

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Oscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

En torno a la “desconexión digital”

Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS*
Antonio FOLGOSO OLMO**

RESUMEN: Aunque contaba con precedentes judiciales, el derecho a la desconexión digital fue reconocido por primera vez en un texto legal a través de la Ley Orgánica 3/2018. No obstante, la inconcreción de su regulación genera más incertidumbres que certezas. Meses después, y en el entorno de la pandemia generada por la Covid-19, el teletrabajo obtuvo un gran protagonismo, que justifica la aprobación del Real Decreto-Ley de trabajo a distancia. Este corrigió algunos de los errores de la redacción anterior y aborda con mayor precisión el derecho analizado. Partiendo de dicha situación, se estudia el derecho a la desconexión digital. A tal efecto, se aborda su ámbito subjetivo, así como el contenido del mismo, que se verá afectado de manera decisiva por la negociación colectiva, sobre la que descansa la labor de definir sus contornos. Por último, se examinan sus implicaciones en materia preventiva, fundamento del reconocimiento del derecho.

Palabras clave: Tecnologías, desconexión, negociación, protocolo.

SUMARIO: 1. Contexto. 2. La génesis del derecho a la desconexión digital. 2.1. Panorama previo a la aprobación de la LOPD-GDD: reconocimiento a partir del derecho al descanso. 2.2. Precedentes en el ámbito del Derecho Comparado. 2.3. La regulación inicial del derecho a la desconexión digital. 2.4. Desarrollo normativo posterior a través de la regulación del teletrabajo. 2.5. Necesidad de reconocimiento del derecho. 3. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital. 3.1. La insuficiencia de la regulación legal y sus consecuencias. 3.2. Ámbito subjetivo del derecho. 3.3. Contenido del derecho. 3.4. Mecanismos de salvaguarda del derecho. 3.5. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador. 3.6. Las obligaciones preventivas y formativas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia (España).

** Abogado en Murcia (España).

Around the ‘Digital Disconnection’

ABSTRACT: Although it had precedent resolutions, the right to digital disconnection was recognized for the first time in a legal text through Organic Act No. 3/2018. However, the inconsistency of its regulation generated more uncertainties than certainties. Months later, and in the field of the pandemic generated by Covid-19, teleworking gained a great role, which justified the approval of the Royal Decree-Law on remote work. This corrected some of the errors in the previous text and addressed the right analysed with greater precision. Starting from this situation, the right to digital disconnection is studied. To this end, its subjective scope is addressed, as well as its content, which will be decisively affected by collective bargaining, on which the work of defining its contours rests. Finally, its implications in preventive matters, the basis of the recognition of the right, are examined.

Key Words: Technologies, disconnection, negotiation, protocol.

1. Contexto

El avance de la revolución digital lleva consigo la inexorable transformación de todos los aspectos de la vida. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación no solo condiciona, sino que determina las relaciones humanas y sociales; las redes sociales ocupan un papel fundamental en el debate político y social, constituyéndose como una de las herramientas clave para el mismo; las relaciones personales se han visto transformadas, existiendo incluso numerosas aplicaciones móviles destinadas a desarrollar relaciones sociales e, incluso, a facilitar el establecimiento de relaciones afectivas¹. Estos cambios se han multiplicado exponencialmente a partir de 2020, tras las transformaciones que ha traído consigo la pandemia de la Covid-19; en especial, las situaciones de confinamiento general decretadas por la autoridad, las de confinamiento particular derivadas de contagios o de contacto estrecho con personas que sufren la enfermedad, así como la extensión del teletrabajo. Todas estas situaciones han impulsado el establecimiento de nuevas herramientas comunicativas que se han impuesto en todos los ámbitos (incluido el educativo)². A lo anterior se suma que los artilugios electrónicos son cada vez más potentes y veloces, lo que facilita que resulte menos costoso emplear estos mecanismos para establecer vías de comunicación, en lugar de acudir a los sistemas tradicionales.

El ámbito del trabajo no queda al margen de esta metamorfosis. Tradicionalmente, las relaciones laborales se han diseñado y desarrollado en torno a los sucesivos paradigmas productivos. La propia inercia de las relaciones humanas, que ya no se pueden entender sin tener un smartphone en todo momento en el bolsillo (cuando no en la mano), ha traído consigo relevantes transformaciones en los sistemas de producción y, en consecuencia, en el marco del trabajo (por cuenta ajena y por cuenta propia). Dichos cambios no se limitan a la naturaleza de las mercancías y

¹ En 2019, más del 90% de la población ya era usuaria de internet y permanecía conectada durante casi 5 horas diarias a través de cualquier dispositivo. Además, el 60% de dichos usuarios visitaba sus redes sociales al menos mensualmente: *vid.* A.M. GALINDO SAN VALENTÍN, E.M. IGLESIAS GUZMÁN, *Teletrabajo y desconexión digital*, en AA.VV., [Actas II Congreso Preveconar 2019. 3-4 de octubre de 2019 – Madrid. Desde la teoría a la práctica. Seguridad – Salud – Bienestar](#), Seguridad y Bienestar Laboral, 2020, pp. 369.

² Como es sabido, con la llegada de la pandemia se produjo un cambio en el ámbito docente, pasando las clases a impartirse on-line de forma abrupta y sin disponer del tiempo necesario para que se produjese una adaptación a las nuevas circunstancias: *vid.* F. RAMÓN FERNÁNDEZ, [La desconexión digital y docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad](#), en [Revista de Internet, Derecho y Política](#), 2021, n. 32.

servicios que se ofrecen en el mercado, sino también a 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 clientes³.

Tratar de resistir frente a estos cambios ha demostrado ser absolutamente inútil. El empeño en mantener los sistemas tradicionales tendría a buen seguro el mismo éxito que en su día alcanzaron quienes se oponían a la entrada de la maquinaria moderna en los procesos productivos. Sin embargo, tampoco puede admitirse que los avances tecnológicos deban determinar de manera automática las exigencias y condiciones laborales que se impongan a 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 de forma directa e indirecta por el empresario, en su beneficio⁴. Es cierto que sus decisiones estarán sin duda condicionadas por el desarrollo tecnológico, de forma que el sometimiento a sus requerimientos no será ya solo una condición para competir mejor, sino llanamente para poder mantenerse en el mercado⁵. No obstante, decisiones como que los trabajadores contacten a diario con los clientes a través de herramientas informáticas sí siguen un criterio empresarial, así como la de impartir instrucciones a través de correo electrónico, sistemas de mensajería, etc.

Todo ello implica una serie de avances muy notables: una capacidad de respuesta más rápida, una conexión más inmediata y, en definitiva, un servicio más eficaz. La otra cara de la moneda supone la aparición de una serie de riesgos que no deben ser infravalorados, que se conectan con la merma del derecho al descanso, y, a raíz de esta, 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 a la salud de los trabajadores, poniéndola en grave riesgo. Se trata, además, de agentes que son a menudo

³ C. MOLINA NAVARRETE, *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 11, ha destacado que «lo más señero del “e-trabajo” [...], el uso de la tecnología digital [...], no es lo más relevante económicamente, sino más bien sus condiciones de uso (debe ser una prestación de servicios flexible: cualquier lugar, cualquier tiempo)».

