

# SEGURIDAD, SALUD LABORAL Y DESCONEXIÓN DIGITAL \*

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Magistrado de lo Social y Profesor asociado Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*

Universidad Autónoma de Barcelona

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Tecnología; riesgos; salud; seguridad; desconexión

En las páginas que siguen, se analizan y aportan cuatro ideas clave: a) la tecnología empleada en el trabajo genera riesgos muy diversos, incluidos los psicosociales; b) la prevención de riesgos laborales y la conciliación de la vida laboral y familiar, son las motivaciones de fondo del derecho a la desconexión digital; c) formación, negociación colectiva y políticas internas empresariales de desconexión, son las claves actuales para implementar dicho derecho; d) la doctrina judicial y la jurisprudencia empiezan a dar pautas, ciertamente tímidas todavía, para el mejor entendimiento del derecho a la desconexión digital

## ABSTRACT

**Key words:** Technology; risks; health; safety; disconnection

In the pages that follow, four key ideas are analyzed and provided: a) the technology used at work generates very diverse risks, including psychosocial ones; b) the prevention of occupational risks and the reconciliation of work and family life, are the underlying motivations for the right to digital disconnection; c) training, collective bargaining and internal corporate policies for disconnection are the current keys to implement this right; d) judicial doctrine and jurisprudence are beginning to give guidelines, certainly still timid, for a better understanding of the right to digital disconnection.

\* Este trabajo recoge la ponencia presentada al Congreso Internacional “Derechos Fundamentales, trabajo subordinado y digitalización” (octubre-noviembre de 2020), organizado por el sub-proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación, FEDER y por la Conselleria de Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital de la Generalitat Valenciana.

**ÍNDICE**

1. TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
  - 1.1. La siniestralidad laboral como telón de fondo
  - 1.2. Los riesgos ligados al uso de la tecnología
2. DESCONEJIÓN DIGITAL Y RIESGOS LABORALES
  - 2.1. El tiempo de trabajo y la salud laboral
  - 2.2. La regulación del derecho a la desconexión digital: más sombras que luces
  - 2.3. A modo de cierre: algunos ejemplos en los tribunales de justicia

**1. TECNOLOGÍA Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES****1.1. La siniestralidad laboral como telón de fondo**

La recurrente actualidad del denominado «genocidio pacífico» (soberbia expresión de GAETA defintoria del legado de siniestralidad laboral brindado por la Revolución Industrial hacia el futuro<sup>1</sup>) demuestra, a todas luces, la inepticia intelectual que se deriva de considerar a aquél ora como una reliquia histórica ligada a la decimonónica aparición del sistema de «fábrica» y sus sobradamente conocidos efectos, fruto de la industrialización y el maquinismo (en especial, explotación sistemática de las fuerzas medias -mujeres y niños-, -jornadas extenuantes, *truck system*, salarios de hambre, hacinamiento e insalubridad en los centros de trabajo)-<sup>2</sup>, ora como una rémora, obsoleta y desfasada, que sólo lastra las roderas sobre las que debe circular el anhelado progreso socio-económico e industrial.

Así, la siniestralidad laboral (entendida en sentido amplio, como daño derivado del trabajo –art. 4.3 LPRL-) subsiste y, de modo contumaz, sigue sobreviviendo a cada nuevo embate derivado de los avances, jurídicos y técnicos, en materia de PRL, siendo una lacra del ayer, del hoy y, también, del mañana. En consecuencia, no comparto la opinión de quienes valoran como inocuos los celérricos cambios del sistema productivo y los avances tecnológicos acaecidos en la deshumanizada cultura de la robótica y la informática en la que nos hallamos inmersos. Para empezar, la tecnología ya no es nueva (salvo que se pretenda confundir y fomentar una barahúnda conceptual), sino que evoluciona y es el género humano el que se va adaptando a ella, no sólo en el trabajo, sino también en la vida diaria. Deberá convenirse a continuación en que la tecnología, cuyos estandartes son la robótica y la informática, han producido sobre el trabajo

<sup>1</sup> Gaeta, L.: *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile alle origini del Diritto del Lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane-Università degli studio di Reggio Calabria, 1986, Napoli, pág. 15.

<sup>2</sup> Montalvo Correa, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 1975, pp. 103-108; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Cívitas, 1992, pp. 30-51.

humano un efecto ambivalente: por un lado, han contribuido a eliminar una buena gama de trabajos repetitivos, arriesgados y nocivos<sup>3</sup> pero, por otro y de un modo cualitativa y cuantitativamente más notable, si cabe, en términos estadísticos, han creado nuevos focos de nocividad y nuevas situaciones patológicas (por ejemplo, los efectos ligados a la utilización masiva de videoterminals, amén de las alteraciones psico-físicas ligadas al uso de técnicas nucleares y químicas)<sup>4</sup>.

En un excelente estudio reciente, se incide en la doble lectura que la robótica, como ejemplo de tecnología aplicada a los sectores productivos, está suscitando<sup>5</sup>: de un lado y en el haz o anverso, libera a los trabajadores de las actividades más “gravosas, peligrosas o tóxicas” (por ejemplo, la utilización de exoesqueletos, que permiten desarrollar trabajos con menor esfuerzo físico -máquinas móviles que el trabajador se pone encima y que, por su tecnología, le permiten mover la extremidades con más fuerza y resistencia-<sup>6</sup>, o el empleo de robots que liberan a los trabajadores de los trabajos más monótonos o repetitivos), evita que los emplead@s tengan que acceder a zonas especialmente peligrosas o con alto riesgo de exposición a sustancias contaminantes (p.e, agentes químicos o biológicos, en atmósferas explosivas, instalaciones nucleares y similares). Junto a esa valoración “amable” y positiva, coexiste otra, empero y en el envés o reverso, que no lo es tanto: los accidentes y/o incidentes causados por el robot, el riesgo de alienación y deshumanización<sup>7</sup> si la labor del trabajador quedase reducida a “supervisar” (o a “servir”, o a “seguir el ritmo”) al robot o el ritmo de trabajo excesivo a seguir que sea propio de una máquina pero no de un ser humano.

Así las cosas, no pueden ser aceptables, de la mano de la tecnología y sus efectos, explicaciones más o menos racionales (y, en todo caso, dudosamente pseudo-científicas), lecturas o posicionamientos distorsionados de la siniestralidad laboral, considerándola bien como un fenómeno lógico y natural inherente

<sup>3</sup> Ebel, K.: «Los robots industriales y el mundo del trabajo», REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT, 1/1986, vol. 105, p. 10.

<sup>4</sup> Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “Transformaciones tecnológicas y modificación de los sistemas de cualificación profesional”, REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA, 10/1986, pp. 213-214.

<sup>5</sup> Igartua Miró, M.T.: “El impacto de la robótica en el mundo laboral: nuevos retos para la seguridad y salud en el trabajo”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (Iustel), 55/2020, pp. 37-61.

<sup>6</sup> McGowan, B.: “Industrial Exoskeletons: What You’re Not Hearing”, 2018, consultado en: <https://ohsonline.com/Articles/2018/10/01/Industrial-Exoskeletons-What-Youre-Not-Hearing.aspx>

<sup>7</sup> De Stefano, V.: “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labor protection”, *Employment Working Paper*, 246/2018, OIT, Ginebra, p. 5; consultado en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_policy/documents/publication/wcms\\_634157.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_634157.pdf).

a la producción en sí misma (la competitividad, las estrategias de eficiencia económica y la productividad son variables que erosionan «justificadamente» la seguridad y salud en el trabajo<sup>8</sup>), bien como el resultado, trágico pero inevitable, de la inadaptación socioprofesional de las víctimas a las proteicas exigencias del mercado de trabajo<sup>9</sup>. La inadaptación profesional suele ser, a mi juicio, una falacia que encubre, las más de las veces, la no adopción de las decisiones de adaptación del trabajo a la persona del trabajador que al empresario (como responsable directo en su condición de «deudor de seguridad») que le corresponde tomar en relación al que se ha denominado, desde la doctrina sociológica, como entorno de trabajo, en el que se encuadran la estructura productiva, la maquinaria y las condiciones de trabajo y, sobre todo, el trabajador desarrolla su actividad laboral<sup>10</sup> y que abre la veda para la articulación de la extinción del contrato por causas objetivas (*rectius*, despido objetivo) por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, ex art. 52.b) ET. El resultado, es claro: “La robotización está provocando que muchos grupos de trabajadores, incluidos directivos de distintos niveles, estén siendo despedidos”<sup>11</sup>. Cuando la tecnología no llega a la situación extintiva (despido) por sustitución de la mano de obra (o de la inteligencia) humana, puede darse el caso de una limitación o reducción de tareas, a una intensificación del trabajo “manual” que no pueden hacer las máquinas o del trabajo con mayor presión de tiempo y de carga cognitiva, lo que puede acabar generando daños a la salud mental<sup>12</sup>.

En este punto, entra el debate, conocido (una suerte de *vexata quaestio*, pues es un tema perennemente letárgico y sólo ocasionalmente interrumpido en su adormecimiento), en derredor de si la obligación empresarial de seguridad es de medios o de resultado; parece, en el momento actual, que es más de medios (desde el punto de vista estructural del ser), aunque el óptimo sería, o así lo creo, que fuera de resultado (desde el punto de vista ontológico del deber ser), siendo posible, empero, una lectura híbrida, de modo que el nivel exigible sería el máximo razonable de prevención en función del estado de la técnica

<sup>8</sup> Apunta críticamente esta concepción, propia de tres teorías estadístico-economicistas de raigambre anglosajona (*self-interest*, *risky business* y *cost-benefit*), Moore, R.: *The price of safety: the market, workers' rights and the law*, The Institute of Employment Rights, London, 1992, pp. 5-13.

<sup>9</sup> Concepción que resume y critica, tan acertada como corrosivamente, Dassa, S.: “Trabajo asalariado y salud de los trabajadores”, *SOCIOLOGÍA DEL TRABAJO*, 7-8/1983, pp. 23-25.

<sup>10</sup> Mammoné, G.: *Igiene e sicurezza dell'ambiente di lavoro. Le norme fondamentali per il datore de lavoro, i dirigenti, i preposti e i lavoratori*, Professione Impresa, Milano, 1993, p. 2.

<sup>11</sup> Sierra Benítez, E.M.: “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, 2017, <https://www.researchgate.net/publication/319406780>.

<sup>12</sup> Rimbau Gilabert, E.: “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, *IUSLABOR* 2/2019, consultado en <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/361268>.

(art. 15.1.e LPRL, *state of the art*) y, en realidad, las obligaciones preventivas concretas pueden ser de medios (por ejemplo, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva u organización de la prevención), o de resultado (por ejemplo, facilitación de EPIs, formación preventiva, tutela de menores y maternidad, vigilancia de la salud). Por lo demás, señala el art. 14.5 LPRL que el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores, pero la inversión en PRL no es ajena, en la práctica, al análisis coste-beneficio a la hora de acotar la responsabilidad “económica” del empleador (STJUE 14 de junio de 2007, asunto C-127/05, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte).

Tecnología factible-practicable (aplicable a la PRL, pues) y coste económico de la misma, son las dos coordenadas clásicas sobre las que han cimbreado los parámetros o sistemas de referencia de las empresas en punto a articular la prevención de riesgos laborales<sup>13</sup>. Ahora bien, ya de antiguo la STS, Sala 4ª, de 11 de noviembre de 1965, Ar. 883/1966, sostuvo que “(...) *si la transformación de la industria, protección de las máquinas y establecimiento de aparatos de ventilación, resulta antieconómico para dicha industria, no por ello excluye de responsabilidad al patrono, que tiene la obligación por los preceptos legales (...) (de) asegurar la tranquilidad y la salud de sus productores*”; en parecidos términos, la STSJ Cantabria de 13 de mayo de 1991 (AS 3257) señaló que “(...) *aun en el caso no enteramente probado de que el costo fuera un obstáculo significativo, la decisión de no hacer la correspondiente inversión equivale a voluntaria creación y asunción del riesgo*” por parte del empresario; en fin, la STS, Sala de lo Penal, de 18 de enero de 1995 (Ar. 136) manifestó, en relación al cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, que “*una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de cualesquiera otros, singularmente por encima de los de contenido económico*”.

Los desarrollos esbozados pueden concluirse revisitando (y haciéndolas propias por su elocuencia, digna de encomio) las palabras de un ilustre exponente del iuslaboralismo italiano, que apuntó que la de la seguridad y salud en el trabajo es una batalla que grava nuestra conciencia con el peso de un enorme problema social irresoluto<sup>14</sup>: los elevados índices de siniestralidad laboral, tenazmente subsistentes pese a los esfuerzos invertidos de continuo en su atenuación. De ahí que deba perseverarse en la prevención de los riesgos generadores de la

<sup>13</sup> Balandi, G.G.: «Il contenuto dell’obbligo di sicurezza», QDLRI n° 14-1993, págs. 83-85.

<sup>14</sup> Smuraglia, C.: «Azione giudiziaria, pubblica amministrazione e iniziativa sindacale: verso una cultura della prevenzione», RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 7/1981, vol. XXXII, p. 501.

siniestralidad laboral, incluidos los ligados a la tecnología, como fulcro en el que apuntalar la respuesta del Ordenamiento jurídico al referido fenómeno patológico y a sus perniciosas y poliédricas secuelas.

## 1.2. Los riesgos ligados al uso de la tecnología

Escribir sobre los riesgos laborales ligados al uso de la tecnología es tarea relativamente sencilla. No sin antes advertir que, cuanto sigue, se ha redactado, en los primeros días del mes de noviembre de 2020 (en plena época de pandemia), con la esperanza de que no sean meras palabras que se congelen en el aire, transformadas en trocitos de hielo por la subrepticia cultura del positivismo a ultranza y que, de ese modo, queden bloqueadas antes de poder llegar a conocimiento de sus destinatarios<sup>15</sup>.

Por lo pronto, me refiero a agentes de riesgo tales como los ergonómicos (posturas inadecuadas, trastornos osteomusculares, fatiga visual por uso de PVD, sobrecarga de cervicales, dolor de espalda, lumbalgia), los biomecánicos (movimientos repetitivos que afectan a muñecas, dedos –pulgares, en especial-, codos –epicondilitis-, síndrome del túnel carpiano –atrapamiento de nervio mediano que afecta a pulgar, índice y medio-, tendinitis, etc.) o, como sucede en todos los trabajos (no sólo por el uso de TIC, desde luego), los ambientales (luz, ruido, humedad, temperatura). La evaluación de riesgos<sup>16</sup> y la planificación preventiva, en el marco de la obligación general de seguridad<sup>17</sup> y de la denominada “seguridad integrada” (en todas las fases de la actividad y para todos los niveles profesionales “en la empresa”), abordan y/o deben abordar el análisis preventivo adecuado y necesario frente a los mismos, para poder, después, implementar las medidas oportunas para suprimir, atenuar o reducir, cuando menos, el impacto de los mismos.

Consciente de ello, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 señaló la necesidad de estudio de los riesgos emergentes, sus causas e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores, en particular los derivados

<sup>15</sup> Tomo prestada esta gélida idea de la excelente imagen vertida por Umberto Romagnoli, en relación al debate sobre el significado del Derecho del Trabajo, recogida por dicho autor en «Weimar, ¿y después?», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta-Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1992, p. 26.

<sup>16</sup> La importancia de la misma al cobijó de la Directiva 89/391, de 12 de junio, es palmaria. A modo de ejemplo, SSTJCE de 15 de noviembre de 2001, asunto C-49/00, *Comisión vs. República Italiana* y de 7 de febrero de 2002, asunto C-5/00, *Comisión vs. República Federal de Alemania*. En España, descuellan la STS, Sala Social, de 16.2.2016 (rec. 250/2014), asunto *Caixa Banc*, a propósito de la evaluación de los riesgos psicosociales.

<sup>17</sup> Al respecto, Lozano Lares, F.: “El contenido y alcance de la obligación general de seguridad y salud”, *TRABAJO Y DERECHO*, 70/2020, pp. 1-26 (smarteca La Ley).

de las nuevas tecnologías (objetivo 3). Algo menos conocido, acaso, es el Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a las TIC en 2025 (elaborado por la Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2018), que examina el impacto en el trabajo de las tecnologías digitales, incluida la inteligencia artificial y la robótica, así como el posible impacto resultante en la seguridad y la salud en el trabajo.

¿Cuáles son los riesgos que mayor atención deben merecer en la actualidad? Sin género de duda, los psisociales. Dentro de los mismos, nos encontramos con el tecno-estrés, con el *burn out*, con la ansiedad (por ejemplo, por nomofobia -miedo irracional a no disponer de móvil-, o por “vibración fantasma” –se oye un móvil inexistente vibrar-), con la tecno-fobia (aversión a la tecnología), con la depresión por falta de interacción social (que es uno de los riesgos del trabajo a distancia), con la tecno-fatiga o *data-smog* (por ejemplo, síndrome de fatiga informativa o “infoxicación”) y con los problemas informáticos o *computer hassles* (falta de motivación, tensión, disgustos, estrés...).

Las principales demandas que pueden causar tecnoestrés son: a) la sobrecarga tecnológica, que fuerza al usuario a trabajar más o con mayor intensidad; b) la invasión tecnológica, por la que el empleado siente que su tiempo personal es invadido por demandas laborales, o siente su privacidad invadida por sistemas multivarios de control y vigilancia (geolocalización, cámaras de videovigilancia, programas informáticos de registro de jornada...); c) la tecnoinseguridad, referida a la potencial amenaza para la seguridad en el empleo que la innovación tecnológica conlleva; y d) la tecnoincertidumbre, que se refiere a los continuos cambios y actualizaciones en la tecnología<sup>18</sup>.

La conexión del riesgo psicosocial con el uso, profesional pero también personal, de la tecnología es ya un *topoi* o lugar común. La tecno-adicción o “vampirismo adictivo” (24/7 conectado) a la tecnología, se traduce en la consulta enfermiza de email o whatsapp y en la denominada “crackberry” (obsesión por usar el móvil en todo momento y lugar), por ejemplo. Si a ello anudamos el uso de la tecnología durante el tiempo de descanso y/o de ocio, pero por motivos profesionales, ya nos enfrentamos a una realidad problemática: la de los *workaholics*, que, en situación extrema y límite (exceso de trabajo y adicción al mismo como modo de vida), puede llegar a generar infartos y/o derrames cerebrales mortales (me refiero al fenómeno del *karoshi*). En consecuencia, no por sobradamente conocido entre la doctrina científica sobre los riesgos psicosociales, resulta inane recordar que estar permanentemente conectado a un dispositivo (móvil, tablet,

<sup>18</sup> Fuglseth, A. M. y Sørøbø, Ø.: “The effects of technostress within the context of employee use of ICT”, *Computers in Human Behavior*, vol. 40, 2014, pp. 161-170.

ordenador) provoca, entre otras “lindezas” para la salud, insomnio, irritabilidad, mal humor, desmotivación, agotamiento mental, falta de energía y menor rendimiento.

Al cierre de este apartado, deberá apuntarse que, como con acierto se ha indicado, cuando el trabajo es supervisado por una inteligencia artificial, puede contener algoritmos de mejora continua que podrían considerarse como un “látigo digital”, de modo que los trabajadores pueden encontrarse bajo la presión de actuar a la velocidad y con la eficiencia de la máquina, en una suerte de intensificación del trabajo que puede causar tanto lesiones físicas (por repetición de tareas, por la premura, etc.), como un nivel de demandas psicológicas elevado y no precisamente inocuo<sup>19</sup>.

## 2. DESCONEXIÓN DIGITAL Y RIESGOS LABORALES

### 2.1. El tiempo de trabajo y la salud laboral

Sin género de duda, conciliar vida laboral, personal y familiar no es sencillo. Lo primero que debe tenerse en cuenta, como con acierto se ha escrito, es que “conciliar no es trabajar menos, es trabajar diferente”<sup>20</sup>. Si asumimos esa idea, tendremos una primera herramienta sociocultural muy útil para combatir al denominado *leaveism*, esto es, a la obsesión de llevar el trabajo al día, aunque suponga trabajar fuera de horario, para no perder el puesto de trabajo o para promocionar en el mismo. En esta línea, se habla del efecto *blurring* cuando nos encontramos ante la supresión de los límites entre la vida personal y el trabajo (más allá del mero *blended* o mixtura). En clave práctica, quiere ello significar la dificultad de *much@s emplead@s* para separar la carga laboral de las responsabilidades personales y familiares, realidad que acrece con el uso de los dispositivos digitales.

A partir de lo dicho, reténgase que es idea acrisolada y hasta inveterada la de que la contratación temporal precaria supedita la aspiración del trabajador, legítima, a unas condiciones de trabajo seguras y salubres a la renovación periódica del contrato<sup>21</sup>, así como que la fijación de ritmos de trabajo y jornadas excesivas no respeta el necesario equilibrio que, mediante la fijación de períodos de

<sup>19</sup> Rimbau Gilabert, E.: “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, op. cit.

<sup>20</sup> Guerrero Vizuete, E.: “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la LO 3/2007”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO, Iustel, 51/2018, p. 288.

<sup>21</sup> Dawson, S.-Willman, P.-Bamford, M.-Clinton, A.: *Safety at work: the limits of self-regulation*, Cambridge University Press, 1988, p. 258; François, M.: «Precarité et travail. Quels effets sur les conditions d’emploi et de sécurité?», Travail, 30/ 1993-1994, pp. 37-43; Dessors, D.: «L’approche psychodynamique des répercussions de la précarité sur la santé», Travail, 30/1993-1994, pp. 63-69.

descanso adecuados, debe presidir la contraposición entre el interés empresarial de optimizar el tiempo efectivo de trabajo y el derecho a la protección de la salud del trabajador<sup>22</sup>.

Como tuve ocasión de explicar en una anterior ocasión<sup>23</sup>, en una era como la nuestra, caracterizada por el uso intenso y extenso, global y glocal, de la tecnología como realidad en la vida personal, familiar y profesional (sin que con ello esté formulando un aserto utópico ni mucho menos distópico), se activó un debate que no era, precisamente, baladí ni espurio: me refiero a si el trabajador tiene o no derecho a desconectar tecnológicamente de su prestación laboral (entendida tal desconexión como el derecho para el trabajador de no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante el tiempo de descanso<sup>24</sup>) fuera de su jornada de trabajo diaria y/o en sus períodos de descanso diario, semanal y/o anual.

Gráficamente se ha señalado que, desde hace ya tiempo la vida laboral y la vida privada ya no se concilian, sino que *se mezclan—work and home no longer balance, they blend—*<sup>25</sup>, máxime con el uso de la tecnología en ambas esferas, personal y profesional, por lo que la concreción de límites se antoja, entiendo, claramente necesaria, en especial en cuanto a si el empleador puede o no controlar tecnológicamente al empleado en ese marco temporal, por decirlo coloquialmente, extrajornada, y si ello no sólo colisiona con la vida privada del empleado (en orden a evitar lo que se ha denominado, acertadamente, la implantación en la realidad económica de una empresa panóptica<sup>26</sup>) sino, también, con su derecho laboral al descanso efectivo, que, como se ha dicho, libera para el trabajador un espacio de autodeterminación, como es el tiempo de no trabajo o el tiempo de vida privada<sup>27</sup>.

Como se ha señalado, *“El Derecho de la Unión Europea impone que los conceptos de tiempo de trabajo, descanso, tiempo de presencia y trabajo efectivo,*

<sup>22</sup> Scarponi, S.: *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 20 y ss.

<sup>23</sup> Purcalla Bonilla, M.A.: “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre”, *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, CIVITAS*, 218/2019.

<sup>24</sup> Cialti, P.H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *TEMAS LABORALES*, 137/2017.

<sup>25</sup> Ushakova, T.: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, CIVITAS* 192/2016.

<sup>26</sup> Mercader Uguina, J.R.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *RELACIONES LABORALES*, 1/2001

<sup>27</sup> Molina Navarrete, Cristóbal: “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo derecho humano a la desconexión de los trabajadores fuera de la jornada?”, *REVISTA*

*deban ser interpretados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario, para garantizar eficazmente la aplicación de la normativa y la seguridad y salud de los trabajadores*”<sup>28</sup>. No sólo eso, pues a este propósito debe recordarse que ya el art. 24 de la Declaración Universal de DDHH de 1948 reconoce el “Derecho de «toda persona» al «descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo»”; que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en su art. 7.d), reconoce “disfrute de condiciones de trabajo que aseguren, en especial, “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo”; que el CV OIT núm. 30-1930 sobre horas de trabajo en comercio/oficinas, en su art. 2 (ratificado en el año 1932), indica que “Las horas de trabajo lo son mientras «el personal esté a disposición del empleador» , **con** exclusión de «los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador» , indicando en su art. 3 que “«las horas de trabajo (...) no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día»”; que el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE indica que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales” (al respecto del descanso semanal, de interés es la lectura de la STJUE de 9.11.2017, asunto *Maio*), fijando la Directiva 2003/88 la “Duración semanal de la jornada en 48 horas, incluidas HE, en promedio anual, con período mínimo de descanso diario de 11 horas entre jornadas, descanso semanal ininterrumpido de 24 horas y permitiendo, la normativa española, jornadas especiales por sectores (RD 1561/1995, en el ámbito de la UE, de sumo interés es la STJUE 21.2.2018, asunto *Ville de Nivelles*, a propósito de las guardias domiciliarias de los bomberos) y por convenio colectivo (distribución irregular de la jornada -art 34.2 ET-).

Al compás de la espiral de argumentaciones reflejada, repárese en que la excesiva duración de la jornada laboral y la poca flexibilidad horaria son elementos que, de la mano del exceso tecnológico, perjudican a la salud. La conectividad permanente, se ha dicho, favorece la prolongación de la jornada laboral y la realización de tareas profesionales en horas inusuales y/o en tiempos muertos<sup>29</sup>. A propósito de lo indicado, entiendo que si existe tiempo de disponibilidad “tecnológica” (no desconectado), el mismo es tiempo de trabajo como una suerte de “guardia localizable”, en especial cuando después de una llamada

DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, 269 (67/2017), pp. 891-919 (<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2017.269.62482>)

<sup>28</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores a la desconexión tecnológica”, REVISTA DE JURISPRUDENCIA EL DERECHO, 2018, <https://elderecho.com/derecho-los-trabajadores-la-desconexion-tecnologica>.

<sup>29</sup> Aragón Gómez, C.: “El derecho a la desconexión digital”, ARANZADI SOCIAL, 2019, BIB 2020\7900.

se deben prestar servicios (STJUE 3.10.2000, asunto *Simap*, STJUE 21.2.2018, asunto *Ville de Nivelles*), aunque sea “desde el domicilio” del trabajador y fuera de su jornada laboral (STJUE 5.10.2004, asunto *Pfeiffer*); mientras que si hablamos de “desconexión”, dicho tiempo debe ser de descanso (sin obligación alguna para con el empleador —STJUE 9.9.2003, asunto *Jaeger*—) y no de disponibilidad tecnológica.

Por lo demás, comparto la opinión de que el telón de fondo de la preocupación sobre el reparto del tiempo trabajo y el tiempo de vida personal, es que *“Las TIC (...) suponen más trabajo empero fuera del trabajo. Primero diluyen los códigos de espacio y tiempo pues, como dije, normalizan su uso durante las veinticuatro horas a escala planetaria. (...) El tecnoglobalismo dilata expansivamente el esfuerzo cognitivo e intelectual y, al licuarse los códigos de espacio y tiempo, diluye las fórmulas materiales y jurídicas de control digital directivo. Por último, y cerrando la cuadratura del círculo, el funcionalismo tecnológico transforma un objeto físico en objeto social, y a la vez socializa un juego de dependencias socio-emocionales con la utilización compulsiva de los dispositivos móviles”*<sup>30</sup>.

El trabajo remoto o a distancia conlleva una difuminación entre tiempo de trabajo y personal, de modo que se trabaja en el tiempo libre y se atienden temas personales en horario de trabajo. Quizás por ello, el RD Ley 28/2020, de 22 de septiembre, que regula el trabajo a distancia, reconoce:

- Que la evaluación de riesgos laborales deberá tener en cuenta, en la zona habilitada para la prestación de servicios a distancia (no respecto del resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia), la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.
- Que el derecho a la desconexión digital se aplica en los mismos términos (descanso, limitaciones de jornada, formación y sensibilización, política interna, negociación colectiva. ....) que recoge la Ley 3/2018. *Nihil novum sub sole* pues, con un tenue matiz: añade que la negociación colectiva puede “modular” el derecho a la desconexión digital, lo que abre la hipótesis de que en caso de fuerza mayor o imprevistos, ceda el mismo en pro de la conexión digital fuera del horario “pactado”, bien que de modo excepcional y puntual, lo que abocará a la casuística correspondiente.

En línea de cierre, recuérdese que los arts. 13 y 14 del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, señalan: a) que deben respetarse los tiempos de disponibilidad

<sup>30</sup> Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital”, REVISTA DE TRABAJO Y DERECHO, 30/2017.

obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, sin perjuicio de que la persona que desarrolla trabajo a distancia pueda flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido; b) que el sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada. Se llama, pues, a la negociación colectiva pero, en caso de que ésta no diga nada, al menos el inicio y el final de la jornada, así como las pausas, parece necesario que queden debidamente registradas.

## **2.2. La regulación del derecho a la desconexión digital: más sombras que luces**

Señala la Nota Técnica de Prevención nº 1123 (2018) del Instituto Nacional de seguridad, salud y bienestar en el trabajo (anterior INSHT), que son positivas varias medidas en punto a afrontar, desde la PRL, la implantación de la tecnología. La primera de ellas, es la elaboración de una guía de buenas prácticas sobre el uso adecuado de las TIC; la segunda, la realización de campañas de sensibilización sobre el no uso laboral de las TIC fuera de la jornada laboral; la tercera, establecer políticas de desconexión digital para garantizar los tiempos de descanso (por ejemplo, instalando sistemas restrictivos de desconexión automática que inhabiliten la recepción y el envío de correos electrónicos fuera de la jornada laboral).

En términos políticos<sup>31</sup>, hace ya algún tiempo (BOCG-CD 7.4.2017, nº 139, serie D) que el PSOE propuso reformar la ley de Protección de Datos a través de una “enmienda de adición que incorpore, por primera vez, la garantía de los derechos digitales, entre ellos el derecho de los empleados a no tener que responder comunicaciones electrónicas fuera de su jornada legal de trabajo, garantizando así el respeto a su tiempo de descanso y vacaciones así como de su intimidad personal y familiar”<sup>32</sup>. No debe desconocerse, tampoco, la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú-Podem-En Marea, sobre el derecho a la desconexión laboral fuera del horario de trabajo (BOCG-CD, 17.3.2017, núm. 125), que pretendía evitar que “los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa”, instando al Gobierno a desarrollar una regulación legal conjuntamente con los agentes

<sup>31</sup> Barrios Baudor, G.L.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, Aranzadi Doctrinal, 1/2019.

<sup>32</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores...”, op. cit.

sociales del uso de las tecnologías de la comunicación (mensajería y correos electrónicos o dispositivos móviles) fuera de la jornada laboral con el objetivo de evitar que los trabajadores y trabajadoras puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral, utilizando los medios electrónicos de la empresa, y garantizar la seguridad y salud en el trabajo y el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y el respeto a las vacaciones de las personas trabajadoras, educando digitalmente a empresarios y empleados (entendiendo que para afrontar el estrés y el *burnout* tecnológico).

De aquellos polvos, estos lodos. La Ley 3/2018 ha regulado el derecho a la desconexión digital (que puede ser definido como el derecho de los trabajadores a desconectar del trabajo por medios digitales, una vez finalizada la jornada laboral convenida<sup>33</sup>) en los siguientes términos: se configura el derecho a la desconexión digital laboral, para garantizar a los trabajadores y empleados públicos el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones e intimidad personal y familiar. Su ejercicio se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo de empresa entre los representantes de los trabajadores (RLT) y la empresa, sin perjuicio de la elaboración de una política interna (en conexión con el art. 91 Ley 3/2018), previa consulta con la RLT, sobre 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, y en especial se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia en el domicilio del empleado, vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Los trazos gruesos de la norma, en consecuencia, responden a los parámetros de derecho comparado antedichos (y a las pautas doctrinales a modo de sugerencia de por dónde debían transitar los pasos normativos futuros, qué duda cabe), habiendo sido incorporado tal derecho, por mor de la Ley 3/2018, en el art. 14.j.bis del Estatuto Básico del Empleado Público y en el art. 20.bis del Estatuto de los Trabajadores (intitulado *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*).

¿Era necesaria una regulación?. Todo depende, como en tantas otras cuestiones del espectro jurídico, de la óptica en que se sitúe el intérprete. Hay quien ha entendido que no, porque ya existe el derecho al descanso, fundamentalmente reconocido por la Directiva 2003/88/CE, los arts. 34 a 38 ET, la STJUE 7/9/2006, C-484/04), así como a la salud laboral (LPRL, Directiva 89/391), de modo que nos encontramos ante una mera especificación o concreción del derecho al

<sup>33</sup> López Garrido, D., Serrano Pérez, M.M. y Fernández Aller, C.: *Derechos y obligaciones de los ciudadanos/as en el entorno digital*, FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, 195/2017.

descanso<sup>34</sup>, que pudiera tildarse más de “mediática” que de real y necesaria. Con mayor dureza si cabe y en sentido negativo hacia el reconocimiento del derecho en cuestión, se ha señalado que, si la desconexión digital supone que “Los trabajadores puedan apagar el móvil terminado su horario de trabajo, el derecho a no contestar llamadas o mensajes o emails de trabajo fuera del horario de trabajo ya existe”, pues “es suficiente con entender que fuera del horario de trabajo, el trabajador no tiene obligaciones laborales [e] impugnar las sanciones recibidas en caso de negativa a recibir “trabajo” fuera de la jornada”<sup>35</sup>.

Sin embargo, entendiendo perfectamente la lógica de tales argumentaciones, considero que no era superfluo, sino necesario, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital, como singular especificación tecnológica del derecho al descanso laboral recogido en el art. 31 de la CDFUE, como derecho laboral básico (art. 4 ET), conexo a la regulación del tiempo de trabajo y descanso y a la salud laboral (arts. 34 a 38 ET, art. 14, 15 y 22 LPRL). En línea de principio, “el permanente estado de conectividad laboral que permite la herramienta tecnológica, hace necesaria una cierta intervención normativa para ordenar algunos aspectos que garanticen que tal protección se va a hacer efectiva de una forma eficaz para todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo”<sup>36</sup>. Ello no es incompatible con la idea: a) de que el derecho al descanso previsto tanto en el Derecho de la UE (Directiva 2003/88/CE) como en la normativa estatal (arts. 34 a 38 ET), supone que, si los empleados están «localizables» y no responden a su teléfono móvil o a los correos en sus ordenadores fuera del horario laboral, “no se pueden calificar tales conductas como incumplimientos laborales sin que, por ende, quepa sancionarlas disciplinariamente”<sup>37</sup>; y b) de que hasta la aparición del derecho a la desconexión digital, ha sido la doctrina judicial la que ha puesto “coto” a los “excesos de conectividad por encima de la jornada ordinaria de trabajo”<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Vallecillo Gámez, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 408/2017.

<sup>35</sup> Todolí, A.: *El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*, 2017. Vid. <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>

<sup>36</sup> Tascón López, R.: “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *TRABAJO Y DERECHO*, 41/2018.

<sup>37</sup> Moreno González-Aller, I.: “El derecho de los trabajadores...”, *op. cit.*

<sup>38</sup> Talens Visconti, E.E.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *INFORMACIÓN LABORAL*, 4/2018.

Sostengo, en este sentido, la necesidad de establecer parámetros para limitar el uso laboral de las herramientas tecnológicas por razones, en especial de salud laboral, de ahí que, entiendo, deba ser bienvenida la regulación operada por la Ley 3/2018, por parca o genérica, como se dirá, que ésta sea en ocasiones. Como gráficamente se ha escrito, “*Se atribuye a “Les Luthiers” una frase que reza: “La esclavitud no se abolió; se cambió a 8 horas diarias”. No es arriesgado en estos momentos añadir a la misma que “luego vinieron las TICs, y volvimos a la esclavitud”. Los trabajadores perciben que no existe una “desconexión” con el trabajo, el cual se convierte en una ocupación 24/7, cuando no se aprovechan las vacaciones para sacar adelante todos esos proyectos y temas pendientes que no pudieron resolverse en la oficina por falta de tiempo*”<sup>39</sup>.

La Ley 3/2018 ha regulado el derecho a la desconexión digital laboral, para garantizar a los trabajadores y empleados públicos (curiosa diferenciación, por cierto y más allá de la voluntad de disipar cualquier género de duda al respecto, pues tan emplead@s son un@s como otr@s) el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones e intimidad personal y familiar. Su ejercicio se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo de empresa entre los representantes de los trabajadores (RLT) y la empresa, sin perjuicio de la elaboración de una política interna (en conexión con el art. 91 Ley 3/2018) por parte del empleador, previo derecho de audiencia con la RLT, sobre 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, y en especial 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.

Los trazos gruesos de la norma, en consecuencia, responden a los parámetros de derecho comparado (Francia, en especial –Ley 2016/1088, de 8.8.2016, vigente desde el 1.1.2017-, con sus problemas también “importados” –inexistencia de sanciones administrativas en caso de incumplimiento empresarial<sup>40</sup>, como *punctum dolens*-) y a las pautas doctrinales a modo de sugerencia de por dónde debían transitar los pasos normativos futuros, qué duda cabe, habiendo sido incorporado tal derecho, por mor de la Ley 3/2018, en el el art. 14.j.bis del Estatuto Básico del Empleado Público y en el art. 20.bis del Estatuto de los

<sup>39</sup> Quílez Moreno, J.M.: “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 51/2018.

<sup>40</sup> Ray, J.E.: “Grande accélération et droit à la déconnexion”, DROIT SOCIAL, 11/2016.

Trabajadores (intitulado *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión*).

De esta suerte, forma parte del derecho a la desconexión digital una dualidad ínsita<sup>41</sup>: el derecho a no ser contactado por parte de la empresa (deber de abstención) y el de no responder a dichas comunicaciones, caso de producirse (derecho a desatender).

En cuanto a las pautas doctrinales antedichas, se señalaron, en esencia, dos: que bastaba el reconocimiento del derecho a la desconexión digital y la remisión a la negociación colectiva para la concreción aplicativa, peculiaridades incluidas<sup>42</sup>. En suma, la Ley 3/2018, configura el derecho a la desconexión digital laboral, en clave de tiempo de descanso, salud e intimidad personal y familiar; remite a la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo de empresa (más protocolo interno posterior, con mera audiencia a la RLT, como se dijo) sobre las modalidades de ejercicio (se habla de toque de queda, de siesta digital, de bloqueo...) del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que eviten el riesgo de fatiga informática; finalmente, preserva el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización, total o parcial, del trabajo a distancia, en especial en el domicilio del empleado, vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

¿Es tal regulación suficiente?. Parece que no (de ahí que se diga que hay más sombras que luces en la misma), pues fiar a la negociación colectiva la concreción del derecho es arriesgado, aunque legítimo<sup>43</sup>, por mucho que se conozcan ya algunas experiencias (a partir del CC de Axa, filial de una matriz francesa, que excepciona del derecho a la desconexión digital los caso de fuerza mayor o de circunstancias excepcionales, en una línea de tendencia que ha sido seguida por otra normas convencionales).

Un ejemplo más reciente es el del Acuerdo de Registro de Jornada en el sector de la banca (BOE 4-2-2020), que regula el derecho a no atender, sin sanción alguna ni perjuicio en la evaluación o en la promoción profesional, dispositivos

<sup>41</sup> Igartua Miró, M.T.: “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”, REVISTA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (CEF), 432/2019.

<sup>42</sup> Tascón López, R.: “El derecho de desconexión...”, op. cit.

<sup>43</sup> Un análisis del estado de la negociación colectiva al respecto, en Ruiz González, C.: “La desconexión digital como garantía y herramienta de conclusión de la jornada laboral: su necesaria concreción en tiempo de COVID19”, REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO-Iustel, 56/2020; y en Terradillos Ormaetxea, M.E.: “El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva”, LAN HARREMANAK, 42/2019.

digitales fuera de la jornada de trabajo diaria, ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones. Dicha regla general presenta, como excepción, el “grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio”, cuya urgencia requiera de la adopción de “medidas especiales o respuestas inmediatas”. Como puede apreciarse, margen de maniobra se reservan las empresas del sector. Finalmente, dicho acuerdo indica que se programarán respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando al *sustitut@*; o que las convocatorias (con antelación suficiente) de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, etc. se harán dentro de la jornada ordinaria, señalando en aquellas la hora de inicio y finalización, aportando previamente la documentación que vaya a ser tratada.

No debemos permitir, por lo tanto, que los dogmas del dato jurídico-positivo de la Ley 3/2018 se impongan sobre la construcción dogmática, pues de otro modo el debate sobre la regulación legal del derecho a la desconexión digital sería, en gran medida, de resultado estéril. Así y doctrinalmente, ya se propuso la inclusión, antes de la Ley 3/2018, de cláusulas convencionales relativas al cierre automático de los servidores de correo una vez finalizado el horario de trabajo y hasta el inicio del mismo al día siguiente, al establecimiento de periodos horarios en los que se prohíba el envío de correos electrónicos entre *emplead@s*, a la recepción de nota recordatoria del derecho a la desconexión en los correos electrónicos, a concienciar a los empleados en la reducción del envío de correos electrónicos—vía formación obligatoria, por ejemplo en el marco de la prevención de riesgos laborales psicosociales—, y a evitar incluir en copia a personas que no están directamente relacionadas con el asunto de la comunicación<sup>44</sup>. Recientemente, con acierto a mi juicio, se ha subrayado la debilidad del planteamiento normativo que fija la desconexión digital como derecho del trabajador y no como obligación del empleador, anudando a la misma la sanción correspondiente por su incumplimiento. A ello se ha añadido que hubiera sido muy necesario que el legislador indicara que, a falta de RLT, se pudiera constituir una comisión ad hoc, como sucede en otras materias laborales, de 3 empleados, que pudieran negociar el acuerdo de empresa “supletorio” de la negociación colectiva (aunque entiendo que puede ser también suplementario –mejora- o complementario –regulador de

<sup>44</sup> Pareja Frade, C.: *El derecho a la desconexión digital en España: un aspecto a negociar*, 2017. *Vid.* <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/el-derecho-a-la-desconexion-digital-en-espana-un-aspecto-a-negociar>

cuestiones no previstas- del convenio colectivo), pero no ha sido tal la previsión normativa<sup>45</sup>.

*¿Quid iuris?* Si no hay convenio ni acuerdo de empresa, procede el protocolo (a modo de “Código de conducta”) elaborado por la empresa con la simple “audiencia” de la RLT, pero ¿y si no hay RLT?. La duda es palmaria, por lo que bueno sería que la propia negociación colectiva indicara que, en empresas en las que no haya RLT, se pudieran crear comisiones ad hoc de 3 emplead@s, como se avanzó. Es verdad, con todo, que algunas empresas, como Volkswagen (bloqueo de acceso a comunicaciones corporativas vía móvil de 18.15 h. a 7 h.), Ikea (derecho de los trabajadores a no responder comunicaciones por cualquier canal -correo electrónico, teléfono, whatsapp...- fuera del horario laboral), Daimler (software que eliminaba automáticamente todos los correos electrónicos recibidos durante las vacaciones de los trabajadores, con la respuesta automática *Mail on Holiday* y la indicación del e-mail de otro empleado que no estuviera de vacaciones) o BMW (regulación colectiva del trabajo móvil conectado a una red —*vernetzte Mobilarbeit*— con derecho a “no estar disponible” salvo que se trate de “tiempo de disponibilidad” pactado dentro de la jornada ordinaria) han implantado desde hace algún tiempo políticas de desconexión que pueden servir de pauta a los futuros protocolos internos.

Sumamente importante, también, es tener en cuenta lo que dice el Acuerdo Marco Europeo sobre la digitalización del trabajo (23-6-2020), que fija criterios dirigidos a la negociación colectiva y a los legisladores de los Estados miembros, que deberían ser tomados en cuenta:

- Adoptar las medidas de formación y de sensibilización sobre los riesgos vinculados a la digitalización del trabajo.
- Hacer respetar las reglas relativas al tiempo de trabajo incluyendo el teletrabajo y el trabajo móvil.
- Clarificar las políticas y/o las reglas establecidas sobre el uso de las herramientas digitales durante el tiempo de trabajo.
- Obligar a la dirección a crear una cultura que evite los contactos fuera de las horas de trabajo.
- Evaluar la carga de trabajo (en especial, de la “fatiga informática”), de manera conjunta, entre empleados e interlocutores sociales.

<sup>45</sup> Ambas inteligentes consideraciones, en Gutiérrez Colominas, D.: “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación”, REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA-IDP, 31/2020.

En esta senda de “buena praxis” orientativa para la negociación colectiva, merece ser destacado el Acuerdo Interprofesional de Cataluña 2018-2020 (DOGC 7-9-2018), que incluye una especie de “cláusula-tipo”, que en síntesis recoge lo siguiente:

- Derecho, una vez concluida la jornada laboral, a no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos (con matices por sectores y tipos de trabajo).
- En el ámbito de la empresa, de forma negociada con la RLT, se podrá elaborar un protocolo.
- Actuaciones de comunicación y sensibilización (plantillas, mandos intermedios, directivos), sobre el protocolo y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios digitales.

### 2.3. A modo de cierre: algunos ejemplos en los tribunales de justicia

¿Ha hecho alguna aportación la doctrina judicial y la jurisprudencia al tema de la desconexión digital en clave de salud laboral?. Veamos resumidamente, como epílogo de este trabajo, los asuntos más relevantes:

- La STSJ Cataluña 23-5-2015 (rec. 6212/2012), en un conflicto en la empresa SCHINDLER S.A. (dedicada a la fabricación y mantenimiento de aparatos elevadores), analiza, en el seno de un procedimiento de oficio, el asunto relativo a la adopción de medidas de vigilancia y control por parte del empresario, en concreto, la instalación de un *acelerómetro* en los teléfonos móviles (*Blackberry*) de los trabajadores de la sección de mantenimiento que permite convertir fenómenos físicos (2 minutos sin movimiento) en señales acústicas; es decir, es un aparato que, mediante un sensor, se encarga de captar el movimiento o la ausencia del mismo (en cuyo caso se envía una señal de emergencia a centro de control permanente), dispositivo que se complementa con un GPS que está integrado en el teléfono. Como indica la Sala Social catalana en la sentencia que se acaba de indicar, *“Los trabajadores están obligados a llevar el acelerómetro; lo tienen que llevar siempre, incluso fuera de la jornada laboral, porque lo tienen que poner a cargar en sus casas; no se puede desconectar sino que se tiene que hacer con una aplicación de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido (...). Se genera una situación de riesgo psicosocial (estrés) pues la circunstancia de que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que fuera de la jornada laboral tengan incluso que en su domicilio familiar haya de continuar en una situación in vigilando del citado dispositivo para que*

*esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral”.*

- Un avance importante en la senda del derecho a la desconexión digital (a mi juicio, un evidente *leading case*), lo constituye la sentencia de la Audiencia Nacional de 17-7-1997 (proced 120/1997), en la cual se declaró la nulidad de las instrucciones de la empresa que obligaban a los empleados a “mantener la atención a sus teléfonos móviles una vez finalizada la jornada de trabajo de cada uno de ellos”.
- Un paso más, sin duda, lo constituyó la STS, Sala Social, de 21-9-2015 (rco. 205/2014), que declaró nula la cláusula de un contrato de trabajo que obligaba al trabajador a incluir teléfono móvil y e-mail personal para recibir comunicaciones “laborales” de la empresa, debiendo notificar los cambios posteriores, señalando el Alto Tribunal que no hay consentimiento libre y voluntario al firmar el contrato que incluye dicha cláusula, sino “miedo” a no ser contratado, apreciando el TS que se vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE).
- En esta senda, descuellu, también, la STSJ Castilla y León de 3-2-2016 (AS 2016/99), que indica que las empresas que utilizan TIC o teletrabajo (en el domicilio o “a distancia”) deberían disponer de políticas de gestión del tiempo (procedimientos de conexión, medios de control y registros de jornada), para afrontar reclamaciones sobre excesos de jornada, seguridad y salud laboral (exceso de conexión y estrés laboral, especialmente).
- La STSJ Madrid 8-7-2020 (rec. 19/2020) indica que el tiempo de prestación adicional de servicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red) debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada.
- La STSJ Cataluña 24-1-2020 (rec. 3024/2019) aborda el caso de una empleada, que reclama tutela de derechos fundamentales por sufrir represalia (problema previo de origen afectivo con el empleador, expulsión de grupos de whatsapp, reclamación de devolución de llaves....), ligada a no atender, en situación de IT, diversos requerimientos de la empresa. Reconoce la sentencia el derecho a la desconexión digital para no mantenerse en contacto con la empresa durante la IT y para no ser informada obligatoriamente de los sucesos diarios del trabajo; ello no obstante, la demanda de tutela fue desestimada tanto en la instancia como en suplicación