

Por:
Carmen Sánchez
Trigueros*

DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL ESPAÑOL

Resumen

Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, el artículo 20 bis del estatuto de los trabajadores reconoce expresamente a los trabajadores el 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. Derechos equivalentes se reconoce particularmente a los empleados públicos (artículo 14 del Real 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). El alcance de estos derechos se extiende más allá del desempeño de la actividad de forma presencial en el lugar de trabajo: los artículos 17 y 18 del Real Decreto Ley 28/2020, del 22 de setiembre, de trabajo a distancia regulan el derecho a la intimidad y a la protección de datos y el derecho a la desconexión digital de las personas que realizan su trabajo a distancia, derivando a los convenios o acuerdos colectivos los términos de su ejercicio.

Abstract

After the modification operated by Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of personal data and guarantee of digital rights, art. 20 bis of the Workers' Statute expressly recognizes that workers have the right to privacy in the use of digital devices made available to them by the employer, to digital disconnection and privacy from the use of video surveillance and geolocation devices, in the terms established in current legislation on the protection of personal data and guarantee of digital rights. Equivalent rights are particularly recognized for public employees (artículo 14 of Royal Legislative Decree 5/2015, of October 30, which approves the revised text of the Law of the Basic Statute of Public Employees). The scope of these rights extends beyond the performance of the activity in person at the workplace:

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia. Correo electrónico: carmenst@um.es

arts. 17 and 18 of Royal Decree Law 28/2020, of September 22, on remote work regulate the right to privacy and data protection and the right to digital disconnection of people who perform their work remotely, referring to the collective agreements or agreements the terms of its exercise.

Palabras clave: desconexión digital, nuevas tecnologías, jornada, horario y descanso laboral, conciliación familiar, salud e intimidad, derechos fundamentales.

Keywords: digital disconnection, new technologies, working hours, hours and rest, family conciliation, health and privacy, fundamental rights.

Sumario

I. Introducción. II. Génesis del derecho a la desconexión digital. 1. Panorama previo a la aprobación de la LO 3/2018: reconocimiento a partir del derecho al descanso. 2. Regulación del derecho a la desconexión digital. 3. ¿Era realmente necesario el reconocimiento del derecho? III. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital. 1. Consecuencias de la ausencia de regulación legal. 2. Ámbito subjetivo del derecho. 3. Contenido del derecho. 4. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador. 5. Obligaciones preventivas y formativas. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El avance de la revolución digital lleva consigo la inexorable transformación de todos los aspectos de nuestra vida. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación no solo ha condicionado, sino que ha determinado las relaciones humanas y sociales. Las redes sociales ocupan un papel fundamental en cuanto a los debates políticos y sociales, situándose como una herramienta clave para los mismos. Las relaciones personales se han visto completamente transformadas, llegando a existir numerosas aplicaciones móviles destinadas a conocer gente e, incluso, a facilitar el establecimiento de relaciones afectivas. Estos cambios se han multiplicado exponencialmente a partir de las situaciones de confinamiento derivadas de la pandemia de la COVID-19, durante las que estos mecanismos han ocupado un papel fundamental, tanto para el desarrollo de las relaciones sociales, como para las actividades educativas. A

lo anterior se suma que los artilugios electrónicos son cada vez más potentes y veloces, lo que facilita que paulatinamente resulte menos costoso acudir a estos mecanismos para establecer vías de comunicación, en lugar de acudir a los sistemas tradicionales.

El ámbito laboral no queda al margen de esta metamorfosis, no olvidemos que tradicionalmente, las relaciones laborales se han diseñado en torno a los sucesivos paradigmas productivos. La propia inercia de las relaciones humanas, que ya difícilmente se pueden entender sin tener un *smartphone* continuamente en el bolsillo (cuando no en la mano), viene implicando relevantes transformaciones en los sistemas de producción y, finalmente, en el marco del trabajo (por cuenta ajena y por cuenta propia). Pero no solo han cambiado las mercancías que se ofrecen a los clientes, sino también la forma de elaborarlas. De hecho, la principal revolución radica en la forma de relacionarse entre los distintos operadores, ya sea entre los clientes y la empresa, entre esta y sus trabajadores, o entre estos últimos y los propios clientes. (Molina, 2019, p. 11)

Tratar de resistir frente a estos cambios es un esfuerzo absolutamente inútil. El empeño en mantener los sistemas tradicionales tendría a buen seguro el mismo éxito que en su día alcanzaron los ludistas que se oponían a la entrada de la maquinaria moderna en los procesos productivos. Sin embargo, tampoco puede admitirse la inercia que lleva a asumir que los avances tecnológicos deban determinar las exigencias y condiciones laborales que deben aceptar los trabajadores. Ello es así porque, como se ha podido comprobar, la “tecnología no es inocente”: la forma de regirse la producción y las decisiones automatizadas (entre otras, a través de los llamados algoritmos) siguen criterios establecidos directa o indirectamente por el empresario, en su beneficio (Urueña, 2018, pp. 99-124). Es cierto que las decisiones empresariales estarán sin duda condicionadas por el mercado, de forma que el sometimiento a los requerimientos de la revolución tecnológica no será ya solo una condición para competir mejor, sino llanamente para poder mantenerse en la competición (Molina, 2019, p. 11). Sin embargo, decisiones como que los trabajadores contacten directamente con los clientes a través de herramientas informáticas sí siguen un criterio empresarial, así como la de impartir instrucciones laborales a través de correo electrónico, sistemas de mensajería, etc.

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

Todo ello implica una serie de avances notabilísimos: una capacidad de respuesta mucho más rápida, una conexión mucho más inmediata y, en definitiva, un servicio mucho más eficaz. Sin embargo, existen una serie de riesgos que no deben ser infravalorados, y que se conectan con la merma del derecho al descanso y, como consecuencia de este, con el agotamiento físico y psicológico que supone no poder desvincularse mentalmente del trabajo. Los frutos de lo anterior no tardan en aparecer: cansancio, estrés, ansiedad y numerosos otros problemas que afectan directamente a la salud de los trabajadores, poniéndola en grave riesgo. Se trata, además, de agentes que son a menudo infravalorados, respecto de los que existe una escasa cultura social (Requena, 2020, p. 542).

Como se ha señalado, la hiperconectividad no es un fenómeno limitado a las relaciones laborales, sino generalizado de las de todos los seres humanos (fundamentalmente, en el llamado Primer Mundo). Los mecanismos de comunicación han minimizado el tiempo para contestar y, de manera simultánea, nos han hecho perder la capacidad de aguardar una respuesta. Cuando hace cuarenta años se quería establecer conexión con una persona, podía enviársele una carta, llamarle a un teléfono fijo, etc. En caso de no obtener respuesta, la solución pasaba por dejar el recado y esperar pacientemente la respuesta, que perfectamente podía esperar horas o días. Actualmente, esa posibilidad se ha convertido en absolutamente lejana, estableciéndose una exigencia generalizada de respuesta igualmente inmediata. Plenamente ilustrativo de ello, en el ámbito de los usuarios de aplicaciones de mensajería electrónica, es lo que se ha venido en llamar el síndrome del “doble *check*”, como la ansiedad que sufre el emisor de un mensaje electrónico al comprobar que el receptor no responde, pese a poder comprobar que el mensaje ha sido recibido y leído o llanamente que se ha conectado después de recibirlo. En estas condiciones, y ante el fenómeno generalizado de incapacidad de aguardar pacientemente una contestación (aunque no se trate de una cuestión urgente), obtendrá un papel predominante en el mercado la empresa que asegure la posibilidad de dar la respuesta más inmediata, incluso aunque no por ello sea la mejor.

Las consecuencias de lo anterior para el derecho al descanso de los trabajadores (por cuenta propia y ajena) pueden resultar devastadoras. Ya no se trata simplemente del interés empresarial en obtener un mayor beneficio, sino de la exigencia extendida de que una cuestión debe ser inmediatamente

atendida, lo que hace que los propios clientes no comprendan el retraso en obtener una respuesta, condicionando su interés en mantener relaciones con la empresa a la oferta de una incondicional disponibilidad por parte de esta y, por extensión, por parte de sus trabajadores.

En tales condiciones, en los últimos años ha alcanzado una importante notoriedad el que ha venido a llamarse derecho a la desconexión digital o tecnológica. Se trata de un derecho que ha recibido una importante atención, quizás mostrando así la demanda social existente al respecto, aunque no se hubiese explicitado como tal. Aunque sin duda alguna existía una necesidad generalizada, no era habitual que se apreciase como tal, precisamente porque se consideraba que los problemas existentes eran consecuencia inherente de los nuevos tiempos.

II. GÉNESIS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La regulación del derecho a la desconexión digital se ha producido con la adaptación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 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, que ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD y GDD).

Sin embargo, la inexistencia hasta finales del 2018 de un derecho reconocido legalmente a la desconexión digital no implicaba que hasta ese momento los trabajadores se encontrasen totalmente desprotegidos. Algunos pronunciamientos judiciales y convenios colectivos ya habían aludido a esa posibilidad, si bien se había venido sustentando en la regulación precedente en torno al derecho al descanso, que contenía un importante cuerpo normativo del que se podía deducir sin dificultad ese derecho.

1. Panorama previo a la aprobación de la LO 3/2018: reconocimiento a partir del derecho al descanso

En nuestro texto constitucional se hace referencia al derecho al descanso, en el artículo 40.2, al atribuir a los poderes públicos el fomento de una política

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

que garantizase el derecho al “descanso necesario”, mediante la limitación de la jornada laboral o el derecho a vacaciones. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores ya venía regulando el tiempo de trabajo, si bien lo cierto es que se trata de una materia que hasta la fecha no se ha clarificado suficientemente, de forma que siguen siendo muy frecuentes los procedimientos judiciales que se vienen planteando al respecto, a todos los niveles.

En el ámbito europeo existen importantes normas sobre la materia. Así, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre del 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (que derogó la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, referente a la misma materia) incluye las definiciones de tiempo de trabajo y de descanso como conceptos alternativos (en el artículo 2.2 se define como descanso “todo periodo que no sea tiempo de trabajo”). Además, se incluye el concepto de “descanso adecuado” (artículo 2.9), siendo este lo suficientemente largo y continuo como para evitar que, debido al cansancio, se pueda perjudicar la salud del trabajador, a corto o medio plazo. Asimismo, este concepto ya permite vislumbrar una importante idea, como es que no todo descanso es por definición adecuado. Sobre este punto regresaremos más adelante.

En ese mismo ámbito merece un lugar destacado la Carta Social Europea, cuyo artículo 2 establece el derecho al descanso y a una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 31.2 establecía el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo, al descanso diario y semanal, y a las vacaciones.

El reconocimiento del derecho al descanso no se limita al espacio europeo, encontrándose consagrado en otras normas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 24 reconoce el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. También, aparece recogido en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones. Por último, es obligada la referencia a los distintos convenios de la OIT que han regulado

directa o tangencialmente la materia, como es el caso del núm. 6, relativo al trabajo nocturno; el núm. 14, relativo al descanso semanal; el núm. 30, relativo a la jornada de trabajo; y el núm. 132, relativo a las vacaciones.

Como puede observarse, el derecho al descanso (en contraposición al tiempo de trabajo, con el que mantiene una relación dialéctica (Cardona, 2020, pp. 109–126) se encontraba regulado y, además, muy ampliamente reconocido. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para resolver los innumerables problemas que se vienen presentando, siendo la cuestión de la distribución del tiempo de trabajo y descanso una de las más complejas dentro del ámbito de las relaciones laborales. Hasta tal punto es así, que en algunos casos se ha sugerido que la solución más acertada para garantizar el derecho a la desconexión digital habría sido, más que regularlo, definir de manera clara el tiempo de descanso (Vallecillo, 2020, pp. 210–238). Sin embargo, no puede desdeñarse el riesgo que supondría que, en tales circunstancias, la regulación suponga un recorte aún más relevante del derecho al descanso.

Cuando los primeros litigios llegaron ante los tribunales, abordando el derecho de los trabajadores a no permanecer atentos a los dispositivos electrónicos fuera de su jornada laboral, aquellos encontraron herramientas para dar respuesta a los problemas que se planteaban en la normativa reguladora del tiempo de trabajo o de los límites de la potestad directiva empresarial. Así ocurre, entre otros, en el caso analizado por la SAN de 17 de julio de 1997, rec. 120/1997, en que se rechazaba la posibilidad empresarial de exigir a sus trabajadores que tuviesen el teléfono móvil conectado en todo momento.

2. Regulación del derecho a la desconexión digital

La LOPD y GDD incluye tres preceptos que contienen toda la regulación legal vigente sobre la materia: el artículo 88, que reconoce el derecho, y las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta. El primero de ellos regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, dividiéndose a su vez en tres apartados.

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

En el primer apartado se reconoce el derecho en términos generales tanto a trabajadores como a los empleados públicos. Asimismo, reconoce el derecho a la desconexión, vinculándolo a la necesidad de respeto del tiempo de descanso (y permisos y vacaciones) y a los derechos a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, ya desde este momento debe destacarse la inexistencia de contenido legal del citado derecho, lo que arrojará numerosas dudas sobre el mismo que más adelante se abordarán.

El segundo apartado responde algunas de las cuestiones derivadas de la manifiesta inconcreción legal del contenido del derecho, estableciendo tres criterios fundamentales. En primer lugar, el mecanismo a través del que se dotará de contenido el derecho, apostando por que ello se lleve a cabo a través de la negociación colectiva u otros acuerdos alcanzados entre empresa y representantes de los trabajadores. En segundo lugar, los criterios que deberán seguir los negociadores, que deberán atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Por último, se establece que la regulación sobre la materia deberá estar dirigida a promover la conciliación laboral con la vida personal y familiar.

El tercer apartado prevé los pasos que deberá dar el empleador, exista o no regulación colectiva (debiendo en este último caso respetarla). En concreto, se establece la necesidad de reflejar las directrices empresariales que va a adoptar, debiendo incluirse dentro de las mismas a todo el personal. Esta regulación deberá definir la forma en que se va a llevar a cabo el derecho a la desconexión, viéndose obligado igualmente a adoptar acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de herramientas tecnológicas, al objeto de evitar riesgos laborales (aunque la norma, sin duda erróneamente, se limita a hacer referencia a la fatiga tecnológica). Finalmente, se realiza una especial alusión al personal que verá su trabajo singularmente afectado por la necesidad de desconectar digitalmente, como son los trabajadores que realizan su trabajo a distancia o a domicilio.

Por último, se introduce un nuevo artículo en el ET, el 20.bis, rubricado “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” [se ha criticado su ubicación, llegándose a señalar que “no

parece acertada su incorporación en un precepto dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, habiendo sido quizá más pertinente su inclusión en la sección 2.ª, dedicada a los derechos y deberes laborales básicos, por ejemplo, en el artículo 4 ET, y desarrollándose posteriormente algunos elementos para su materialización en la sección 5.ª dedicada al tiempo de trabajo, incluyendo quizá un apartado noveno en el artículo 34 ET” (Reche, 2019, p. 50); y también un nuevo apartado en el artículo 14 del EBEP, el j.bis, a través del que se asegura el reconocimiento a todos los empleados públicos (personal laboral, personal funcionario...). En ambos preceptos se hace referencia al derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador y frente a los dispositivos de videovigilancia y geolocalización. Sin embargo, no hace alusión a los dispositivos que sean propiedad del trabajador o empleado público, y que pueden ser utilizados como herramientas igualmente invasivas de su derecho a la intimidad. Aunque ese tipo de cuestiones encontrarán respuesta en la regulación ya existente en el artículo 88 LOPD y GDD, habría resultado sin duda más acertado que la incorporación del derecho a la desconexión digital en el ET y el EBEP se realizase a través de una redacción más profunda.

3. ¿Era realmente necesario el reconocimiento del derecho?

Expuesto lo anterior, una pregunta resulta obligada: si en el ámbito del derecho al descanso se podían encontrar herramientas suficientes para dar respuesta a las cuestiones que se planteaban sobre la materia, ¿qué necesidad había de reconocer explícitamente el derecho a la desconexión digital? Dicho de otra manera, ¿realmente era necesaria la afirmación del derecho para dar respuesta a una situación no protegida? La cuestión ha sido formulada de forma muy acertada por María Rosa Vallecillo Gámez, que ha afrontado el debate acerca de si el reconocimiento del derecho no supone más que un acto de “esnobismo jurídico” (Vallecillo, 2017, p. 177).

Se trata, sin duda, de una cuestión que no tiene una contestación sencilla y que, además, puede encerrar algunos problemas. Si hasta la fecha la cuestión encontraba respuesta con la normativa vigente, puede pensarse que el reconocimiento del derecho no era estrictamente necesario. Si, en cambio, dicho reconocimiento resultaba imprescindible, podría pensarse que

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

la doctrina judicial que había afrontado el asunto hasta ese momento se había extralimitado, reconociendo un derecho sin previsión legal. Yendo más allá, si era precisa la regulación del mencionado derecho, pero esta no se dota de un contenido mínimo o se deja en manos de la negociación colectiva, podría deducirse que la vigencia del derecho debe permanecer en *stand by* hasta que dicha regulación tenga lugar. Como se verá más adelante, estas preguntas no resultan en absoluto superfluas en tanto que la desgraciadamente habitual falta de precisión técnica del legislador ha podido generar un problema en lugar de resolverlo.

Para dar respuesta a esta cuestión, se ha postulado, entre otros aspectos, que el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral podría ser necesario desde un triple punto de vista: social, en cuanto salvaguarda la integridad física y moral del trabajador; jurídico, en tanto que delimita la duración de la jornada laboral; y económico, por cuanto la excesiva extensión del tiempo de trabajo repercutiría sobre el coste productivo asumido por la empresa y, por tanto, en los beneficios que obtendría (Pérez, 2019, pp.101-124). También se ha considerado que no es un problema de reconocimiento del derecho, sino de su efectividad, ante su evidente incumplimiento (López, 2018).

Desde nuestro punto de vista, resulta fundamental preguntarse si puede actualmente existir un derecho al descanso adecuado sin derecho a la desconexión. Esta pregunta, cuya respuesta obviamente no es la misma ahora que hace cuarenta, veinte o, incluso, diez años, nos aporta las claves fundamentales. El derecho al descanso podría difuminarse si, en la situación actual, no se asegura simultáneamente un derecho a la desconexión, por lo que puede concluirse que este derecho opera como garantía del primero (Molina, 2017, pp. 249-283). Precisamente en esta línea, Cardona ha señalado que “la conexión digital en tiempo de descanso sugiere incertidumbres similares a las tradicionales, pero planteadas desde una nueva óptica” en “Los perfiles del derecho a la desconexión digital” (Cardona, 2020, p. 116).

La regulación del tiempo de trabajo es, sin duda, una de las cuestiones más problemáticas de las relaciones laborales. No contribuye a solucionar el problema la regulación vigente de la materia, pudiendo afirmarse sin lugar a duda que sería más que conveniente revisar la normativa al objeto de

actualizarla. En este mismo sentido se pronuncia (Cardona, 2020, 116). Así, ante la dicotomía existente entre tiempo de trabajo y descanso prevista en la normativa vigente (entre otras, en la Directiva 2003/88/CE) y la ausencia de mayores especificaciones al respecto, resulta necesario dar un paso regulatorio más. No resulta prudente dejar en manos de los jueces y tribunales la tarea de amoldar el derecho al descanso a las nuevas realidades, por mucho que el artículo 3.1 del Código Civil pueda amparar dichas actuaciones judiciales, cuando estas rebasan en exceso las situaciones que originalmente previó la normativa. Este es, claramente, el panorama ante el que nos encontramos en el ámbito de la regulación del derecho a la desconexión digital y que justifica sobradamente su reconocimiento.

III. ANÁLISIS TÉCNICO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Como se ha apuntado anteriormente, la forma en que se ha regulado el derecho tiene algunos beneficios indiscutibles, tales como la extensión incuestionable a todo el personal, público y privado, o haberse considerado a la negociación colectiva como mecanismo idóneo para su desarrollo. Sin embargo, la norma encierra numerosas carencias e interrogantes que merecen ser abordados.

1. Consecuencias de la ausencia de regulación legal

Uno de los principales problemas de la regulación actual del derecho a la desconexión digital es, precisamente, la carencia de regulación legal mínima (Pérez, 2019, pp. 101-124). El precepto se limita a consagrar el derecho, sin dotarlo de contenido alguno, ni aportar ninguna descripción específica del mismo que le permita adquirir una determinada entidad. Esta situación acarrea numerosos efectos, todos ellos poco o nada deseables. En primer lugar, se genera un espacio de inconcreción que no soluciona ningún problema, pese a dar la imagen contraria, corriéndose el riesgo de darlo por resuelto, cuando ello no es así. Del mismo modo que un escueto reconocimiento legal del derecho al descanso, sin mayor regulación adicional, no solucionaría ningún problema – más bien al contrario –, consideramos que el mero reconocimiento del derecho a la desconexión no aporta garantía alguna para los trabajadores, salvo que el

objetivo real se limite a la formulación de una mera declaración programática. En sentido contrario (Cardona, 2020), ha considerado que el reconocimiento es suficiente para que este pueda ser invocado ante los tribunales y ser aplicado directamente. Así, la remisión a la negociación colectiva afecta exclusivamente a las modalidades de ejercicio del derecho, pero no a este en sí. Sin embargo, este planteamiento arroja una nueva cuestión: la necesidad de discernir el contenido esencial del derecho, no desarrollado legalmente. En segundo lugar, se deja en manos de la negociación colectiva la obligación de dotar de contenido al derecho, sin establecer absolutamente ninguna base para ello. Esto se traduce en que resultarán lícitos acuerdos completamente reduccionistas del derecho o con contenidos absolutamente contradictorios entre sí. En tercer lugar, quedan una vez más absolutamente desprotegidos todos aquellos trabajadores que, por cualquier motivo, no se encuentran sujetos a ninguna norma colectiva. En estos casos, la potestad del empleador de establecer políticas internas (prevista en el artículo 88.3 de la LOPD y GDD) puede implicar, en la práctica, dejar absolutamente desprovistos a los trabajadores de este derecho o, cuanto menos, que se encuentren en una situación equivalente a la que tendrían en caso de que no se hubiese legislado. Por último, no puede olvidarse que en el ámbito de las relaciones de trabajo esa indefinición solo beneficiará a la parte más débil del contrato: al no establecerse límites a la potestad directiva y organizativa del empleador, esta con frecuencia pasará por encima de los derechos de los trabajadores.

A todo lo anterior, hay que añadir dos circunstancias adicionales de gran relevancia, que tendrán lugar necesariamente en el momento en que las situaciones conectadas con este derecho se judicialicen. La primera es que la total inconcreción del precepto se traduzca en que los tribunales reduzcan hasta el mínimo su capacidad de fiscalización. De este modo, podrá ocurrir que normas convencionales que desamparen por completo este derecho sean convalidadas ante la inexistencia de una norma legal imperativa que pueda prevalecer. La segunda es que quede en manos de los jueces y tribunales la tarea de suplir la labor del legislador, cubriendo la ausencia de contenido legal del derecho con su propia consideración del mismo. Esta solución acarrea otras consecuencias indeseables, tales como la inseguridad jurídica o el casuismo.

A tenor de lo expuesto, consideraríamos más que acertada una revisión del precepto que lo dote de un contenido más sólido, sentando las bases del derecho que aspira a reconocerse.

2. **Ámbito subjetivo del derecho**

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital se realiza sin ningún tipo de límite, con una clara vocación expansiva. Ya desde el artículo 88.1 de la LOPD y GDD se deja claro que es un derecho reconocido a la totalidad de trabajadores y empleados públicos, incluyendo a funcionarios, personal laboral al servicio de la Administración, etc. Sin embargo, la importancia práctica de este derecho se verá modulada en función de determinados aspectos subjetivos, especialmente relativos a tres aspectos fundamentales: sector de actividad o de la producción, nivel o posición dentro de la empresa y características del puesto de trabajo. La existencia de particularidades de este tipo no pueden ser consideradas especialmente novedosas. Ya desde la Directiva 2003/88/CE se preveía que las disposiciones en materia de jornada y descansos podían resultar matizadas en determinados casos. En concreto, el artículo 17.1 establecía que podían establecerse excepciones a causa de las características especiales de las actividades realizadas o “cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”. Además, se alude expresamente a supuestos tales como los directivos.

Comenzando por el primero (sector de actividad), resulta evidente que los avances tecnológicos no afectarán por igual a las empresas en atención a su tamaño o actividad productiva. No es casual que hasta la fecha la mayoría de los convenios colectivos que han regulado la cuestión son de ámbito empresarial, todos ellos de grandes corporaciones (puede encontrarse un amplio estudio de dichos convenios en Miñarro, 2020, pp. 5-18). No obstante, dichas regulaciones no garantizan en modo alguno el derecho, habiéndose limitado en algunos casos dichos reconocimientos a meras declaraciones de carácter programático con el objeto de prestigiar a la empresa (Reche, 2019, p. 50). En estas, existirá con frecuencia la posibilidad de realizar sustituciones internas y atender todo tipo de incidencias sin necesidad de acudir a los trabajadores que estén disfrutando de su tiempo de descanso. En una situación muy diferente

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

se encontrarán todas aquellas empresas de muy reducido tamaño, en las que las funciones son asignadas en exclusiva a cada uno de los trabajadores, cuya ausencia puede afectar significativamente a la actividad productiva, cuando no paralizarla. Por otra parte, este derecho se verá especialmente afectado en el ámbito de empresas intensamente informatizadas, como las dedicadas al ámbito de la informática o telecomunicaciones. Estas son más susceptibles de vulnerar el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores que las que se dedican a actividades manuales o simplemente mecanizadas, al encontrarse menos afectadas por la revolución digital (es el caso, por ejemplo, de aquellas del sector primario o secundario).

Sin embargo, incluso en estas últimas empresas resulta frecuente que se vea afectado este derecho al alcanzarse determinados niveles profesionales. En este sentido, el grado de afectación del derecho a desconectar se ve mucho más vulnerado en el caso de los empleados que se encuentran en los puestos más elevados de la empresa (cargos intermedios o directivos), a los que se presupone una mayor responsabilidad y, por ende, disponibilidad. Esta situación ha sido expresamente prevista por la LOPD y GDD, cuyo artículo 88.3 ya advierte de la necesidad de garantizar este derecho a los trabajadores que asumen tareas directivas (no se hace referencia en exclusiva a trabajadores con la condición de altos directivos), sin duda con el propósito de anticiparse al riesgo de que pudiera entenderse que los trabajadores con determinados niveles de responsabilidad deben quedar al margen de este derecho, traduciéndose su situación en una jornada continua durante las 24 horas. El riesgo que supone la negación de este derecho para el personal directivo ya ha sido advertido por la doctrina, que destaca precisamente que este es el colectivo “más expuesto a padecer una conexión constante con su mundo profesional” (Cardona, 2020, p. 115).

Por último, también otras características concretas del puesto de trabajo afectarán de manera directa a la posibilidad de desconectar digitalmente. El artículo 88.3 de la LOPD y GDD ya alude a algunas de ellas, en las que este riesgo es especialmente evidente. Hacemos referencia a los trabajadores que trabajan total o parcialmente fuera de la sede de la empresa y a los que trabajan a distancia o a domicilio. En estos casos, se presupone que la prestación de servicios se produce fuera del centro de trabajo, por lo que corre el riesgo de extenderse la inercia que lleva a difuminar los límites espaciales de la prestación laboral con

los temporales, de forma que se considere que la flexibilización de algunas de las condiciones del contrato afecte, por extensión, a todas ellas. Además, en estos casos con frecuencia el empleador pondrá a disposición del trabajador medios electrónicos para la realización de la actividad, que tendrá el trabajador en su poder. A diferencia de los supuestos en que la prestación de servicios tiene lugar exclusivamente en el centro de trabajo en los que con el final de la jornada laboral concluye la misma, quedándose las herramientas tecnológicas en la sede de la empresa, en estos casos dichas herramientas permanecen en todo momento a disposición del trabajador, pudiendo incurrirse en el error de entender que esta situación debe traducirse de facto en una continuidad de la disponibilidad del trabajador.

Sin embargo, no puede cometerse la equivocación de considerar que el derecho a la desconexión se pone en peligro en exclusiva en estos supuestos. La expansión de las herramientas digitales se traduce en que las estructuras tradicionales se difuminan. De esta manera, aunque el trabajador no se lleve consigo a casa sus herramientas de trabajo (ordenador, teléfono, etc.), existen otras tantas que sí le acompañan en todo momento. Hacemos referencia precisamente a aquellas que no tienen un propósito intrínsecamente laboral, sino que también pueden ser empleadas con fines personales, como sería el correo electrónico, el *smartphone*, etc. Son precisamente estas herramientas “mixtas” (que pueden ser empleadas tanto con propósitos profesionales como particulares) las que ponen en mayor peligro el derecho al descanso de los trabajadores, al disminuir notablemente las fronteras entre la vida personal y profesional. Estos mecanismos, cuya utilización se ha generalizado en los últimos años, pueden ser “contaminados” con propósito laboral, provocando una invasión en la vida privada de los trabajadores que, efectivamente, puede traducirse en la vulneración de sus derechos.

En consecuencia, no puede entenderse que el hecho de que el empleador ponga a disposición del trabajador determinadas herramientas digitales justifica que pueda exigir como contrapartida su utilización en todo momento (y, en especial, al margen de la jornada laboral). Con mayor motivo, el empleo por parte del empresario de canales privados (correo electrónico personal, aplicaciones de mensajería directa, etc.) para conectar con su empleado deberá ser extremadamente cauteloso, en especial durante su tiempo de descanso.

Por último, debe recordarse que la revolución digital no afecta exclusivamente a las relaciones entre empleador y sus trabajadores, sino también a la de los trabajadores con la clientela. En estos casos, teniendo en cuenta la necesidad (real o creada) de atención permanente e inmediata, pueden ser dichos clientes o usuarios los que, por la vía de la conexión con el correo electrónico y vías de comunicación, pueden instituirse como los principales agentes vulneradores del derecho a la desconexión de los trabajadores. No hay que olvidar que los derechos (fundamentales y ordinarios) pueden ser lesionados no solo por el empresario, sino también por terceros. Sin embargo, existen numerosos mecanismos que permitirían garantizar la desconexión digital también en estos casos. Entre otras posibilidades, se han sugerido algunas como la de “dejar un mensaje de aviso de ‘ausente’ en el correo electrónico corporativo durante el tiempo extralaboral, indicando el periodo durante el que mantendrán esta situación, los datos de contacto de quienes las sustituyan y las fechas de los periodos o días de descanso” (Miñarro, 2020, p. 14). En este sentido, ocupará un papel fundamental la obligación preventiva del empleador, si bien a ello se regresará más adelante.

3. Contenido del derecho

Como se ha expuesto, la norma no realiza una descripción del contenido del derecho a la desconexión digital, pareciendo más bien que nos encontramos ante una mera declaración programática, si bien a continuación sí que señala su fundamento axiológico legal: el derecho a la intimidad personal y familiar y a la conciliación de la vida personal y familiar (artículo 88.2 LOPD y GDD). Este déficit de regulación puede encontrar explicación, entre otros aspectos, en la dificultad de establecer el contenido del derecho en términos generales, de forma que afecte a distintos sectores de actividad o niveles profesionales, salvaguardando todos ellos. Sin embargo, entendemos que ello no puede tampoco interpretarse como una práctica extinción del derecho.

Por lo tanto, resulta necesario conceptualizar este derecho. Lo que Vallecillo realiza como “la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el

tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores” (Vallecillo, 2020, p. 214). En este sentido, apostamos por una que reconozca el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral. Esto implica que este derecho se deberá extender no solamente al descanso diario, sino también al semanal, los permisos, las vacaciones e, incluso, a otras situaciones en las que no persiste la obligación de prestar servicios, tales como suspensiones del contrato por causas objetivas o por baja médica, etc. Un supuesto de interés ha sido analizado por la STSJ Cataluña 464/2020, de 24 de enero, rec. 3024/2019, en el que una trabajadora venía conviviendo con el hijo del administrador de la empresa para la que aquella prestaba servicios. Tras separarse, iniciaron mutuas acciones penales por injurias, calumnias y malos tratos. Tras iniciar un proceso de baja médica, fue excluida —entre otros— de los grupos de WhatsApp de la empresa de los que formaba parte. Denunciada tal actuación, la sentencia descarta que constituya un indicio suficiente de lesión de derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta que la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal y considerando que con dicha actuación la empresa estaba respetando su derecho a la desconexión digital.

Este derecho se encuentra conectado con los derechos a la dignidad, a la salud, a la integridad física y moral, a la conciliación, a la intimidad y a la vida privada, personal y familiar (Requena, 2020, p. 542). Tales derechos se verían mermados si durante el tiempo de descanso el trabajador debe centrar su atención en cuestiones laborales, de forma que no le permitan disfrutar de su tiempo libre y dedicarlo a sus intereses y actividades personales y familiares. En definitiva, lo que se pretende es conferir “al trabajador un estadio de autodeterminación en el uso del tiempo fuera de la jornada laboral” (Cardona, 2020, p. 110). Además, por su conexión con los valores sobre los que se edifica, resulta imprescindible realizar una interpretación expansiva del derecho, que se sustenta en la necesidad de salvaguardar la salud del trabajador (Monforte y Salvador, 2020) y aplicar la perspectiva de género (Cardona, 2020).

Para alcanzar una comprensión clara del contenido del derecho a la desconexión digital, resulta fundamental lo siguiente: no se hace referencia

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

(al menos, no directamente) al trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo. Las situaciones en que el trabajador interrumpe su descanso para realizar actividad laboral en sentido estricto tienen la consideración de jornada de trabajo, debiendo retribuirse como tal (sin perjuicio de que puedan llegar a tener la consideración de jornada extraordinaria). En este caso, se hace referencia al derecho que tiene el trabajador a no recibir encargos, tareas o mensajes de contenido laboral durante su tiempo de descanso, a través de los distintos medios digitales. De este modo, puede apreciarse que el reconocimiento del derecho no gira en torno a la clásica dicotomía trabajo-descanso, sino a las condiciones de dicho descanso, a cuyo efecto debemos rescatar el concepto de descanso adjetivado como adecuado, recogido en la Directiva 2003/88/CE.

Resultaría comprensible que, si el empleador decide telefonar al trabajador durante su horario de descanso para darle instrucciones sobre el trabajo del día siguiente, y mantenerlo ocupado durante horas, pueda el trabajador exigir que ese tiempo le sea retribuido. El derecho a la desconexión digital hace referencia a supuestos en que la interrupción del derecho al descanso es más leve y en los que los medios utilizados por el empleador son menos directos. Sin embargo, no dejan de suponer una invasión en la vida personal y en el derecho al descanso del trabajador.

En consecuencia, el hecho de que el empleador (u otro trabajador, o un cliente) decida remitir un correo electrónico o mensaje al trabajador, y este deba dedicar tiempo de su descanso a leerlo, atenderlo, y dirigir aquí su atención en lugar de a su vida privada, constituye una intromisión en el derecho a la desconexión digital. Además, no puede dejar de tenerse en cuenta que la atención a tales comunicaciones se realizaría en condiciones normales desde su puesto de trabajo, dentro de su jornada laboral, con lo que la empresa en la práctica está beneficiándose de dicha situación en perjuicio del derecho al descanso del trabajador.

En cuanto a la forma de garantizar este derecho, resulta necesario determinar la forma en que podrá salvaguardarse el mismo. Consideramos que no puede bastar con el reconocimiento del derecho al trabajador a no

contestar correos o mensajes durante su tiempo de descanso¹, lo que resultaría una medida absolutamente insuficiente, y debiendo irse un paso más allá. Ello es así en tanto que el hecho de que se conceda al trabajador la posibilidad no responder a correos o mensajes no es en absoluto suficiente: ante la recepción de un mensaje, distintos trabajadores podrían adoptar actitudes distintas, optando algunos de ellos por responderlos y otros por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estos últimos, que se verían presionados a hacerlo ante la posibilidad de perjudicar su imagen ante la empresa (privilegiándose a aquellos dispuestos a sacrificar su tiempo de descanso). Además, en los supuestos de sometimiento a sistemas de trabajo en el que la retribución se vincula a la productividad, el trabajador podrá verse obligado a atender tales requerimientos para obtener sus retribuciones o, en el peor de los casos, para no ver su rendimiento puesto en entredicho.

Asimismo, consideramos que las garantías no serían suficientes para asegurar al trabajador la inexistencia de represalias ante el ejercicio de su derecho, especialmente teniendo en cuenta que en caso de que el empleador optase por despedirle, incluso improcedentemente, la consecuencia final sería la pérdida del empleo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación judicial mayoritaria de la garantía de indemnidad no permitiría su aplicación a estos supuestos.

Por lo tanto, se viene abogando por la necesidad de que el derecho a la desconexión digital se traduzca en medidas más garantistas, como sería la prohibición del empleador de remitir comunicaciones durante el periodo de descanso del trabajador. En este sentido, el reconocimiento del derecho podría presentarse más como un deber para la empresa que como un derecho para el trabajador (Reche, 2019, p. 50); o, al menos, asegurarse que tales comunicaciones no serían recibidas por este durante el citado descanso. Esta posibilidad tendría numerosas ventajas. Para comenzar, impediría hacer recaer sobre el trabajador la carga de abstenerse de atender los mensajes, especialmente teniendo en cuenta que en el marco de una relación laboral la autonomía de la voluntad se encuentra especialmente condicionada. Además, permitiría adoptar medidas tendentes a

1 Este es el mecanismo que ha adquirido un mayor protagonismo a través de las distintas normas colectivas que se han ido aprobando hasta la fecha.

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

fiscalizar los incumplimientos de este derecho, resultando mucho más sencillo comprobar si el empleador ha remitido mensajes, que si el trabajador los ha leído o atendido. Igualmente, esta posibilidad sería perfectamente compatible con el establecimiento de medidas formativas y de sensibilización para toda la plantilla (previstas en el artículo 88.3 de la LOPD y GDD), precisamente con el objeto de asegurar que se pueda acabar con estas prácticas.

Sin embargo, esta medida también resulta insuficiente a la vista de que la carga de trabajo no será asignada exclusivamente por el empleador u otros trabajadores, sino también por otros sujetos, tales como clientes, que pueden ser tanto o más exigentes que el propio empresario. Queda en manos del empresario la tarea de adoptar medidas tendentes a proteger el derecho del trabajador en estos supuestos, si bien a ello se regresará más adelante, al hacer referencia a las labores preventivas.

Puede darse la circunstancia de que por causa de fuerza mayor sea necesario interrumpir este derecho a la desconexión digital. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, dicha interrupción con gran frecuencia implicará el ejercicio de actividad laboral, en cuyo caso ese tiempo deberá ser considerado de trabajo a todos los efectos. Se excluirán los supuestos en que la comunicación sea leve y puntual, pero a la vez imprescindible para el desempeño normal de la actividad (por ejemplo, la notificación del deber de desplazarse al día siguiente a primera hora a un lugar poco habitual, para lo que puede resultar necesario preavisar al trabajador). En segundo lugar, la actuación empresarial habrá de deberse a causas extraordinarias o fuerza mayor.

En línea con lo expuesto, resulta imprescindible regresar a los conceptos clásicos, de forma que quede claro que tales situaciones excepcionales son incompatibles con el desarrollo productivo habitual de la empresa. En los últimos meses, como consecuencia de la pandemia derivada de la COVID-19, se ha generalizado la invocación de la fuerza mayor, corriendo el grave riesgo de flexibilizar y, por ende, banalizar esta institución. De hecho, puede comprobarse como con gran frecuencia se confunde o entremezcla con lo que tradicionalmente se han considerado como causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, sin olvidar que su naturaleza es absolutamente

distinta (aunque puedan presentarse interconectadas). De este modo, no puede aceptarse que el derecho a la desconexión digital pueda verse afectado por situaciones del día a día que podrían resolverse con una adecuada organización de los recursos personales y materiales. Además, es bastante cuestionable que las herramientas digitales sean las más adecuadas para atender tales circunstancias de auténtica fuerza mayor, y no otras más directas y efectivas como sería la comunicación telefónica, motivo por el que se aboga por la llamada telefónica como “el cauce adecuado, [debiendo] establecerse no ya como preferente, sino como único posible, tanto porque es el más coherente con la supuesta urgencia de la respuesta, como también por su excepcionalidad, ya que si la comunicación se hiciera por correo electrónico o mensaje telefónico, implicaría la necesidad de que el trabajador estuviera pendiente de [tales herramientas] por si recibiera una de estas comunicaciones excepcionales, lo que supondría que la eventualidad de que se produjera la circunstancia excepcional estaría vaciando de contenido el derecho a la desconexión de manera general” (Miñarro, 2020, 13).

4. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador

La débil regulación legal delega en la negociación colectiva—o, en su defecto, en otros acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores— la tarea de establecer los parámetros a través de los que debe garantizarse el derecho a la desconexión. A partir de aquí, se requiere al empresario para que elabore una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las labores formativas y preventivas. A estas últimas se regresará más adelante.

De la escasa regulación anterior se desprenden algunos puntos fundamentales que merecen ser destacados. En primer lugar, se realiza una remisión a la negociación colectiva, lo que supone, además de dar cumplimiento a los artículos 2 y 5 del Convenio 154 de la OIT, una medida que resulta especialmente conveniente en tanto que los negociadores convencionales podrán aportar medidas que posibiliten la mejor adaptación de este derecho a las condiciones particulares del sector. A los anteriores argumentos se suma

el de resultar congruente con nuestra propia tradición legislativa. Ya en el Real Decreto de 3 de abril de 1919, que acogió parte de las reivindicaciones obreras planteadas a lo largo de la llamada huelga de La Canadiense y, en especial, la jornada máxima de 8 horas, se preveía la posibilidad de adaptar la misma mediante acuerdos, si bien lo cierto es que con dicha medida se aspiraba a obtener una mayor productividad, que permitiesen coordinar sus resultados con los de las empresas análogas del extranjero. Además, la negociación colectiva puede aportar numerosas ideas interesantes y concretas, ajustadas a cada sector de actividad, así como aportar fórmulas de compensación, tanto de carácter temporal como salarial, etc. Entre otras, se ha sugerido la posibilidad de pactarse una compensación económica como consecuencia de la necesidad de conectarse fuera de la jornada, en situación análoga a los periodos de disponibilidad (Cardona, 2020). Al mismo tiempo, el legislador rehúye en todo caso la existencia de acuerdos privados, consciente de que dejar este derecho en el ámbito de la autonomía privada implicaría su automática desaparición. Además, ello implicaría precisamente colocar en una peor posición a todos aquellos trabajadores que tiene una menor disponibilidad para prestar sus servicios en todo momento, y en particular a todos aquellos que tienen obligaciones familiares. No en vano, ya en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD se establece que la delegación en la negociación colectiva debe realizarse con vistas a garantizar el derecho a la conciliación y a la vida personal y familiar.

En segundo lugar, se ha acudido a una fórmula amplia para referirse a la negociación colectiva, de forma que esta materia podrá regularse acudiendo a instrumentos distintos de los convenios colectivos estatutarios, tales como los extraestatutarios, así como los acuerdos colectivos de otra naturaleza. Incluso, nada impide que, existiendo regulación en el correspondiente convenio sectorial, pueda mejorarse en el ámbito de acuerdos colectivos de inferior grado jerárquico o incluso, en convenios colectivos de empresa, por aplicación del principio de la norma más beneficiosa (artículo 3.3 del ET). Sin embargo, esta cuestión puede causar importantes problemas en la práctica, ya que la determinación de la norma más favorable en materias tales como la distribución de la jornada es tarea compleja; especialmente, en tanto que habrán de tenerse en cuenta las distintas circunstancias familiares de cada trabajador, que determinarán sus concretas necesidades, en función de las que una misma medida podrá resultar tan beneficiosa como perjudicial. Debe destacarse que el derecho a la

desconexión digital no se encuentra entre las condiciones de trabajo respecto de las que el artículo 84.2 del ET otorga prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el sectorial, no pudiendo incardinarse dentro del apartado c), destinado al horario y distribución del tiempo de trabajo (al contrario, se hace precisamente referencia a los derechos durante el tiempo de descanso), ni dentro del apartado f), relativo a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, por mucho que estas últimas deban servir como criterio orientador a la hora de regular el derecho por parte de los negociadores convencionales (artículo 88.2 de la LOPD y GDD).

La redacción del artículo 88.3 de la LOPD y GDD merece, además, una crítica específica. En primer lugar, puede apreciarse que se establecen criterios diferentes de los fijados en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD, en los que se deja el desarrollo del derecho en manos de la negociación colectiva y, solo subsidiariamente, en otro tipo de acuerdos. Sin embargo, el tercer apartado establece un sistema particular: si bien deberá partir de los acuerdos alcanzados por la negociación colectiva, las materias fijadas en este último apartado (desarrollo de una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho, etc.) se encuentran excluidas del ámbito de dicha negociación, quedando exclusivamente en manos del empleador, que solo tendrá la obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores, pero en modo alguno se encontrará sujeto a sus sugerencias o recomendaciones, pudiendo acordar, incluso seguidamente, en sentido contrario. Se apuesta así por “una participación de los representantes de los trabajadores de nivel mínimo, [que] no se ajusta al artículo 33 de la LRPL” (Miñarro, 2020, p. 7). Sin duda, habría sido más adecuado establecer la consulta como fórmula de participación, evidenciándose una vez más la poca atención que viene prestando el legislador a los riesgos laborales de carácter psicosocial. Debe tenerse en cuenta, además, que lo frecuente será que tales representaciones no existan. No debe olvidarse que, de las que tienen trabajadores, en torno a un 90 % de las empresas tienen menos de 10 trabajadores, manteniéndose esta lógica invariable en los últimos años.

Puede pensarse que el legislador ha considerado que las decisiones incluidas en el ámbito del artículo 88.3 de la LOPD y GDD entran de lleno en el ámbito de la potestad organizativa del empleador (artículo 20 ET), o que la

sujeción a la negociación colectiva ya se establece en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD, tratándose este último apartado exclusivamente de los mecanismos de aplicación del mismo. En todo caso, resulta claro que el legislador ha pretendido que el empleador abandone toda arbitrariedad y se rija por criterios sólidos, que puedan ser previamente conocidos por los trabajadores, motivo por el que apuesta por la elaboración de esta “política interna”, sin duda dirigida a garantizar la seguridad jurídica de sus empleados.

Por último, como hemos señalado, resulta bastante criticable que se haya realizado esta remisión a la negociación colectiva sin haber dotado del menor contenido al derecho, lo que coloca a este último en grave riesgo en los ámbitos en que la representación de los trabajadores no tenga fuerza suficiente. Un desarrollo mínimo habría permitido garantizar unos estándares esenciales del derecho, que podrían haberse constituido sin gran dificultad. En las condiciones actuales, cuando los negociadores convencionales opten por incluir alguna referencia a este derecho, difícilmente se les podrá reprochar si lo hacen en términos igualmente genéricos a los incluidos en la LOPD y GDD, especialmente cuando por parte del legislador no se han establecido criterios mínimos que puedan al menos guiar su actuación. No puede olvidarse que esta materia no se incluye dentro del contenido mínimo de los convenios colectivos, (tal y como recuerda Requena, 2019, p. 50). Nuevamente, el problema será que la indefinición exclusivamente perjudica a la parte a la que este derecho trata de proteger, dejando recaer sobre los órganos jurisdiccionales la labor (que no les corresponde) de regular derechos.

5. Obligaciones preventivas y formativas

Como se ha expuesto, la revolución digital tiene una serie de contrapartidas a las que no se presta la suficiente atención a la vista de las ventajas existentes: hacemos referencia a los riesgos para la salud de los usuarios de herramientas digitales. Cada vez son más los estudios que vienen haciendo referencia a los riesgos de la llamada hiperconexión o, incluso, de la infoxicación.

Evidentemente, el empleador no puede mantenerse al margen de dichas situaciones, en especial en lo que se refiere a los riesgos que su utilización puede suponer para los trabajadores de su empresa. Dentro del deber preventivo que

el artículo 14 de la LPRL atribuye al empresario se incluye la obligación de protección frente a riesgos no solo físicos sino también psicosociales, dentro de los cuales se incardinan la mayoría de los vinculados al derecho a la desconexión digital. Al respecto, resulta de especial interés el contenido de la Nota Técnica de Prevención 1123 (“Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”), que incluye un amplio listado —no exhaustivo— de medidas preventivas susceptibles de ser aplicadas (véase también Monforte y Salvador, 2020).

Como se ha establecido, el artículo 88.3 de la LOPD y GDD hace referencia a la obligación del empleador de diseñar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores [lo que responde, a su vez, al principio jurídico-organizativo de seguridad participada, que aspira a implicar a los trabajadores “en el diseño o establecimiento, cumplimiento y control de las medidas preventivas” (García, 2019, p. 164)], que defina las labores formativas y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática².

El precepto, interpretado de forma sistemática en conexión con el resto de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, se traduce en la existencia de actuaciones positivas para el empleador, no pudiendo este limitarse a eximir al trabajador de la obligación de atender las comunicaciones empresariales. Del mismo modo que el empresario no debe permitir que un trabajador continúe trabajando fuera de su jornada laboral (salvo causa justificada), debiendo incluso adoptar medidas que lo impidan (llegando a emplear su potestad disciplinaria, en su caso), no puede aceptarse que la limitación del empresario sea meramente pasiva, limitándose a “autorizar la desconexión”. Dicho de otra manera, no puede hacerse recaer exclusivamente sobre el trabajador la carga de no conectarse.

El papel de estas medidas es especialmente relevante, teniendo en cuenta que el establecimiento de límites al acceso a herramientas digitales no deja de

2 Entendemos que la alusión a la fatiga informática es meramente enunciativa, sin que pueda aceptarse en modo alguno que se trate del único riesgo del que deben ser protegidos los trabajadores relativo al derecho a la desconexión digital. En este sentido, existen otros muchos factores que pueden suponer problemas de salud para los trabajadores, relacionados con la hiperconectividad, tales como la saturación por exceso de información, fatiga, estrés, adicción al trabajo, etc.

Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

suponer navegar contra corriente, contra una inercia ciertamente muy difícil de superar. Sin embargo, no debe olvidarse que el empleador tiene que velar por la seguridad de sus trabajadores, atendiendo a que no todos los riesgos procederán de su ámbito directivo, sino que algunos de ellos pueden proceder de otros niveles, externos (clientela) o internos (otros trabajadores)³.

Además de lo anterior, no podemos perder de vista una cuestión que puede parecer accesorio, pero que se encuentra estrechamente relacionada con el aspecto preventivo. Hasta el momento se ha centrado la atención en los límites relativos a la extensión de la jornada de trabajo (duración de la misma, derecho al descanso y desconexión digital como garantía de este último), pero no puede cometerse el error de dejar de valorar los riesgos relacionados con el exceso de carga de trabajo, concepto estrechamente unido al anterior. De esta manera, debe tenerse en cuenta que, si resulta necesario prestar atención al trabajo fuera de la jornada, puede ocurrir que ello se deba a la existencia de una sobrecarga laboral. En esta línea, se ha sostenido con gran acierto que “si lo que se pretende es lograr la desconexión efectiva, el presupuesto necesario es la atribución de una carga correcta y aislada del trabajo a la condición y calidad del trabajador” en el artículo “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica” (Torres, 2020, p. 251). Nuevamente regresamos a la importancia de la prevención de riesgos laborales de carácter psicosocial, sin duda alguna una de las asignaturas pendientes en nuestras relaciones de trabajo.

IV. CONCLUSIÓN

Las transformaciones que trae consigo la industria 4.0 son inevitables, e implican la aparición de importantes desafíos, entre los que se encuentra la labor de aceptar sus aspectos positivos sin renunciar a confrontar los negativos. Al respecto, existe la clara tentación de considerar que la revolución tecnológica permite una flexibilidad horaria que debe traducirse incluso en que se difumine

3 Especial mención merece el Acuerdo Marco Mundial sobre Evolución de la Vida Laboral de Renault, adoptado el 9 de julio del 2019, que “asigna un papel de vigilancia y advertencia —se entiende que con carácter amonestatorio— a los superiores jerárquicos y supervisores sobre el personal de la empresa”, a través del que se pretende elaborar una política de supervisión que garantice que no sean los propios trabajadores quienes vacíen de contenido el derecho a la desconexión digital de sus compañeros.

o abandone la idea de horario. Estos planteamientos no hacen sino sostener las bondades del regreso a características propias del tradicional arrendamiento de servicios. Debe recordarse que la organización del trabajo es una facultad del empleador (ínsita a la nota de dependencia). Pero, simultáneamente, le impone una serie de obligaciones, que se traducen en garantías para el trabajador, tales como el deber de asegurar el respeto al horario de trabajo. Estos planteamientos no hacen sino sostener las bondades del regreso a características propias del tradicional arrendamiento de servicios. Al respecto, debe recordarse que la organización del trabajo es una facultad del empleador (ínsita a la nota de dependencia). Ahora bien, simultáneamente, le impone una serie de obligaciones que se traducen en garantías para el trabajador, tales como el deber de asegurar el respeto al horario de trabajo. Lejos de compartir dicha opinión, consideramos que el derecho a la desconexión digital se constituye como una pieza clave para evitar que se difuminen los límites entre tiempo de trabajo y descanso y, en definitiva, para garantizar el disfrute adecuado de este último.

Sin embargo, la regulación a través de la que se ha reconocido el derecho a la desconexión digital no puede más que calificarse como timorata, insuficiente y técnicamente imprecisa. Prueba de ello es que no se le haya dotado de una autonomía plena respecto del derecho al descanso, lo que resultaría coherente con la supuesta voluntad del legislador de instituir un derecho nuevo. Evidencia de lo anterior es que su reconocimiento no se ha acompañado de medidas coercitivas que lo aseguren. Resulta especialmente ilustrativo que las sanciones que lleva aparejada su vulneración deban seguir articulándose a través de los preceptos de la LISOS destinados a la tutela del derecho al descanso, dejando a la vista que el subconsciente del legislador sigue apostando porque el derecho a la desconexión no sea más que una faceta más del aquel.

Las circunstancias derivadas de la pandemia de la COVID-19 han supuesto una serie de nuevos retos para este derecho incipiente. De forma significativa, Cardona (2020, p. 111), se refiere a esta situación como “el gigantesco laboratorio social proporcionado por la emergencia sanitaria mundial”. La declaración del estado de alarma y las severas medidas de confinamiento que se han adoptado para evitar los contagios han permeado en el ámbito de las relaciones laborales a través de la extensión del trabajo a distancia o teletrabajo, ante la conveniencia de evitar desplazamientos y la permanencia en los centros

de trabajo de la empresa. Esta modalidad de trabajo no es en absoluto novedosa en nuestra tradición legal, pero ha sufrido un revulsivo absoluto tras el inicio de la pandemia, habiéndose planteado infinidad de circunstancias problemáticas que, incluso, han impulsado la necesidad de legislar sobre la materia.

Por último, no puede perderse de vista que, dados los importantes riesgos que conlleva la sobrecarga digital, y habida cuenta de que la revolución científico-tecnológica afecta a todos los aspectos de la vida, probablemente la solución pase por asumir que es necesario afrontar el cambio de paradigma productivo desde una perspectiva mucho más amplia, que no se limite exclusivamente a las relaciones laborales de los trabajadores y empleados públicos. De este modo, solo poniendo en la balanza los importantes derechos sobre los que se sustenta y los importantes efectos para la salud que implica su desconocimiento, puede asumirse la necesidad de asumir el desafío cultural que supone reconocer la conveniencia de apostar por un derecho al descanso incluso para otros colectivos, tales como los trabajadores autónomos, etc.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Cardona, M. (2020). Los perfiles del derecho a la desconexión digital. *Revista de Derecho Social*, (90), 109-126.
- Domingo, J. y Salvador, N. (2020). Hiperconectividad digital y salud laboral. *Diario La Ley* (9638).
- García, M. (2019). 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*, núm. extraordinario, 147-182.
- Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (2018). Nota Técnica de Prevención 1123: “Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”.
- López, M. (2018). La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos. En J. Miranda (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones. Colección de Estudios Laborales*. Ed. Cinca.

- Miñarro, M. (2019). La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (440), 5-18.
- Molina, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (138), 249-283.
- Molina, C. (2019). La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. extraordinario, 5-26.
- Pérez, A. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, (52), 101-124.
- Reche, N. (2019). La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor*, (3), 31-54.
- Requena, Ó. (2020). Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. *Lex Social*, 10(2), 541-560.
- Rimbau, E. (3 de noviembre del 2018). ¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios. *El País*. https://retina.elpais.com/retina/2018/11/12/innovacion/1542015099_434138.html.
- Torres, B. (enero-marzo del 2020). Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 239-261.
- Urueña, R. (2018). Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del <big data>? *Latin American Law Review*, (2), 99-124.
- Vallecillo, M. (2017). El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, (408), 167-178.
- Vallecillo, M. (enero-marzo del 2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 210-238.