⁴ R. URUEÑA, *Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del “big data”?*, en *Latin American Law Review*, 2018, n. 2.

⁵ C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

infravalorados, respecto de los que existe una escasa cultura social⁶.

Como se ha señalado, la hiperconectividad no es un fenómeno limitado a las relaciones laborales, sino generalizado a todas las relaciones sociales (fundamentalmente, en el llamado Primer Mundo). Los mecanismos de comunicación han minimizado el tiempo para contestar y, de manera simultánea, han traído consigo la pérdida de capacidad de aguardar una respuesta. Cuando hace cuarenta años se quería establecer conexión con una persona, se le podía enviar una carta, llamar a un teléfono fijo, etc. En caso de no obtener respuesta, la solución pasaba por dejar el recado y esperar la contestación, que podía tardar horas o días. Actualmente, se ha establecido una exigencia generalizada de respuesta inmediata. Ilustrativo de lo anterior, en el ámbito de los usuarios de aplicaciones de mensajería electrónica, es lo que se ha venido a llamar el síndrome del *doblo check*: la ansiedad que sufre el emisor de un mensaje electrónico al apreciar que el receptor no responde, pese a saber que el mensaje ha sido leído, o que se ha conectado después de recibirlo. En estas condiciones, y ante el fenómeno muy extendido 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 respuesta más inmediata, incluso aunque no 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 del empleador en obtener un mayor beneficio, sino de la exigencia de que una cuestión deba ser atendida de forma inmediata, 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 absoluta disponibilidad por parte de esta y, por extensión, por parte de sus trabajadores.

2. La génesis del derecho a la desconexión digital

La institución legal del derecho a la desconexión digital se ha producido a raíz de la adaptación del 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, que ha tenido lugar a través de la Ley

⁶ Especialmente, teniendo en cuenta que «nadie nos ha informado ni formado acerca del uso adecuado y razonable de la tecnología», tal y como señala Ó. REQUENA MONTES, *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, p. 542.

Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPD-GDD).

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

2.1. Panorama previo a la aprobación de la LOPD-GDD: reconocimiento a partir del derecho al descanso

El derecho al descanso había sido reconocido de forma amplia en los distintos ámbitos normativos. Ya en el art. 40.2 CE se hacía referencia a este, al atribuir a los poderes públicos el fomento de una política 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 trabajo⁷, si bien lo cierto es que se trata de una materia que hasta la fecha no se ha clarificado suficientemente, de modo que siguen siendo muy frecuentes los procedimientos judiciales que se vienen planteando al respecto a todos los niveles (alcanzando incluso instancias europeas).

Precisamente a nivel europeo existen importantes normas sobre la materia, entre las que debe destacarse el papel de 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 (que derogó la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, referente a la misma materia). Esta Directiva incluye las definiciones de tiempo de trabajo y de descanso, como conceptos alternativos (en el art. 2.2 se define dicho descanso «todo período que no sea tiempo de trabajo»). Además, se incluye el concepto de “descanso adecuado” (art. 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, aspecto que se

⁷ La sección quinta del capítulo segundo del título primero del ET regula el tiempo de trabajo, desarrollado a través de los arts. 34-38, en los que se abordaban cuestiones como la jornada laboral, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, etc.

abordará más adelante.

A nivel europeo también merece ser destacada la Carta Social Europea, cuyo art. 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 art. 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 ámbito europeo, encontrándose consagrado en otras normas tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo art. 24 reconoce el derecho al citado 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 art. 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 C006, relativo al trabajo nocturno; el C014, relativo al descanso semanal; el C030, relativo a la jornada de trabajo; el C132, relativo a las vacaciones.

Como puede observarse, el derecho al descanso (en contraposición al tiempo de trabajo, con el que mantiene una relación dialéctica)⁸ 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 descanso⁹.

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, 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 empresarial¹⁰.

⁸ M.B. CARDONA RUBERT, *Los perfiles del derecho a la desconexión digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 90.

⁹ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*, en *esta Revista*, 2020, n. 1. 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.

¹⁰ Así ocurre, entre otros, en el caso analizado por la SAN de 17 de julio de 1997, rec.

2.2. Precedentes en el ámbito del Derecho Comparado

El aterrizaje del derecho a la desconexión digital en el derecho interno español se produjo de forma bastante tardía en comparación con otros es que, desde hacía años, venían explorando esta posibilidad¹¹.

El primer hito destacable es el francés, a través de la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, donde se regula de forma explícita el derecho a la desconexión digital. Al respecto merece ser destacado que este derecho se reconoce dentro de las medidas sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres.

En el caso italiano, debe hacerse referencia a la Ley de 22 de mayo de 2017, cuyo art. 19.1 reconoce este derecho en el ámbito del llamado “trabajo ágil”. En este caso, la conexión se produce directamente con el derecho al descanso.

Ya en 2018, debe destacarse la Ley belga de 26 de marzo, que también conecta la desconexión digital con los derechos al descanso y las vacaciones. También merece ser aludido el caso de India, que ya en enero de 2018 reguló legalmente el derecho a desconectarse¹². Este supuesto es de interés en tanto que supone su reconocimiento en un ámbito jurídico ajeno al europeo, pero en el que concurre un aspecto significativo: la condición de economía emergente, respecto de la que la industria tecnológica viene ocupando un papel muy destacado.

En otros países, no se ha optado por recoger medidas legislativas para regular la desconexión digital, habiéndose acudido a instrumentos colectivos para ello. Es el caso de Alemania, donde algunas de sus principales empresas (BMW, Porsche, etc.) han reconocido este derecho e incluso implantado medidas concretas para salvaguardarlo (establecimiento de márgenes temporales en los que no se puede contactar con el empleado o eliminación automática de correos electrónicos recibidos durante vacaciones, entre otros)¹³.

No cabe duda de que estos precedentes sirvieron como acicate para el

120/1997, en que se rechazaba la posibilidad empresarial de exigir a sus trabajadores que tuviesen el teléfono móvil conectado en todo momento.

¹¹ M.R. MARTÍN MUÑOZ, *Tiempo de trabajo y desconexión digital*, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2020, p. 335.

¹² A.I. PÉREZ CAMPOS, *Teletrabajo y derecho a la desconexión digital*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 514.

¹³ M.R. MARTÍN MUÑOZ, *op. cit.*, p. 337.

reconocimiento de este derecho en el sistema jurídico español, lo que ha resultado muy positivo. De hecho, como se ha anticipado, no es casual que, al igual que en el caso alemán (y, posiblemente, influenciado por el mismo) las primeras regulaciones de la desconexión digital en España llegaron a través de la negociación colectiva.

2.3. La regulación inicial del derecho a la desconexión digital

El primer texto legal que reguló el derecho fue la LOPD-GDD, con tres preceptos que contienen toda la regulación legal vigente sobre la materia: el art. 88, que reconoce el derecho, y las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta. Todos ellos tienen carácter de ley ordinaria¹⁴. El primero de ellos regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, dividiéndose a su vez en tres apartados.

En el primer apartado se reconoce el derecho en términos generales tanto a trabajadores como a empleados públicos. Asimismo, vincula el derecho 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, debe destacarse la inexistencia de contenido legal del citado derecho en esta regulación, lo que no hizo más que generar nuevas dudas.

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, las pautas que tendrán que seguir los negociadores, que habrán de atender a la naturaleza y objeto de la relación de trabajo. Por último, se establece que la regulación sobre la materia deberá estar dirigida a promover la conciliación

¹⁴ Al respecto de su calificación como ley ordinaria, la doctrina se ha mostrado dividida. De un lado, se han mostrado críticos con la misma R. SERRANO OLIVARES, *Los Derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en *IUSLabor*, 2018, n. 3, p. 226, y C.H. PRECIADO DOMENECH, *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019, por considerar que al estar en juego la intimidad y la integridad física debió recibir el carácter de ley orgánica. De otro lado, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 148, p. 327, ha entendido acertada su determinación como ley ordinaria, al entender que la relación con tales derechos fundamentales es indirecta en tanto que «la intimidad ha de protegerse tanto en momentos de desconexión como de conexión».

laboral con la vida personal y familiar.

El tercer apartado prevé los pasos que deberá dar el empleador, exista o no norma 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 se refiere en exclusiva a la fatiga tecnológica). Por último, se alude al personal que verá su trabajo afectado por la necesidad de desconectar digitalmente, como son los trabajadores que prestan servicios a distancia.

También, 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*¹⁵; y también un nuevo apartado en el art. 14 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 art. 88 LOPD-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 exhaustiva.

2.4. Desarrollo normativo posterior a través de la regulación del teletrabajo

Cuando el legislador reguló a finales de 2018 el derecho a la desconexión digital, nada hacía esperar que apenas un año y medio después las relaciones

¹⁵ Se ha criticado su ubicación, señalando N. RECHE TELLO, *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 3, p. 50, 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 2ª, 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 5ª dedicada al tiempo de trabajo, incluyendo quizá un apartado noveno en el artículo 34 ET».

laborales se verían obligadas a adaptarse de manera absolutamente apresurada a la nueva situación que trajo la Covid-19 y, en particular, al teletrabajo. Esta modalidad de prestación de servicios, que no era novedosa, se vio espoléada con la nueva situación sanitaria, elevándose hasta niveles que hasta la fecha resultaban impensables. Ante la necesidad de abordar la nueva situación, el Gobierno dictó el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que reguló el teletrabajo, y cuyo art. 18 vuelve a incidir en el derecho estudiado. No obstante, la nueva normativa no corrige los defectos y silencios de la anterior, como a continuación se analiza.

El primer apartado del art. 18 comienza estableciendo que las personas que realizan teletrabajo tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo, para lo que hace una genérica remisión al art. 88 LOPD-GDD.

En cambio, el segundo párrafo sí entra en la cuestión e incluye aspectos concretos del derecho. En concreto, establece en primer lugar que se trata de un “deber empresarial”, lo que no carece de importancia¹⁶. De esta manera quedan automáticamente excluidas todas las interpretaciones del derecho que entienden que la efectividad del mismo puede trasladarse al trabajador, por la vía de autorizarle a no responder comunicaciones empresariales durante su tiempo de descanso. Por lo tanto, se va a requerir una actuación u omisión activa por parte del empleador.

En cuanto al contenido del derecho, se señala que «conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada». Así, se prevé la necesidad de restringir el empleo de medios electrónicos, para lo que distingue de manera acertada entre los de comunicación empresarial y los de trabajo, asumiendo así que no tienen por qué ser coincidentes. Las herramientas digitales (comenzando por el propio teléfono móvil) no suelen ser de utilización exclusiva en el trabajo, sino que su empleo es frecuentemente mixto. Lo mismo ocurre con las aplicaciones de mensajería, *a priori* de uso personal, pero que se han extrapolado al resto de ámbitos. Por lo tanto, el precepto incluye la prohibición de que la desconexión digital se pueda ver afectada por el mecanismo de acudir a vías de comunicación no laborales, con lo que se vería especialmente perjudicado el derecho al descanso.

Este primer apartado termina haciendo referencia a los límites y precauciones en materia de jornada, a cuyo efecto señala que los mismos podrán determinarse tanto por vía legal como convencional. En definitiva,

¹⁶ En este mismo sentido, véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021, n. 54.

se ahonda en la necesidad de que el derecho sea dotado de contenido en el ámbito de la negociación colectiva, sin que ello excluya su protección legal. Por su lado, el primer párrafo del segundo apartado del art. 18 incorpora el texto del tercer apartado del art. 88 LOPD-GDD, con la única novedad de emplear para ello un lenguaje inclusivo.

A continuación, y siguiendo la línea apuntada de que el diseño del contenido del derecho se realice de forma negociada, el segundo párrafo del mismo apartado atribuye a los convenios o acuerdos colectivos la potestad (no exclusiva) de establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho¹⁷.

Finalmente, también se prevé la necesidad de organizar de forma adecuada la jornada laboral «de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso». De esta manera, se pone en valor la optimización de la jornada, de forma que no deba acudir a tiempo ajeno a la misma para realizar el trabajo.

Por último, debe hacerse referencia al RD-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de aplicación en el ámbito del empleo público. Aunque este texto normativo no incluye ninguna alusión expresa al derecho a la desconexión, sí existe una remisión indirecta a través de su artículo primero, que incluye en el EBEP un nuevo art. 47-*bis*, rubricado *Teletrabajo* en el que se incluye un tercer apartado, que establece que el personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos derechos que el que realice su prestación de servicios de forma presencial. Así, el derecho se hace extensivo a los empleados públicos que realicen trabajo a distancia.

2.5. Necesidad de reconocimiento del derecho

Expuesto lo anterior, la doctrina se ha planteado 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, esto es, si existía una auténtica necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la desconexión digital para dar respuesta a una situación no protegida¹⁸.

¹⁷ Esto ha sido interpretado como una de sus flaquezas, por entender que la indefinición abre las puertas a la generación de conflictos futuros. Pese a eso, se ha considerado que la valoración global era positiva: *vid.* O. CREMADES CHUECA, [Acierto y flaquezas de la normativa del trabajo a distancia](#), en [oriolcremades.com](#), 9 octubre 2020.

¹⁸ La cuestión ha sido formulada de forma muy acertada por M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, p. 177, que ha afrontado el debate acerca de si el reconocimiento del derecho no supone más que un acto de “esnobismo jurídico”.

Se trata, sin duda, de un tema que no tiene una respuesta sencilla y que, además, puede contener 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, por el contrario, dicho reconocimiento resultaba imprescindible, podría pensarse que 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. Estos interrogantes no resultan en absoluto superfluos en tanto que la falta de precisión técnica a la hora de regular el derecho ha podido generar un problema en lugar de resolverlo.

Para dar respuesta a este asunto, 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; 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 obtendría¹⁹. También se ha considerado que no es un problema de reconocimiento del derecho, sino de su efectividad, ante su evidente incumplimiento²⁰.

La contestación a dicha pregunta sin duda pasa por analizar si puede actualmente existir un derecho al descanso adecuado sin derecho a la desconexión. La respuesta no será la misma en la actualidad que hace cuarenta, veinte o, incluso, diez años; y ello permite concluir que el derecho al descanso podría difuminarse si en la situación actual no se asegura simultáneamente un derecho a desconectar, por lo que puede concluirse que este derecho opera como garantía del primero²¹.

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

¹⁹ A.I. PÉREZ CAMPOS, *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2019, n. 52.

²⁰ M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, *La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos*, en J.M. MIRANDA BOTO (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018.

²¹ C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138. Precisamente en esta línea, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 116, ha señalado que «la conexión digital en tiempo de descanso sugiere incertidumbres similares a las tradicionales, pero planteadas desde una nueva óptica».

ausencia de mayores especificaciones al respecto, resulta necesario dar un paso regulatorio más²². No es prudente dejar en manos de los jueces y tribunales la tarea de amoldar este derecho a las nuevas realidades, por mucho que el art. 3.1 del Código Civil pueda amparar dichas actuaciones judiciales, cuando estas rebasan en exceso las situaciones que originalmente previó la normativa. Este es el panorama ante el que se encuentra la regulación del derecho a la desconexión digital y que justifica su reconocimiento.

3. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital

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

3.1. La insuficiencia de la regulación legal y sus consecuencias

Uno de los principales problemas es la carencia de una regulación legal suficiente²³. El art. 88 LOPD-GDD se limitaba a consagrar el derecho, sin dotarlo de contenido alguno, ni aportar ninguna descripción específica del mismo que le permitiera adquirir una determinada entidad. Esta situación acarrea numerosos efectos, todos ellos poco o nada deseables. En primer lugar, se generaba un espacio de inconcreción que no solucionaba ningún problema, pese a dar la imagen contraria, corriéndose el riesgo de darlo por resuelto, cuando ello no es así²⁴. En segundo lugar, se dejaba en manos de

²² 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 M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*

²³ A.I. PÉREZ CAMPOS, *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, cit.

²⁴ Del mismo modo que un escueto reconocimiento legal del derecho al descanso, sin mayor regulación adicional, no solucionaría ningún problema – más bien al contrario –, 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. Por el contrario, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, ha considerado que el reconocimiento es suficiente para que este pueda ser invocado ante los tribunales y ser aplicado de forma directa. Así, la remisión a la negociación colectiva afecta exclusivamente

la negociación colectiva la obligación de dotar de contenido al derecho, sin establecer ninguna base para ello. Esto se traducía en la posibilidad de establecer acuerdos absolutamente reduccionistas del derecho o con contenidos contradictorios entre sí. En tercer lugar, quedaban 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 art. 88.3 LOPD-GDD) podía implicar, en la práctica, dejar absolutamente desprovistos a los trabajadores de este derecho o, cuanto menos, que se encontrasen 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 perjudicaba a la parte más débil del contrato: al no establecerse límites a la potestad directiva y organizativa del empleador, esta con frecuencia pasaría por encima de los derechos de los trabajadores.

A todo lo anterior, había que añadir dos circunstancias adicionales de gran relevancia, que tendrían lugar necesariamente en el momento en que las situaciones conectadas con este derecho se judicializasen. La primera era que la inconcreción del precepto implicase la reducción de la capacidad de fiscalización judicial. De este modo, podría ocurrir que normas convencionales que desamparasen por completo este derecho fuesen convalidadas ante la inexistencia de una norma legal imperativa que pudiera prevalecer. La segunda es que quedase 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.

Esta situación se ha solventado en parte tras la aprobación del RD-Ley 28/2020, donde por fin se ha abordado esta cuestión. En particular, el segundo párrafo de su art. 18 por fin se ha aventurado a dotar de contenido este derecho, estableciendo que conlleva la limitación en el empleo de los medios tecnológicos durante el tiempo de descanso, poniendo así de relieve que la tecnología no tiene por qué ser un problema, siempre que esta sea utilizada de manera adecuada. Además, como se ha anticipado, se hace referencia a todo tipo de medios, no solo los que tengan una naturaleza exclusivamente laboral.

Es cierto que la nueva regulación sigue depositando en manos de la

a las modalidades de ejercicio del derecho, pero no a este en sí. Sin embargo, este planteamiento arroja una nueva cuestión, cual es la necesidad de discernir el contenido esencial del derecho, no desarrollado legalmente.

negociación colectiva el desarrollo del derecho, pero al fijarse un mínimo contenido del mismo se han disipado muchas de las dudas planteadas y se han sentado las bases para su desarrollo normativo posterior.

3.2. **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 art. 88.1 LOPD-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: sector de actividad o de la producción, nivel o posición dentro de la empresa y características del puesto de trabajo²⁵.

Comenzando por el primero, 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 corporaciones²⁶. 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 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 muy afectado en el ámbito de las profundamente informatizadas, como las dedicadas al ámbito de las telecomunicaciones. Estas son más susceptibles de vulnerar el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores que las que se dedican a actividades

²⁵ La existencia de particularidades de este tipo no es novedosa. 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 art. 17.1 establecía que podían establecerse excepciones a causa de las características de las actividades realizadas o «cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores». Además, se alude expresamente a supuestos tales como los directivos.

²⁶ Puede encontrarse un amplio estudio de dichos convenios en M. MIÑARRO YANINI, *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440. 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. En este sentido, véase N. RECHE TELLO, *op. cit.*

manuales o poco 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-GDD, cuyo art. 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 horas²⁷.

Por último, también otras características concretas del puesto de trabajo afectarán de manera directa a la posibilidad de desconectar. El art. 88.3 LOPD-GDD ya alude a algunas de ellas, en las que este riesgo es evidente. Se hace 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 relación de trabajo 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. Como se ha expuesto, las transformaciones introducidas por la pandemia

²⁷ 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» (M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 115).

pusieron de relieve las importantes insuficiencias de la regulación, lo que terminó justificando una regulación más pormenorizada del teletrabajo a través del RD-Ley 28/2020 y, en particular, del derecho a la desconexión digital.

