia política *Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea*), presentada en marzo de 2017 sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo¹¹

¹¹ Por su importancia como *lege ferenda* conviene recoger literalmente, el contenido íntegro de dicha Proposición No de Ley presentada por la confluencia de Unidos Podemos (marzo 2017) 161/001559.

A la Mesa del Congreso de los Diputados. Al amparo de lo establecido en el Reglamento de la Cámara, el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos—En Comú Podem—En Marea presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo, para su debate en la Comisión de Empleo y Seguridad Social.

Exposición de motivos

El artículo 40.2 de la Constitución española encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral.

La Carta Social Europea del Consejo de Europa establece el Derecho a disponer de unas condiciones de trabajo equitativas. Para ello, establece que las Partes se comprometan, entre otras cosas, a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes.

La excesiva duración de la jornada de trabajo tiene consecuencias para la salud de los trabajadores, y es por ello por lo que la ley regula la duración máxima de la jornada de trabajo en cuarenta horas semanales en cómputo anual.

El anterior mandato constitucional conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de las trabajadoras y los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo y encuentra en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales su pilar fundamental. Esta ley transpuso al Derecho Español la Directiva 1989/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores y trabajadoras en el trabajo que, a su vez, fue sustituida por la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene por objeto promover la seguridad y la salud de las trabajadoras y trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo. Así, es la propia ley la que explicita el derecho de los trabajadores y trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, entendiendo que dicho derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario/a de protección de los trabajadores y trabajadoras frente a los riesgos laborales. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario/a debe encargarse de la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud. Asimismo, el empresario/a debe ser también responsable de desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos del tiempo de trabajo, destaca la importancia de que todos los trabajadores y trabajadoras dispongan de períodos de descanso adecuados, y que el concepto de descanso debe expresarse en unidades de tiempo, esto es, días, horas o fracciones de los mismos. Así, los trabajadores

deben poder disfrutar de períodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de períodos de pausa adecuados.

El advenimiento de las nuevas tecnologías en los últimos tiempos ha revolucionado el mundo laboral, permitiendo nuevos esquemas organizativos que han hecho tambalear el concepto de descanso y la garantía del mismo, y las últimas reformas laborales han facilitado mecanismos de desregulación y dilatación de las jornadas de trabajo. Si bien es cierto que las nuevas tecnologías han aportado nuevas oportunidades de flexibilidad, como la posibilidad de trabajar a distancia y de facilitar las comunicaciones en grupo, no lo es menos que también borran las fronteras entre la vida personal y la profesional, generando por ello tiempos de disponibilidad que no deberían existir pues no respetan las jornadas pactadas y remuneradas, y que además, pueden llegar a tener un impacto negativo en la salud de los trabajadores y trabajadoras. Sin ir más lejos, un reciente estudio publicado en octubre de 2016 en Francia, indica que ya es un 37% de la población activa la que usa sus herramientas digitales profesionales fuera de los horarios de trabajo y que un 62% estaría de acuerdo en que se regulara.

En este contexto, países de nuestro entorno como por ejemplo Francia han legislado para reconocer el derecho a desconectar del trabajo y de este modo frenar o revertir la tendencia, cada vez más extendida, de alargar la jornada laboral mediante el uso de dispositivos móviles e internet. En concreto, la legislación francesa establece que en aquellas empresas de más de cincuenta empleados, la dirección y los representantes de los trabajadores/as deberán llegar a acuerdos para establecer «las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso, vacaciones, jornada establecida, así como de su vida personal y familiar».

La finalidad de esta medida es clara: evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa. El alcance de la medida es trascendente: las empresas deberán implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo.

La normativa laboral prevé un tiempo de duración determinada de las jornadas laborales, pero en la práctica cotidiana, con el uso de dispositivos digitales e internet, las jornadas de trabajo se están dilatando y diluyendo los límites de las mismas, sometiéndolo, a muchos trabajadores y trabajadoras, a jornadas interminables. Hay que decir que la posibilidad de hacer horas complementarias en los contratos a tiempo parcial (a menudo no retribuidas), la compensación de horas, las cláusulas de plena disponibilidad, el cómputo anual de las horas trabajadas, la no contemplación de referencias expresas a los dispositivos digitales o al correo electrónico, entre otras particularidades, dificultan el respeto a la jornada laboral pactada.

