

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*), Óscar 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*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), 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*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), 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*), María Salas Porrás (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), 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*)

Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica

Bárbara TORRES GARCÍA*

RESUMEN: La aparición de las nuevas tecnologías ha revolucionado el mundo actual, introduciendo, a nivel laboral, nuevas formas de organización y desarrollo del trabajo. Si bien la inserción de estos nuevos mecanismos digitales y tecnológicos pueden tanto facilitar como flexibilizar la ejecución de las responsabilidades profesionales, también llevan consigo la posibilidad de alargar, fácilmente, nuestras jornadas ordinarias, en merma de la cantidad y calidad de los tiempos de descanso, vacaciones y, por ende, la conciliación familiar y laboral. Ante este panorama, y después de múltiples peticiones e iniciativas, tanto a nivel político como social, se reconoce legalmente el derecho a la desconexión digital. Aunque dicho reconocimiento era necesario, resulta criticable la manera en la que se ha hecho en el ordenamiento jurídico español. Esa simple declaración recogida en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), no es la solución definitiva ante un mercado laboral cada vez más desarrollado y digitalizado.

Palabras clave: Hiperconexión, derecho al descanso, desconexión digital.

SUMARIO: 1. La “hiperconexión” del trabajador al trabajo. 2. Peticiones e iniciativas sobre una regulación del derecho a la desconexión digital. 3. Reconocimiento y configuración legal del derecho a la desconexión. 4. Desconexión digital y carga de trabajo. 5. Posiciones doctrinales en cuanto al reconocimiento de este derecho. 6. Valoración crítica de su configuración legal. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* Doctoranda de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

About the Legal Regulation of Digital Disconnection in Spain: Critical Evaluation

ABSTRACT: The emergence of new technologies has revolutionised today's world, introducing new forms of work organization and development. Although the introduction of these new digital and technological mechanisms can both facilitate and make the execution of professional responsibilities more flexible, they also lead to the possibility of easily lengthening our ordinary working hours, reducing the quantity and quality of rest breaks and holidays and, therefore, the work-life balance. Considering the circumstances, and after multiple requests and initiatives, both politically and socially, the right to digital disconnection is legally recognised. Although such legal recognition was necessary, the way in which it has been done in the Spanish legal system is open to criticism. This simple statement contained in Article 88 of Act No. 3/2018 of 5 December, on the protection of personal data and the guarantee of digital rights (LOPD), is not the definitive solution to an increasingly developed and digitalised labour market.

Key Words: Hyper connection, right to rest, digital disconnection.

1. La “hiperconexión” del trabajador al trabajo

La inmersión en la era digital ha cambiado por completo nuestra forma de vivir, aprender, relacionarnos y, por supuesto, nuestras relaciones laborales. La automatización de los procesos, la digitalización de los dispositivos y los nuevos medios tecnológicos han revolucionado, en estos últimos años, las formas de organización y desarrollo del trabajo. Todas las herramientas digitales, utilizadas en la actualidad en nuestra área profesional, están planteando nuevos debates enfocados a cómo debe ser su incorporación, su regulación y, en todo caso, su uso, en garantía de los derechos clásicos de los trabajadores.

Son claras las ventajas que supone el uso de la nueva tecnología, por cuanto facilita y flexibiliza el trabajo, posibilitando, en teoría, una mayor conciliación entre la vida laboral y personal. Si estar conectado a un dispositivo informático permite al trabajador atender sus responsabilidades profesionales desde casa, con la consiguiente posibilidad de manejar él los tiempos de trabajo y descanso y, por tanto, su conciliación, son incuestionables las ventajas de dichos avances. Sin embargo, y así queda reflejado en el mundo laboral actual, los progresos propiciados por el desarrollo digital también implican manifiestos inconvenientes, como la posibilidad de que el empleado se exceda de la jornada ordinaria, prolongando su prestación de servicios y mermando, por tanto, la cantidad y calidad del tiempo de descanso. A fin de cuentas, el uso de las nuevas tecnologías no sólo está cambiando nuestra manera de trabajar, sino que también condiciona nuestro reposo.

La era tecnológica, aun con sus incuestionables beneficios, está difuminando la frontera entre la vida personal y profesional, con los riesgos que ello supone. El hecho de dejar que el trabajador se lleve el trabajo a casa, se conecte a bases de datos y aplicaciones, esté disponible en su teléfono móvil a todas horas, conteste a correos fuera del horario de trabajo, etc., provoca una conexión, permanente y constante, de aquel a todos los requerimientos laborales que se vayan presentando. Esta “dependencia” del trabajador al trabajo, facilitada por toda esta revolución tecnológica, genera una serie de riesgos que afectan a su salud, tanto a nivel físico como psíquico. En estos últimos tiempos se viene hablando del “tecno-estrés”, “tecno-depresión”, “tecno-adicción”, “tecno-fatiga”, vocablos, todos ellos, que hacen referencia a las influencias de la digitalización sobre la salud del trabajador.

La nueva tecnología está provocando nuevas patologías a las que hacer frente, tanto de manera preventiva, a través de políticas de prevención de riesgos laborales, como de forma directa, calificándolas como

enfermedades profesionales derivadas de su uso abusivo y no reglado¹. Dichas patologías no tienen el mismo alcance e importancia en todos los sectores, sino que van a predominar en aquellos con un alto nivel de digitalización y tecnológicamente más desarrollados. Así, este tipo de dolencias presentan un gran impacto en los supuestos de trabajo a distancia, donde la autonomía y decisión del trabajador juegan un mayor papel y, por tanto, el riesgo de extralimitarse de las horas ordinarias de trabajo efectivo, mermando, cualitativa y cuantitativamente, los tiempos de descanso, es mayor. La influencia de las TICs en las condiciones de trabajo tiene una importancia desigual en función del ámbito en el que se esté; de tal forma que los riesgos y enfermedades asociadas deberán regularse en atención a la afección singular de cada sector a la nueva revolución tecnológica.

Ante esta realidad, nace la necesidad de reconocer el tan debatido derecho a la desconexión digital, entendido como el derecho de todo trabajador a no conectarse a ninguna herramienta digital (ya sea WhatsApp, correo electrónico, teléfono o similar) durante su tiempo de descanso y vacaciones. El reto del reconocimiento de este derecho está en entender y prever que las nuevas posibilidades de organización individual y distribución irregular de la jornada de trabajo no supongan prolongaciones no reconocidas de la misma, y ello porque cada vez más trabajadores se enfrentan a tiempos de trabajo más flexibles, imprecisos o desestructurados, que enmascaran incumplimientos contractuales e impiden una compensación apropiada para la mayor disponibilidad exigida².

2. Peticiones e iniciativas sobre una regulación del derecho a la desconexión digital

La discusión sobre la necesidad de la regulación del derecho a la desconexión digital, aunque pudiera parecer paradójico, se remonta a años atrás, a una década en la que el estado y nivel de desarrollo de las tecnologías no era el actual. Así, ya una sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, n. 94, declaró nulas las instrucciones dadas por una empresa que obligaban a los trabajadores a mantener una conexión

¹ Para un estudio detallado sobre el tecnoestrés, véase L. ARAGÜEZ VALENZUELA, *El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés*, en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2017, n. 2, pp. 169-190.

² M. SERRANO ARGÜESO, *Always on. Propuesta para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*, en *esta Revista*, 2019, vol. 7, n. 2, p. 173.

ininterrumpida, y en todo momento, de sus teléfonos móviles con los de aquella y los de todos sus clientes, una vez concluida la jornada. Al respecto, dicha decisión judicial estableció que esta orden sobrepasaba las facultades empresariales normales y regulares, en los términos previstos en el art. 20 Estatuto de los Trabajadores (ET).

Esta primera sentencia ya marcó las pautas esenciales del derecho a la desconexión. En aquella época, aunque no se plantea la necesidad de regular un nuevo derecho relativo a la desconexión del trabajador a toda herramienta tecnológica vinculada a la responsabilidad profesional, la jurisprudencia ya resuelve este conflicto a través de la simple y básica aplicación de los derechos clásicos del trabajador, relativos a jornada ordinaria y límites de los poderes de control y organización del empresario. De este modo, parece que esta sentencia viene a marcar el inicio de la necesidad de regulación de un mercado laboral cada vez más afectado y distorsionado por las nuevas tecnologías.

En esta misma línea, posteriormente, y quizá derivado de la necesidad de ofrecer solución a cada vez más problemas relativos a los períodos de descanso y conciliación laboral y familiar, se dictó nueva jurisprudencia. Así, cabe destacar la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2013, n. 3613, que declaró que la instalación de dispositivos de control en los teléfonos móviles implicaba un riesgo psicosocial, por cuanto esa situación *in vigilando* permanecía, incluso, fuera de los límites de la jornada laboral, mermando la calidad del tiempo de descanso y la vida privada y familiar del trabajador. Más tarde, la STS de 21 de septiembre de 2015, n. 4086, estableció la nulidad de la cláusula de un contrato de trabajo que obligaba al trabajador a facilitar a la empresa su teléfono móvil y correo electrónico personal para recibir comunicaciones laborales. Finalmente, la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016, n. 198, entendió que las empresas que utilizaban las TICs y el teletrabajo deberían disponer de políticas de gestión de tiempo para afrontar las reclamaciones sobre excesos de jornada, seguridad y salud.

Al margen de la jurisprudencia, y de manera paralela, los agentes sociales también se empezaron a preocupar por la regulación de un nuevo derecho que hiciera frente a los emergentes riesgos laborales, con el fin de adaptar los derechos clásicos del trabajador (relativos a jornada ordinaria y tiempos de descanso, derecho a la salud y seguridad en el empleo y los límites a los poderes de organización y control del empresario) a la nueva realidad. La progresiva toma de conciencia sobre la importancia de regular un uso controlado de las nuevas tecnologías en el campo de la responsabilidad profesional propició que, poco a poco, de manera paralela a los pronunciamientos judiciales, se lograran acuerdos específicos

relativos al uso excesivo de los dispositivos informáticos como herramientas de trabajo, así como la carga total de este y el disfrute efectivo del obligado tiempo de descanso³. Como ejemplo de ello, en Francia, país puntero en cuanto a la regulación de los derechos digitales de los trabajadores, cabe citar diferentes acuerdos de empresa, como el de Areva⁴, de 2012, que viene a regular el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el ámbito laboral; el del Grupo Thales, de 2014, que reconoce el derecho del tele-trabajador a que se respete su vida privada, estableciendo límites a los requerimientos laborales⁵; y, en fin, el Acuerdo sectorial SYNTEC de 1 de abril de 2014, cuyo art. 4.8.1 ordenaba asegurar las disposiciones necesarias a fin de que el trabajador tuviese la posibilidad de desconectarse de las herramientas de comunicación a distancia puestas a su disposición.

En el ámbito español, y siguiendo con la línea marcada por los agentes franceses, el convenio colectivo de la aseguradora francesa, Grupo Axa, de 21 de septiembre de 2017⁶, viene a prever expresamente, en su art. 14, el derecho a la desconexión digital, concretamente «el derecho de los trabajadores a no responder a los *email* o mensajes profesionales fuera de su jornada laboral». Un reconocimiento expreso que operó en una noma convencional cuando todavía no existía ese derecho, ni ningún precedente, a nivel legal.

En el plano político, también se registraron movimientos a favor de una legislación que regulara, de manera efectiva, el uso de los dispositivos digitales en el mundo laboral. En este sentido, el 10 de enero de 2017, Don Carles Campuzano i Canadés, diputado del PDeCAT, pregunta al Gobierno si tiene previsto impulsar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, tal y como ya se había legislado en Francia en el art. 14 de la Ley N° 2016-1088⁷. El 17 de marzo de 2017, el Grupo Parlamentario Confederal Unidas Podemos – En Comú Podem – En Marea presenta una Proposición no de Ley sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo, para su debate en pleno⁸. El 11 de abril del mismo

³ L. MELLA MÉNDEZ, *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16, pp. 30-52.

⁴ Art. 20, [Accord collectif sur le développement de la qualité de vie au travail au sein du Groupe Areva en France](#).

⁵ Art. 2, Título V, [Accord relatif au télétravail au sein de la Société Thales Services SAS](#).

⁶ CC Grupo AXA (res. DGE 21 septiembre 2017, en BOE, 10 octubre 2017, n. 244).

⁷ Pregunta 184/006367, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Sesión XII, serie D, 25 enero 2017, n. 92, p. 4; obteniendo respuesta en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie D, 27 marzo 2019, n. 130, p. 70.

⁸ Proposición no de ley 162/0003666, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de

año, el Grupo Parlamentario Socialista presenta una Proposición no de Ley sobre protección de los derechos digitales de la ciudadanía, para su debate en la Comisión de Energía, Turismo y Agenda Social⁹.

Tanto agentes sociales como políticos y judiciales se pronunciaron a favor de la necesidad de una regulación que integrara el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito profesional, intentando lograr una fórmula que garantizara el derecho al descanso de los trabajadores afectados por las TICs¹⁰.

Como resultado de estas iniciativas, aunque con posterioridad a otros países europeos – como Francia e Italia¹¹ –, España, en el año 2018, reconoce expresamente el derecho a la desconexión digital a través de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD). Esta Ley fue la culminación de un proceso evolutivo, a través del cual tanto agentes sociales como judiciales y legislativos pretendieron actualizar la legislación laboral relativa a jornada ordinaria, poder de control y organización del empresario y la seguridad y salud del trabajador (arts. 34, 20 y 19 ET) al nuevo panorama laboral.

3. Reconocimiento y configuración legal del derecho a la desconexión

El art. 88 LOPD¹² reconoce, expresamente, el derecho a la desconexión digital, al establecer que «los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su

los Diputados, Sesión XII, serie D, 17 marzo 2017, n. 125, p. 9.

⁹ Proposición no de ley 161/001720, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Sesión XII, serie D, 11 abril 2017, n. 141, p. 40.

¹⁰ Véase G.L. BARRIOS BAUDOR, *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, en *Aranzadi Doctrinal*, 2019, n. 1, pp. 1-21, versión on-line BIB 2018/1479.

¹¹ Francia, país pionero de los derechos digitales de los trabajadores reconoce este derecho el 9 de agosto de 2016, a través de la aprobación del art. 14 de la Ley n. 2016-1088, remitiendo a la negociación colectiva en cuanto a su desarrollo material. Italia se ha sumado a esta lista, y así en el año 2017, en cuanto regula la modalidad del “trabajo ágil”, viene a contemplar el derecho de estos trabajadores al respeto de su tiempo de descanso y se ordena la desconexión del empleado a los medios tecnológicos, que son una parte fundamental del trabajo ágil.

¹² La regulación del derecho a la desconexión digital tiene la consideración de ley ordinaria, de acuerdo con lo establecido en la Disposición LOPD.

tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar»¹³.

Este precepto, además de reconocido en una Ley orgánica de derechos digitales, se incluye, también, en el nuevo art. 20.bis ET¹⁴. Por tanto, en el ordenamiento jurídico laboral existe un reconocimiento pleno del derecho a la desconexión digital.

Este nuevo derecho, así configurado por este precepto, viene a conjugar tres aspectos fundamentales de la vida de todo trabajador: 1) su derecho a la conciliación familiar y laboral, cuando se refiere a «intimidad personal y familiar»; 2) el tiempo de trabajo, cuando alude a «su tiempo de descanso, permisos y vacaciones»; y 3) la prevención de riesgos laborales, cuando cita el «riesgo de fatiga informática». Mediante la regulación del art. 88 LOPD, aunque de manera difusa y poco clara, parece que se intenta potenciar la tan pretendida conciliación a través de un uso correcto y reglado de aquellos dispositivos que permiten dicha flexibilidad. Una utilización adecuada de las nuevas tecnologías permitiría y facilitaría, sin lugar a dudas, una correcta correspondencia entre la vida laboral y la familiar, permitiendo al trabajador que, por él mismo, dentro, exclusivamente, de las horas de jornada ordinaria, establezca los tiempos de trabajo efectivo y de descanso, en atención a sus necesidades privadas y familiares y en beneficio de su salud física y mental.

En una línea paralela, dicho precepto también viene a establecer los sujetos, tanto activos como pasivos, a quienes va dirigido este mandato. En primer lugar, se dirige a todo trabajador, ya sea del sector privado o

¹³ El sentido literal de este precepto viene a establecer, en sus apartados dos y tres: «2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas».

¹⁴ La Disposición Final decimotercera LOPD establece la modificación del ET en el sentido de añadir un nuevo art. 20 bis (*Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión*) con el siguiente contenido: «Los trabajadores tienen derecho a la intimidad frente al uso abusivo de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

público (“empleo público”), reconociendo su derecho a la desconexión en aras a potenciar el respeto de su vida privada y tiempo personal. En segundo lugar, aquel artículo hace referencia al papel que juega el empresario (cuando se refiere a el “empleador”) y los “representantes de los trabajadores”, para que, a través de la negociación, estos establezcan medidas eficaces y efectivas, que garanticen los derechos digitales. Se efectúa especial hincapié en los *tele-trabajadores y en el personal directivo*, que si bien, por su condición, están sujetos a mayor disponibilidad, esta circunstancia no puede llevarles a su subordinación total a la empresa.

El ejercicio de este derecho a la desconexión digital deberá atender a «la naturaleza y objeto concreto de la relación laboral», en aras a potenciar «el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar». Establecidos los fines, las vías de ejecución serán la «negociación colectiva o el acuerdo entre la empresa y los representantes». Se ofrece un gran margen de maniobra al papel de la negociación colectiva, que será la encargada, en defecto de previsión del artículo, de definir el contenido del referido derecho a la desconexión. Así, dicha negociación debe establecer el ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo; y sus límites y medidas concretas de actuación, tanto de manera preventiva (mediante el establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales) como de manera directa, calificando como enfermedades profesionales, patologías derivadas del uso incorrecto y abusivo de los dispositivos tecnológicos.

En todo caso, según el art. 88.3 LOPD, exista o no autorregulación colectiva (estatutaria o no), el empresario, previa audiencia de los representantes de los trabajadores – de haberlos –, establecerá protocolos dirigidos a la formación y sensibilización del correcto uso de los dispositivos digitales. Estas políticas deben definir «las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática».

Este art. 88 LOPD parece que simplemente se encarga de un reconocimiento básico del derecho, trasladando la responsabilidad de su configuración a la autorregulación colectiva. Si bien dicha remisión parece acertada, por cuanto la negociación lo adaptará a las condiciones y circunstancias particulares de cada sector y empresa, no es menos cierto que lo adecuado sería que dicha transferencia se realizara a partir de un contenido y garantías mínimas, respecto a las cuales no hubiese debate posible.

El papel de la autorregulación, en este plano, debería centrarse en establecer políticas de sensibilización y formación encaminadas a la prevención de riesgos laborales y a potenciar la conciliación laboral y

familiar. Ambas líneas deben tener la misma consideración, por cuanto la una influye sobre la otra. Si el trabajador tiene tiempo suficiente y de calidad para dedicarse a su familia, al ocio y a cuestiones personales, obviamente su salud resultará afectada de manera positiva: se sentirá mejor consigo mismo, disfrutará de una mejor integración social y familiar y disminuirá la posibilidad de sufrir estrés, depresión u otra enfermedad similar. Una mejoría en las condiciones de trabajo supone, también, una mejoría en las políticas de prevención de riesgos. Por tanto, es un error pensar que los convenios colectivos deban centrar sus esfuerzos en establecer medidas de prevención, no dedicando tiempo a medidas de conciliación.

Cabe reconocer que la concreta materialización y gestión de este derecho supone no pocos problemas. Desde un punto de vista teórico, son muchas las posibles soluciones que se pueden implementar, por ejemplo:

- 1) el apagado inmediato de los dispositivos informáticos una vez concluida la jornada laboral;
- 2) el sistema de alerta que avisa al trabajador que realiza más de cinco conexiones fuera de la jornada laboral, implantado por la empresa Michelin;
- 3) el sistema *mail on holiday* de Mercedes Benz, que redirige los correos entrantes a otros profesionales en activo de la empresa, en períodos de vacaciones;
- 4) el sistema de desconexión de servidores entre una franja horaria, impulsado por Volkswagen;
- 5) el reconocimiento de la no obligación de contestar llamadas, mensajes o correos fuera de la jornada laboral (del Banco Santander, Ikea y Vueling Airlines)¹⁵.

¹⁵ La DT 10ª del CC Vueling Airlines (res. DGE 22 marzo 2017, en *BOE*, 4 abril 2017, n. 80) establece que «quedan excluidos de la obligación de revisar el correo en los períodos de vacaciones, enfermedad, permisos y días libre». En el mismo sentido, el art. 13 del acuerdo para la distribución de la jornada en IKEA Ibérica S.A, para adaptar las condiciones de la plantilla a lo establecido en el CC Grandes almacenes, dispone que «se establece que los trabajadores/as tienen derecho a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor». El art. 12.5 del CC Grupo Santander (res. DGT 22 noviembre 2019, en *BOE*, 3 diciembre 2019, n. 290) dispone que, «a fin de facilitar el derecho a la desconexión digital, así como evitar la fatiga informática, se reconoce el derecho de los profesionales a no responder a email o mensajes profesionales fuera de sus horarios de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales». El Anexo III del CC Telefónica (res. DGT 23 octubre 2019, en *BOE*, 13 noviembre 2019, n. 273) establece una serie de medidas, más o menos eficaces, tendentes a garantizar al personal que compone su plantilla, el ejercicio efectivo de este derecho. El

Con independencia del sistema adoptado, desde un punto de vista práctico, todos presentan dificultades de aplicación concreta en el día a día. Por ejemplo, se dispone la “no obligación” de responder a ningún requerimiento laboral fuera de la jornada laboral y, configurado así, como una obligación negativa, se genera un perjuicio y una dificultad para que este derecho se haga efectivo.

Más claramente, para que un derecho sea respetado, resulta clave acompañarlo de una correlativa obligación positiva, como ya se ha hecho en otras ocasiones. Cuando el art. 19 ET declara el derecho del trabajador a la seguridad y salud en el empleo, al mismo tiempo, se prevé la obligación correlativa del trabajador a observar las medidas legales y reglamentarias en esta materia, y la obligación del empresario a dar a cada trabajador una formación teórica y práctica. De igual manera, al reconocerse el derecho de una mujer a no ser discriminada por razón de sexo, se impone simultáneamente la obligación a la empresa de respetar la igualdad de trato y de oportunidades¹⁶. Y cuando el art. 18 ET contempla el derecho del trabajador a su inviolabilidad, se establece la obligación del empresario de respetar al máximo su dignidad e intimidad.

Si la configuración efectiva de todo derecho requiere de una correlativa obligación positiva, se llega a la conclusión de que la materialización y concreción del derecho a la desconexión digital, a través de la autorregulación colectiva, y en virtud de lo apreciado en los convenios referidos, se plantea en términos erróneos. Se prevé la no obligación del trabajador cuando debería establecerse la obligación del empresario a, por ejemplo: no enviar correos o mensajes de WhatsApp al trabajador; a fijar mecanismos que aseguren la correcta y efectiva desconexión, una vez terminada la jornada o, en fin, a asegurarse de que el trabajador efectivamente disfruta de los períodos de descanso sin ninguna perturbación. La configuración actual de este derecho, tal y como se recoge en el art. 88 LOPD, y en los primeros convenios colectivos que tratan la cuestión, supone delegar en el trabajador la gestión del mismo, con el riesgo de ineficaz protección que ello supone. Frente a las

art. 35.1 del CC Cerveza Damm (res. Departament de Treball, Afers Socials i Famílies, Generalitat de Catalunya, 13 noviembre 2017, en *Boletín Oficial de Barcelona*, 9 febrero 2018, n. 29) manifiesta que, «a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como la vida personal y familiar, se reconoce el derecho a no atender a las obligaciones derivadas de su trabajo a través del teléfono, el ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico fuera de la jornada habitual de trabajo, y ello salvo circunstancias urgentes o excepcionales».

¹⁶ Art. 17 ET, en relación con la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

posiciones dominantes, que centran el enfoque de la desconexión digital como un derecho del trabajador a no atender las obligaciones derivadas de su trabajo a través de cualquier dispositivo electrónico, se entiende que sería preferible plantearlo a la inversa, como el deber de todo empresario a no enviar notificaciones o mensajes fuera de la jornada laboral¹⁷.

En todo caso, se concluye con un apunte positivo, pues, sin lugar a dudas, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital supone un avance en nuestra legislación, al hacer frente, aunque con lagunas y defectos, a la Cuarta revolución industrial. Sin duda, la regulación de un derecho de esta naturaleza interesa desde un triple punto de vista: 1) social, por cuanto protege a la tutela física y moral del trabajador; 2) jurídico, en la medida que establece límites estables entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso; y 3) económico, por cuanto la duración excesiva del trabajo convierte al trabajador en menos productivo y competitivo repercutiendo, así, en la productividad empresarial¹⁸.

4. Desconexión digital y carga de trabajo

Gran parte de toda esta problemática radica en la excesiva carga de trabajo del empleado. La conexión al trabajo fuera del horario laboral tiene su razón de ser en el hecho de que el trabajador, durante su jornada laboral, no es capaz de realizar, de manera eficiente y eficaz, todas las tareas que para ese día tiene encomendadas. Ello le obliga a alargar su jornada para, así, asumir aquellas y cumplir con la carga de trabajo asignada. Sin embargo, esta premisa, que es de todo punto obvia, parece que no la tiene en cuenta el precepto arriba transcrito. El simple reconocimiento de un derecho, sin entrar a analizar las causas que provocan la situación que se pretende resolver y regular, quedándose en un plano puramente superficial, nada aporta, convirtiéndose en un derecho ineficaz y vacío, como posteriormente se analizará.

Se insiste en que el derecho a la desconexión digital, tal y como está planteado en el art. 88 LOPD, si bien articula un derecho novedoso e interesante, no parte de un análisis profundo del problema. El precepto inicia su regulación teniendo en cuenta la facilidad y la flexibilidad que permiten las nuevas tecnologías, en cuanto al factor tiempo y espacio. Sin

¹⁷ E.E. TALÉNS VISCONTI, *La desconexión digital en el ámbito laboral. Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva?*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 4, pp. 1-17, versión on-line BIB 2018/8599.

¹⁸ A.I. PÉREZ CAMPOS, *La Desconexión Digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?*, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2019, n. 52, pp. 101-124.

embargo, no aborda, ni tan siquiera menciona, la necesidad de regular la distribución de la carga de trabajo del afectado.

Sin lugar a dudas, los conceptos “carga de trabajo” y “desconexión del trabajo” van unidos¹⁹. A mayor carga, mayores dificultades para desconectar y, viceversa, a menor carga, menos dificultades para desconectar. En este sentido, si lo que se pretende es lograr la desconexión efectiva, el presupuesto necesario es la atribución de una carga correcta y adecuada del trabajo a la condición y calidad del trabajador. La regulación aislada del derecho a la desconexión digital llevaría a una situación paradójica. Si el trabajador tiene que prolongar su jornada porque no es capaz de atender todas sus responsabilidades profesionales dentro de su horario, con la nueva regulación de registro de jornada²⁰ y derecho de desconexión, la carga de trabajo (en su jornada ordinaria) se convertirá en algo todavía más pesado. El hecho de legislar la desconexión, sin regular la carga de trabajo, supone concentrar responsabilidades profesionales que, si antes requerían de prolongaciones de jornada, ahora, por imperativo legal, deben acotarse en las cuarenta horas semanales. Dicha situación, de realizar el mismo trabajo en menos tiempo, también puede perjudicar la salud del trabajador (por ejemplo, puede nacer un sentimiento de irresponsabilidad, culpabilidad o de no ser capaz), llevando a la misma situación que se pretendía resolver con el art. 88 LOPD.

La organización de un mercado laboral como el actual, cada vez más tecnológico, avanzado y especializado, requiere algo más que el reconocimiento del derecho a la desconexión. Si se regula una parte de la realidad, estableciendo normas y procesos (en cuanto al derecho de desconexión y registro de jornada), pero se obvia la otra (la elevada carga de trabajo), el resultado del avance se convierte en un progreso “a medias”.

5. Posiciones doctrinales en cuanto al reconocimiento de este derecho

A pesar de ser tan obvia la necesidad de regular un derecho tecnológico de esta categoría, el reconocimiento expreso efectuado en el art. 88 LOPD

¹⁹ Véase la reflexión de I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *El Derecho a la Desconexión Digital (Ponencia)*, en <https://ignasibeltran.com/>, 20 noviembre 2019.

²⁰ Art. 10, Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

vino a dividir a la doctrina española²¹. Por una parte, algunos autores sostienen que el cumplimiento estricto del art. 34 ET, relativo a jornada laboral, permitiría superar gran parte de los problemas que se dan en la vida cotidiana laboral en relación al uso de las nuevas tecnologías, sin tener que recurrir a la creación formal de un nuevo derecho. Estos autores sostienen que, si realmente se cumpliera la normativa del tiempo de trabajo en España, sobre todo lo relativo a jornada ordinaria y el derecho a la seguridad y salud del trabajador, seguramente el debate de la desconexión tendría menos importancia.

Lo que mantiene esta parte de la doctrina es que, si bien las nuevas tecnologías han planteado nuevos problemas a los que hacer frente, su solución no está en una nueva regulación, sino en el cumplimiento estricto de la legislación ya existente. El art. 34 ET viene a distinguir entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso. La aplicación estricta de este precepto, junto, incluso, con los arts. 19 y 20 ET, en su redacción anterior, que se refieren a la seguridad y salud del trabajador y a los límites del poder de organización y control del empresario, son garantía suficiente para que se respete el derecho al descanso y a la conciliación familiar del trabajador, sin tener que recurrir a nuevas figuras. En este sentido, algunos autores²² manifestaron que la ausencia de regulación sobre un inexistente derecho a la desconexión digital en el entorno laboral no ha significado, ni mucho menos, una desprotección total y absoluta de los trabajadores frente a decisiones empresariales desproporcionadas. Esta laguna normativa ha sido en ocasiones colmada por nuestros tribunales, que han puesto coto a los excesos de conectividad por encima de la jornada ordinaria de trabajo.

Por lo tanto, esta posición doctrinal concluye que, aunque las nuevas realidades tecnológicas faciliten y flexibilicen el trabajo, nada impide que el trabajador tenga el mismo nivel de protección que en el modelo analógico de organización, aunque, para que ese nivel sea realmente efectivo, haya de concretarse la protección en medidas actualizadas en su denominación o formato, pero no en su contenido. Entre el desconectar digitalmente del presente y el desconectar del trabajo del pasado no hay ninguna diferencia en sentido práctico²³. En ambos casos, tanto ayer como hoy, la regulación de los límites de la jornada laboral, del tiempo de descanso y del poder directivo del empresario exigen que no se pueda obligar al trabajador a

²¹ Véase 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, pp. 167-178.

²² E.E. TALÉNS VISCONTI, *op. cit.*, p. 4.

²³ C. MOLINA NAVARRETE, *Jornada laboral y tecnologías de la información. “desconexión digital”. garantías del derecho de descanso*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 249-283.

prestar servicios, ni de forma presencial ni a distancia, a través de los dispositivos informáticos, fuera de los tiempos de trabajo debidos. En fin, lo que esta doctrina viene a mantener es que el pretendido nuevo derecho a la desconexión digital no existe como tal, como autónomo e independiente, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del art. 34 ET²⁴.

Frente a esta parte de la doctrina, y esta es la posición en la que se mantiene el legislador con el reconocimiento expreso del art. 88 LOPD, hay quien interpreta que la regulación del nuevo derecho a la desconexión digital responde a una necesidad actual a la que se tenía que hacer frente. Las garantías del trabajador no quedan totalmente protegidas por la simple aplicación de los preceptos 34, 19 y 20 ET, en su redacción anterior. Para adaptarnos a este nuevo y cambiante tiempo, es necesario crear nuevas soluciones que protejan a los trabajadores de los nuevos problemas generados, siendo insuficiente recurrir a una legislación desfasada.

El Derecho no puede considerarse como un campo aislado de la evolución y desarrollo humano. Según Serrano Villafañe²⁵, el Derecho tiene que cumplir una función progresiva y evolucionar con la época, la realidad y las relaciones cuya vida regula. Las transformaciones económicas, con predominio industrial, agrícola o comercial, que reflejan y condicionan la realidad social y política, llevan como consecuencia inmediata un cambio en el Derecho regulador de estas estructuras, con predominio no sólo de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, sino de las correspondientes normas positivas y concretas. Una política legislativa que desconozca las cambiantes realidades cotidianas y no acuda, pronto, a preocuparse de su normalización jurídica, será ciega e ineficaz, por vivir de espaldas a la realidad.

Compartiendo la opinión de esta posición doctrinal, se cree necesaria la adaptación de nuestra legislación a los nuevos problemas que surgen como consecuencia de la evolución tecnológica. El negarse a la actualización supondría mantener vigente un derecho desfasado, que no se corresponde con los nuevos planteamientos y estructuras de la relación laboral y con los conflictos actuales a resolver. El Derecho es un campo de la vida, que – igual que la propia humanidad – necesita de evolución, desarrollo y adaptación a las nuevas eras. El Derecho va de la mano del desarrollo humano, encaminándose hacia los nuevos tiempos

²⁴ C. MOLINA NAVARRETE, *El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2017, tomo LXVII, n. 269, vol. 1, pp. 891-919.

²⁵ E. SERRANO VILLAFANE, *Funciones de Derecho en la sociedad cambiante de nuestros días*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1973-1974, n. 17, p. 463.

tecnológicos.

En este sentido, el derecho a la desconexión digital no puede verse como un reconocimiento innecesario, sino como el primer paso encaminado a regular el mundo de los derechos digitales. Si bien es verdad que las garantías del trabajador, en cuanto a límite de jornada y salud y seguridad en el trabajo, encontraban su protección en la anterior legislación, no es menos cierto que la utilización de nuevos dispositivos informáticos y tecnológicos crea situaciones que se escapan de la regulación estricta de los arts. 34 y 19 ET.

La legislación anterior (arts. 34, 19 y 20 ET, en su previa redacción) resultaba óptima en aquellos casos en los que una empresa, mostrando una evidente imprudencia, imponía una norma estricta en la que, expresamente, obligaba a sus empleados a estar conectados de forma permanente fuera de la jornada laboral. Ahora bien, la situación más común, y que mayores dificultades de control y falta de reacción provoca, tiene lugar cuando la comunicación digital se realiza *de facto*, es decir, de forma instantánea y espontánea (mensajes o llamadas producidas fuera de la jornada laboral sin que exista orden empresarial)²⁶. En estos casos, con la antecedente regulación resultaría mucho más complicado actuar, pues, si bien, a través de la misma, se podría impugnar aquella orden empresarial, no se llegaría a este resultado respecto a una acción “voluntaria” del trabajador.

Más detalladamente, el derecho a la desconexión digital debe ser regulado como una garantía reconocida a todo trabajador, por cuanto da respuesta a aquellas dudas no resueltas por la legislación previa, sobre todo en lo que se refiere a la “voluntariedad” del trabajador a estar disponible. Con la anterior normativa, no se daba solución al hecho de que el empleado, por iniciativa propia, sin seguir ningún tipo de instrucción u orden empresarial (aunque sí, quizá, movido por la idea de que mayor disponibilidad laboral significa ser mejor trabajador), se mantuviera conectado a todo requerimiento laboral que apareciera a lo largo del día, con independencia de estar o no en jornada ordinaria. Esa iniciativa y voluntariedad del trabajador a estar disponible y atento a cualquier demanda laboral se escapaba de la regulación estricta de los preceptos 34 y 19 ET. De ahí, la necesidad de regular un derecho de esta naturaleza.

La legislación de la desconexión fuera del horario laboral adecuaba a los nuevos tiempos un derecho que, en principio, ya tienen reconocido los trabajadores, pero que los actuales usos tecnológicos lo están perjudicando. Es necesario reconocer el derecho a desconectar, con el

²⁶ E.E. TALÉNS VISCONTI, *op. cit.*, p. 7.

objetivo de respetar las jornadas pactadas y remuneradas y combatir el estrés que provoca el alargamiento camuflado de la jornada laboral.

6. Valoración crítica de su configuración legal

La necesidad de regulación de la desconexión digital es obvia y clara, sin embargo, su planteamiento y desarrollo normativo, en el actual art. 88 LOPD, ha suscitado innumerables críticas. El reconocimiento de este derecho era necesario para adaptar la legislación a los nuevos tiempos y, con ello, a los nuevos problemas. Con todo, esta simple y simbólica declaración, de los arts. 88 LOPD y 20.bis ET, no es la solución definitiva. Un primer aspecto criticable es que el art. 88 LOPD reconoce el derecho, pero no lo desarrolla. Para ello, el legislador se dirige a la negociación colectiva y, en su defecto, al acuerdo entre empresario y trabajador, que serán las únicas vías encargadas de configurarlo, estableciendo su noción y alcance. En España, el derecho a la desconexión digital sigue el modelo francés, al dejar a la autonomía colectiva su desarrollo normativo²⁷.

Como ya se ha expresado, aunque es acertado remitir el desarrollo concreto de un derecho a la autorregulación, para que esta lo adapte a las circunstancias y condiciones específicas de la empresa o sector afectado, no es menos cierto que esa remisión debe realizarse con unas garantías mínimas. Un simple reconocimiento, sin ninguna aportación material, delimitación u obligación expresa, configura un derecho, que, en la práctica, puede devenir ineficaz, heterogéneo y poco respetado.

La regulación de un derecho pleno exige ser precisos en cuanto a su configuración, atendiendo al estado de la sociedad y los problemas que se pretenden resolver. Partiendo de un análisis estricto del panorama a legislar, es necesario configurar un derecho de contenido, que aporte soluciones, se materialice y establezca medidas concretas. Una simple declaración que no asegure su instauración práctica, y se limite a remitir a la autorregulación, no es una solución definitiva ni adecuada.

La determinación del alcance y parámetros del derecho a la desconexión, a través de la negociación colectiva, podría llevar a encontrar soluciones heterogéneas, como por ejemplo, aquellas en las que se prohíba que el jefe contacte con los trabajadores, mientras que en otras simplemente se reconozca el derecho de estos a no contestarle, e, incluso, supuestos en los que se delimite el alcance del mencionado derecho, de forma que sea la negociación colectiva, o, en su defecto el acuerdo entre empresario y

²⁷ Véase M. SERRANO ARGÜESO, *op. cit.*, p. 183.

trabajador, la encargada de definir si leer los *e-mails* sin contestarlos es, ya, una forma de desconexión, o, si se podría considerar tiempo de trabajo leer el correo en los tiempos de desplazamiento²⁸. La lista de cuestiones al respecto es inagotable, quedando la virtualidad del derecho cuestionada. Por tanto, para evitar situaciones como estas, la configuración de un derecho de tal importancia exige ser más precisos, delimitando los márgenes de la autorregulación y estableciendo el contenido, los ámbitos subjetivo y objetivo y unas garantías mínimas a respetar.

Según el número 2 del art. 88 LOPD, «las modalidades de ejercicio de este derecho [...] se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores». Como se ve, se establece la obligación de negociar en esta materia, pero no la obligación de llegar a acuerdo. Si bien es cierto que, en el desarrollo de la negociación, los representantes y la patronal están obligados a tratar este punto, dotando de contenido a los arts. 88 LOPD y 20.bis ET, sin embargo, no están obligados a alcanzar, e incluir en el contenido mínimo del convenio resultante, ningún tipo de medida que lo reconozca y lo dote de efectividad.

El art. 85 ET, que regula el contenido mínimo del convenio colectivo, no establece la necesidad imperativa de que aquel se pronuncie y establezca medidas efectivas respecto de la desconexión digital. A diferencia de lo que ocurrió, por ejemplo, con «el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral»²⁹ (que se acordó como contenido negociable de todo convenio), el derecho a la desconexión digital no se configura como tal, como un derecho a reconocer por cualquier norma convencional. No se le otorga la protección y las garantías suficientes, al no disponerse la obligación expresa de alcanzar acuerdo, ni configurarlo como contenido mínimo de todo convenio colectivo, con independencia de la empresa y del sector.

Es verdad que el precepto 88.3 LOPD establece la obligación de la empresa de formular, previa audiencia de los representantes de los trabajadores – de haberlos –, políticas dirigidas a garantizar este derecho.

²⁸ E.E. TALÉNS VISCONTI, *op. cit.*, p. 11.

²⁹ El art. 85.1.2 ET establece, expresamente, que, «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previstos en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Esta precisión vuelve a incurrir en el mismo defecto, pues, remite a la iniciativa empresarial el desarrollo concreto de este derecho sin prever ningún tipo de garantías mínimas, con todos los riesgos que ello puede suponer. El dejar en manos del empresario su reconocimiento, desarrollo, y, por lo tanto, su efectividad, supone atribuir a aquel la gestión de un derecho del trabajador, que intentará, de una forma u otra, “modalizar” a su mejor interés, esto es, restringiendo cualquier medida, que, a su parecer, repercuta negativamente en la productividad y reputación empresarial.

Aun en el caso de que se reconociera expresamente este derecho por convenio colectivo, se plantearía una segunda cuestión criticable: la falta de previsión de sanción en caso de infracción. El desarrollo de esta crítica exige comenzar por precisar que este derecho, en el ámbito del ordenamiento laboral, no debiera recogerse en el art. 20.bis ET, en su nueva redacción, relativo a los poderes de dirección y control del empresario, sino en los preceptos 34 y siguientes, relativos a jornada ordinaria, descansos y vacaciones.

Si dicho derecho fuera reconocido en alguno de estos últimos preceptos, el incumplimiento del mismo estaría sancionado por el art. 7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en lo siguiente, LISOS)³⁰. Sin embargo, al estar recogido en el art. 20.bis ET, no se prevé ninguna sanción al respecto.

Con todo, cabe precisar que, a pesar de que el incumplimiento del derecho a la desconexión digital no esté previsto, las injerencias del empresario sobre los tiempos de descanso del trabajador no quedan sin sanción. En este sentido, si bien a la hora de sancionar al empresario que trasgrede el derecho de descanso y desconexión del trabajador, no cabe ir por la vía del incumplimiento del art. 20.bis ET, pues no se prevé sanción al respecto, sí cabe estar al art. 34 ET. En este sentido, parece que la formulación actual del derecho a la desconexión digital en el precepto 20.bis ET refuerza aquella parte de la doctrina que mantenía que era innecesario la creación de este derecho. Si para castigar el incumplimiento del derecho a la desconexión hay que estar al art. 34 ET, relativo a jornada, era totalmente innecesario su reconocimiento en otro precepto.

En definitiva, se comprueba que la formulación de este derecho con semejantes deficiencias legales, y sin sanción prevista en caso de su vulneración, conduce a un panorama poco gratificante. Si era necesario su

³⁰ Según el art. 7 LISOS, «son infracciones graves: [...] 5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 12, 23 y 34 a 38 ET».

regulación para adaptar el derecho a las nuevas necesidades, surgidas como consecuencia de la automatización de los procesos, la digitalización de los dispositivos y el uso de las nuevas tecnologías en el campo de las responsabilidades laborales y profesionales, la actual legislación no es la solución definitiva, pues son muchos los defectos en los que incurre. Un simple reconocimiento de un derecho sin ningún tipo de garantía mínima, establecida por norma con rango de ley o, al menos, por real decreto, dejando amplios márgenes a la negociación colectiva, no aporta una solución eficaz en la práctica. No obstante, cabe reconocer que se avanza en la dirección correcta.

Se ha aceptado la necesidad de una regulación nueva y adaptada, se ha regulado el derecho a la desconexión digital de todo trabajador, pero queda lo más importante: completar su configuración legal, estableciendo su ámbito objetivo, subjetivo, excepciones, posibles medidas generales a adoptar, supuestos de fuerza mayor, ámbito sancionador, etc. Una vez establecidas las líneas generales de contenido y garantías mínimas, se debería dar entrada a la negociación colectiva. La autorregulación es necesaria y acertada para adaptar un derecho general a las concretas particularidades de cada sector o empresa, pero esa remisión debe partir de las líneas generales de contenido y garantías mínimas establecidas por la ley que reconozca el propio derecho a la desconexión.

Un derecho a la desconexión que, como ya se apuntó *supra*, debiera configurarse, ya no tanto como un derecho del trabajador, sino como un deber del empresario. Un deber reconocido por norma de ley, quizá en el Estatuto de los Trabajadores, o en un texto legal de similar categoría, que garantizara la obligación del empleador de respetar los tiempos de descanso del empleado, así como su conciliación laboral y familiar, mediante el establecimiento de medidas concretas destinadas a hacer efectiva la desconexión digital. Configurado desde este punto de vista, seguramente resultaría más efectivo, respetado y práctico.

7. Conclusiones

I – La actual era tecnológica está cambiando, por completo, tanto el esquema de la típica relación laboral como su organización. Lejos queda aquella relación en la que el trabajador, dentro de las horas estrictas de jornada laboral, establecidas por el contrato, desarrollaba sus funciones en el centro de trabajo, bajo el mandato y supervisión directa del empresario.

II – Aunque la digitalización de los dispositivos, la automatización de los procesos y la introducción de nuevos medios tecnológicos facilitan y

flexibilizan, en cuanto a tiempo y espacio, el desempeño de nuestras responsabilidades profesionales, no cabe negar que, manera paralela, aquellos permiten prolongar los tiempos de trabajo con los riesgos físicos y psíquicos que ello puede generar en la salud del trabajador.

III – Dando solución a esta problemática, se procede al reconocimiento del derecho a la desconexión digital. La necesidad de semejante declaración era clara y obvia, pues el Derecho, como ámbito de la vida humana, necesita progresar, avanzar y adaptarse a los nuevos tiempos y, con ello, dar solución a los nuevos problemas.

IV – La configuración legal del referido derecho, en el art. 88 LOPD, aunque necesaria, deja muchas lagunas sin resolver, sobre todo, en lo relativo al contenido, límites y garantías de aquel. Un simple reconocimiento del derecho, sin un desarrollo legal que lo dote de sentido y significado práctico, y sin garantía alguna que lo proteja frente a cualquier posible vulneración, remitiéndose, en cuanto a ello, a la negociación colectiva, lo convierte en un derecho ineficaz y poco respetado.

V – La autorregulación juega un papel importante en nuestro ordenamiento laboral, en cuanto adapta todo derecho general a las circunstancias y condiciones particulares de cada sector y empresa; sin embargo, aquella no puede sustituir a la figura del legislador a la hora de establecer el alcance de ese derecho. En el caso analizado, tal remisión debe realizarse partiendo de una base y unas garantías mínimas establecidas por norma con rango de ley, ofreciéndole la defensa y protección que requiere como tal.

VI – Esa simple declaración de derecho, sin configuración de contenido, también se ve reflejada en su ámbito sancionador. El legislador se limita a reconocerlo sin concretarlo y sin establecer sanción en caso de vulneración, con los riesgos legales y prácticos que ello supone.

VII – Quizá el planteamiento de este derecho, aun necesario, no fue el correcto. Su reconocimiento como un derecho del trabajador sin más, sin configuración concreta, carente de ámbito objetivo y subjetivo, límites, garantías y ámbito sancionador, lo convierte en un derecho “a medias”.

VIII – Lo recomendable para el futuro sería, más que ofrecer un nuevo planteamiento que dé solución a todas las críticas manifestadas, realizar una reflexión profunda sobre la forma en la que este derecho se recoge en la Ley. Si en vez de reconocerlo como derecho del trabajador, se plasmase como deber del empresario, su eficacia práctica aumentaría. La configuración de una obligación empresarial de asegurar la desconexión de los trabajadores sería una visión acertada, por cuanto se rebajaría el nivel de responsabilidad del empleado en la gestión del derecho.

8. Bibliografía

ARAGÜEZ VALENZUELA L., *El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés*, en *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2017, n. 2, pp. 169-190

BARRIOS BAUDOR G.L., *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones*, en *Aranzadi Doctrinal*, 2019, n. 1, pp. 1-21, versión on-line BIB 2018/1479

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ I., [El Derecho a la Desconexión Digital \(Ponencia\)](https://ignasibeltran.com/), en <https://ignasibeltran.com/>, 20 noviembre 2019

GONZÁLEZ LABRADA M., *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 87, pp. 91-112

GORDO GONZÁLEZ L., *El derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 12, pp. 1-13, versión on-line BIB 2018/5500

MELLA MÉNDEZ L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y salud de los trabajadores*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16, pp. 30-52

MOLINA NAVARRETE C., [El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?](#), en [Revista de la Facultad de Derecho de México](#), 2017, tomo LXVII, n. 269, vol. 1, pp. 891-919

MOLINA NAVARRETE C., [Jornada laboral y tecnologías de la información. “desconexión digital”, garantías del derecho de descanso](#), en *Temas Laborales*, 2017, n. 138, pp. 249-283

NARANJO COLORADO L.D., *Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral*, en *Saber, Ciencia y Libertad*, 2017, vol. 12, n. 2, pp. 49-57

PAZOS PÉREZ A., *El derecho a la desconexión digital en el empleo público*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 54, pp. 262-284

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

QUÍLEZ MORENO J.M., *La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20.bis del Estatuto de los Trabajadores*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 217, pp. 1-24, versión on-line BIB 2019/1558

QUÍLEZ MORENO J.M., *Conciliación Laboral en el Mundo de las Tic. Desconectando Digitalmente*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, n. 51, pp. 305-324

SERRANO ARGÜESO M., *Always on. Propuesta para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, 2019, vol. 7, n. 2, pp. 164-191

SERRANO VILLAFANE E., *Funciones de Derecho en la sociedad cambiante de nuestros días*, en *Annuario de Filosofía del Derecho, 1973-1974*, n. 17, pp. 461-472

TALÉNS VISCONTI E.E., *La desconexión digital en el ámbito laboral. Un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva*”, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 4, pp. 1-17, versión on-line BIB 2018/8599

TOURNAUX S., *La construcción de un derecho a la desconexión en el sector público francés*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 54, pp. 117-137

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

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