No obstante, no puede cometerse la equivocación de apreciar que este derecho se pone en peligro en exclusiva en los supuestos señalados. 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. En concreto, se hace referencia 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 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 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, que el empleador ponga a disposición del trabajador determinadas herramientas digitales no justifica que pueda exigir como contrapartida su utilización en todo momento (y, en especial, al margen de la jornada de trabajo). Con mayor motivo, el empleo por parte del empresario de canales privados (correo electrónico personal, aplicaciones de mensajería directa...) 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 ya es un lugar común 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 el derecho a desconectar también en estos casos²⁸. En este sentido, ocupará un papel fundamental la

²⁸ Entre otras posibilidades, se han sugerido algunas como la de «dejar un mensaje de aviso

obligación preventiva del empleador, que será abordada más adelante.

3.3. Contenido del derecho

Como se ha expuesto, la LOPD-GDD no realizaba una descripción del derecho a la desconexión digital, tratándose más bien de una mera declaración programática. 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 a todos ellos. Con todo, esto no podía interpretarse como una práctica extinción del derecho. Ante esta situación, diversos autores se adentraron en la labor de elaborar un cuerpo doctrinal que identificase este derecho. Así, Vallecillo Gámez lo ha descrito 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»²⁹. Dicho de otra manera, este consiste en el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral. Lo anterior implica que el 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 médica³⁰, etc.

En sentido negativo, conviene señalar que con este derecho no se hace referencia (al menos, no directamente) al trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo. Las situaciones en que el trabajador interrumpe su

de “ausente” en el correo electrónico corporativo durante el tiempo extralaboral, indicando el período durante el que mantendrán esta situación, los datos de contacto de quienes las sustituyan y las fechas de los períodos o días de descanso» (M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 14).

²⁹ M.R. VALLECILLO GÁMEZ, [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), cit., p. 214.

³⁰ 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.

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 calificación de jornada extraordinaria)³¹. 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 digitales³². Así pues, resulta 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. Puede darse la circunstancia de que por causa de fuerza mayor sea necesario interrumpir el disfrute de este derecho. Al respecto, 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. Por tanto, 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

³¹ En este sentido se ha pronunciado la STSJ Madrid 954/2020, de 4 de noviembre (rec. 431/2020), relativa al supuesto en que una empresa obligaba a realizar una actividad formativa en el tiempo de descanso, lo que debe traducirse en que este se considere como tiempo efectivamente trabajado y no como materia que afecte al derecho a la desconexión digital. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ MOYA, [El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación on line](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2021, n. 1. En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ Madrid 628/2020, de 8 de julio (rec. 19/2020).

³² 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 debe rescatarse el concepto de descanso adjetivado como adecuado, recogido en la Directiva 2003/88/CE.

telefónica³³.

Precisamente por lo expuesto, el segundo apartado de la disposición adicional primera del RD-Ley 28/2020 ha incidido en la necesidad de que la negociación colectiva regule las «posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión». De dicha redacción se extraen tres conclusiones fundamentales: en primer lugar, que no se trata de un derecho absoluto (como tampoco lo es el derecho al descanso), pudiendo quedar interrumpido cuando haya circunstancias que lo justifiquen; en segundo lugar, que tales circunstancias deberán ser totalmente extraordinarias, no pudiendo supeditarse el derecho a la desconexión a las necesidades productivas habituales, máxime cuando pudieran haber sido previstas con una adecuada organización empresarial; y, en tercer lugar, que dichas situaciones se podrán regular a través de la negociación colectiva, con el objeto de dotar de seguridad jurídica a las partes a la hora de determinar cuándo puede el empleador interrumpir el aludido derecho al desconexión de sus trabajadores y cuándo pueden estos negarse a ello.

Pese a la parquedad de la regulación, su art. 88.2 LOPD-GDD sí apunta su fundamento axiológico legal, conectándolo con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la conciliación de la vida personal y familiar. Lo anterior no excluye, sin embargo, que se relacione con otros tantos derechos, tales como la dignidad, a la salud o la integridad física y moral³⁴. Todos ellos 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 familiares³⁵. Además, por su conexión con los

³³ 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, pues 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» (M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 13).

³⁴ Ó. REQUENA MONTES, *op. cit.* Sin embargo, de forma llamativa, el legislador no aprecia que el derecho a la desconexión digital se encuentre amparado por estos derechos, muchos de ellos positivizados como fundamentales en la CE, sino que los conecta simplemente con el derecho al descanso, de carácter ordinario, motivo por el que la regulación del art. 88 LOPD-GDD (y la de las disposiciones adicionales que modifican el ET y el EBEP) no tiene carácter de ley orgánica, sino de ordinaria (tal y como establece la disposición final primera de la LOPD-GDD).

³⁵ En definitiva, lo que se pretende es conferir «al trabajador un estadio de

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 trabajador³⁶ y aplicar la perspectiva de género³⁷.

3.4. Mecanismos de salvaguarda del derecho

Como se ha expuesto, tras la aprobación del RD-Ley 28/2020, la situación ha cambiado, en tanto que su art. 18 aborda por primera vez cuál debe ser el contenido mínimo del derecho. Para ello, comienza definiéndolo en términos de deber para el empresario, con lo que se apuesta decididamente por la necesidad de que sea este quien adopte las medidas que aseguren que el trabajador podrá desconectar³⁸.

En este sentido, no puede bastar con el reconocimiento del derecho al trabajador a no contestar correos o mensajes durante su tiempo de descanso³⁹, lo que resultaría una medida insuficiente, debiendo ir un paso más allá. Debe tenerse en cuenta que, ante la recepción de un mensaje, los trabajadores podrán optar por responderlo o por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estos últimos, que se verían presionados a renunciar a su derecho ante el riesgo 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

autodeterminación en el uso del tiempo fuera de la jornada laboral» (M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 110).

³⁶ J. DOMINGO MONFORTE, N. SALVADOR ÁLVAREZ, *Hiperconectividad digital y salud laboral*, en *Diario La Ley*, 2020, n. 9638.

³⁷ M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.* Sin embargo, resulta muy pertinente destacar que, en contra de lo que se viene entendiendo, el teletrabajo no tiene por qué ser una medida que resuelva el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral. Esto es así en tanto que las mujeres que teletrabajan son las que siguen asumiendo de forma mayoritaria las labores de cuidados, lo que puede incluso intensificar la desigualdad de género. En este sentido, véase M. DURÁN BERNARDINO, [El teletrabajo. ¿Una herramienta eficiente de conciliación de la vida laboral, familiar y personal?](#), en www.transformaw.com, 10 mayo 2021.

³⁸ Aunque este es uno de los principales avances de la regulación del derecho, en la actualidad se encuentra en cuestión. Al respecto, en el estado actual de tramitación parlamentaria de la Ley de Trabajo a Distancia, una de las enmiendas planteadas al texto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados aboga por la supresión de la referencia de dicho deber empresarial. Al respecto, véase O. CREMADES CHUECA, [Las enmiendas del proyecto de Ley de trabajo a distancia en 12 puntos: ¿hacia una norma mejor, igual o peor?](#), en oriolcremades.com, 12 marzo 2021.