Legislar la desconexión laboral fuera del horario haría explícito y adecuaría a los tiempos un derecho que en principio ya tienen reconocido las trabajadoras y trabajadores, pero que los nuevos usos tecnológicos lo están poniendo en duda. Es necesario reconocer el derecho a desconectar con el objetivo de respetar las jornadas pactadas y remuneradas, y combatir el estrés que provoca el alargamiento camuflado de la jornada laboral.

Por último, es importante destacar que la necesidad de defender algo tan básico como es el respeto de períodos de descanso adecuados y las jornadas pactadas es una consecuencia más de la aplicación de una reforma laboral injusta que desequilibró la relación laboral en favor del empresario/a, porque aunque no hay obligación de trabajar fuera del horario laboral, este tiene, gracias a la reforma laboral, más herramientas para modificar las condiciones de trabajo de forma unilateral, lo que lleva irremediablemente a la desprotección y a un incremento de la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras.

Por todo ello, se presenta la siguiente Proposición no de Ley

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Impulsar una regulación legal conjuntamente con los agentes sociales del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) fuera de la jornada laboral con el objetivo de evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa, y garantizar la seguridad y salud en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y el respeto a las vacaciones de las personas trabajadoras.
2. Impulsar la creación de un plan de uso de las tecnologías de la comunicación fuera de la jornada laboral con el objetivo de educar digitalmente tanto al empresariado como a los trabajadores y trabajadoras.

para su debate en la Comisión de Empleo y Seguridad Social. Igualmente, en este punto, con motivo del actual gobierno de coalición del *PSOE* y *Unidas Podemos* y en línea con la citada proposición no de Ley, destaca, a fecha 30 de diciembre del 2019, el documento programático que suscribieron como parte de la coalición que conformaron y que a la postre, a inicios del 2020 desembocaron en el actual Gobierno. Entre otras materias, en su contenido de programa, como una declaración de intenciones¹², se aborda en su punto 1.10: «*Derecho a la desconexión y la adecuada gestión del tiempo de trabajo dentro de la normativa laboral, así como a la protección efectiva en casos de embarazo y lactancia*».

Es de significar el contenido de la recogida proposición no de Ley habida cuenta de que puede ser un estímulo para el legislador español en este sentido; máxime cuando *Unidas Podemos* se encuentra a fecha de la presente obra en el actual Gobierno de coalición. Como se aprecia en el texto, se hace un recorrido normativo destacando el mandato constitucional, los tiempos de trabajo consagrados en la normativa laboral y la prevención de riesgos laborales, cuyo pilar es la LPRL. Tal y como se ha detallado en la proposición no de Ley, las nuevas tecnologías están poniendo en duda el respeto al descanso obligatorio en el trabajo por lo que el fin último del derecho ha de ser el de evitar que los trabajadores puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa. A este fin, las empresas, aparte de realizar un ejercicio de formación a sus trabajadores, han de implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo. El texto es un antecedente importante y que puede servir de acicate a la aparición de un nuevo precepto de la LPRL o bien, en un reglamento de desarrollo que regule de una forma más amplia y garantista el actual derecho a la desconexión digital en el trabajo existente conforme a los citados preceptos 88 de la LOPDPGDD y, posteriormente 18 del LTD.

Ahora bien, ¿y qué sucedía antes de esta normativa específica sobre el derecho laboral?, ¿se seguía garantizando el derecho del trabajador a desconectar fuera de su jornada? ¿ha existido jurisprudencia a este interés? Son preguntas que cualquiera se puede formular y que se deben despejar. Lo cierto es que antes de la existencia del artículo 88 de la LOPDPGDD, los trabajadores españoles ya contaban con cobertura legal que protegía su derecho al descanso obligatorio fuera de su horario laboral. En efecto, bastaba -y basta- con aplicar el tradicional derecho al descanso consagrado en la normativa laboral que ya protege al trabajador fuera de su jornada laboral. Dicho de otro

3. *Impulsar la creación por parte del Instituto Nacional de Estadística de indicadores de medición del estrés laboral de los trabajadores y trabajadoras.*

4. *Impulsar la derogación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.*

5. *Impulsar la realización de un estudio que analice si el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) puede llegar a provocar problemas de adicción o dependencia».*

¹² Vid. M. Miñarro Yanini, 2019.

modo: con la aplicación de los artículos 34 y siguientes del ET (jornada, descansos, vacaciones, permisos, etc.) ya se está evitando que los trabajadores respondan mensajes o contesten a llamadas fuera de su jornada laboral. Y no solo a nivel nacional, a nivel comunitario el hecho de no contestar correos o llamadas telefónicas fuera del horario laboral, siempre ha estado protegido por un derecho social que es fundamental; conforme a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE 30 de marzo de 2010) existe el derecho a la efectividad del descanso (art. 31.2) así como, conforme a las vacaciones anuales ya reguladas desde hace décadas en ordenamientos jurídicos (Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante OIT- de 1970). Y, obviamente, según dos artículos destacados del ET: el 37 y el 38, dedicados al descanso semanal, fiestas y permisos y a las vacaciones, respectivamente.

3. Debate en torno a la eficacia normativa del derecho en el ordenamiento jurídico español

Asentado lo anterior existe debate en la doctrina iuslaboralista española acerca de la eficacia y garantía del derecho laboral: unas voces¹³ —las más mayoritarias— destacan que, y está tratado como un simple reconocimiento, sin ninguna aportación material, delimitación u obligación expresa, por lo que el legislador español, configura un derecho, que, en la práctica, puede devenir ineficaz, heterogéneo y poco respetado. En contraposición, otras voces¹⁴ reconocen que la labor del legislador orgánico no ha sido del todo impecable, pero, aun así, la regulación cuenta con un margen interpretativo desde el que puede reivindicarse su efectividad para garantizar la tutela de los derechos laborales imbricados. Tomando como base de análisis la postura mayoritaria, en forma de anticipo, la normativa vigente del derecho no es del nivel de lo esperado dado que su contenido resulta residual dejando mucho espacio a la negociación colectiva entre empresas y trabajadores, o en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores la que establezca las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital (de no existir los trabajadores podrían elegir una comisión *ad hoc* en la forma del art. 41 ET). De modo que cada empresa amolde el derecho a las circunstancias propias de la actividad (si trabajan por objetivos, por ejemplo, el tiempo puede ser más o menos flexible, si se trabaja con diferentes horarios internacionales, la desconexión digital puede diferir según horas, etc.). Este acople, siempre, obviamente respetando los mínimos fijados en la normativa: respeto del tiempo de descanso, así como de la intimidad personal y familiar.

Refrendando el carácter deficitario de la actual normativa en España, de acuerdo con la doctrina iuslaboralista:

¹³ Vid. entre otras muchas: B. Torres, 2020 y A. Todolí, 2017.

¹⁴ Vid. J.A. Altés, S. Yagüe, 2020.

«lo cierto es que, a escasos dos años desde la regulación del derecho laboral en el ámbito laboral, la articulación y el efecto real en las empresas queda en entredicho. Muchas empresas siguen sin contar con protocolos de actuación. Del mismo modo, el llamamiento que el legislador ha dado a la negociación colectiva no ha dado su fruto como era de esperar; son pocos los protocolos de actuación que existen y son pocos los convenios colectivos que reconocen de forma explícita el derecho real a desconectar tecnológicamente del trabajo. Puede ser ello por múltiples razones: el desconocimiento del derecho laboral, el escaso tiempo que han tenido para tratarlo a nivel interno, la falta de desarrollo reglamentario del derecho que provoca indecisiones en las empresas o, incluso, la falta de poder de negociación colectiva para firmar clausulados sobre el tratamiento y garantía del derecho (en España son muchas las empresas que por su tamaño -microempresas, de uno a dos empleados- no cuentan con representantes de los trabajadores por lo que no pueden negociar convenios colectivos de ámbito empresarial)»¹⁵.

Y como continúa señalando el mismo autor:

«en todo caso, las organizaciones deben tener en cuenta que de no existir un protocolo de actuación frente al derecho, la empresa no puede sancionar a la trabajadora por ejercer su derecho a desconexión digital ni, tampoco, verse perjudicada en su desarrollo profesional; por lógica, dado que el trabajador no está obligado a responder llamadas o mensajes fuera de su horario laboral, un despido por esta circunstancia, a todas luces sería improcedente (siempre ponderando la gravedad, por lo que será el juez quien lo determine; no es lo mismo no responder a un mensaje puntual como no responder a múltiples mensajes, o directamente, nunca). Aunque, como siempre, caben excepciones, como ahora en casos de grave perjuicio para la empresa que exija una inmediatez de respuesta (casos de fuerza mayor), lo cierto es que habría que ir al caso particular, pero es digno recalcar que quedaría más protegida si su empresa contase en su convenio colectivo de aplicación con una política interna detallada sobre desconexión digital; de contar con esta opción, el derecho laboral resultaría ser más garantista y no residual como es ahora¹⁶».

Sea como fuere, es de destacar el análisis de la normativa vigente¹⁷ a fin de tanto los trabajadores, empresarios, sindicatos¹⁸ y demás organizaciones laborales, sean conscientes de su contenido y de sus implicaciones; máxime en la actual era digital en el

¹⁵ Vid. F. Trujillo Pons, 2020b, 16 y ss.

¹⁶ Vid. F. Trujillo Pons, 2020b, 26 y ss.

¹⁷ Vid. M. González, M., 2019.

¹⁸ Sobre el papel que ha de adoptar el sindicato en el nuevo mercado laboral y en la intromisión de las TIC en las condiciones de trabajo, resulta de interés el siguiente estudio doctrinal: Vid. Rodríguez, M.L., 2018: Sindicalismo y Negociación Colectiva 4.0. Temas Laborales núm. 144/2018. Pp. 27-41, según el cual: «El sindicalismo deberá encarar el futuro marcado por los avances tecnológicos y su aplicación al proceso productivo y por la aparición de las plataformas digitales. Para ello deberá empezar por nutrir la negociación colectiva con nuevos contenidos como el derecho a la desconexión digital o la protección de datos (...)» y como continúa diciendo «(...) En este contexto, la utilización de la tecnología por parte del sindicato para crear redes de trabajadores y formas de acción colectiva apoyadas y amplificadas por las redes sociales puede reconstruir espacios y vínculos de solidaridad que la propia tecnología ha contribuido a desdibujar».

que no es extraño recibir comunicaciones de jefes (en forma de mensajes instantáneos al móvil o de correos electrónicos indiscriminados). Los dispositivos digitales con los que cuenta el trabajador (*smartphones, tablets, ordenador, etc.*) no han de ir en perjuicio del descanso de los trabajadores fuera de su horario efectivo de trabajo. Así, tienen el derecho a no responder llamadas telefónicas ni mensajes de sus jefes (correos electrónicos y sistemas de mensajería instantánea —*WhatsApp, Telegram, etc.*). Con la normativa analizada supone entender qué actuaciones de la empresa deben cesar, las posibles sanciones por incumplimientos, el papel de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) en el control y la vigilancia del cumplimiento, así como el de la representación unitaria y sindical y, por último, el del trabajador que es el máximo interesado en no alargar su jornada porque, no desconectar incrementa las exigencias mentales y de estrés en el trabajo debido a la aceleración del tiempo o la aparición del ya señalado síndrome del trabajador quemado (*burnout*) o la adicción al trabajo (*workaholism*)¹⁹.

Cierto es que hubiese sido más coherente la inclusión del derecho laboral, en el ET (tiene implicaciones en los poderes de dirección, en la retribución en el sentido del cobro horas extraordinarias, plus o complemento de disponibilidad, etc.) o en la LPRL (este derecho, tiene una repercusión directa en la salud de los trabajadores y en su posible carga mental por la conectividad constante). Igualmente la normativa tiene carencias que pueden generar inseguridad jurídica, por ejemplo: 1) en su definición básica sobre desconexión digital dado que al igual que el legislador francés no se define legalmente el concepto, por tanto caben dudas en torno a si ha de ser tomado como un alivio de correos electrónicos o llamadas o directamente «cortar» el servidor durante determinados periodos; y 2) en su régimen sancionador (la LISOS tampoco se ha visto reformada con nuevas infracciones por lo que por analogía, se debería ir primero a la transgresión de las normas y límites legales en materia de jornada de trabajo —ex. art. 7.5— calificada como infracción muy grave y, segundo por su directa vinculación con la seguridad y salud en el trabajo, en el deber de seguridad del empresario, por no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos, cuya infracción está tipificada como grave, ex. art. 12).

En consecuencia, se debe limitar que las empresas envíen mensajes de índole profesional a sus empleados fuera de su horario laboral (por ejemplo, para que el trabajador pueda disfrutar de una vida plena de disfrute y descanso desde el viernes a las 18:00 h hasta el domingo a las 22:00 h), en aras a garantizar el necesario y obligado descanso. En efecto, este derecho está relacionado, en segundo lugar, con la jornada de trabajo y los descansos obligatorios. De conformidad con el artículo 40.2 de la CE, se reconoce expresamente el derecho al descanso, cuando se establece la obligación de los poderes públicos de fomentar políticas que garanticen el descanso necesario, mediante, de manera principal, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas

¹⁹ Vid. J.A. Fernández, 2007 y M. Salanova, 2007.

retribuidas. Artículo que tiene reflejo, a su vez, en el numeral 34 del ET donde se regula la duración de la jornada de trabajo.

Existen circunstancias en las que, por el tipo de actividad, el descanso no puede disfrutarse, así, por ejemplo, informáticos que necesitan estar conectados a sus dispositivos para solventar problemas de conexión en los equipos de informáticos o trabajadores con guardias continuadas. En estos casos, al no disfrutarse del descanso (ya sea el de jornada a jornada, el semanal, o el descanso de la tecnología, como es aquí el interés) estos trabajadores deberán recibir una contraprestación económica dado que, si no fuese así, supondría la prestación de horas extraordinarias. En efecto, en relación con las guardias continuadas, conviene recalcar que los momentos en los que el trabajador no pueda disfrutar del descanso por razones del ejercicio de su trabajo, tendrán la consideración de jornada de trabajo y, por ende, retribuidas. En esta misma línea, de acuerdo con la jurisprudencia española (STS 5422/2015, de 12 de noviembre de 2015), mediante convenio colectivo puede pactarse la sustitución del tiempo de descanso por una indemnización en metálico: *«el tiempo de descanso no disfrutado debe ser retribuido porque, de lo contrario, comporta un exceso sobre la jornada de trabajo habitual»*.

Luego con vigencia desde el 13 de octubre de 2020 surge en España el señalado Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a Distancia²⁰. De su contenido, brevemente, destaca su artículo 18 en el que recuerda que el derecho de la desconexión digital se aplica también al teletrabajo, garantizando así que los trabajadores tengan derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo, en los términos antes analizados en el artículo 88 de la LOPDPGDD.

Sea cual sea la modalidad o modelo de trabajo, las empresas privadas y públicas con independencia de su plantilla de trabajadores tienen que cumplir con la normativa; las primeras, con el ET, con la LOPDPGDD y con la LTD sea cual sea su número de trabajadores y; las segundas con el EBEP, el cual se limita a señalar como derecho individual del personal funcionario y del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas a su intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales [art. 14 j) bis)].

Las empresas privadas, para dar cumplimiento a sus obligaciones, han de regular el derecho a la desconexión digital de los trabajadores mediante convenios colectivos de empresa, como también, mediante acuerdos entre los representantes de los trabajadores y la empresa reflejados en políticas internas de actuación. De una u otra manera, aparte de cumplir con la normativa, se podría normativizar el uso adecuado de las tecnologías en el trabajo. Los representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios colectivos presionarían para que la política sea clara y garantista. La contraparte (la empresa) ha de observar esta cuestión no como una norma a cumplir sino como una

²⁰ Vid. F. Trujillo Pons, 2020a.

mejora posible en su competitividad y beneficios (un trabajador descansado es más productivo); de ello dependerá la cultura que tenga si es conducente a estas actuaciones o si omiten el derecho y no garantizan el descanso de sus trabajadores.

Sin embargo, dada la indeterminación del derecho regulado en la LOPDPGDD y de forma análoga para los teletrabajadores conforme a la LTD, surgen muchas dudas sobre la sustantividad del mismo. Como se decía, es necesario un cuerpo de doctrina judicial que interprete un derecho laboral, en ocasiones, difícil de ejercitar. Sin olvidar el papel tan importante que ha de adoptar la regulación convencional: la gran mayoría de convenios colectivos, lejos de introducir verdaderas innovaciones sobre su ejercicio, suelen copiar literalmente articulados bien de la normativa e incluso, de otros convenios colectivos. Y otros, directamente no especifican el derecho.

4. Propuestas de lege ferenda

Siguiendo la estela normativa anterior, es de destacar una propuesta normativa y empresas con contenidos convencionales muy innovadores. En primer lugar, con anterioridad a la vigente LOPDPGDD y a la vigente LTD conviene adicionar como acercamiento normativo español la proposición no de ley (realizada por la confluencia política *Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea*) presentada en marzo de 2017 sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo para su debate en la Comisión de Empleo y Seguridad Social²¹). Igualmente, en este punto, con motivo del actual gobierno de coalición del PSOE y *Unidas Podemos* y en línea con la citada proposición no de ley, destaca, a fecha 30 de diciembre del 2019, el documento programático²² que suscribieron como parte de la coalición que conformaron y que a la postre, a inicios del 2020 desembocaron en el actual Gobierno. Entre otras materias, en su contenido de programa, como una declaración de intenciones, se aborda en su punto 1.10: «*Derecho a la desconexión y la adecuada gestión del tiempo de trabajo dentro de la normativa laboral, así como a la protección efectiva en casos de embarazo y lactancia*». Por su importancia, conviene analizar el contenido de la proposición no de ley pues puede ser un estímulo para el legislador en este sentido; máxime cuando *Unidas Podemos* se encuentra en el actual Gobierno de coalición. Como se aprecia en el texto, se hace un recorrido normativo destacando el mandato constitucional, los tiempos de trabajo consagrados en la normativa laboral y la prevención de riesgos laborales, cuyo pilar es la LPRL. Según destaca la proposición no de ley, las TIC están poniendo en duda el

²¹ El contenido de la proposición se encuentra en las págs. 52-54. Recuperado de: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-127.PDF [Consulta a 2 de junio 2020].

²² Su texto íntegro puede encontrarse en el siguiente enlace (09/04/2020). Recuperado de: https://izquierdaunida.org/wp-content/uploads/2019/12/Programa-Gobierno-Coalicion-PSOE_UP.pdf [Consulta a 2 de junio 2020].

respeto al descanso obligatorio en el trabajo por lo que el fin último del derecho ha de ser el de evitar que los trabajadores puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa. A este fin, las empresas, aparte de realizar un ejercicio de formación a sus trabajadores, han de implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo. Habrá que estar a la expectativa de este texto por si tiene reflejo en un futuro bien, en un precepto de la LPRL o bien, en un reglamento de desarrollo que regule de una forma más amplia y garantista el actual derecho a la desconexión digital en el trabajo existente conforme al artículo 88 de la LOPDPGDD.

A pesar de que muchos autores defienden que, con la legislación actual, es decir, la CE, el ET y la LPRL se protege al trabajador de las consecuencias de la «*no desconexión digital*» muchos otros creen que no es suficiente. La mayoría de los que creen que la legislación actual no es suficiente se decantan por los convenios colectivos de empresa y a su vez apuntan que con el tiempo se podría incluir un artículo más extenso en el ET después de una reforma laboral o, directamente, una ley que visibilice y garantice de forma explícita la desconexión digital y los descansos de los trabajadores. Se podría obligar en esta propuesta de redacción a las empresas de cierto tamaño a negociar de buena fe políticas internas en este sentido, tal y como ocurre en el país galo. En cualquier caso, las empresas, desde el primer momento de la relación laboral deben, de antemano, asentar de forma clara y meridiana cualquier expectativa de disponibilidad de sus trabajadores fuera del horario laboral. Bien mediante una adenda al contrato de trabajo, al convenio colectivo o con reuniones conjuntas con la representación legal de los trabajadores y, si no existe, con la totalidad de la plantilla. En estas discusiones, la expectativa de mensajes y llamadas ha de quedar reflejada en un escrito de compromiso, por la cual, se determine lo que los empresarios pueden esperar de sus trabajadores y las correspondientes obligaciones de los trabajadores en sus capacidades de respuestas y desconexión de sus dispositivos digitales. Así, se asentarán los criterios y cada parte de la relación laboral será conocedora de los límites de conexión y desconexión.

En este sentido se podrían plantear, a modo de *lege ferenda* varias propuestas. Sería interesante modificar y modernizar el Estatuto de los Trabajadores e incluir un artículo que, al igual que sucede en la actualidad con los planes de igualdad (por medio del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. BOE 14 oct. 2020) donde las empresas de cincuenta o más trabajadores deben elaborar y aplicar un plan de igualdad (que ha de ser objeto de negociación), se podría obligar también a las empresas del mismo tamaño de plantilla a negociar planes de desconexión digital en el trabajo y que incluyan un contenido obligacional amplio y garantista; todo ello más o menos flexible, en función de su actividad, sus trabajadores y sus jornadas de trabajo. Igualmente, podría detallarse el ejercicio del derecho en el conjunto de las relaciones laborales especiales y su normativa

de aplicación (¿qué hay de los empleados de hogar? ¿y de la alta dirección?). Del mismo modo, es recomendable incluirse el derecho en el contenido de la LPRL pues son dos cuestiones (la conciliación laboral y la prevención de riesgos laborales) que van irremediablemente, unidas. Si bien con un artículo amplio y garantista, si bien, con una norma reglamentaria de desarrollo del contenido de la norma preventiva (por ejemplo, en forma de Real Decreto, como muchos que existen en desarrollo de la LPRL, protección frente agentes físicos, químicos, biológicos, lugares de trabajo, etc.). Así mismo, se puede encomendar al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo elaborar una Nota Técnica Preventiva (existen las NTP 730, 1122, 1123 y 1150 que, si bien, tratan de soslayo el derecho, no lo particularizan) dedicada en exclusividad a la desconexión digital en el trabajo que, pese a ser una posible guía de buenas prácticas y sus indicaciones no resulten obligatorias, podrían ser muy recomendable para que los empleadores y trabajadores conozcan el derecho y las medidas para que se pueda promover.

5. Conclusiones

En cuanto a la reflexión final del presente artículo, de la actual normativa del derecho en España se puede señalar que la inclusión del artículo 20 bis en el ET, ha sido significativa pero quizás insuficiente. El ET se debe modernizar y actualizar a los retos digitales de la presente sociedad donde los dispositivos digitales están quitando un espacio sagrado (el descanso y la intimidad) del trabajador. La normativa vigente enfoca el derecho como un aspecto de promoción, de fomento de buenas conductas para evitar la fatiga informática de los trabajadores y, cede a las partes la autorregulación del derecho laboral. Ante innovaciones tecnológicas el Gobierno y los agentes sociales (sindicatos más representativos y asociaciones empresariales más representativas) han de ir más allá y no limitarse a regulaciones *ad hoc* y fórmulas flexibles. Se ha de apostar por una regulación estructural y no coyuntural. El derecho al desenganche tecnológico ha de ser desarrollado para garantizar más el descanso y la seguridad de unos trabajadores inmersos en la era digital. El presente y futuro de la rama del derecho del trabajo ha de ir en consonancia con las nuevas formas de trabajo. Ello exige instituciones laborales permanentes y estructurales, no regulaciones que sean coyunturales y reactivas que actúan solo como parche. Urge entonces por parte del legislador español una norma general y exclusiva del derecho, bien, su inclusión de una forma amplia en la LPRL, o bien, unificar toda la regulación vigente del derecho. Si bien parece razonable la regulación actual al remitirse el legislador nacional a la negociación colectiva para que sea ésta quien adopte los principios básicos del derecho, dada la implicación que tiene el derecho en la sociedad digital actual y las posibles consecuencias negativas para el trabajador, a la luz de muchos convenios que únicamente copian el contenido literal de la LOPDPGDD sin mayores concreciones, se debería regular en mayor profundidad y garantizar

inexcusablemente el derecho a desconectar el trabajo. Incluso, desde el aparato sancionador —el legislador en la génesis escogió la opción de configurarlo como derecho del trabajador y no como obligación empresarial— aparte de la actuación de la ITSS y de la tutela judicial del trabajador que, en todo momento puede interponer demanda por verse vulnerado un derecho fundamental por la relación directa del derecho con el derecho a la salud, a fin de que resulte disuasorio para los incumplidores, añadir en el actual listado de infracciones de la LISOS en materia de prevención de riesgos laborales, una de tipo muy grave (*ex. art. 13*); tanto para el caso en el que no se respete el derecho a desconectar digitalmente a un trabajador en concreto, como para el caso de que la empresa no cuente con un protocolo de actuación.

Son en estas empresas importantes, grandes y con muchos trabajadores las que tienen más facilidades para aplicar medidas de desconexión digital, pero cierto es que existen muchos retos por delante para la correcta aplicación del derecho y el amolde de las políticas de desconexión y de los convenios colectivos para cada sector. ¿Es compatible el derecho para industrias 24/7? ¿van a poder cumplir con la normativa las empresas con culturas flexibles y que dan libertad a sus trabajadores para realizar sus trabajos? ¿y para el sector de la hostelería y del comercio tan importante en España? ¿qué medidas se pueden adoptar? ¿y para las microempresas (que cuentan con dos o más trabajadores) tan arraigadas y que suponen cerca del 83% del total de empresas, ¿se adoptan estas medidas? No se debe perder de vista que existen empresas sin convenios colectivos, así como sin representantes de los trabajadores que dificulta mucho el deseable ejercicio de desconexión digital. Todos estos interrogantes van a surgir por lo que queda todavía un largo camino por recorrer: se van a exigir muchos esfuerzos para dar cabida a toda la amplitud de trabajadores y sectores de actividad con particularidades. Así: puestos de trabajo con los que se opera en distintos continentes y que pueden trabajar con personas de todo el mundo con horarios diferentes (hasta 6 tipos de husos), puestos de trabajo en sectores con jornadas especiales, con trabajos 24/7 e incluso con trabajadores de plataformas (la UE el 13 de febrero de 2021, publicó un borrador sobre condiciones laborales justas, derechos y protección social para estos trabajadores donde se destaca que algunos de estos trabajadores pueden estar sujetos a mayores riesgos para la salud y la seguridad, así como, resulta necesario establecer requisitos mínimos que les permitan ejercer el derecho a desconectarse sin consecuencias adversas).

Por ende, el legislador debería tener en mente esta realidad particular para, de este modo, dar cabida a estos espacios a los que no llegan las políticas internas o los convenios colectivos, lo que obliga a la norma estatal al establecer cuando menos una regulación subsidiaria para la hipótesis en la que no existiese un convenio colectivo de referencia, o bien que existiendo una unidad comercial de referencia, la misma no hubiese intervenido en relación con las facultades de control empresarial a través de las tecnologías digitales más invasivas de la privacidad del trabajador.

Por tanto, la importancia y necesidad de realizar una revisión profunda sobre una norma que regulase la disponibilidad del trabajador para la empresa fuera del horario laboral queda clara por dos motivos: en primer lugar, por la dimensión de afectación de la norma y por otro lado por novedad de ésta. A fin de cuentas, lo importante en este asunto es encontrar la forma de separar el tiempo de vida y el tiempo de trabajo, hacerlo de una manera gradual o de una manera más disruptiva depende de las preferencias de cada uno, lo importante es que se realice y se logre esa separación. Sin duda en algunos casos, como en los de directivos, esa labor de separación va a ser mucho más complicada, llegando quizás al punto de que haya que regular cada rango de puestos dentro de una empresa. En cualquier caso, lo importante es comenzar con la regulación en algún punto y que cada empresa valore cómo puede hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS, Juan Antonio, YAGÜE Sergio, 2020, «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata». En *Labos*, Vol. 1, No. 2, 61-87, <http://www.uc3m.es/labos>.

BAZ RODRÍGUEZ Jesús, 2019, «La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático». En *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 54.

FERNÁNDEZ AVILÉS José Antonio, 2007, «NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora». En *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 2, 69-101.

GASTEIZBERRI, 2020, «La Diputación Foral de Álava instaure el teletrabajo y el derecho a la desconexión digital». Recuperado de: <https://gasteizberri.com/2020/12/la-diputacion-foral-de-alava-instaure-el-teletrabajo-y-el-derecho-a-la-desconexion-digital/>

GONZÁLEZ Manuel, 2019, «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance». En *Revista de derecho social*, n. 87, 91-112.

MIÑARRO YANINI Margarita, 2019, «La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho». En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF (RTSS. CEF), 440, 5-18.

MOLINA NAVARRETE Cristobal, 2017a, «El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión digital de los trabajadores fuera de la

jornada?». En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXVII, Vol.1, nº 269, pp. 892-919.

MONREAL Erik Josè, THIBAUT Javer, JURADO Angel, 2020, *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel* (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo). Tirant lo Blanch, Valencia.

SALANOVA Marisa et al., 2007, *La adicción al trabajo*, NTP 759, INSHT, 2007.

TALÉNS Eduardo Enrique, 2019, «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral». En *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 17 zk, 150-161.

TODOLÍ Adrián, 2017, «*El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*». Recuperado de: <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/> [consulta 2 de junio de 2020].

TORRES GARCÍA Bárbara, 2020, «Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica». En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 239-261.

TRUJILLO PONS Francisco, 2018, *La desconexión digital: ¿es necesaria en el mundo laboral?*. Blogs IMF-Formación. Recuperado de: <https://blogs.imf-formacion.com/blog/recursos-humanos/normativa-3/desconexion-digital-mundo-laboral/> [Consulta a 21 de octubre de 2020].

TRUJILLO PONS Francisco, 2020a, «Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la desconexión digital en el trabajo». En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 1-19.

TRUJILLO PONS Francisco, 2020b, *La desconexión digital en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia.