

El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica¹

The right to digital disconnection in the law and in the incipient collective bargaining in Spain: the importance of its legal regulation

Miren Edurne Terradillos Ormaetxea¹

¹ Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, España; <https://orcid.org/0000-0003-4878-3983>

Resumen:

El trabajo se enfoca a responder a la cuestión de si era necesario regular un nuevo derecho de los trabajadores a la desconexión digital. Las legislaciones sobre jornada y descanso de todos los países de la Unión Europea cuentan con límites máximos de jornada y con descansos obligatorios, pero sin embargo este derecho emerge en las legislaciones de muchos países de nuestro entorno. La nueva regulación española, con ser bienvenida, presenta algunos defectos de técnica jurídica y remite su desarrollo a los sujetos negociadores y/o al empleador. Estos dos factores han actuado en contra de la eficacia del derecho. Con ser criticable la regulación actual, y planteándose algunas mejoras de sistemática que redundarían en los modestos resultados de la negociación colectiva, el trabajo llama la atención sobre algunos aspectos positivos del derecho que han podido pasar desapercibidos, y que los operadores jurídicos, y, por supuesto, el empleador, deberían contemplar. La investigación constata finalmente que la invasiva digitalización de las relaciones laborales aconseja regular debidamente este derecho.

Palabras clave: Desconexión, digital, regulación, negociación colectiva, descanso

Laburpena:

Lanak deskonexio digitalerako langileen eskubide berri bat arautzeko beharrezkoa den ala ez erantzutea du xede. Europar Batasuneko herrialde guztietako lanaldiari eta gainerakoei buruzko legeriak laneguneko gehieneko mugak eta derrigorrezko etenaldiak dituzte, baina, hala ere, eskubide hori gure inguruko herrialde askoren legeetan azaleratzen da. Espainiako araudi berriak, ongi etorria izateaz, teknika juridikoko akats batzuk aurkezten ditu eta bere garapena negoziazio kolketiboaren subjektuei eta/edo enpresaburuei aipatzen die. Bi faktore horiek legearen eraginkortasunaren aurka jokatu dute. Egungo araudia kritikoa bada ere, eta hobekuntza

¹ Proyecto de Investigación Coordinado MINECO (DER2017-83488-CU-4-R) y Grupo UPV/EHU (GIU17/059).

Correspondencia a:

Miren Edurne Terradillos Ormaetxea, Facultad de Derecho, Campus de Ibaeta
Pº Manuel de Lardizábal, nº 2, 20018 Donostia-San Sebastián, Gipuzkoa. España.
Email: edurne.terrardillos@ehu.eus

Recibido: 22-11-2019; aceptado: 23-11-2019.

ISSN 1575-7048 - eISSN 2444-5819 / © 2019 UPV/EHU



sistematiko batzuk ikusita, lanak oharkabeen igaro zitekeen zenbait atal azpimarratzen ditu. Bestalde, lanak operadore juridikoek eta, jakina, enpresaburuak, bete beharreko zenbait agindu azalartzen ditu ere bai. Azkenean, ikerketak lan harremanen digitalizazio inbaditzailearen aurrean eskubide hori arautzea iradokitzen du.

Gako-hitzak: Deskonexio digitala, araudi juridikoa, negoziatio koletiboa, atsedena

Abstract:

The work focuses on answering the question of whether it is necessary to regulate a new right of workers to digital disconnection. Legislation on working hours and rest of all the countries of the European Union have maximum working day limits and mandatory breaks, but nevertheless this right emerges in the laws of many countries around us. The new Spanish regulation, with being welcome, presents some defects of legal technique and refers its development to the collective bargaining/or the employer. These two factors have acted against the effectiveness of the law. With the current regulation being critical, and considering some systematic improvements, which would result in the modest results of collective bargaining, the work draws attention to some aspects of law that could have gone unnoticed, and that legal operators, and, of course, the employer, both should contemplate. The investigation finally confirms that the invasive digitalization of labour relations suggests regulating this right.

Keywords: Desconnexion, digitalization, legal regulation, collective bargaining, rest

1. Introducción

El factor tiempo aplicado a la jornada laboral resulta especialmente sensible a los cambios económico-sociales y a sus repercusiones jurídicas. Sin que creamos que sea procedente realizar ahora una retrospectiva de los hitos del Derecho obrero, en primer lugar, y del Derecho del Trabajo, después, en ese recorrido de alcanzar la jornada laboral de ocho horas (Espuny i Tomás, 2004: 15 y ss), es un lugar común que los abusos del Estado liberal provocaron una movilización-concienciación social tal (luddismo, maquinismo...) que el Estado decidió intervenir en la determinación de la duración máxima de la jornada laboral (López Balaguer, 2003: 409). La limitación de las horas de trabajo fue gradual hasta la aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas que, por ejemplo, constituyó el primer orden del día de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), celebrado en Washington entre octubre y noviembre de 1919. En su seno se adoptaron seis convenios y seis recomendaciones, incluyendo el Convenio nº 1 sobre la duración de la jornada de trabajo².

La adopción general de la jornada de ocho horas desencadenó en los primeros años del siglo pasado un conjunto de opiniones favorables o desfavorables, a partes iguales, sobre sus consecuencias, en tanto que se trataba de determinar los resultados económicos de las empresas y los efectos personales sobre los obreros. Entonces el ideal de la jornada de trabajo fijada en ese máximo de las ocho horas se sostenía por varias razones: si las jornadas laborales son excesivamente prolongadas, provocan que el trabajo prestado pierda calidad, y por tanto, también la obra producida, creciendo sus taras, mermas y defectos. La reducción de la jornada de trabajo coincide con un aumento de producción por hora y aunque puede verse favorecido por el perfeccionamiento de algunas máquinas, los resultados se obtienen por la veterana agilidad de los agentes que intervienen en la producción: los trabajadores aportan todas las mañanas una mayor

²http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082363.pdf (último acceso: 19 noviembre 2019).

carga de energía exista o no una prima a la producción y trabajan mejor y de una manera más responsable.

En efecto, tanto estudios de principio del siglo pasado como actuales (Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2010: 33 y ss) demuestran que los accidentes de trabajo son más frecuentes y graves cuando las jornadas son alargadas porque la fatiga disminuye la atención y la rapidez de los movimientos, multiplicando las posibilidades de daño. Cuando la jornada diaria supera las 7, 8 u 9 horas, la media de riesgo de accidente aumenta exponencialmente, sin perjuicio de que haya factores añadidos (el tipo de accidente y, quizás, el tipo de trabajo, pero también los tiempos de descanso) que contribuyan a reducir o incrementar esa media. Pero parece claro que el riesgo de accidente puede doblarse si la jornada (de 8 horas) se eleva a las 12 horas. Y lo mismo puede indicarse respecto de las jornadas computadas semanalmente. Y así, mientras que está demostrado que la exposición a jornadas muy extensas tiene un efecto directo y a corto plazo sobre los accidentes de trabajo, otros estudios demuestran empíricamente que unas jornadas muy largas repercuten directa y negativamente (relación lineal) sobre la salud, ahora a medio o a largo plazo; sin perjuicio de que factores diversos, como el tipo de trabajo, ejerzan cierta influencia en el resultado final. Sin embargo, no sólo deben computarse esos efectos directos sobre la salud sino que a éstos terminarán por añadirse los efectos indirectos de las jornadas prolongadas, entre los cuales sobresalen la reducción de la calidad de vida o la adopción de comportamientos contraproducentes (consumo de café, alcohol, tabaco, falta de ejercicio).

Actualmente, la mayor parte de los estudios demuestran que el aumento del número de horas de trabajo por semana, especialmente más allá de las 40 horas, perjudica claramente la vida familiar y/o el equilibrio entre vida y trabajo (Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2010: 36).

No se han encontrado investigaciones que examinen los efectos de la jornada sobre los hijos/as cuyos padres trabajen durante largas jornadas de trabajo, aunque es bien conocido que niños con padres que trabajan a turnos tienen menos probabilidades de alcanzar la educación superior. Tampoco hay evidencias acerca de la relación entre jornadas de trabajo extensas y escasa participación en grupos de interés social como partidos políticos, sindicatos, consejos de comunidad, etc., aunque la posible relación inversa se presenta evidente y lógica (a más horas de trabajo, menor participación social)³.

La digitalización, por otra parte, permite a los trabajadores tener fácil acceso a todos los materiales de trabajo, lo que significa que pueden trabajar independientemente del horario o de la ubicación. El hecho de que la información sea accesible en cualquier momento y en cualquier lugar también permite una respuesta más rápida a las consultas efectuadas por los clientes (Popma, 2013: 5). La Unión Europea ha dado su opinión al respecto en varias ocasiones y ha pedido a los Estados miembros que investiguen el potencial de la tecnología y promuevan la práctica inteligente del teletrabajo o trabajo a distancia (Parlamento Europeo, 2018). La Comisión Europea (2016: 27 y 28) también aboga por el pleno cumplimiento de los tiempos de descanso prescritos para los trabajadores y subraya la necesidad de respetar los acuerdos de los horarios de trabajo, e incluso aboga por el derecho de los trabajadores a no estar disponibles electrónicamente fuera del horario acordado de trabajo (Comisión Europea, 2016: 27 y 28). Los horarios de trabajo largos e irregulares, los períodos de descanso demasiado cortos y los trabajos inseguros son importantes causas del aumento del estrés, de la mala salud física y mental y del aumento del número de lesiones en el trabajo (Parlamento Europeo, 2018:25).

En efecto, muchos problemas relacionados con el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada y el llamado tecnoestrés quedan fuera del horario laboral estipulado en el contrato, y parecen estar centrados en la vida privada de los empleados. Las horas en las que un empleado

³ Véase UGT : <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=855>.

responde a correos electrónicos y/o llamadas telefónicas relacionados con el trabajo podría considerarse como tiempo de trabajo, pero las horas en las que está ‘simplemente’ disponible no pueden considerarse tiempo de trabajo.

Pues bien, todo lo expuesto hasta este momento es plenamente trasladable a la problemática actual de hiperconexión derivada de la introducción de las NTIC y de la creciente digitalización y datificación de la economía. Cambian los términos que se encargan de definir los riesgos psicosociales –otro de los ejes sobre los que pivota el derecho a la desconexión–, como los síndromes del “burnout” o del “boreout”, o aquellos que describen el estado de disposición permanente del trabajador a su trabajo, o a la red (hiperconexión). Con todo la pregunta que subyace es si debe adaptarse permanentemente el Derecho a las nuevas circunstancias o una interpretación acorde con los tiempos sería suficiente para dar solución a esta “nueva” problemática.

La hipótesis de este trabajo parte de que los actuales límites a la jornada y la obligación de descansar deberían ser suficientes para abordar los desafíos al tiempo de trabajo y el descanso que plantean las NTIC. Para entenderlo mejor, partimos de que quizás sería bastante con intensificar los controles públicos y/o sindicales sobre la legislación vigente del tiempo de trabajo. Sin embargo, la realidad jurídica nos muestra que el legislador ha adoptado otras soluciones, no sólo en España sino también en Francia o Bélgica. De conformidad con el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo «El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global»⁴, “En la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital”. El Informe parte, entonces, de que las tecnologías de la información y de la comunicación perjudican la “soberanía sobre el tiempo” de trabajo, contribuyendo a ampliar las horas de trabajo. Partiendo también de que reducir el número máximo de horas de trabajo suele redundar en la productividad de los trabajadores (Lee/Mccann/Messenger, 2009: 3), la OIT encomienda a los agentes implicados, con especial llamada al diálogo social, para que a través de esta importante herramienta se forjen acuerdos innovadores sobre la ordenación del tiempo de trabajo adaptados a los trabajadores y a los empleadores.

El trabajo que se presenta pretende profundizar en la regulación española del derecho a la desconexión en la ley y en la negociación colectiva. En otras palabras, la investigación que se propone pretende sopesar cómo debería haberse previsto el derecho a la desconexión para ser “eficaz” en línea con lo recogido en el Informe OIT sobre el Futuro del Trabajo⁵; incluso queremos explorar si debería haberse desarrollado ese derecho de forma autónoma contando como contamos con normas sobre tiempo de trabajo y descanso (Vallecillo Gómez, 2017: 167 y

⁴https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf, 2019 (p. 41), último acceso: 3 de octubre 2019.

⁵ Por otro lado, a escala comunitaria se ha planteado la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital por parte de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) en junio de 2017. La CES considera una cuestión prioritaria el establecimiento de una regulación europea común a propósito del derecho a la desconexión digital. Concretamente, el apartado tercero del documento Dialogo Social: Programa de Trabajo 2018-2020 señala al respecto que “el derecho a conectarse, el derecho a desconectarse y la cuestión de la protección de datos de los trabajadores deben abordarse conjuntamente a nivel europeo para evitar enfoques diferentes y diferentes formas de reglamentación como ya han comenzado a desarrollarse en algunos Estados miembros”.

ss)⁶. La reciente regulación del registro diario de jornada (art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores)⁷ abunda en la idea contraria a la necesidad de contar con una regulación específica sobre la desconexión; incluso en materia de riesgos laborales. La Directiva 2003/88/CE⁸ ocupará también un lugar destacado en este estudio, así como la jurisprudencia emanada en aplicación de la misma. En un apartado distinto analizaremos los convenios colectivos elaborados tras la aprobación de la nueva regulación sobre la desconexión digital, con el objetivo final de evaluar el estado actual de esta cuestión y cómo ha afectado el modelo legal en su desarrollo negociador.

Finalmente, antes de cerrar esta introducción, queremos indicar que somos conscientes de que la digitalización, con ser un tema en auge, no está presente en todos los puestos de trabajos. La segunda edición del informe sobre la brecha digital que ha elaborado el sindicato UGT revela que, a pesar de los avances, la mitad de los trabajadores no utiliza internet en su trabajo⁹.

2. El tiempo de trabajo en la legislación de la unión europea y en su jurisprudencia

Tal y como se señalaba más atrás, el tiempo de trabajo desempeña un papel fundamental en nuestra legislación laboral y es un derecho fundamental tanto en el Derecho de la Unión Europea (UE) como en el Derecho internacional del trabajo¹⁰. El equilibrio entre la vida laboral y la vida privada y la aparición del estrés debido a la flexibilidad relacionada con el trabajo están estrechamente relacionados con la legislación relativa al tiempo de trabajo. El fenómeno de la digitalización, cada vez más presente en la empresa, es otro factor que favorece la aparición de los denominados riesgos “psicosociales”. La UE afirma que todos los actores del proceso de digitalización, incluidos los empleados, deben beneficiarse de las amplias posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y que la digitalización no puede ‘tener ningún perdedor’. Una

⁶ El debate doctrinal sobre esta cuestión se bifurca entre aquellos que consideran que la normativa actual sobre tiempo de trabajo y descanso, por un lado, y la de prevención de riesgos laborales, de otro, es suficiente para preservar el derecho del trabajador a desconectarse digitalmente (por todos, Molina Navarrete, C. “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138, 2017, pp. 249 y ss), y aquellos que creen necesaria una actuación legislativa y/o vía negociación colectiva (por todos, Tascón López, R., “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y Derecho*, n.º 41, Mayo 2018 y Serrano Argüeso, M., “Always on”. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, vol. 7, núm. 2, 2019; a pesar de que el cumplimiento escrupuloso de la actual regulación jurídica sobre jornada y descansos sería suficiente, Igartua Miró M^ªT., “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 432, 2019, p. 77.

⁷ Apartado redactado conforme al artículo 10 del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo *BOE* 12 marzo).

⁸ 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.

⁹ http://www.ugt.es/sites/default/files/19_informe_22f_dia_igualdad_salarial_ok.pdf.

¹⁰ Se puede consultar en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), así como el contenido del artículo 151 TFUE, o el art. 2(1) de la Carta Social Europea y varias normas de la OIT, como se comentaba “supra”.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Gran Sala) ha hecho gala de esa condición de derecho fundamental de este derecho en concreto de la CDFUE. Entre otras, véase la STJUE Caso Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra T. S. Sentencia de 6 noviembre 2018 TJCE 2018\25, especialmente apdos. 77 y ss. Asimismo, véase Informe de la Comisión al Parlamento europeo (2010.), p. 2, citando jurisprudencia del TJUE.

política de digitalización no sólo debe aspirar a mejorar la trayectoria laboral de las personas, sino también a mejorar nuestra seguridad laboral en el sentido más amplio, como se afirma en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Pilar Europeo de Derechos Sociales y los Convenios de la OIT (Comité Económico y Social de la Unión Europea, 2018: 4).

Lo más complicado de la problemática que se aborda reside en que muchas veces la conexión del empleado se produce desde la “soberanía sobre el tiempo” que le es propio. Con todo y con eso, aunque la conexión digital extramuros del ámbito de organización y dirección de la empresa pueda también considerarse una actividad *voluntaria*, quedando fuera del ámbito de aplicación de la legislación y la jurisprudencia antes mencionadas¹¹ en referencia al horario laboral, procede preguntarse cuánto de voluntaria tiene esa acción, ya que el impulso constante a estar conectado puede ser una realidad que el trabajador no puede evitar; y, en su caso, convertirse en adicto (Vallecillo Gámez, 2018: 169 y Tascón López, 2018: 3). El debate también conduce a que nos planteemos cómo puede probar un trabajador la obligación indirecta de estar permanentemente conectado fuera del horario laboral, lo que probablemente sería una cuestión de hecho, dejando al juez que decida si eso puede ser calificado como tiempo de trabajo. Pero lo que parece estar claro es que, cualquiera que sea la realidad jurídica, es necesaria una desconexión física y mental para la recuperación y el bienestar del trabajador (Tombeur, 2018: 39).

Por lo anterior, y como se advertía al inicio de este trabajo, es menester comprobar si la normativa jurídica actual es suficiente para garantizar el derecho al descanso del trabajador.

2.1. La distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso a la luz de la Directiva sobre tiempo de trabajo, de la Carta de Derechos Fundamentales y de la jurisprudencia del TJUE

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE (la Directiva) se define el tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y el período de descanso, por exclusión, se caracteriza como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período concreto de actividad sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso. Naturaleza distinta tendrían las guardias de localización sin presencia física, que no computarían como trabajo efectivo (Martínez Yañez, 2004, 137) salvo que realmente se realice¹²; teniéndose además en cuenta que aunque “la exigencia de estar realizando “su actividad” no se puede interpretar como una actividad realizada constante y sin parar un segundo”; pudiendo “darse casos momentos en que se produzca un bajo índice de actividad o ésta se produzca con una cierta intermitencia lo que no impedirá la exigencia al trabajador de una disponibilidad actual y presente para el ejercicio de la misma” (Ezquerro Escudero, 2006: 239)¹³.

Con el objeto de lograr una mayor precisión en torno a esta materia, es pertinente traer a colación la doctrina emitida por el TJUE, en los casos SIMAP y JAEGGER, sentencias, de 3 de octubre de 2000 y de 9 de septiembre de 2003, respectivamente¹⁴. El TJUE afirma que los tres

¹¹ TJUE 21 de febrero del 2018, n. C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, Matzak.

¹² SsTJUE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, Asunto C-303/98, de 3 de octubre de 2000; y JAEGGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/02, apdos. 50 y 65, respectivamente.

¹³ Comparándolo con el trabajo en el mar.

¹⁴ Cfr. la STJUE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, Asunto C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles, de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados, decantándose el TJ por la segunda opción.

elementos característicos del tiempo de trabajo —según el artículo 2.1 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre-, esto es, el período durante el que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales—, concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios¹⁵. El tiempo de trabajo debe ser diferenciado de los “tiempo de presencia”, de los “tiempos de disponibilidad” o de los “tiempos de guardia o retén”, que en cualquier caso deben reputarse asimismo *tiempo de trabajo* conforme a la Directiva 2003/88/CE, aunque se trate de un tiempo con una naturaleza diferente (Gómez Muñoz, 1999: 119), también llamado “de subordinación” (López Ahumada, 2015: 55)¹⁶. Pero como ha subrayado la doctrina tras examinar la jurisprudencia del TJUE, este Tribunal ha negado cualquier relevancia, a efectos definitorios, a las construcciones jurídicas o jurisprudenciales nacionales en relación con el tiempo de trabajo y con el tiempo de descanso, por lo que los Estados Miembros no tienen margen de maniobra para precisar otra cosa distinta de lo definido por ese Tribunal; sin perjuicio de la aplicación lógica del principio de norma más favorable (en general, Aragón Medina, 2018).

La sentencia Matzak¹⁷ ha supuesto una importante precisión en la línea doctrinal mantenida hasta entonces por el TJUE. El caso trataba de un bombero que pretendía que se le indemnizara por los tiempos en que se hallaba a disposición del empleado, en tanto se había comprometido a estar en un margen de 8 minutos en el lugar de trabajo. Para el Tribunal, esta restricción geográfica y temporal limitaba de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales, aunque no pudo reconocer al trabajador la indemnización solicitada por no derivarse de la Directiva sobre tiempo de trabajo y, al contrario, por encuadrarse en el ámbito de los Estados miembros (art. 153.5 TFUE). La doctrina del TJUE se corrobora en esta nueva sentencia, en el doble sentido de entender que (i) no hay ninguna categoría o situación intermedia entre los conceptos de tiempo de trabajo y descanso, y de que (ii) no cabe establecer excepciones al conjunto de las obligaciones que dimanar de las categorías tiempo de trabajo y tiempo de descanso sentencia.

En consecuencia, resulta determinante analizar, en cada supuesto concreto, el nivel de limitación que tienen los trabajadores para organizar su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea apela al grado de restricción de la libertad personal del empleado en el marco de la relación laboral, resultando intrascendente la realización de una actividad profesional real “o la presencia física en el centro de trabajo” (Lahera Forteza, 2018: 43-44). Es significativa esta doctrina en el tema que nos ocupa dado que el ámbito de organización y dirección del empleador se proyecta sobre un espacio y un tiempo que no se corresponde ni con el del lugar de trabajo ni con el del horario laboral. De todos modos, resulta

¹⁵ El TJUE en su sentencia SIMAP manifestó que «el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

¹⁶ Incluso tratándose de ese híbrido entre el trabajo efectivo y el descanso, el autor citado alerta de que también en estos supuestos se tendría que respetar el descanso mínimo diario.

Para abundar en esa distinción, una reciente sentencia del TJUE de 10 marzo 2015 (asunto C266/14) ha determinado que el tiempo de desplazamiento de los trabajadores que carezcan de centro de trabajo fijo, entre su domicilio y los del primer y del último cliente del día, es también tiempo de trabajo.

¹⁷ TJUE 21 de febrero del 2018, nr. C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, Matzak.

indiscutible la proximidad del trabajador al centro de trabajo, distancia que le permite estar allí en un espacio tan corto de tiempo.

A fin de arrojar más luz sobre esta cuestión de “tiempos”, merece la pena traer a colación el caso de la ya antigua Sentencia JAEGER y KIEL¹⁸ dado que se refería a un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital. Para el Tribunal ese tiempo constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la entonces vigente Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios. Nos hallamos, pues, ante un “concepto restrictivo” (Martínez Yañez, 2004: 132) de la noción de tiempo de trabajo. En la sentencia citada (apdos. 94, 95 y 97), el Tribunal indica que durante los períodos de descanso, el trabajador debe contar con la posibilidad de abandonar su entorno laboral. La relación tiempo-lugar es pues evidente. Y sin embargo, el art. 3 de la Directiva contempla que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas”. ¿Cómo se logra en un entorno de empresa digitalizada?

Por si no fuera suficiente, el art. 5 de la norma comunitaria, al regular el descanso semanal, de 24 horas ininterrumpidas, separa éste del descanso (diario) que recoge el art. 3, “a las [24 horas] que se añadirán las 11 horas de descanso *diario* establecidas en el artículo 3”. Y su art. 6, mirando el lapso semanal, exhorta a que “la duración media de trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias por cada período de siete días”. Tal como se decía más atrás, el primer límite, que es más expreso y exhaustivo que el contemplado para el trabajo por cuenta ajena en la legislación jurídico-laboral española –aunque aquél también ha sido objeto de crítica ya que la Directiva parece anclada en el modelo fordista al formular los conceptos de tiempo de trabajo y descanso (Martínez Yañez, 2004: 143-144), no se respetaría en casos de conexión digital fuera del horario laboral y/o lugar de trabajo. Quizás, por tanto, la norma comunitaria puede ser más eficaz que la española debido a la regulación que realiza del descanso. Para reforzar esta anticipada conclusión, conviene volver a traer a colación la sentencia JAEGER del TJUE donde se declaró contraria a la Directiva una práctica consistente en acumular varios períodos de trabajo, aplazando el disfrute del correspondiente tiempo de descanso¹⁹.

Además, ha de recordarse que para el TJUE las diferentes disposiciones en materia de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia. Por ello esa regulación actúa a modo de “disposiciones mínimas necesarias para garantizar la protección de su seguridad y salud”²⁰. La jurisprudencia más reciente del TJUE no ha cambiado sobre manera aunque todavía no se han enjuiciado asuntos relacionados con la desconexión digital.

Otro paso que abundó en la desafección entre ausencia física del centro de trabajo y tiempo de trabajo es el caso TYCO²¹, sentencia que propició que la doctrina opinara que con esta sentencia se abría « una puerta para hacer una relectura de algunos tiempos considerados tradicionalmente como de no trabajo en nuestro sistema, con base fundamentalmente en la ausencia física del trabajador» (López Álvarez, 2017: 178 y Molina Navarrete, 2017: 250). Últimamente la reciente STJUE (Gran Sala)²² ha dado otro importante giro, de nuevo en el ámbito

¹⁸ STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/02.

¹⁹ Apartados 95 y 96.

²⁰ Cfr. SSTJUE BECTU, apdos. 43 y 47; Comisión/Reino Unido 7 de septiembre de 2006, C 484/04, apdo. 38 y, más concretamente, Sentencia Isere, apdo. 36, por citar algún ejemplo, aunque sigue estando vigente en la última jurisprudencia TJUE, como se demuestra en la STJUE (Gran Sala) Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra varios. Sentencia de 14 mayo 2019. TJCE 2019\90.

²¹ Tyco (TJCE 2015, 205) .

²² Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra varios. Sentencia de 14 mayo 2019.

del derecho al descanso, sentencia que en gran medida ha obligado al legislador español a introducir el conocido como “registro de jornada”. El Tribunal (apdo. 38, 40, 42), invocando su propia jurisprudencia, es contundente cuando responsabiliza a los Estados miembros –apelando al efecto útil de la Directiva- de “adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, respectivamente, de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas y, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, al que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 (sentencia de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 231), Comisión/Reino Unido, C-484/04, EU:C:2006:526, apartado 37)”. Habida cuenta de que objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88 consiste en garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su seguridad y de su salud, los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva. Pero lo que es más importante, la Gran Sala invoca el art. 31 de la Carta (apdo. 43), incrementando así el potencial de la Directiva.

No obstante, lo realmente interesante a los efectos que nos ocupan es que la Gran Sala, en la sentencia últimamente citada (apdo. 53) corrobora que existen otros medios de prueba para demostrar la extensión de la jornada laboral efectiva –de hecho, estos medios de prueba se permiten con arreglo a las normas procesales españolas- como, entre otros, “la presentación de correos electrónicos o la consulta de teléfonos móviles o de ordenadores, con el fin de proporcionar indicios de la vulneración de esos derechos e inducir así la inversión de la carga de la prueba”. Sin embargo, el propio TJUE (apdo. 54) confiesa que dichos medios de prueba, a diferencia de un sistema de cómputo de la jornada diaria efectiva, “no permiten determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal realizadas por el trabajador”.

Teniendo en cuenta la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en el caso “Matzak” (en profundidad, Aragón Medina, 2018), creemos que su argumentación jurídica beneficia a los intereses de la parte trabajadora en la lid contra la conexión digital permanente, ya que siendo cierto que la sentencia establece que el mero hecho de estar disponible no puede ser considerado como tiempo de trabajo, también lo es que (i) la disponibilidad constante impide disfrutar de un período completo de descanso y puede causar problemas relacionados con el bienestar de los empleados en el trabajo; y (ii) que los Estados deben procurar las garantías necesarias para que ese descanso ininterrumpido durante 11 horas se materialice en la práctica.

En definitiva, hasta el momento, se han mostrado dos grandes apoyos a favor de la eficacia del derecho a la desconexión digital: por un lado, la definición que la Directiva comunitaria examinada realiza del descanso. Por otro lado, el principio de interpretación conforme²³, que exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad de la Directiva y para alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta. Como también ha declarado el Tribunal de Justicia de la UE, que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar su jurisprudencia reiterada, si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva.

Para finalizar este apartado, deberá recordarse que el derecho a la limitación máxima del

TJCE 2019\90.

²³ Por todas, Sentencia de 24 de enero de 2012 (TJCE 2012, 7) D., C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia allí citada.

trabajo y el correspondiente derecho al descanso adoptaron una dimensión elocuente tras la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE al bloque del Derecho originario de la UE, vía el art. 6 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Su art. 31.2 reserva un espacio destinado a ese derecho correlativo, hecho que lo convierte en derecho fundamental, incluso con eficacia horizontal, esto es, alegable entre particulares²⁴. El TJUE ha sido categórico en relación con la proyección del derecho al descanso y la limitación de jornada declarando que “En el supuesto de que sea imposible interpretar la normativa nacional controvertida en el litigio principal en un sentido conforme con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, el órgano jurisdiccional remitente deberá, *en una situación como la del litigio principal*, asegurar, en el marco de sus competencias, la protección jurídica que resulta de dicha disposición y garantizar su pleno efecto dejando inaplicada, en su caso, la normativa nacional en cuestión²⁵.”

Se confirma, pues, que no todo el tiempo de trabajo, aunque sea así considerado, tiene la misma naturaleza, ni la misma retribución. Desde nuestro punto de vista, el problema de adaptar el tiempo de conexión digital a los parámetros del tiempo de trabajo o, en su caso, de descanso, radica no sólo en que se produce fuera del horario laboral sino también en que se solicita fuera del ámbito de organización y dirección del empresario; incluso los dispositivos de conexión pueden pertenecer al propio trabajador. Por este motivo indagaremos a continuación cuáles son las novedades que reporta la nueva regulación del derecho a la desconexión en España.

3. El reconocimiento del derecho a la desconexión digital: el modelo español de la LOPDGDD

A finales del 2018, y siguiendo el modelo francés²⁶ se reconoció legalmente la desconexión en el ámbito de la empresa y la Administración Pública mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)²⁷. El legislador decidió afrontar la necesidad de regular la realidad tecnológica en las organizaciones y lo hizo al cobijo de la Ley de Protección de Datos (Mercader Uguina, 2017), a través de la cual se modifican algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del

²⁴ Entre otras, véase la STJUE Caso Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contra TS Sentencia de 6 noviembre 2018 TJCE 2018\25, especialmente apdos. 77 y ss, donde se declara el efecto directo horizontal del art. 31.2 de la Carta.

²⁵ STJU 2018 sentencia que cita, por analogía, la sentencia de 17 de abril de 2018 (TJCE 2018, 75), E., C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 79).

²⁶ El art. 55.I.2.º L 2016-1088 introduce un nuevo apartado 7 en el artículo L 2242-8 del Código de Trabajo francés (en adelante CTF), disponiendo que la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: «7.º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección». Por otro lado, el art.2242-8 del CTF no concreta ni precisa en qué consiste el derecho a la desconexión pero asigna al empleador un rol preponderante, táctica y estratégicamente hablando, al materializar las particularidades de dicho derecho, asociado al canon de igualdad entre hombres y mujeres, y la calidad de vida en el trabajo, pues a falta de acuerdo, y previa audiencia con los representantes de los trabajadores, elaborará el empresario una política de actuación al respecto, correspondiéndole asumir los aspectos definitorios del derecho de desconexión. Sobre la regulación francesa, *vid.* Alemán Páez (2017).

²⁷ BOE 2 de diciembre de 2018.

Estatuto Básico del Empleado Público²⁸ (EBEP): concretamente se recogió un nuevo art. 20.bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁹ (ET) y se añadió la letra j bis al art. 14 del EBEP³⁰.

En cuanto a la regulación concreta, el art. 88 de la Ley 3/2018, reconoce literalmente lo siguiente:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.
2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.
3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

El citado nuevo artículo 20 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), se titula “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión y recoge el siguiente contenido: “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Es fácil visualizar que la incorporación del derecho a la desconexión en art. 20 bis del ET se efectúa mediante la técnica de la remisión a la legislación vigente en materia de protección de datos³¹. Esta integración incompleta del derecho a la desconexión en la legislación laboral va a tener bastantes consecuencias en la razonable eficacia del derecho en cuestión.

3.1. La asistemática regulación del derecho a la desconexión en la legislación española

La regulación, siquiera incompleta en la Ley orgánica 3/2018, del derecho a la desconexión ha supuesto una novedad en España. El derecho, como es sabido no se define (apdo. 1), aunque la doctrina (Fernández Orrico, 2019: 64) lo ha caracterizado como un derecho con el objetivo de evitar que el trabajador (o el empleado público) se vea sometido a la presión que puede entrañar que la empresa le siga dando instrucciones o incluso órdenes fuera de su jornada laboral. Sin

²⁸ Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. *BOE* núm. 261 de 31 de Octubre de 2015.

²⁹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. *BOE* núm. 255 de 24 de Octubre de 2015.

³⁰ El Artículo 14 j bis) EBEP prevé, entre los derechos de los empleados públicos, uno más, el derecho “A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.”

³¹ De todas formas, conforme a la Disposición Final Primera de la LOPDGDD, el art. 88, sede del derecho a la desconexión digital, tiene naturaleza de ley ordinaria

embargo, la LOPDGG sólo prevé, como se avanzaba más arriba, que “Los trabajadores y empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. La regulación de este derecho representa la bandera de la reivindicación del derecho al descanso ante la fatiga informática que padecemos cada vez más. Sin embargo, la ubicación de este derecho, en esa ley *orgánica*, resulta de alguna forma asistemática dado que, en principio, este derecho no se le reconoce al trabajador para protegerle ante un posible tratamiento de datos; al contrario, el precepto persigue preservar el derecho al descanso del trabajador y disuadirle a él y a su empleador, de que siga conectado a algún dispositivo una vez finalizada la jornada laboral; y por ende, a que se abstenga de compartir datos, sean derivados de su geolocalización, de su ordenador portátil, o del Smartphone empresarial: de ahí la alusión a la protección de su intimidad. Está claro, entonces, que el derecho se inscribe en el capítulo dedicado a la “garantía de los derechos digitales”, y que los preceptos relativos a la protección de datos no les son aplicables.

En efecto, el derecho a la desconexión, sin ser parte del haz de derechos que se hallan en el derecho a la protección de datos porque no tiene relación con los datos, ya que lo que ampara es precisamente, un espacio de desconexión y de “no datos”³², es evidente que se inscribe en la órbita de los derechos digitales (derecho ordinario). Y es también normal que el legislador de la LOPDGGDD sitúe este derecho entre los instrumentos que permiten fiscalizar la actividad laboral del trabajador. Y así, el art. 87 LOPDGGDD reconoce a los trabajadores el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; mientras que el art. 90 LOPDGGDD garantiza el derecho a la intimidad de los trabajadores ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. De ahí que para el caso de trabajadores “geolocalizados” sea todavía más necesaria la regulación de un derecho a la desconexión como el del art. 88 LOPDGGDD, aunque no sólo sea necesario este derecho para este tipo de trabajadores.

En una interpretación sistemática, por tanto, debemos entender que ante la “hiperpresencia” de lo digital en nuestras vidas, el legislador nos recuerda que la instalación de sistemas de geolocalización en dispositivos que el empleado utiliza durante sus descansos –permisos, vacaciones, etc.- o fuera de la jornada laboral, infringiría el derecho a la desconexión. De la misma forma que ha hecho falta vigorizar el derecho a la intimidad del trabajador frente al uso de tantos y tan variados dispositivos digitales, se hace necesario reforzar el derecho al descanso con este derecho a la desconexión digital.

La vinculación entre la desconexión digital y el descanso es evidente –en sus variables versiones de tiempo de descanso, permisos y vacaciones-, como también lo es su vinculación con la intimidad personal y familiar, en el sentido de que la permanente conexión interrumpe, anula o condiciona aquel espacio íntimo del trabajador. Pero una cosa es la sistemática lógica del art. 88 en la LOPDGG y otra, bien distinta es su traslación al ET. La modificación de la legislación laboral para incluir el derecho a la desconexión y para que éste adquiriera una mayor eficacia debería haberse realizado por la vía del art. 34 ET; sin descuidar que en primer lugar su referencia debería haber aparecido entre los derechos laborales de los trabajadores, en el art. 4 del texto estatutario como, de hecho, ha ocurrido en relación con los empleados públicos y cuya sistemática ha sido aplaudida por la doctrina (Rodríguez Rodríguez, 2019: 4).³³ El apdo. 5 del art. 34 recuerda que “El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. Incluso nos parece más acertado situar el derecho a la desconexión tras el apdo. 3 del art. 34 ET que, a modo de norma de derecho

³² Así, por ejemplo, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa (2015), en su Recomendación sobre protección de datos en el lugar de trabajo no se refiere al derecho a la desconexión en ninguno de sus apartados. A lo sumo, su apdo. 14.1 preserva el derecho a la vida privada de los trabajadores frente a las interferencias injustificables e irracionales: o el ado. 16.1, que recomienda adoptar cautelas añadidas ante los instrumentos que geolocalizan al empleado.

³³ Véase el art. 14 j) bis del Estatuto Básico del Empleado Público.

necesario absoluto (con las excepciones de las ampliaciones de jornada³⁴), exige que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

Es un lugar común que el ordenamiento jurídico-laboral español mejora la duración del descanso entre jornadas en comparación con la Directiva 88/2003, sobre tiempo de trabajo. Sin embargo, en relación con el sintagma temporal “en el curso de cada período de 24 horas” (art. 3 Directiva), la doctrina científica, comparándolo de nuevo con el art. 34.3 ET, ha sostenido que “precisamente, en la normación comunitaria del descanso entre jornadas aparece con mayor nitidez el carácter *diario* del reposo, cosa que no se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico cuya regulación es más abstracta” (López Ahumada, 2004: 42). En efecto, conforme a la redacción del art. 34.3 ET, en un supuesto puramente teórico, podría ser ajustada a Derecho una jornada de 18 o 20 horas, siempre que una vez finalizada ésta, descansase el trabajador/a durante doce horas hasta la siguiente; pero esas jornadas tan alargadas y concentradas no serían conformes a Derecho de acuerdo con la Directiva 2003 (Ezquerria Escudero, 2006: 253 y 255). En una lectura integrada del Derecho español y del Derecho de la Unión Europea llegaríamos a la conclusión de que el empresario debe respetar ese lapso de 12 horas de asueto entre jornadas. Esta interpretación se ha visto reforzada por la reciente regulación del registro diario de jornada (art. 34.9 ET), en virtud de la cual la empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y de finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

En nuestra opinión no ha sido muy acertado incluir en el texto estatutario (art. 20 bis), una única mención al derecho de desconexión digital junto al derecho a la intimidad y como límite del poder de dirección. Creemos que la decisión legislativa ha estado guiada por la sistemática de la LOPDGDD que ha situado el derecho a la desconexión entre otros derechos de los trabajadores que estos pueden hacer valer frente al empleador cuando están conectados. Pero el texto del art. 88 LOPDGDD no sólo recoge que el trabajador puede impermeabilizarse frente a las órdenes emanadas por el empleador en el tiempo de no trabajo, sino que procura otros fines que la sistematización en el art. 20 bis) ET no contempla.

En realidad, tal y como se anticipaba “supra”, el derecho a la desconexión, con ser bueno que aparezca registrado, se inscribe en el derecho al descanso (art. 88 LOPDGDD); incluso sin la necesidad del mencionado art. 88, los límites que procura ese precepto podrían derivarse de una lectura sistemática y teleológica de las limitaciones de jornada, el descanso, la regulación de las horas extraordinarias, etc. y de su relación con el derecho a protección de la salud. Pero si es bueno regular este derecho con medidas específicas para que el derecho no quede en papel mojado (Zamora, 2019: 2), hubiese sido más acertado integrar el derecho en la regulación sobre tiempo de trabajo y descanso. De hecho, entendemos que a esa regulación deberían acudir las partes negociadoras en aras de completar el pretendido nuevo derecho, sin olvidar la regulación de las horas extraordinarias del art. 35 ET.

Otra prueba más de la asistemática incorporación del derecho a la desconexión digital en la legislación laboral (de nuevo, art. 20 bis ET) estriba en que el art. 88.2 LOPDGDD recoge que las modalidades de ejercicio de este derecho, que serán concretadas por distintas fuentes jurídicas y, en su caso, y a modo de complemento, fuentes no jurídicas (véase “infra”), “potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar”. No es momento ahora de desarrollar la vinculación existente entre tiempo de trabajo y conciliación (Nieto Rojas, 2018 y Herraiz Pérez, 2019), sino que se pretende insistir en que hubiera sido más recomendable ubicar este derecho entre los apartados relativos a la jornada (de nuevo, art. 34 ET), donde

³⁴ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, Capítulo II.

también se prevén las distintas medidas de conciliación laboral, personal y familiar (apdo. 8, art. 34 ET).

Las limitaciones del legislador estatutario respecto de la ubicación de este derecho a la desconexión no sólo es propia de España. En Italia, por ejemplo, la regulación al derecho a la desconexión, que sí recoge referencias expresas al mismo, sólo se reconoce para determinado tipo de trabajadores. La Legge 22 maggio 2017, n° 81 titulada *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*³⁵, esto es, del trabajador autónomo no emprendedor, reconoce el derecho en cuestión en su artículo 19, exigiéndose el acuerdo entre el empleador y el trabajador³⁶.

3.2. Las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión: el rol de la negociación colectiva

El art. 88 LOPDGDD además de no definir el derecho a la desconexión aunque sería directamente exigible (Igartua Miró: 2019, 76) ha optado por un sistema de remisión de su desarrollo a la *negociación colectiva* o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En concreto, el precepto (apdo. 1) comienza expresando 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 tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Aunque la redacción ha sido duramente criticada por la doctrina (Molina Navarrete, 2017: 249 y ss) y, efectivamente, el texto pudiera haber sido más explícito, es evidente que en la relación laboral quien debe *garantizar* los derechos anudados a la desconexión digital es el empresario o, en su caso, el empleador público. Si la desconexión digital se vincula a derechos constitucionales, incluso fundamentales, como el derecho al descanso (art. 40 CE), la protección de la salud (art. 15 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18 CE), la obligación que pesa sobre la empresa y sobre la que llama la atención esta LOPDGDD es mucho más significativa e importante de lo que muchos autores han colegido. Dependerá del empleador que el derecho a la desconexión se regule de manera compartida –negociación colectiva- o unilateralmente –códigos de conducta- pero desde mi punto de vista el precepto no deja espacio para dudar de que al empleador podrá reclamársele la compensación por las horas de más trabajadas, sin perjuicio de otro tipo de indemnizaciones también exigibles, como se desarrollará a continuación.

Como se acaba de expresar, la primera fuente normativa llamada a actuar sobre el desarrollo y regulación del derecho a la desconexión es la negociación colectiva. De hecho, el apdo. 2 del precepto citado dispone que “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*

³⁵ 17G00096, (*Gazzetta Ufficiale n.135 del 13-6-2017*).

³⁶ “L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”.

los representantes de los trabajadores”. La doctrina (Fernández Orrico, 2019: 67-68) ha criticado la falta de previsión legislativa para el caso de que fracase el acuerdo, lo que seguramente restará eficacia práctica a las previsiones legales (De la Puebla Pinilla, 2019:12). Sin embargo, a nuestro entender la constatación de la falta de acuerdo debería dar lugar a la elaboración de un protocolo unilateral de la empresa (código de conducta, manual de buenas prácticas, etc.), además de que compartimos la opinión de que el de la desconexión es un “derecho subjetivo perfecto” que puede ser invocado por el trabajador aunque no se desarrolle posteriormente colectiva o individualmente (Igartua Miró, 2019: 76)³⁷. Son varias las razones que nos mueven a defender esa posición:

- Por una parte, no puede ser lo mismo a los efectos de las obligaciones empresariales que una ley recoja este derecho del trabajador a que no lo recoja, como ha ocurrido hasta la entrada en vigor de la LOPDGDD. Recuérdese, además, que este derecho debe *garantizarse* a los efectos del descanso del trabajador y de su intimidad; y por extensión al fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral y a evitar la fatiga informática (apdos. 2 y 3 del art. 88, respectivamente).

- Por otra parte, la redacción del art. 88 LOPDGDD no dista tanto de la redacción finalmente aprobada del registro de jornada (art. 34.9 ET) donde, aquí sí, se identifica nominalmente a *la empresa* a efectos de garantizar el registro diario de jornada aunque el resto de la regulación se postergue a la negociación colectiva o acuerdo de empresa; incluso, en defecto de aquéllas, el precepto estatutario citado llama, de nuevo, en defecto de las fuentes anteriores, a la “decisión empresarial”, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Esta última anotación nos mueve a pensar que la LOPDGDD, en lo que se refiere al derecho a la desconexión, no ha arbitrado una secuencia condicionada de las fuentes normativas que cita sino que, mostrando su preferencia por la negociación colectiva, permitiría la convivencia entre ésta o el acuerdo de empresa y, en su caso, los códigos de conducta o buenas prácticas o protocolos unilaterales de la empresa.

En definitiva, queremos expresar que aunque la LOPDGDD no haya arbitrado ningún mecanismo de cierre o “subsidiario” (Igartua Miró, 2019: 68) de la negociación colectiva frente a un posible fracaso, será la empleadora, más que ninguna otra persona, la más interesada en contar con un código de conducta o protocolo en relación con el tiempo de la desconexión digital y el descanso del trabajador. Conforme a los escasos pronunciamientos judiciales existentes sobre esta materia, algunos ya citados (Pazos Pérez, 2019: 4), ha de advertirse que el tiempo digital fuera del ámbito de la organización y dirección de la empresa puede –y debe– ser considerado como “horas extraordinarias”. De este modo debe entenderse, a contrario, de lo manifestado por la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016³⁸. De la sentencia interesa en este momento que el Tribunal declaró que las horas de trabajo efectuadas por el trabajador en la distancia o en su domicilio podrían ser exceptuadas de su consideración de horas extraordinarias –y de su pago- en el único caso de que la empresa hubiera establecido pautas claras sobre el tiempo de trabajo respetuoso con la regulación legal y convencional sobre la jornada y descansos. Dicha prevención empresarial debía haberse realizado en combinación con el acuerdo con

³⁷ La autora compara el derecho a la desconexión digital con el derecho a la adaptación de la jornada de trabajo. En otro sentido, y como “derecho programático” lo califica De la Casa Quesada (2019):130, “quedando su contenido concreto en cada caso al resultado de la negociación colectiva...”. De regulación incompleta “porque son meros enunciados de precisan de concreción en la práctica” lo tilda Pazos Pérez (2019): 9.

³⁸ Rec. 2229/2015.

el trabajador, y con la elaboración de instrumentos de declaración y control de ese tiempo de “desconexión” el trabajador en el interior del domicilio.

El pronunciamiento del TSJ citado no podía haber sido de otro tenor, toda vez que el propio Tribunal Constitucional, en 2003 (STC 192/2003) declaró que “la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no solo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, [...], no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aún, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza³⁹”.

A diferencia de lo que ocurre en Francia donde este derecho forma parte del “contenido obligatorio de la negociación anual” (Cialti, 2017: 173)⁴⁰, dado que el derecho se fraguó al cobijo de la negociación colectiva de los Planes de Igualdad (Alemán Páez, 2017: 25), la redacción de la ley orgánica española no invita a realizar esa interpretación ya que el apartado 3 del art. 85 ET, referido al contenido mínimo de la negociación colectiva, no ha sido modificado⁴¹. No obstante, como ya apuntábamos más arriba, creemos que el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social demandando una compensación por el exceso de horas trabajadas. Con la doctrina, consideramos que trabajar en exceso puede producir daños en la salud del trabajador por falta de descanso, por lo que el trabajador podrá reclamar además la correspondiente indemnización de daños y perjuicios por la vía civil (Pazos Pérez, 2019: 14). La prueba de la cantidad de horas trabajadas será mucho más difícil de reunir que la evidencia de que ha habido trabajo en el tiempo de la desconexión.

Lo anterior no es óbice para que el legislador hubiera sido más diligente a la hora de ordenar la jerarquía y los tiempos en los que las distintas fuentes normativas deben operar a fin de desarrollar el derecho a la desconexión digital; como también podría haber dado más protagonismo a la negociación colectiva como ha ocurrido en Francia (Cialti, 2017: 173)⁴², aunque esta vía viene reforzada por el texto del art. 91 LOPDGDD. Y así este precepto dispone que “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”. Con ser cierto que no hacía falta un precepto que facultara a la negociación colectiva a desarrollar los “derechos digitales” (Igartua Miró, 2019: 79)⁴³, por ello mismo,

³⁹ F.J. 7.

⁴⁰ Este autor que destaca que la legislación francesa otorga a la negociación colectiva un papel central en la puesta en marcha del derecho a la desconexión, lo que en España es menos claro.

⁴¹ Este artículo, por ejemplo, constata el deber de negociar, en todo caso, de 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, remitiéndose a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El apartado citado encomienda a las partes la negociación de medidas que favorezcan el principio de igualdad, por lo que, a nuestro entender, éste debería haber sido el lugar adecuado para invocar a la negociación de las garantías adicionales de los derechos digitales.

⁴² De acudir a la legislación francesa, consulta que se justifica por la evidente proximidad entre el texto de ésta y la española, observamos que el actual art. L. 2242-8-7° Code du Travail dispone que “en defecto de acuerdo, *tras la consulta del comité de empresa* o, en su defecto, de los delegados del personal, *el empleador elabora una carta*”.

⁴³ Véanse, además, los autores citados por la autora.

entendiendo que el legislador ha deseado fortalecer esta fuente, así como llamar a las partes negociadoras para que se sienten a negociar.

Con todo, la negociación, si tiene éxito, podrá ser completada por los actos unilaterales de la empresa que, de acuerdo con la jerarquía de fuentes del art. 3 ET, debería respetar lo pactado. Por el contrario, si esa vía fracasa, la regulación del derecho a la desconexión debería estar protagonizada por el empleador⁴⁴. Además, si el desarrollo del derecho a la desconexión se recoge en un convenio colectivo, es sabido que su incumplimiento podrá ser invocado ante los jueces, derecho de reacción que se unirá a la demanda en reclamación de cantidad que siempre podrá ejercer el trabajador contra la empresa hiperdigitalizada.

3.3. Breve referencia a la política interna de la empresa para prevenir la fatiga informática y a las acciones de formación de sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas

Otra de las obligaciones –sin sanción jurídica expresa en la LOPDGDD- que engendra ese derecho a la desconexión y que deberá definirse por el empresario en una política interna, son 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. La tecnofatiga puede estar originada por el exceso de información al que dan acceso las nuevas tecnologías y es capaz de provocar mareos, insomnio, dolores de cabeza, problemas digestivos y otros análogos. Además, a la larga podría desembocar en problemas relacionados con la insatisfacción laboral, depresión, estrés y otras patologías de mismo tipo (De la Casa Quesada, 2019: 121). Asimismo, la intromisión laboral en el tiempo de descanso puede producirse durante la noche, el fin de semana, los días festivos e, incluso, puede darse durante las vacaciones anuales, neutralizando los tiempos de descanso del trabajador, con grave perjuicio para su vida laboral y privada (Mella Méndez, 2016: 2 a 8).

La doctrina se ha mostrado especialmente favorable a esta regulación (Serrano Argüeso, 2019: 185 y ss) aunque, en realidad, desde el art. 12 de la Directiva del Consejo de 12 junio 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el lugar de trabajo⁴⁵, se conoce que el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y de salud y, en particular en forma de informaciones e instrucciones, con motivo de, entre otros “la introducción de una nueva tecnología”. Asimismo, es conocido que la legislación laboral⁴⁶ –y recientemente, la administrativa⁴⁷– concede permisos

⁴⁴ No debe descuidarse el importante recordatorio de que, al menos *expresamente*, en la LOPDGDD no se recogen sanciones jurídicas para el caso de que no concurra ni uno ni otro resultado. Nos referimos (i) al convenio o acuerdo o (ii) al protocolo. Con todo, coincidimos con Igartua Miró, 2019: 84, en que los tipos de infracciones recogidos en el art. 7.5 y/o 8.11 LISOS podrían ser idóneos en el caso de que el empresario no respetara el derecho al descanso o el derecho a la intimidad del trabajador, respectivamente.

⁴⁵ <https://www.boe.es/doue/1989/183/L00001-00008.pdf>

⁴⁶ El art. 23.2 d) ET se refiere a un permiso retribuido para obtener la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

⁴⁷ Art. 10 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración

retribuidos de formación aunque entre los datos que dan que pensar merece la pena destacar que el 77% de las grandes empresas y el 97% de las PYMES no dan formación TIC a sus trabajadores, o que solo el 1,6% de los españoles se haya formado en estos temas en centros educativos formales (García, 2019). Esperemos que la mención explícita a la formación en esa ley orgánica incida en una variación de los datos mostrados aunque el hecho de que esta parte de la regulación de la desconexión digital no se haya transcrito ni en el ET ni en el EBEP, ni tampoco en la LPRL en cuanto legislación específica sobre riesgos psicosociales, no invita a ser muy optimistas.

En relación con la formación en materia de salud, el ET es asimismo explícito cuando obliga al empresario (art. 19.4) a garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, *como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo*, precepto que invoca también la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, LPRL)⁴⁸, y sus normas de desarrollo, normativa que tampoco se ha modificado por la LOPDGDD.

De todas formas, se desea insistir en que el art. 88.3 LOPDGDD es muy claro cuando hace recaer en la “empresa” la obligación de elaborar una política interna sobre las modalidades del derecho a la desconexión por lo que de riesgo laboral tiene, de modo que se trataría de una “auténtica obligación impuesta a los empleadores, y judicialmente fiscalizable” (Rallo Lombarte, 2019: 2).

Por otra parte, no se entiende bien el papel que deben desempeñar los representantes de los trabajadores en este momento. La ley española escoge esta vez un derecho de interferencia del poder de dirección más intenso, por lo menos en comparación con el mero derecho de información, pero menos decisorio si lo comparamos con la necesidad del acuerdo solicitado en el apdo. 2 del art. 88 LOPDGDD. La Ley opta por la “audiencia previa”, término menos común y más extraño en el ámbito de las relaciones colectivas en España⁴⁹. De todos modos, se recordará que ya existen competencias de consulta de los *representantes de prevención* respecto del descanso [véase el art. 36.1 c) en lectura conjunta con el art. 33 LPRL], quienes por representantes específicos de prevención de riesgos⁵⁰, deberían ser los que dieran trámite al trámite de audiencia previa -y si no existieran, los propios trabajadores. Esta interpretación se efectúa a partir de una lectura

General del Estado y sus organismos públicos. BOE 1 de marzo de 2019. Entendemos que la finalidad concreta del permiso de formación para la “adaptación a las exigencias del puesto de trabajo” se correspondería con estas posibles acciones de formación.

⁴⁸ En realidad la Disposición adicional decimoséptima de la LOPDGDD prevé que se encuentran amparados en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que estén regulados, entre otras leyes, en la LPRL.

⁴⁹ Volvemos a traer a colación la regulación del registro de jornada (art. 34.9 ET) donde la obligación corresponde a la empresa. Posteriormente, la ley llama indistintamente a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa para que, en caso de ausencia de ésta, decida el empresario *previa consulta* con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Igualmente se prevé una sanción por infracción grave tipificada en el art. 7.5 LISOS cuando se incumpla dicha obligación, que se ve reforzada por la obligación que también recae sobre la empresa de conservar los registros de jornada durante cuatro años, permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁵⁰ Así lo ha confirmado la STS 24 febrero 2016, rec. 79/2015.

conjunta de los arts. 64.7 a) 2 ET⁵¹, 64.8 ET⁵² y los arts. 33 y ss LPRL⁵³; pero también a partir del objetivo del derecho a la desconexión impreso en la ley, “evitar el riesgo de fatiga informática” (art. 88.3 “in fine”). Es cierto que la LOPDGDD no establece ninguna diferenciación entre los “representantes de los trabajadores” que deben acordar con la empresa las modalidades de ejercicio del derecho y con quienes el empleador debe realizar la audiencia previa. Sin embargo, la inclusión del objetivo de “evitar la fatiga informática” en el apdo. 3 del art. 88 LOPDGDD, o las acciones de formación y de “sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” con aquel objetivo presente, conduce a interpretar, se insistirá en ello, que serán los delegados de prevención, los representantes más apropiados para acometer esas funciones que la Ley les otorga⁵⁴.

En definitiva sostenemos la misma línea mantenida hasta el momento: es acertada la referencia expresa a este derecho de prevención de la fatiga informática y a las acciones de formación, a pesar de esas obligaciones pudieran desprenderse de la actual legislación sobre riesgos laborales, siquiera a modo de “recordatorio” ya que ha mutado el contexto en el que los trabajadores sólo utilizaban las tecnologías en el ámbito laboral, y ahora su empleo se prolonga durante el tiempo de descanso.

Como conclusión a este apartado tercero, la ley orgánica apela ora a la negociación colectiva respecto de ciertas finalidades del derecho a la desconexión (esto es, el descanso y la conciliación de la vida familiar y laboral), ora a la política interna de la empresa en materia de riesgos laborales (que debería ser negociada colectivamente debido a la vinculación legal del derecho a la desconexión digital y la prevención de la fatiga informática (Baylos Grau, 2019: 158), o, en su caso materializarse en protocolos o códigos de conducta (Miñarro Yanini, 2019, 25⁵⁵).

En cualquier caso, en la recepción de este contenido por la ley ordinaria (ET), esto es en el art. 20 bis) no se ha hecho ningún otro esfuerzo de correspondencia e integración entre las normas. Es decir, el art. 20 ET es el único artículo estatutario afectado por la entrada en vigor de la LOPDGDD, con el texto que se insertaba al comienzo de este apartado. Ni se ha modificado el art. 85 ET relativo al contenido de la negociación colectiva, ni el 4 ET referido a los derechos de los trabajadores, ni, como se expresaba más arriba, los preceptos relativos a la jornada y el tiempo de descanso, ni tampoco,

⁵¹ Se recordará que el comité de empresa tiene una labor “de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19”; esto es, el precepto no se refiere a la elaboración de políticas de salud y seguridad en el trabajo.

⁵² En tanto que “Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta ley o en otras normas legales o reglamentarias”.

⁵³ Se recoge aquí la panoplia de derechos de consulta a los trabajadores, o a sus representantes específicos en el caso de existir estos, relacionados con la salud y seguridad en el trabajo, de donde podría derivarse el derecho de consulta que analizamos.

⁵⁴ La legislación francesa tampoco contempla expresamente la intervención del Comité de Higiene, de Seguridad y de las Condiciones de Trabajo a la hora de elaborar esa “carta” con el empresario, aspecto que ha llamado la atención de la doctrina, cfr. Lerouge (2017), <http://www.cielolaboral.com/francais-le-droit-a-la-deconnexion-a-la-francaise/>: 3.

⁵⁵ La autora resalta que esos códigos representan una novedad con mucha potencialidad que fue prevista ya en el reglamento europeo sobre protección de datos, que los refuerza, y posteriormente fueron incluidos en la ley (véase el art. 38 LOPDGDD).

sorprendentemente, la LPRL (Talens Visconti, 2018: 35)⁵⁶.

4. Primeros resultados negociadores de la deficiente regulación del derecho a la desconexión digital en la legislación laboral española

Comprobada la asistemática regulación del derecho a la desconexión digital en la legislación laboral, así como habiendo sido analizado el juego de las fuentes jurídicas y normativas en relación con su desarrollo, se desea ahora explorar cuál ha sido la respuesta de las partes negociadoras de los convenios colectivos, de ámbito sectorial y empresarial, y acuerdos interprofesionales acordados tras la publicación de la LOPDGDD. Es conocido que antes de la publicación de la LOPDGDD hubo algunas experiencias negociadoras de aproximación a la desconexión digital (por todos, Herraiz Pérez 2019). No se ha podido acceder a los posibles acuerdos de empresa no publicados y menos aún se han podido obtener datos de las posibles políticas internas de empresa sobre el derecho en cuestión y la prevención de la fatiga.

Por otra parte, la doctrina europea (Messenger/Otros 2017: 48 y ss) nos ha mostrado buenos ejemplos de acuerdos interprofesionales y convenios colectivos de empresa en Alemania y Francia. El convenio de BMW group, de 2014, por ejemplo, es especialmente pertinente ya que reconoce que los empleados pueden registrar su horas de trabajo fuera del horario de trabajo como tiempo de trabajo, lo que abre la posibilidad de que aquéllos reciban una compensación extraordinaria. Entre los autores españoles, Zamora (2019, 25), aboga por un sistema efectivo de control del tiempo de trabajo que permita examinar con rigor el tiempo de trabajo empleado por los trabajadores desde los distintos medios electrónicos. Según el autor citado, de lo contrario, el derecho a la desconexión no será ninguna novedad, sino una simple anécdota que correría el riesgo de quedar en papel mojado. Interesante también nos ha resultado el acuerdo interprofesional del grupo Renault (Francia) que prohibía enviar correos por la tarde y durante los fines de semana aunque, aunque esta prohibición podía ser levantada en “circunstancias excepcionales”. O el caso del convenio sectorial del aceite (oil) en Francia que protege especialmente el descanso interjornadas de 11 horas (Messenger/Otros, 2017: 48 y ss).

Sin embargo, la experiencia incipiente negociación colectiva –tanto de sector como de empresa⁵⁷– en España en relación con la desconexión digital no ha resultado especialmente positiva como puede comprobarse a continuación. Es cierto que los sujetos negociadores, incluso en relación con la prevención de la fatiga informática si se deseara, tenían la triple labor de situar el derecho a la desconexión en relación con tres parámetros: el tiempo de trabajo y el descanso, la conciliación de la vida familiar y laboral, y la salud y prevención de riesgos laborales (esta última parcela dirigida a la empresa,

⁵⁶ En opinión del autor no encontramos rastros de una hipotética desconexión digital en el articulado de esta Ley, autor que es partidario de incluir el deber de desconexión en una adaptación conjunta del ET y de la LPRL. Por ello el autor planteó la inclusión del “deber de desconexión” como obligación empresarial en los artículos 34, 37 o 38 ET, que consistiera en el debido respeto al descanso de los trabajadores y en la prohibición de enviar comunicaciones fuera de la jornada, salvo en los casos de urgente necesidad o de guardias domiciliarias que sean consideradas como tiempo de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la negociación colectiva para cada empresa o sector; modificación que debería ir acompañada de la oportuna inclusión de esta obligación entre las materias sancionables de la LISOS, lo cual no ha tenido lugar en la nueva LOPDGDD. Otros autores también han abordado el estudio de encuadrar los riesgos derivados de la conexión digital en la LPRL como De La Casa Quesada (2019): 123 y ss.

⁵⁷ Se han contabilizado 43 convenios colectivos que mencionan el derecho a la desconexión digital en sus textos tras la aprobación de la LOPDGDD (última revisión: 15 diciembre 2019).

fundamentalmente). No obstante, salvo algunas excepciones que se pondrán de manifiesto, los resultados no son los que podrían esperarse.

4.1. La asistemática regulación del derecho a la desconexión en la negociación colectiva y la escasa complementación del contenido del derecho

En una primera aproximación al contenido de los convenios colectivos que recogen el derecho a la desconexión digital, se aprecia que el ámbito empresarial o sectorial del acuerdo no garantiza un mejor y/o mayor desarrollo del derecho en cuestión. Tal y como se ha podido observar en las páginas anteriores, la LOPDGDD invoca, en genérico, a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. A la vista de la regulación legal, parecería conveniente que fuera el convenio colectivo sectorial el primero en disponer sobre el derecho a la desconexión digital; y existiendo éste, el acuerdo empresarial lo completara. En su caso, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores lo podría regular directamente de no fructificar el convenio sectorial.

Sin embargo, según hemos podido constatar, son demasiadas las veces que los convenios colectivos de sector reproducen el texto de la LOPDGDD⁵⁸, que no del Estatuto de los Trabajadores, aspecto a destacar dentro de la muy modesta actuación de la negociación colectiva respecto de este derecho: la reproducción del ET a modo de transcripción del enunciado de los derechos digitales hubiera sido lamentable. De todas formas, hay convenios colectivos que ni siquiera trasladan el texto íntegro de la LOPDGDD al ámbito del convenio, sino que recogen una breve referencia al derecho con el reiterado compromiso de impulsarlo o respetarlo en un futuro⁵⁹ o, quizás, mientras dure

⁵⁸ Resolución de 8 de agosto 2019. RCL 2019\1268, Registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, art. 16 (después del art. 15 dedicado al telerabajo); Resolución de 6 de mayo 2019. LEG 2019\5525 que dispone la inscripción y publicación del convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial (Burgos) para la actividad de oficinas y despachos (art. 31); Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021), Capítulo XV; y Resolución de 9 de julio 2019. RCL 2019\1150, que registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado (art. 72).

⁵⁹ Resolución de la Conserjería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo – Conserjería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra el Convenio Colectivo de la empresa EUI IT Global Services A.I.E. con vigencia en los términos del artículo 2 del texto convencional (art. 16). Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa red Universal de Marketing y Bookings Online, S.A., Rumbo (art. 19). Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades Vinculantes (Disposición adicional tercera). Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (art. 47). Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía (art. 84 bis). Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (GINSO), art. 78. Respecto de este convenio, llama la atención que la Asociación se reserva el derecho final de adoptar las medidas pertinentes de forma unilateral. Resolución de 6 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Grupo Aramón (Disposición adicional segunda). Resolución del Servicio Provincial de Economía, Industria y Empleo por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo para el Personal laboral de la comarca de la Jacetania (Disp. Adicional décima). Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (BO Navarra, 16 abril 2019). Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (art. 14).

la vigencia del convenio colectivo que lo recibe, donde las partes se comprometen a elaborar una guía de buenas prácticas o de buena conducta, con reglas pedagógicas enfocadas a preservar la salud de las personas⁶⁰; o a crear una comisión de trabajo⁶¹.

Es verdad que encontramos algunos ejemplos donde los textos concretan algo más el enunciado legal pero aquellos no tienen más valor añadido que ofrecer ejemplos de medios para realizar la conexión digital como los teléfonos móviles, video-llamadas, canales de mensajería o los correos electrónicos⁶². En otro orden de cosas, algún convenio colectivo exceptúa los supuestos de fuerza mayor o los supuestos en que concurren circunstancias excepcionales del derecho a la desconexión⁶³. Sin embargo, y normalmente, salvo alguna loable excepción⁶⁴, los sujetos negociadores no se toman la molestia de concretar qué debe entenderse por fuerza mayor o por esos supuestos

⁶⁰ Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (art. 47).

⁶¹ Resolución de 20 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Activa Innovación y Servicios, SAU (Disposición Adicional).

⁶² Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (art. 15); y Resolución de 8 de enero 2018. RCL 2018\70, que registra y publica el XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal (véase el Anexo III). Además, Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal, suscrito por la Asociación de Empresas del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM) y por CC OO y UGT (art. 21). Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (art. 32). Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Santander (art. 11 “in fine”). Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el deporte, S.L.U. (art. 32). Resolución de 18 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL (art. 6.2). Resolución de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 20 de agosto de 2018 por la que se publica el Convenio Colectivo de la empresa EUI Limited Sucursal en España (art. 16.10).

⁶³ Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022 (art. 41). Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de la empresa red Universal de Marketing y Bookings Online, S.A., Rumbo (art. 19). Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) (art. 85). Resolución disponiendo la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo para el Sector de abogados, procuradores y graduados sociales para el período 2019-2022 (art. 41). Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU (art. 46). Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (art. 14). Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange España, SAU (art. 23). Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange España, Comunicaciones Fijas, SLU (art. 23).

⁶⁴ Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España. SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Acuerdo de desconexión digital, Anexo XIII).

excepcionales, o de remitirse a algún ejemplo legal o del propio convenio colectivo cuando determina los tipos de horas extraordinarias, o, por lo menos, de introducir algún criterio más para que las partes negociadoras de los convenios colectivos de nivel empresarial, por ejemplo, puedan matizar algo más.

Asimismo, en relación con la política interna de la empresa y sin perjuicio de que el último responsable sea el empresario, lo cierto es que en la medida en que en dicha realización están implicados riesgos que tienen que ver con la protección de la salud, las partes pueden optar por negociarla. No obstante, son contados los convenios colectivos que mencionan el texto de la LOPDGG referido a esta cuestión⁶⁵; y menos lo que contienen reglas claras al respecto⁶⁶.

Además debe llamarse la atención sobre la mudable sistemática del derecho a la desconexión en el ámbito convencional. Cuando el derecho no es objeto de reproducción en un capítulo específico del convenio⁶⁷, se ubica en un capítulo destinado a varios apartados⁶⁸, o se incluye en capítulos más anodinos como el “Empleo y la

⁶⁵ Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) (art. 85). Resolución disponiendo la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo para el Sector de abogados, procuradores y graduados sociales para el período 2019-2022 (art. 41). Resolución de 8 de agosto 2019. RCL 2019\1268, Registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, art. 16. I Convenio colectivo de la empresa Autoamtax, S.C.A. (BO Huelva, 16 mayo 2019) (art. 26).

⁶⁶ En este sentido, destacaremos la Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (art. 32), si bien se refiere a reglas de buen uso que deberán conciliarse con las necesidades de la actividad de la Liga. En el mismo sentido, véanse la Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el deporte, S.L.U. (art. 32); la Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (art. 32); y la Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Fundación Laliga (art. 32). Resolución de 18 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Centro Farmacéutico, SL (art. 6.2).

⁶⁷ Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) y Resolución de 9 de julio 2019. RCL 2019\1150, que registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado.

⁶⁸ Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Convenio Colectivo para el Sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria, para el periodo 2019-2022; y Resolución de 6 de mayo 2019. LEG 2019\5525 que dispone la inscripción y publicación del convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial (Burgos) para la actividad de oficinas y despachos. Resolución de 8 de agosto de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades Vinculantes, donde el derecho a la desconexión se encuentra en la Disposición adicional tercera. Igual ocurre en la Resolución de 6 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción, depósito y publicación del Grupo Aramón (Disposición adicional segunda).

Contratación”⁶⁹, la Responsabilidad Social Corporativa⁷⁰, los beneficios asistenciales⁷¹ o la interpretación del convenio y la resolución voluntaria de los conflictos colectivos⁷². Son también varios los convenios que ubican este derecho entre las “Garantías digitales” o las nuevas tecnologías y la digitalización⁷³.

Es cierto que algunos convenios colectivos sitúan la desconexión en capítulos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral⁷⁴ o con el más apropiado de

⁶⁹ Resolución de 8 de agosto 2019. RCL 2019\1268, Registra y publica el Convenio colectivo estatal de perfumería y afines, art. 16 (después del art. 15 dedicado al teletrabajo). Resolución de la Dirección General de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la Institución Ferial Alicantina (IFA) (art. 26, titulado “Inviolabilidad de la persona del trabajador”).

⁷⁰ Resolución de 9 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (art. 47).

⁷¹ Resolución disponiendo la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo para el Sector de abogados, procuradores y graduados sociales para el período 2019-2022 (art. 41).

⁷² Resolución de 7 d’octubre de 2019, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de comerç i importadors d’articles fotogràfics, vídeo i so de la provincia de Barcelona per als anys 2019-2021 (art. 76). Resolución de la Dirección Territorial de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo la que se dispone el registro oficial y publicación del Convenio Colectivo de la empresa Editorial Prensa Alicantina SAU (art. 8).

⁷³ Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (cláusula 13). Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, de la Conserjería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (capítulo 13, art. 89). Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2021) (art. 85). Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (GINSO), art. 78.

⁷⁴ Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid; y Resolución de 8 de enero 2018. RCL 2018\70, que registra y publica el XVI Convenio colectivo de la empresa ONCE y su personal. Además, Resolución de 4 de julio de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector del Comercio del Metal, suscrito por la Asociación de Empresas del Comercio e Industria del Metal de Madrid (AECIM) y por CC OO y UGT. I Convenio colectivo de la empresa Autoamtax, S.C.A. (BO Huelva, 16 mayo 2019) (art. 26. De todas formas, este artículo no desarrolla este aspecto, y al contrario se enfoca a la política interna de la empresa). Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU (art. 46).

“Jornada” o “tiempo de trabajo”⁷⁵ o la seguridad y salud laboral⁷⁶. No obstante, al fin y al cabo, esta decisión variable de los negociadores no viene sino a demostrar que la asistemática regulación del derecho a la desconexión, primero en una ley dedicada al derecho a la protección datos -aunque con un capítulo X sobre “derecho digitales”, añadido en el último momento-, y después en el ET en un apartado inapropiado donde se sitúa entre el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, y el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, ha derivado en un resultado sistemático disperso y confuso.

En definitiva, los convenios colectivos publicados han dedicado poco esfuerzo y tiempo a completar lo dispuesto en la ley, si acaso a aclarar aspectos como que no pueda sancionarse al trabajador que no hagan uso efectivo de su derecho a la desconexión digital⁷⁷. Con todo, es encomiable que, en ningún caso, las partes negociadoras hayan conectado el derecho a la desconexión con la protección de datos ni tampoco con el poder de dirección del empresario.

Por acabar con este apartado, sirva el ejemplo del Acuerdo suscrito en el seno del Grupo Telefónica⁷⁸. En él se concretan los medios prohibidos de conexión en tiempo de desconexión y los protocolos de actuación durante ese tiempo, se conoce cuáles son las circunstancias excepcionales en las que el derecho pueda exceptuarse y se recoge que el tiempo de trabajo requerido fuera del contrato de trabajo podría calificarse como hora

⁷⁵ Hemos contabilizado 11 convenios de 43 que sitúan este derecho en el capítulo dedicado a Jornada y Tiempo de Trabajo. Así, Resolución de 26 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (art. 32). Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Santander (art. 11 “in fine”). Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Servicios, Infraestructuras y Mantenimiento en el deporte, S.L.U. (art. 32). Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A.U. (art. 32). Resolución de 9 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Fundación Laliga (art. 32). Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange España, SAU (art. 23). Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange España, Comunicaciones Fijas, SLU (art. 23). Resolución de 29 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo de la Conserjería de Económica, Empleo y Competitividad, sobre registro depósito y publicación del Convenio colectivo de la empresa Red Universal de Marketing y Bookings Online, S.A., Rumbo (art. 19.5). Resolución de la Conserjería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 20 de agosto de 2018 por la que se publica el Convenio Colectivo de la empresa EUI Limited Sucursal en España (art. 16.10). Resolución de la Conserjería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo – Conserjería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad por la que se registra el Convenio Colectivo de la empresa EUI IT Global Services A.I.E. con vigencia en los términos del artículo 2 del texto convencional (art. 16).

⁷⁶ Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (BO Navarra, 16 abril 2019).

⁷⁷ Así en la Resolución de 2 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, de la Conserjería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario (capítulo 13, art. 89).

⁷⁸ Resolución de 23 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica España SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informáticas y Comunicaciones de España. SAU (Anexo específico referido al Acuerdo de desconexión digital).

extraordinaria. Además el derecho a la desconexión digital se contempla como un beneficio del trabajador y no como una obligación, y por ello Telefónica no podrá sancionar disciplinariamente al trabajador. Por su parte, la conciliación de la vida familiar y laboral tiene también una cuidada presencia y dedicación en el texto. Como también tiene un lugar especial la responsabilidad sobre la información y educación de la práctica responsable de las tecnologías, que recaerá sobre un equipo y/o superiores jerárquicos de las personas trabajadoras. Por fin, la disp. undécima del Acuerdo articula un grupo de trabajo de carácter paritario entre las partes firmantes del mismo a los efectos del seguimiento y supervisión de los dispuesto en el presente acuerdo.

4.2. El modelo del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020: una propuesta para el desarrollo del derecho a la desconexión digital

Si en el apartado anterior se ha propuesto un modelo de acuerdo de empresa o grupo de empresa, el recientemente celebrado Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020⁷⁹ (el Acuerdo) tiene la virtud de abordar el derecho a la desconexión digital en distintos marcos o capítulos del texto, ya que es una realidad incontestable que dicho derecho se vincula a más de una materia laboral. El Acuerdo empieza con una Introducción donde sitúa el derecho en cuestión en el marco más amplio de la digitalización, también en el ámbito del uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Pero el derecho a la desconexión es también ubicado en el marco de la organización profesional, la formación profesional y la promoción.

Y así, por ejemplo, el apdo. e) del Capítulo IX, prevé acciones de desarrollo de competencias digitales para fomentar la adquisición y mejora de las mismas, priorizándose los colectivos con más necesidades. Asimismo, en la línea apuntada en este trabajo, en el sentido de que es necesario reorganizar la carga de trabajo que no disminuye por el mero hecho de que el trabajador desconecte, el Acuerdo conmina a la negociación colectiva sectorial a hacer “una revisión y actualización permanente de la organización profesional con el fin de adaptarla a los cambios y necesidades productivas y de la organización del trabajo”. Las partes negociadoras del Acuerdo llaman de nuevo a los negociadores de ámbitos inferiores a fin de “revisar y adaptar a las nuevas realidades profesionales emergentes, las nuevas funciones, derechos y deberes profesionales de las nuevas actividades. También, los cambios generados por la innovación tecnológica en las profesiones y puestos de trabajo”.

El derecho a la desconexión digital se aborda, específicamente en el capítulo XV dedicado al “Uso de tecnologías de la información y la comunicación” (TIC), y merece la pena reproducir su texto por la propuesta concreta que registra y que encarga a los sujetos de ámbitos negociadores inferiores:

Las organizaciones signatarias del AIC, conscientes del desarrollo tecnológico de las comunicaciones y de la necesidad de encontrar permanentemente nuevos equilibrios con el derecho a la conciliación de la vida laboral y personal, conscientes además, de las posibles distorsiones que el desarrollo de las comunicaciones provoca en el tiempo de trabajo y los usos sociales del tiempo, y de los riesgos para la salud de las personas y la obligación de prevenirlos, orientamos a que la negociación colectiva valore esta nueva realidad.

⁷⁹ Resolución TSF/2053/2018, de 4 de septiembre. LCAT 2018\376. Dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020.

Proponemos que los convenios colectivos puedan adoptar la cláusula siguiente:

Las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, a que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, lo cual comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir.

En el ámbito de la empresa, y de forma negociada con la representación legal de las personas trabajadoras, se podrá elaborar un protocolo que formalice este nuevo aspecto.

Asimismo, se pondrán en marcha actuaciones de comunicación y sensibilización, dirigidas a las plantillas y los mandos intermedios, y a la misma dirección de la empresa, sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales

Es éste un buen ejemplo de lo que los sujetos negociadores podrían hacer en ese ámbito de los acuerdos interprofesionales a los que se refiere el art. 83 ET. Ciertamente es que no se abordan todas las cuestiones que se han tratado en este trabajo pero es un modelo válido para tomarnos seriamente el derecho a la desconexión digital.

5. Conclusiones

Acabado el análisis propuesto del derecho a la desconexión digital ha quedado claro que, conforme a todas las fuentes jurídicas estudiadas, el tiempo de desconexión digital es tiempo de descanso.

Particularmente se ha destacado en este trabajo la regulación propiciada por la Directiva europea sobre tiempo de trabajo (Pazos Pérez, 2019: 14)⁸⁰. La definición que esta norma realiza del descanso, junto al principio de interpretación conforme, exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia para garantizar la plena efectividad de la Directiva y para alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta⁸¹. Como también ha declarado el Tribunal de Justicia de la UE, que la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar su jurisprudencia reiterada, si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva. Esta doctrina del TJUE apoyaría a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar las normas sobre desconexión como tiempo de descanso⁸².

A pesar de partir de otra hipótesis, nos congratulamos con la revelación del derecho a la desconexión digital en la LOPDGDD. La regulación del derecho a la desconexión es necesaria en la medida que muchas veces es el trabajador quien no puede reprimirse a contestar correos o a contestar mensajes de su empresa. El mero debate suscitado en torno a la regulación de este

⁸⁰ El autor es partidario de hacer una Directiva al respecto del derecho a la desconexión o intentar modificar una vez más la Directiva 2003/88/CE dando cobertura al derecho a la desconexión digital. Dicho reconocimiento del derecho a la desconexión digital debería ser considerado como una medida preventiva ante un posible riesgo psicosocial y psíquico para el trabajador, lo que obligará a tener en cuenta los aspectos de control de la jornada efectiva de trabajo y la prolongación de la misma en el momento de evaluar los riesgos de los diferentes puestos de trabajo de la empresa.

⁸¹ Sentencia de 24 de enero de 2012 (TJCE 2012, 7) D., C-282/10, EU:C:2012:33, apartado 27 y jurisprudencia citada.

⁸² Estamos de acuerdo con Popma (2013): 34, en que el “statu quo” actual de la digitalización salvaje está violando el objetivo y el espíritu de la Directiva de tiempo de trabajo.

derecho nos “recuerda” la necesidad de desconectarnos digitalmente una vez finalizada la jornada laboral, “educa” a los trabajadores y podría favorecer la prevención de riesgos psicosociales. Asimismo, entendemos que del mismo modo que la LOPDGDD re-posiciona el derecho a la intimidad del trabajador frente a la posible invasión de su espacio por parte de los instrumentos digitales, igualmente era procedente re-situar el derecho al descanso y a la conciliación en la era digital donde la penetración de las tecnologías en todos los espacios de la vida es tan avasalladora.

La traslación del art. 88 LOPDGG al art. 20 bis ET, si bien ha sido objeto de nuestra crítica, tiene algo positivo: preservar al trabajador a que se abstenga de compartir datos, sean derivados de su geolocalización, de su ordenador portátil, o del Smartphone empresarial; de ahí la alusión que realiza el texto estatutario a la protección de su intimidad. Sin embargo, la forma en que se ha regulado ese derecho no ha resultado eficaz, por inacabada. Por eso creemos que hubiera sido más acertado realizar un esfuerzo de sistemática completo e incluir, además, el derecho a la desconexión al hilo del derecho a la limitación de la jornada y del descanso. Tampoco pueden olvidarse las necesarias adaptaciones que requeriría la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), y que no se han realizado.

Además, hubiera sido deseable que el derecho a la desconexión se integrara en el contenido mínimo de los convenios colectivos, esto es, en el art. 85.3 ET. En cualquier caso, el resultado exitoso de un proceso de negociación colectiva no es algo que pueda garantizar el legislador aunque, con la LISOS, se podría sancionar a la empresa por no garantizar los derechos anudados a la desconexión, significativamente, el descanso y la intimidad. En el plano individual, los trabajadores también podrán acudir a la jurisdicción social en reclamación de cantidad (proceso ordinario) por haber trabajado en tiempo de desconexión. Por este motivo, es la empresa la primera y última interesada en redactar una política interna que distinga los tiempos de trabajo y de no trabajo, las posibles excepciones a la regla general con las compensaciones correspondientes, y las medidas de sensibilización de su personal (Quilez Moreno, 2018, 305 y ss)⁸³. Pero asimismo debe tenerse presente que, el derecho a la desconexión está estrechamente relacionado con la idea de la carga de trabajo (Lerouge, 2019: 66), y los convenios colectivos, principalmente del ámbito empresarial, son los instrumento idóneos para reordenar ese trabajo que usualmente se realiza en tiempos de necesaria desconexión. Expuesto en otras palabras, si un trabajador tiene que seguir conectado fuera de su jornada de trabajo es porque, probablemente, tiene asignadas unas tareas/objetivos que no pueden alcanzarse durante la misma. Por consiguiente, es posible que trabaje por encima del 100% de la cantidad de trabajo óptima vinculada a la jornada establecida.

Los acuerdos colectivos intersectoriales, como el modelo de Cataluña, podrían realizar una buena tarea, con sólo ordenar adecuadamente el derecho a la desconexión digital. Somos partidarios de que los convenios colectivos sectoriales den pautas o al menos recojan el derecho a la desconexión, dada la parquedad de la LOPDGDD. En las páginas anteriores se ha demostrado también que los convenios colectivos no han querido utilizar el potencial brindado por la ley y que se han dedicado a reproducir ésta, con contadas excepciones; si bien es positivo que hayan transcrito el texto de la ley orgánica que no ha sido reproducido en su totalidad en el Estatuto de los Trabajadores.

Otro haz de esperanza se presenta con la reciente publicación en el Diario Oficial de la UE (DOUE), de la Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Su art 4, después de llamar a los Estados miembros para que velen por que los empleadores informen a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral, exige que el empresario informe, como mínimo, si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria

⁸³ El autor realiza un estudio completo de las medidas que debería adoptar la empresa para que el derecho a la desconexión sea eficaz, desde la adopción de medidas de prevención de riesgos laborales hasta el análisis del impacto de las TIC pasando por una adecuada valoración del puesto de trabajo.

o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración (apdo. 2, 1). En palabras de Casas Baamonde (2019: 20), se tiende a una organización del trabajo no ya menos rígida y más adaptable sino imprevisible que puede hacer perder su objeto al contrato de trabajo, de modo que resulta especialmente esperanzadora la nueva Directiva citada.

En definitiva, creemos que como se ha hecho posible el registro diario de jornada -con dificultades y a la espera de la evaluación de la medida legislativa en cuestión-, se arbitrarán los sistemas eficaces de control, privados y públicos para garantizar el derecho a la desconexión. Ese escenario pasa por la intervención imperativa de los Estados, que deberían desarrollar reglamentariamente el derecho a la desconexión, y por la responsabilidad paralela de las organizaciones sindicales y empresariales; pero también del empleador en particular, especialmente en materia de prevención de la fatiga informática.

6. Bibliografía y sitografía

6.1 Bibliografía

- Alemán Páez, F. (2017) “Una aproximación conceptual, crítica contextualizadora al hilo de la Loi Travail nº. 2016-1088”, *Trabajo y Derecho*, n. 30°.
- Aragón Medina, C. (2018) “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral* n.º 9.
- Baylos Grau, A. (2019) “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivadas de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, en *Ciudad del Trabajo*, n° 14.
- Cialti, P-D., (2017) “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas laborales*, n° 137.
- De la Puebla Pinilla, A. (2019) “El trabajo de las mujeres en la era digital”, *Trabajo y Derecho*, n° 58.
- De la Casa Quesada, S. (2019) “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n° extraordinario.
- Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities (2010) *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization*. Final report 21 December.
- Espuny i Tomás, M.J. (2004) “La jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica”, *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, n° 13.
- Ezquerria Escudero, L. (2006) *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, UGT/Atelier, Barcelona.
- Fernández Orrico, F. J. (2019) “Protección de la intimidad del trabajador frente a los dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, n. 222.
- García, S., (2019) “Señales del futuro del trabajo II “, *Capital Humano*, n° 347, <https://www.smarteca.es/my->

reader/SMTD8606_00000000_20191101000003470000?fileName=content%2FT0000300767_20191015.HTML&location=pi-70.

- Gómez Muñoz, J.M. (1999) *Las jornadas especiales de trabajo*. Aranzadi, Pamplona,
- Herraiz Pérez, S. (2019) “El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, *RGDTSS*, nº 54.
- Igartua Miró M^aT. (2019) “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Trabajo y Seguridad Social* – CEF, n. 432 .
- Lahera Forteza, Jesús (2018) “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *Trabajo y Derecho*, n.º 43-44
- Lee/Mccann/Messenger (2007) *Working time around the world: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective*. Routledge, ILO. Versión en español de 2008: *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa* (Londres y Nueva York, Routledge y OIT). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104895.pdf (último acceso 20 de diciembre)
- Lerouge, L. (2017) “Le droit à la déconnexion «à la française»”, *Réseau Cielo, noticias Cielo* nº1.
- López Ahumada, J.E. (2004) *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid, Consejo Económico y Social.
- López Álvarez, M.J. (2017) “Tiempo de trabajo y derecho a vacaciones a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº. 127.
- López Balaguer, Mercedes (2003) “La ordenación del tiempo de trabajo”. *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Sempere Navarro, A.V. dir.), MTAS.
- Martínez Yañez, Nora (2004) “Tiempo de descanso y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RDS*, n.º 25.
- Mella Méndez, Lourdes (2016) *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*, LA LEY DIGITAL, n.º 1902/2016.
- Mercader Uguina, J.R. (2017) *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia,
- Molina Navarrete, C. (2017) “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138 .
- Nieto Rojas, Patricia (2018) “La flexibilidad en el tiempo y en el lugar de trabajo como elemento de mantenimiento de las trabajadoras con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo”. En: Blázquez Agudo, Eva María (dir.). *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*. Madrid, Dykinson,

- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019) *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf (último acceso 20 de diciembre)
- Pazos Pérez, A. (2019) “El derecho a la desconexión digital en el empleo público”, *RGDTSS*, n.º 54.
- Popma, J. (2013) *The Janus face of the ‘New Ways of Work’ – Rise, risks and regulation of nomadic work*, Brussels: European Trade Union Institute.
- Quilez Moreno, J.M. (2018) “Conciliación laboral en el mundo de las tic. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 51, 2018.
- Rae, J. (1900) *Latournée de Huit heures. Théorie et étude comparée de ses applications et de leurs résultats économiques et sociaux*, París, V. Giard & E. Brière, traduit par F. Stark.
- Rallo Lombarte, A. (2019) “Capítulo I. Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales”, en Rallo Lombarte, A., *Tratado de protección de datos*, <http://www.tirantasesores.com> (Documento TOL7 .218.393).
- Rodríguez Rodríguez, Emma (2019) “Capítulo 5. Derechos y deberes de los empleados públicos laborales: una aproximación general”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en el sector público*, <http://www.tirantonline.com>.
- Serrano Argüeso, Mariola, (2019) “Always on”. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, vol. 7, n.º. 2.
- Tascón López, R., (2018) “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español”, *Trabajo y Derecho*, n.º 41.
- Tombeur, B. (2018) “De Smartphone en Technostress (El teléfono inteligente y el tecnoestrés)”, *Sociale Praktijkstudies* 2018/04, Mechelen, Wolters Kluwer.
- Vallecillo Gámez, María Rosario (2017) “El derecho a la desconexión: ¿Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 408.
- Vargas Prada, S. (2015) « Resultados de una revisión sistemática sobre la influencia de las largas jornadas de trabajo en la salud de los trabajadores », *Archivos de prevención de riesgos laborales*, vol. 18, nº 1.
- Zamora, S., (2019) “Desconexión digital ¿novedad o anécdota”, *Diario La Ley*, n.º 9363.

6.2. Sitografía

- Comisión Europea (2010) Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones relativo a la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE («la Directiva sobre el tiempo de trabajo») Bruselas, 21.12.2010 COM(2010) 802 final (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0802&qid=1559288845384&from=IT> (último acceso, 20 noviembre 2019)

- Comisión Europea (2016) (Gender Equality and empowering women in the digital age (Igualdad de género y empoderamiento de las mujeres en la era digital) (2016), *Pb. C 66/44* http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0048_ES.html (último acceso, 20 noviembre 2019)
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2015) Recomendación sobre el tratamiento de datos personales en el lugar de trabajo, CM/Rec (2015)5 del CM REC 205/5, [en línea] [Consultado el 20 de noviembre de 2019]. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a
- Comité Económico y Social de la Unión Europea (2018) - Advice of the European Economic and Social Committee on EU-concepts for transition management in a digitalized labor world (Recomendación del Comité Económico y Social Europeo sobre los conceptos de la UE para la gestión de la transición a un mundo laboral digitalizado) (2018/C 367/15) del 10 de octubre del 2018, *Pb. C 367/15*, 4.1.1 y 4.1.2
- Parlamento Europeo (2018) del 13 de septiembre del 2016 relativa a la creación de condiciones del mercado de trabajo que beneficien el equilibrio entre el trabajo y la vida privada (2016/2017(INI)), *Pb.C 204/76* 13 de junio del 2018 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0338_ES.html