³⁹ 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.

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. Expuesto lo anterior, no existe un listado cerrado de medidas que permitirían el aseguramiento del derecho a la desconexión digital. Tales medidas podrán adoptar muy diversas formas, como sería la limitación del acceso remoto a la intranet empresarial o la prohibición del empleador de remitir comunicaciones durante el período de descanso del trabajador⁴⁰; o, al menos, asegurarse que tales comunicaciones no serían recibidas por este durante el citado descanso⁴¹. 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 muy condicionada. Además, permitiría adoptar medidas tendentes a 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. Además, esto sería compatible con el establecimiento de medidas formativas y de sensibilización para toda la plantilla (previstas en el art. 88.3 LOPD-GDD), al 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 de este 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.

Además, el art. 18.1 del RD-Ley 28/2020 aborda los medios que pueden causar la disrupción del derecho, para lo que hace referencia a los medios tecnológicos de comunicación empresarial, de un lado, y a los de trabajo, de otro. Esta diferenciación no es en absoluto casual, y pone de relieve la posibilidad de que los peligros para el derecho se produzcan a través de

⁴⁰ M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.* En este sentido, el reconocimiento del derecho podría presentarse más como un deber para la empresa que como un derecho para el trabajador, como señala N. RECHE TELLO, *op. cit.*

⁴¹ Esta línea ha sido seguida por la Inspección de Trabajo, que ha entendido que vulnera el derecho la actuación de alguna empresa consistente en realizar llamadas y remitir correos electrónicos fuera de la jornada laboral. Obsérvese que la respuesta a las llamadas se realizaba, según el sindicato denunciante, por temor a las represalias o a verse afectado negativamente el sistema de incentivos: *vid.* L. OLÍAS, [La Inspección de Trabajo insta a Proseguir a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral](#), en [www.eldiario.es](#), 6 octubre 2020.

ambos medios. Así pues, no bastará con autorizar al trabajador a dejar en su puesto de trabajo los dispositivos electrónicos que le haya podido facilitar la empresa; será también necesario que el empleador (y demás trabajadores) se abstenga de remitir comunicaciones que puedan ser recibidas a través de los instrumentos de uso particular del trabajador, tales como su teléfono móvil. En este aspecto se encuentra el mayor riesgo para el derecho, ya que resultará mucho más invasiva la comunicación que pueda producirse a través de los dispositivos que, al menos *a priori*, el trabajador relaciona exclusivamente con su vida privada.

Por último, las garantías reconocidas en la actualidad 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 asumiendo la improcedencia del cese, 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 supuestos⁴².

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

La regulación vigente ha delegado 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, le corresponde al empleador elaborar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, que defina las modalidades de ejercicio del derecho, y las labores formativas y preventivas.

De lo expuesto, 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 arts. 2 y 5 del Convenio OIT C154, una medida que resulta especialmente conveniente en

⁴² En sentido contrario, Todolí Signes, si bien lo hace partiendo de la consideración del derecho a la desconexión como fundamental. Alcanza dicha comprensión sobre tres argumentos fundamentales: que este se sustenta en el art. 18.4 CE, como garantía de otros derechos (STC 254/1993, de 20 de julio); su conexión con el derecho a la intimidad; la alusión directa del art. 88 LOPD-GDD a su finalidad de garantizar la intimidad personal y familiar. De lo expuesto, concluye que la adopción de una represalia contra su ejercicio debe determinar su nulidad, en conexión con los aludidos derechos fundamentales. Al respecto, véase A. TODOLÍ, *El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental (tres argumentos para defender esta posición)*, en adriantodoli.com, 29 abril 2021.

tanto que los negociadores convencionales podrán aportar medidas que posibiliten la mejor adaptación de este derecho a las condiciones particulares del sector⁴³. 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 salarial⁴⁴, etc. Al mismo tiempo, se rechaza la posibilidad de regular la materia a través de acuerdos privados, lo que implicaría la automática desaparición del derecho. 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 art. 88.2 LOPD-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 (art. 3.3 ET)⁴⁵. Debe destacarse que el derecho a la desconexión digital no se encuentra entre las condiciones de trabajo respecto de las que el art. 84.2 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

⁴³ A los anteriores argumentos se suma el de resultar congruente con la propia tradición legislativa española. Ya en el RD 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 particular, 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.

⁴⁴ Entre otras, se ha sugerido la opción de pactarse una compensación económica como consecuencia de la necesidad de conectarse fuera de la jornada, en situación análoga a los períodos de disponibilidad. Al respecto, véase M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*

⁴⁵ Con todo, 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.

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 (art. 88.2 LOPD-GDD).

La redacción del art. 18.2 del RD-Ley 28/2020 merece, además, una crítica específica. En primer lugar, puede apreciarse que se establecen criterios diferentes de los fijados en el art. 88.2 LOPD-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 aludido art. 18.2 (heredero del art. 88.3 LOPD-GDD) 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 en manos del empleador, que solo tendrá la obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores⁴⁶, pero en modo alguno se encontrará sujeto a sus sugerencias o recomendaciones, pudiendo acordar incluso a continuación en sentido contrario⁴⁷. Puede pensarse que se ha considerado que las decisiones incluidas en este ámbito entran de lleno en el ámbito de la potestad organizativa del empleador (art. 20 ET), o que la sujeción a la negociación colectiva ya se establece en el art. 88.2 LOPD-GDD, tratándose este último apartado exclusivamente de los mecanismos de aplicación del mismo. En todo caso, resulta claro que se aspira a que el empleador abandone toda arbitrariedad y se rijan por criterios sólidos, que puedan ser conocidos con anterioridad por los trabajadores, motivo por el que se apuesta por la elaboración de esta “política interna”, sin duda dirigida a garantizar la seguridad jurídica de sus empleados.

⁴⁶ 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», como señala M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, 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.

⁴⁷ Todo ello sin olvidar que, además, lo más frecuente será que tales representaciones no existan. En este sentido, debe recordarse 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.

3.6. Las obligaciones preventivas y formativas

La revolución digital tiene una serie de contrapartidas a las que no se presta la suficiente atención a la vista de las ventajas existentes: se hace referencia a los riesgos para la salud de los usuarios de herramientas digitales. Se trata de una serie de riesgos que se encuentran vinculados al trabajo a distancia, pero que no son exactamente coincidentes⁴⁸.

Resulta obvio que 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 sus trabajadores. Dentro del deber preventivo que el art. 14 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 digital⁴⁹.

El art. 88.3 LOPD-GDD y el art. 18.2 del RD-Ley 28/2020 hacen referencia a la obligación del empleador de diseñar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores⁵⁰, que defina las labores formativas y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática⁵¹.

⁴⁸ En el ámbito del trabajo a distancia también resulta necesario prestar atención a otros tantos riesgos, tales como los ergonómicos, etc. Al respecto de esta cuestión, véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14. En todo caso, más allá de la necesidad de salvaguardar la salud de los trabajadores, y desde una perspectiva meramente productiva, el empleador también se encuentra interesado en salvaguardar a los trabajadores del riesgo de hiperconectividad, ya que – entre otras consecuencias – esta provoca una reducción de la productividad. En este sentido, véase T. CORRÉA GOMES CARDIM, *Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 365.

⁴⁹ Resulta de especial interés el contenido de las NTP 1122 (*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*) y 1123 (*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*). La primera incluye un amplio listado de riesgos derivados de la inadecuada utilización de las tecnologías de la información (al respecto, véase F. TRUJILLO PONS, *La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 45), mientras que la segunda contiene un amplio listado – no exhaustivo – de medidas preventivas susceptibles de ser aplicadas (sobre su importancia, véase también J. DOMINGO MONFORTE, N. SALVADOR ÁLVAREZ, *op. cit.*

⁵⁰ 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» (M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., p. 164).

⁵¹ Resulta claro 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

Estos preceptos, interpretados de forma sistemática en conexión con el resto de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, se traducen en la existencia de actuaciones positivas para el empleador, no pudiendo este limitarse a eximir al trabajador de la obligación de atender las comunicaciones. Del mismo modo que no debe permitirse que se continúe trabajando fuera de la jornada laboral (salvo causa justificada), pudiéndose hasta adoptar medidas que lo impidan (empleando la potestad disciplinaria, en su caso), no puede aceptarse que la actuación empresarial se limite a “autorizar la desconexión”. Dicho de otra manera, no puede hacerse recaer exclusivamente sobre el trabajador la carga de no conectarse.

Entre otras medidas preventivas, pueden destacarse las siguientes: llevar a cabo acciones formativas y de sensibilización sobre el uso razonable de los dispositivos, impartir formación específica sobre gestión del tiempo y del cambio tecnológico, planificar el trabajo a realizar, establecer prioridades de actuación en caso de recibir tareas inesperadas, implantar medidas automáticas tales como el bloqueo de recepción o envío de correos electrónicos durante una franja horaria determinada⁵².

El papel de estas medidas es muy relevante, debiendo tenerse en cuenta que el establecimiento de límites al acceso a herramientas digitales no deja de suponer navegar contra corriente ante una inercia difícil de superar. Pese a lo expuesto, el empleador debe 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) e internos (otros trabajadores)⁵³.

Además de lo anterior, no debe perderse de vista una cuestión que puede parecer accesorio, pero que se encuentra 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), si bien no puede cometerse el error de dejar de valorar los riesgos relacionados

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.

⁵² M.R. MARTÍN MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁵³ Especial mención merece el Acuerdo marco mundial sobre evolución de la vida laboral de Renault, adoptado el 9 de julio de 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. En este sentido, véase M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 12.

con el exceso de carga de trabajo, concepto estrechamente unido al anterior. En este sentido, supone un claro acierto la introducción del último inciso del art. 18.2 del RD-Ley 28/2020, a través del que se establece la necesidad de organizar la jornada de forma adecuada, como medio para asegurar la efectividad del derecho a la desconexión digital. 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 laboral⁵⁴. Nuevamente se regresa a la importancia de la prevención de riesgos de carácter psicosocial, sin duda alguna una de las asignaturas pendientes en las relaciones de trabajo de España⁵⁵.

4. Conclusiones

Las transformaciones que trae consigo la revolución tecnológica son inevitables e implican la aparición de importantes desafíos, entre los que se encuentra la labor de aceptar sus aspectos positivos⁵⁶ sin renunciar a confrontar los negativos. Al respecto, existe la clara tentación de considerar que dicha revolución permite una flexibilidad horaria que debe traducirse incluso en que se difumine o abandone la idea de horario⁵⁷. Frente a dicha posición, el derecho a la desconexión digital se constituye como una pieza clave para evitar que se difuminen los límites entre tiempo de trabajo y

⁵⁴ En esta línea, B. TORRES GARCÍA, *Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 251, 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».

⁵⁵ Sobre dichos riesgos, resulta imprescindible el exhaustivo trabajo de S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2.

⁵⁶ Algunos de tales aspectos positivos, sin duda aún por explorar, radican en sus potencialidades en términos de sostenibilidad ecológica (por ejemplo, evitando desplazamientos diarios al centro de trabajo), así como de deslocalización del centro de trabajo, lo que facilitaría incluso a los trabajadores que pudieran trasladar su domicilio a entornos no urbanos, más saludables. Sobre el particular, véase M. MIÑARRO YANINI, *Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 454.

⁵⁷ E. RIMBAU, *¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios*, en *elpais.com*, 13 noviembre 2018. 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). 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.

descanso y, en definitiva, para garantizar el disfrute adecuado de este último. Además, las circunstancias derivadas de la pandemia de la Covid-19 han supuesto una serie de nuevos retos para este derecho incipiente⁵⁸. La declaración del estado de alarma y las severas medidas de confinamiento que se han adoptado para evitar los contagios han penetrado en el ámbito de las relaciones laborales a través de la extensión del trabajo a distancia, 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, 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 materia⁵⁹.

Sin embargo, la regulación a través de la que se ha reconocido el derecho dista mucho de ser suficiente, amén de resultar 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 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 se sigue apostando porque el derecho a la desconexión no sea más que una faceta más del aquel. Todo ello ha dado lugar a que, sin duda alguna, el reconocimiento del derecho no ha tenido tanta trascendencia como en un primer momento cabría esperar⁶⁰.

La percepción del carácter insuficiente de tales medidas es lo que ha llevado al Parlamento Europeo a dictar la Resolución de 21 de enero de 2021, con

⁵⁸ De forma significativa, M.B. CARDONA RUBERT, *op. cit.*, p. 111, se refiere a esta situación como «el gigantesco laboratorio social proporcionado por la emergencia sanitaria mundial».

⁵⁹ En este sentido, se ha señalado que, aunque «muchas empresas en los países de la Unión Europea ya tenían sistemas de trabajo en remoto totalmente integrado en sus estructuras, la situación derivada del Covid-19 ha hecho que otras muchas hayan tenido que adaptarse a la nueva situación en tiempo record» (J. GARCÍA VIÑA, *Hacia un modelo híbrido de prestación de trabajo: smart working*, en *esta Revista*, 2021, n. 1, p. 451). Asimismo, se ha destacado que esa adaptación tan abrupta ha generado importantes riesgos derivados del estrés vinculado a «todo lo que ha implicado teletrabajar, en muchos casos, sin medios de la empresa, sin formación, sin prevención de riesgos laborales y sin apenas vinculación con el exterior» (P. RUIZ TORRES, *Covid-19: Teletrabajo en tiempos de pandemia*, en *Historia y Comunicación Social*, 2021, n. 1, p. 12).

⁶⁰ J. VELASCO LOZANO, *Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, 2021, n. 2, p. 49.

numerosas recomendaciones en la materia, y a realizar una propuesta de directiva sobre el derecho a la desconexión digital, que incluye, entre otras, las siguientes cuestiones⁶¹: definición del derecho como «el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo»; la necesidad de que los empleadores implementen sistemas efectivos de mediación del trabajo diario del trabajador; establecimiento de la inversión de la carga de la prueba en los casos de despido en que el trabajador aporte indicios de que el cese se ha producido por ejercitar su derecho, etc. Esta propuesta no deja de tener un carácter embrionario, por lo que su contenido podrá ser modificado de forma relevante a lo largo de su desarrollo.

Por último, no puede perderse de vista que, dados los importantes riesgos que conlleva la sobrecarga digital⁶², y habida cuenta de que la revolución digital 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 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.

5. Bibliografía

ARAGÓN GÓMEZ C., *El derecho a la desconexión digital*, en P. NIETO ROJAS (dir.), *Curso Derechos digitales y efectos en las relaciones laborales*, Aranzadi, Formación e-learning, 2019

CARDONA RUBERT M.B., *Los perfiles del derecho a la desconexión digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 90, pp. 109-126

⁶¹ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁶² No cabe duda de que la política de prevención de riesgos laborales ha sido una de las principales afectadas por la pandemia, de modo que se ha visto absolutamente desbordada por las circunstancias que han tenido lugar. Lo expuesto no deja lugar a dudas del limitado papel que, en muchos aspectos, continúa ocupando la materia preventiva. En cuanto a los mecanismos de autoevaluación de puestos de trabajo, véase M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *El teletrabajo en España antes, durante y después del confinamiento domiciliario*, en *esta Revista*, 2021, n. 1.

- CORRÉA GOMES CARDIM T., *Crisis mundial de Covid-19 y teletrabajo: la nueva normalidad para las relaciones laborales*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 352-376
- CREMADES CHUECA O., *Las enmiendas del proyecto de Ley de trabajo a distancia en 12 puntos: ¿hacia una norma mejor, igual o peor?*, en *oriolcremades.com*, 12 marzo 2021
- CREMADES CHUECA O., *Acierto y flaquezas de la normativa del trabajo a distancia*, en *oriolcremades.com*, 9 octubre 2020
- DOMINGO MONFORTE J., SALVADOR ÁLVAREZ N., *Hiperconectividad digital y salud laboral*, en *Diario La Ley*, 2020, n. 9638
- DURÁN BERNARDINO M., *El teletrabajo. ¿Una herramienta eficiente de conciliación de la vida laboral, familiar y personal?*, en *www.transforman.com*, 10 mayo 2021
- FERNÁNDEZ COLLADOS M.B., *El teletrabajo en España antes, durante y después del confinamiento domiciliario*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 377-409
- GALINDO SAN VALENTÍN A.M., IGLESIAS GUZMÁN E.M., *Teletrabajo y desconexión digital*, en AA.VV., *Actas II Congreso Prevenir 2019. 3-4 de octubre de 2019 – Madrid. Desde la teoría a la práctica. Seguridad – Salud – Bienestar*, Seguridad y Bienestar Laboral, 2020
- GARCÍA JIMÉNEZ M., *Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., pp. 147-182
- GARCÍA VIÑA J., *Hacia un modelo híbrido de prestación de trabajo: smart working*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 449-473
- INSSBT, NTP 1123: *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, 2018
- INSSBT, NTP 1122: *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo*, 2018
- LÓPEZ ÁLVAREZ M.J., *La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos*, en J.M. MIRANDA BOTO (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, 2018
- LOUSADA AROCHENA J.F., *Prevención de riesgos en el trabajo a distancia*, en *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, n. 14, pp. 74-97
- MARTÍN MUÑOZ M.R., *Tiempo de trabajo y desconexión digital*, en S. GONZÁLEZ ORTEGA (coord.), *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2020

- MARTÍNEZ MOYA J., [El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación on line](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, n. 1, pp. 1-11
- MIÑARRO YANINI M., *Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2021, n. 454, pp. 5-16
- MIÑARRO YANINI M., *La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 440, pp. 5-18
- MOLINA NAVARRETE C., *La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. extra., pp. 5-26
- MOLINA NAVARRETE C., [Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso](#), en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 249-283
- OLÍAS L., [La Inspección de Trabajo insta a Prosegur a que deje de llamar y mandar correos a sus empleados fuera del horario laboral](#), en *www.eldiario.es*, 6 octubre 2020
- PÉREZ CAMPOS A.I., [Teletrabajo y derecho a la desconexión digital](#), en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2021, n. 1, pp. 499-528
- PÉREZ CAMPOS A.I., *La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2019, n. 52, pp. 101-124
- PRECIADO DOMENECH C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras: aspectos laborales de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de datos y garantía de los derechos digitales*, Aranzadi, 2019
- RAMÓN FERNÁNDEZ F., [La desconexión digital y docencia universitaria online en tiempos de pandemia por la COVID-19: una ilusión más que una realidad](#), en *Revista de Internet. Derecho y Política*, 2021, n. 32, pp. 1-15
- RECHE TELLO N., *La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad*, en *IUSLabor*, 2019, n. 3, pp. 31-54
- REQUENA MONTES Ó., *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 541-560
- RIMBAU E., [¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios](#), en *elpais.com*, 13 noviembre 2018
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Régimen jurídico del teletrabajo: aspectos sustantivos y procesales*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021, n. 54, pp. 105-161
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, n. 2, pp. 19-55

RUIZ TORRES P., *Covid-19: Teletrabajo en tiempos de pandemia*, en *Historia y Comunicación Social*, 2021, n. 1, pp. 11-18

SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2021, n. 148, pp. 325-349

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El impacto de la industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital*, en D.T. KAHALE CARRILLO (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi, 2020

SERRANO OLIVARES R., *Los Derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, en *IUSLabor*, 2018, n. 3, pp. 216-229

TODOLÍ A., [El Derecho a la Desconexión digital es un Derecho Fundamental \(tres argumentos para defender esta posición\)](#), en [adriantodoli.com](#), 29 abril 2021

TORRES GARCÍA B., [Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2020, n. 1, pp. 239-261

TRUJILLO PONS F., *La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo*, en *Lan Harremanak*, 2021, n. 45

URUEÑA R., [Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del “big data”?](#), en *Latin American Law Review*, 2018, n. 2, pp. 99-124

VALLECILLO GÁMEZ M.R., [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), 2020, n. 1, pp. 210-238

VALLECILLO GÁMEZ M.R., *El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2017, n. 408, pp. 167-178

VELASCO LOZANO J., *Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho*, en *Revista de Derecho Laboral vLex*, 2021, n. 2, pp. 47-59

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo