

La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación

David Gutiérrez Colominas
Universitat Autònoma de Barcelona

Fecha de presentación: julio de 2019
Fecha de aceptación: diciembre de 2019
Fecha de publicación: mayo de 2020

Resumen

La desconexión digital ha sido regulada en la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, como un derecho reconocido legalmente de los trabajadores en aras de garantizar el respeto del tiempo de descanso. Sin embargo, su contenido no ha sido definido por el legislador y traslada esta responsabilidad a los agentes sociales y a los empleadores, quienes, a través de la negociación colectiva y la elaboración de políticas empresariales internas, están llamados a desempeñar un papel fundamental en la configuración y exigencia de este nuevo derecho. Ante tal escenario, este artículo aborda si la calificación como derecho ofrece una solución ajustada al propósito que se persigue con la desconexión digital, añadiendo además un análisis crítico del papel que desempeñan la negociación colectiva, la representación de los trabajadores y los empresarios, así como sus implicaciones jurídicas, en la regulación de la desconexión digital.

Palabras clave

desconexión digital, representación de los trabajadores, negociación colectiva, política interna empresarial, tiempo de trabajo

Tema

Derecho del Trabajo

The digital disconnection of workers. Reflections concerning its description as a right and its implementation

Abstract

Digital disconnection was regulated in the recent Organic Law 3/2018, of December 5, on Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights, as a legally recognised right for the workers in order to guarantee observance of rest times. However, its content has not been defined by the legislator, and transfers this responsibility to social agents and employers, who, through collective negotiation and the production of internal business policies, are called upon to play a fundamental role in the configuration and requirements of this new law.

In the light of these circumstances, this article addresses whether the description as a right offers a solution adjusted to the proposal that is pursued with digital disconnection, also adding a critical analysis of the part that collective negotiation and the representation of workers and business owners plays, as well as the legal implications of this in the regulation of digital disconnection.

Keywords

digital disconnection, representation of the workers, collective negotiation, internal business policy, work time

Subject

Labour Law

Introducción

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) nacieron para facilitar el intercambio de información y las conexiones interpersonales, si bien han generado nuevas amenazas para la salud de la especie humana, concretadas en la sobreexposición a un exceso de información, o intoxicación¹. La sobrecarga informativa es el precio que pagamos por integrar las ventajas de la tecnología en nuestras vidas, pero el problema se agrava por la expansión descontrolada de las TIC en el ámbito laboral. En este sentido, el informe «Working anytime, anywhere: The effects on the world of work» pone de manifiesto que uno de cada tres trabajadores utiliza las TIC para realizar tareas relacionadas con su trabajo fuera del horario laboral². Esta circunstancia evidencia la existencia de solapamientos entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso que hace resurgir una cuestión clásica del Derecho del Trabajo³: la protección de la seguridad y la salud.

Sin embargo, desde una perspectiva europea, no hay previsión de regular este fenómeno. No existe a día de hoy propuesta alguna de reglamento o directiva que pretenda ofrecer una solución común en la UE a la conciliación de la vida laboral tecnológica y familiar. No obstante, la protección de los riesgos que generan las TIC se halla incardinada actualmente en dos grandes líneas de actuación: la delimitación del tiempo de trabajo, prevista en

la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y la protección de la salud y seguridad en el trabajo al amparo de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, referente a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Cuestiones como los períodos de descanso diarios y semanales (artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88/CE) y la definición de los límites máximos de tiempo de trabajo (artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE), así como la necesidad de que el empresario consulte con los representantes de los trabajadores la introducción de nuevas tecnologías (artículo 6.3.c de la Directiva 89/391/CE) y ofrezca la formación adecuada para esta (artículo 12 de la Directiva 89/391/CE), constituyen el marco de protección actual frente a los riesgos tecnológicos de las TIC.

A nivel nacional, se evidencia un escenario en el que los países han tomado conciencia de la importancia de esta cuestión. Así, por ejemplo, Francia ha sido el primero en legislar explícitamente sobre este fenómeno⁴, tendencia a la que se ha sumado Italia⁵, si bien otros países también han procurado incrementar la protección contra los riesgos derivados del trabajo con las TIC mediante la regulación legal del teletrabajo⁶.

1. Alemán Páez, F. (2017). «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la *Loi Travail* N.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho*, vol. 30, págs. 3 a 6.
2. Eurofound and the International Labour Office, «Working anytime, anywhere: The effects on the world of work», Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Ginebra, 2017, pág. 4, que identifica este fenómeno bajo las siglas «T/ICTM» y lo define como: «[...] use of information and communications technologies (ICT), such as smartphones, tablets, laptops and/or desktop computers, for work that is performed outside the employer's premises».
3. García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. (2016). «El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)». *Revista de información laboral*, vol. 10, pág. 7; Molina Navarrete, C. (2017). «Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación... "desconexión digital"...», *op. cit.*, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 138, pág. 255; Tascón López, R. (2018). «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)». *Trabajo y Derecho*, núm. 41, págs. 1-3.
4. El artículo L2242-8 del Code du Travail, que fue modificado por la *Loi 2016-1088* de 8 de agosto de 2016, introdujo el *droit à la déconnexion*, que surge con el objetivo de garantizar a los trabajadores la conciliación de la vida laboral y familiar. Para un estudio en profundidad, véase Alemán Páez, F. (2017). «El derecho a la desconexión digital...», *op. cit.*, págs. 9-18; y Cialti, P. (2017). «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 137, págs. 163-181.
5. Taléns Visconti, E. E. (2018). «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva». *Información Laboral*, vol. 4, págs. 8-9.
6. Tal y como señala el informe Eurofound and the International Labour Office, «Working anytime, anywhere: The effects on the world of work», Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Ginebra, 2017, págs. 45-51, Suecia, el Reino Unido y Holanda han optado por implementar una sólida regulación del teletrabajo. Ahora bien, también existen otros países que han preferido trasladar esta responsabilidad al diálogo social, como por ejemplo Alemania o Finlandia, entre otros.

España también se incluye dentro del reducido número de países que han decidido regular el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. Concretamente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LO 3/2018) incluye la regulación del citado derecho en el marco del artículo 88, que en virtud de la Disposición Final 13 LO 3/2018 ha introducido el artículo 20.bis en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), que consta de tres apartados, de innegable inspiración francesa⁷. El primero de ellos afirma la existencia de un derecho a la desconexión digital de los trabajadores fuera del tiempo de trabajo legal, con el objetivo de garantizar el respeto del tiempo de descanso, así como la intimidad personal y familiar. La segunda sección flexibiliza la configuración del derecho, atendiendo a la naturaleza y objeto de la relación laboral, introduciendo la intervención de la negociación colectiva o, en su defecto, los pactos entre empresa y representantes de los trabajadores. Por último, el tercer apartado obliga a los empleadores a elaborar una política interna en materia de desconexión digital, estableciendo las modalidades del ejercicio de este derecho y las acciones de formación y de sensibilización de los dispositivos tecnológicos, con especial atención a aquellos casos en los que el trabajo se desarrolle a distancia o en el domicilio de la persona trabajadora.

Así, este estudio parte de la hipótesis de que la protección europea de los riesgos derivados del uso de las TIC no se halla actualizada, y que, en consecuencia, la intervención nacional se convierte en absolutamente necesaria para garantizar la protección de la salud de los trabajadores. Por lo tanto, el objetivo de esta contribución consiste en examinar la eficacia y efectividad de la configuración española mediante el estudio de dos aspectos claves: los efectos de su regulación como derecho y el papel de los sujetos que intervienen en la configuración de las modali-

dades de ejercicio de este derecho. Para ello, se analizará si la desconexión digital es un derecho de los trabajadores o una obligación empresarial, así como la eficacia de su configuración, valorando críticamente el papel conferido a la negociación colectiva, la representación de los trabajadores y la autonomía empresarial.

1. La desconexión digital: ¿derecho de los trabajadores u obligación de los empleadores?

Como ya se ha puesto de relieve, la desconexión digital surge como una necesidad ante las consecuencias negativas derivadas del uso de la tecnología que, traspasando la frontera de lo laboral, afectan especialmente a la esfera personal. En el ámbito español, el artículo 88.1 de la LO 3/2018 se ha encargado de plasmar esta cuestión sobre la base de la construcción de un derecho a la desconexión digital de los trabajadores que obedece a la necesidad de garantizar el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar.

Sin ánimo de analizar el contenido del derecho, materia esta ya abordada en diversas ocasiones por la doctrina⁸, el aspecto sobre el que conviene detenerse es si la categorización de la desconexión digital como un derecho se ajusta al propósito de la norma, o, en otras palabras, si ofrece más garantías que su conceptualización como obligación empresarial. La clasificación como derecho u obligación a la desconexión digital de los trabajadores es una cuestión de una importancia capital, ya que su incardinación en una u otra categoría conlleva distintas implicaciones, tanto en su construcción como en su exigencia.

En efecto, la designación como derecho, que es la tesis mayoritaria adoptada por los distintos legisladores que

-
7. Baylos Grau, A. (2019). «El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos: una mala regulación». *Ciudad del Trabajo*, vol. 14, pág. 8, entre muchos otros.
8. Molina Navarrete, C. (2017). «Jornada laboral...», *op. cit.*, págs. 270-274; Igartua Miró, M. T. (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». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, vol. 432, págs. 66-71; Tascón López, R. (2018). «El derecho de desconexión...», *op. cit.*, págs. 5-15; Vallecillo Gámez, M. R. (2018). «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*, vol. 418, págs. 174-175; Serrano Argüeso, M. (2019). «Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 7, núm. 2, págs. 182-189.

han regulado la desconexión digital, reconoce la facultad de cualquier trabajador a desconectarse digitalmente de sus obligaciones laborales fuera del horario de trabajo. El planteamiento ofrece, pues, una libertad en su ejecución. Dicho de otra manera, la categoría de derecho no vela por exigir en cualquier caso la desconexión digital, sino por un reconocimiento que no se acompaña de ningún tipo de obligación empresarial. Ello tiene una implicación clave: otorga una cierta libertad para reclamar o no su cumplimiento. Libertad esta que se halla limitada enormemente por la posición de inferioridad propia de cualquier persona trabajadora en el marco de una relación laboral, a lo que debe sumarse el correspondiente riesgo de sufrir represalias por el ejercicio del derecho.

Esta circunstancia, que puede ser considerada como menor, tiene importantísimas consecuencias a nivel práctico que, en mi opinión, no son coherentes con la finalidad de garantizar una efectiva implementación de la desconexión digital de los trabajadores. La estandarización de la desconexión digital y la lucha frente a los riesgos que supone para las personas dejan de ser una responsabilidad de los poderes públicos y se traslada a los propios trabajadores. Los efectos de este planteamiento son devastadores para su cumplimiento efectivo, ya que no se contemplan medidas o sanciones derivadas del incumplimiento de este derecho. En consecuencia, el planteamiento legal adoptado pivota sobre la voluntad del trabajador.

Por el contrario, abordar la desconexión digital como una obligación empresarial reivindicaría, en mi opinión, un planteamiento basado en el carácter imperativo no disponible con el que debe abordarse este fenómeno. Los riesgos que la permanente conexión tecnológica genera para la salud de los trabajadores exigen una actuación normativa que impida que las personas empleadoras puedan requerir una conexión permanente con el entorno de trabajo. Y la forma más efectiva de introducir este enfoque transita en torno al establecimiento de una prohibición empresarial que constate explícitamente la imposibilidad de que el empresario pueda ordenar la utilización o consulta de medios digitales fuera del tiempo de trabajo. Es cierto que la plasmación como derecho exige como contrapartida un deber empresarial de respeto, pero la exigencia siempre vendrá motivada por la reivindicación del titular del derecho, que

puede verse coartada ante la posición contractual en la que se encuentra. El carácter imperativo de una obligación empresarial sería más acorde con la finalidad que persigue la implementación efectiva de la desconexión digital, ya que omite el carácter optativo del derecho –o la decisión de no ejercer este para evitar represalias empresariales– y lo transforma en una imposición normativa insalvable que admitiría un mayor control de su cumplimiento por parte de los poderes públicos.

Si trasladamos esta discusión al escenario legal español, se observa la debilidad del planteamiento normativo basado en la configuración de la desconexión digital como un derecho, más aún cuando su concreción se remite a la negociación colectiva y al poder de dirección empresarial (política interna), así como la conveniencia de reformularlo como obligación empresarial o ampliar su formulación mediante la constatación expresa del contenido obligacional desde el punto de vista empresarial. El artículo 88.1 de la LO 3/2018 ha seguido la estela de otros países y ha reconocido el derecho de los trabajadores a la desconexión digital, pero no ha acompañado su formulación con medidas dirigidas a garantizar su cumplimiento o, como mínimo, definiendo las implicaciones o límites empresariales para respetar el ejercicio de este derecho.

Esta circunstancia otorga a este precepto un carácter reactivo cuya activación solo se produce si la persona titular decide ejercer el derecho a la desconexión digital. En otras palabras, la norma no dota a este derecho de medidas que impidan de forma preventiva la producción de vulneraciones de este derecho, sino que plasma un reconocimiento sin contenido cuya infracción implica la judicialización del incumplimiento a instancia del trabajador, que podrá incluso optar por la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 del TRLET⁹. Tal planteamiento dificulta la materialización de la desconexión digital en el ámbito laboral, ya que no se procura una protección efectiva del derecho por parte de la norma, sino un mero reconocimiento sometido a la judicialización por parte del trabajador en caso de incumplimiento, y de ahí su carácter reactivo. Si a ello le añadimos que la defensa de los denominados derechos digitales no se acompaña de ningún tipo de garantía procesal que proteja a la persona trabajadora denunciante de

9. Sobre esta cuestión, véase el apartado 2.2.

la vulneración, más allá de los mecanismos ya existentes¹⁰, nos encontramos ante un reconocimiento legal más cercano conceptualmente a un instrumento de *soft law* que a un derecho.

Ahora bien, existe un elemento que necesariamente debe introducirse en el marco de esta discusión: el posible carácter fundamental del derecho a la desconexión digital. En efecto, su calificación dentro de esta categoría ofrecería ciertas garantías que facilitarían la reivindicación del derecho a la desconexión digital por parte de los trabajadores¹¹ y reforzarían la conveniencia del planteamiento de la desconexión digital como derecho. La LO 3/2018 clasifica el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral como uno de los derechos digitales de los ciudadanos, al amparo del artículo 18.4 de la Constitución española¹². Un examen a primera vista permitiría afirmar que nos encontramos ante un derecho fundamental, y de ahí la inclusión de su regulación en una ley orgánica.

Sin embargo, el propio artículo 1.b de la LO 3/2018, relativo al objeto de la ley, efectúa una distinción de interés, diferenciando entre la regulación del derecho fundamental a la protección de datos personales y la regulación de los derechos digitales, de conformidad con el mandato del artículo 18.4 de la Constitución española. Como puede advertirse, el legislador no acompaña la calificación «fundamentales» a la expresión «derechos digitales», hecho este que también puede apreciarse si acudimos a los preceptos concretos que regulan los distintos derechos¹³. *De facto*, el contenido del artículo 18.4 de la Constitución proclama la necesaria limitación legal del uso de la informática «para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar» de los ciudadanos, pero en ningún caso reconoce explícitamente ninguno de los derechos digitales de la LO 3/2018. Así pues, no nos encontramos ante derechos de alcance constitucional, sino derivados de una limitación constitucional.

Es cierto que una lectura amplia del artículo 18.4 de la Constitución permitiría incardinar aquellos derechos digitales encaminados a defender alguno o varios de los tres bienes jurídicos constatados en el texto constitucional, pero el derecho a la desconexión digital quedaría excluido de tal categorización. El objeto de protección del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral pretende procurar principalmente el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, constatándose además la intimidación personal y familiar en el marco del artículo 88.1 de la LO 3/2018. Sin embargo, esta última mención, que es la única conexión que presenta con el artículo 18.4 de la Constitución y habilitaría su calificación como fundamental, no es significativa. El objeto de protección del derecho se extiende a trabajador y empresario, y pretende proteger a aquel de injerencias derivadas de la relación laboral durante su tiempo de descanso, ostentando una escasa significación la protección a la intimidad personal y familiar, que aparecen como bienes jurídicos desconectados de la finalidad protectora principal del derecho.

En consecuencia, el derecho a la desconexión digital presenta una cierta base constitucional, justificada en la necesaria limitación legal del uso de la informática formulada en clave general ex artículo 18.4 de la Constitución española. No obstante, en mi opinión no merece la calificación de fundamental, si bien sería deseable, en tanto que el propio texto constitucional no lo reconoce explícitamente, y, de hecho, la incardinación como derechos fundamentales es especialmente restrictiva, solo reservada a los derechos constatados en el capítulo segundo del título primero, al amparo del artículo 53.1.

Ante la eficacia limitada del derecho a la desconexión en el ámbito laboral, aparece un argumento más para abogar por una reformulación hacia una obligación empresarial a la desconexión digital. El carácter de obligación empresa-

10. La garantía de indemnidad, surgida como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), es la única protección que ostenta cualquier persona trabajadora frente a la adopción de medidas de represalia por la reclamación de la vulneración del derecho a la desconexión digital.

11. Así, a título de ejemplo, la existencia de un procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el marco de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que incluye la inversión de la carga de la prueba (artículo 181.2) o la posibilidad de solicitar una indemnización reparadora, es una de las principales ventajas que presenta la calificación del derecho a la desconexión digital como fundamental.

12. Véase el apartado V del preámbulo de la LO 3/2018.

13. Los derechos digitales se hallan regulados en los artículos 80 a 96 de la LO 3/2018, e incluyen desde la protección a la neutralidad de internet (artículo 80), el acceso universal a internet (artículo 81) y la seguridad digital (artículo 82) hasta el derecho al olvido en las búsquedas de internet (artículo 93), entre un total de trece derechos.

rial es más acorde con la finalidad preventiva que persigue la desconexión digital y con la perspectiva limitadora del artículo 18.4 de la Constitución Española, que pretende limitar legalmente la utilización de la informática en pro de una serie de bienes jurídicos. Y es precisamente en el carácter de limitación legal donde una obligación empresarial a la desconexión digital de sus trabajadores encuentra su razón de ser; no nos encontramos ante una facultad, sino ante una necesidad, por razones de salud y seguridad en el trabajo, de limitar la sobreexposición a los dispositivos digitales, limitación esta que cuenta con el apoyo constitucional del artículo 18.4 de la Constitución. Por lo tanto, sería conveniente suprimir el carácter optativo propio del derecho a la desconexión digital e integrar una obligación empresarial que impida al empresario el ejercicio de cualquier manifestación del poder directivo por medios digitales fuera de la jornada laboral, cuyo incumplimiento debe ser controlado y sancionado por la autoridad pública, desplazando a un segundo plano el papel de la reclamación del trabajador.

2. Los instrumentos de regulación del derecho a la desconexión digital de los trabajadores

La configuración del derecho a la desconexión digital de los trabajadores no es de origen legal, sino que se reserva a la negociación colectiva, a la iniciativa empresarial y, en menor medida, a la representación de los trabajadores. El contenido de la LO 3/2018 se ha encargado de reservar un papel especial a la representación de los trabajadores y a la negociación colectiva en relación con el derecho a la desconexión digital, olvidando a otros sujetos¹⁴. Tanto los artículos 88 de la LO 3/2018 como, de forma más general, el 91 abren vías interesantes de intervención que conviene examinar, a fin de constatar si sus aportaciones pueden incrementar la eficacia del derecho a la desconexión digital.

En líneas generales, el legislador ha conferido un papel preponderante a la negociación colectiva en la regulación del derecho a la desconexión digital mediante la exigencia de respeto al contenido relativo a las modalidades

de ejercicio del derecho (artículo 88.2 de la LO 3/2018) y, más generalmente, a través de la posibilidad de establecer garantías adicionales en el ejercicio y salvaguarda de los derechos digitales en el ámbito laboral. También se introduce un segundo actor, a saber, la representación de los trabajadores, pero su actuación es menos ambiciosa. En efecto, la intervención de los representantes de los trabajadores se traslada a un segundo plano, pues actuarán en la audiencia que ha de conferir el empleador en la elaboración de la política interna (artículo 88.3 de la LO 3/2018) y en el acuerdo para con la empresa relativo a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital, exigido por el artículo 88.2 de la LO 3/2018, si bien este último solo se producirá si la negociación colectiva no se ha pronunciado.

En consecuencia, la norma diseña de forma muy acertada dos niveles de actuación en relación con la regulación de las modalidades de ejercicio de este derecho: el constituido por la negociación colectiva, que actuará como norma de mínimos en virtud del artículo 88.2 de la LO 3/2018, y un segundo escalón constituido por la política interna de la empleadora, que será elaborada por la empresa ex artículo 88.3 de la LO 3/2018. De esta manera, la negociación colectiva tiene la posibilidad de establecer una regulación genérica que armoniza cómo debe ejercerse el derecho a la desconexión digital en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, mientras que, de forma más particular, la política interna se encargará de colmar las necesidades particulares de cada sujeto empleador.

2.1. La intervención de la representación de los trabajadores y la negociación colectiva en la configuración legal del derecho a la desconexión digital

Sin embargo, el artículo 88.2 y 3 de la LO 3/2018 presenta problemas de aplicación en relación con aquellas empresas que no ostentan representación legal de los trabajadores. Si bien es cierto que la negociación colectiva siempre podrá salvaguardar el posible impacto de esta circunstancia, la norma guarda un extraño silencio a propósito de la participación de trabajadores en aquellas empresas sin representación legal constituida. Técnicamente, la men-

14. El ejemplo más claro es el silencio respecto a la intervención del comité de prevención de riesgos laborales, tal y como señala Vallecillo Gámez, M. R. (2018). «El derecho a la desconexión...», *op. cit.*, pág. 176.

ción expresa a los representantes de los trabajadores no permite la constitución de una comisión *ad hoc* para la negociación o audiencia en el marco de la elaboración de la política interna empresarial sobre el ejercicio del derecho a la desconexión digital. Y esta circunstancia parece un grave descuido del legislador, especialmente si tenemos en cuenta que el número de empresas con una plantilla inferior a seis trabajadores es significativo en el tejido empresarial español¹⁵, y ello sin introducir en la ecuación aquellas empresas que, aun superando la cifra de seis trabajadores, no ostentan representación legal constituida. Sorprende, pues, que el artículo 88.2 y 3 de la LO 3/2018 no ofrezca ninguna solución, como por ejemplo la constitución de una comisión representativa de trabajadores¹⁶ ante este tipo de escenarios, que es probablemente el más común en la práctica. En consecuencia, el marco legal actual impide que los trabajadores que no ostentan representación legal puedan intervenir en la configuración de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital, y, por lo tanto, ofrece un amplio margen de libertad para la elaboración de políticas internas extremadamente flexibles sobre esta materia.

Así pues, la negociación colectiva y la intervención empresarial, junto con la representación legal de los trabajadores, mediante la elaboración de políticas internas ex artículo 88.2 de la LO 3/2018, serán los sujetos encargados de regular las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. No obstante, el planteamiento legal presenta diversos interrogantes que no han sido clarificados en la escueta regulación contenida en el artículo 88 de la LO 3/2018.

En primer lugar, conviene abordar cómo se conjuga la intervención de los tres sujetos indicados anteriormente. La actuación de la negociación colectiva y los empleadores se halla delimitada de forma clara en los distintos escenarios, pero el papel que desempeña la representación de los trabajadores presenta algunas zonas oscuras que deberían

ser clarificadas por el legislador. En efecto, una lectura de los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LO 3/2018 permite dilucidar dos posibles escenarios, diferenciados por la existencia o no de regulación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital por parte de la negociación colectiva. En caso de existir regulación, la representación de los trabajadores se limitará a manifestar su opinión en el marco de la audiencia que contempla el artículo 88.3 de la LO 3/2018. Esta situación no plantea especiales problemas, ya que existe un equilibrio razonable en la intervención de los tres sujetos que dota a la norma de una regulación multinivel sumamente flexible, sin comprometer con ello ninguna garantía. Es cierto que en este punto podría haberse introducido la tipificación como sanción de las conductas consistentes en adoptar políticas internas que no se adecuen a lo previsto por la negociación colectiva, pero, en líneas generales, se aprecia un esfuerzo del legislador en evitar que sucedan este tipo de situaciones mediante la audiencia a la representación de los trabajadores en la elaboración de la política interna, que puede advertir de esta circunstancia a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

El escenario verdaderamente problemático es aquel en el que la negociación colectiva no ha establecido ningún tipo de directriz. En estos supuestos, la representación de la empresa y los trabajadores deberán acordar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital y, paralelamente, la representación de los trabajadores tendrá que comparecer en el marco de la elaboración empresarial de la política interna ex artículo 88.3 de la LO 3/2018. Queda patente que el legislador ha querido mantener los dos niveles de actuación, uno de alcance general y otro más particular, pero lo cierto es que la figura de la representación de los trabajadores aparece en este tipo de situaciones redundante y vacía de contenido en el marco del segundo nivel, esto es, en la elaboración de la política interna empresarial. Y, de hecho, las incidencias pueden suceder si el empresario se aparta del contenido pactado

15. Según los datos publicados por el INE relativos al número de empresas activas, en el año 2018 existían un total de 3.337.646, de las cuales 910.686 solo tenían entre uno y dos trabajadores, y 303.574 de tres a cinco. Fuente: INE, Empresas activas, Resultados nacionales, Empresas por estrato de asalariados y condición jurídica, 2018.

16. Las comisiones representativas de trabajadores han sido un recurso utilizado en diversas ocasiones en el marco del TRLET como consecuencia del gran número de empresas que, o bien no ostentan representación legal de los trabajadores, o bien no alcanzan el número mínimo de estos para su constitución. Así, por ejemplo, el artículo 40 (movilidad geográfica), 41 (modificación sustancial), 47 (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), 51 (despido colectivo) o 82.3 (descuelgue de convenio).

con la representación de los trabajadores, supuesto este que no ostenta ninguna consecuencia legal y para el que el artículo 88 de la LO 3/2018 solo concede un trámite de audiencia no vinculante. En mi opinión, hubiera sido conveniente regular un papel más amplio de la representación de los trabajadores en aquellas situaciones en las que la negociación colectiva no se pronuncie sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital.

2.2. El papel de la política interna empresarial como instrumento para concretar el derecho a la desconexión digital

El legislador ha introducido la política interna empresarial en el marco del artículo 88.3 de la LO 3/2018 como una forma de ofrecer flexibilidad en la concreción empresarial del ejercicio del derecho a la desconexión digital y en el diseño de acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que eviten el riesgo de fatiga informática. La libertad para configurar su contenido es muy amplia, sobre todo con respecto a las acciones de formación y sensibilización, pero se halla limitada al necesario respeto de las previsiones adoptadas por la negociación colectiva en relación con las modalidades de ejercicio del ya citado derecho ex artículo 88.2 de la LO 3/2018. Sin embargo, merece la pena detenerse en la naturaleza y ámbito de exigencia, así como en sus implicaciones, que aparecen como elementos clave para delimitar el ejercicio del derecho a la desconexión digital de los trabajadores.

En cuanto a su naturaleza, la política interna empresarial prevista en el artículo 88.3 de la LO 3/2018 se plasma como una obligación legal¹⁷ cuyo cumplimiento corresponde al empleador. Llama la atención la falta de previsión explícita de sanciones ante situaciones de incumplimiento empresarial, circunstancia esta que, si bien puede ser solventada mediante la incardinación de esta conducta en el artículo 6.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, desincentiva la elaboración de este instrumento. A propó-

sito de su calificación jurídica, nos encontramos ante una manifestación del poder de dirección empresarial, ejercida al amparo del artículo 20 del TRLET. El empresario tiene un elevado margen de libertad para decidir su contenido, tan solo restringido por los límites del poder de dirección empresarial y el contenido que haya podido establecer la negociación colectiva ex artículo 88.3 de la LO 3/2018. De hecho, el papel de la representación de los trabajadores es anecdótico¹⁸, sin contemplarse legalmente ningún tipo de intervención vinculante. En este punto, hubiera sido conveniente trasladar la exigencia de acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores plasmada en el ámbito del artículo 88.2 de la LO 3/2018, a fin de potenciar un instrumento negociado que mantenga un cierto equilibrio entre las necesidades empresariales y las garantías de los trabajadores.

En este punto, conviene precisar que la inclusión de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital en la política interna empresarial tiene diversas implicaciones de interés. La primera de ellas es la calificación del contenido de la política interna como un instrumento que contiene condiciones de trabajo. Nos encontramos ante la concreción de un derecho establecido legalmente, y esta circunstancia supone que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital se conviertan en condiciones de trabajo que se integrarán dentro del patrimonio contractual del trabajador. Tal afirmación nos conduce a la segunda y más importante connotación: la limitación de la posibilidad de modificar unilateralmente el contenido de la política interna empresarial. Si bien es cierto que el empresario goza de una cierta libertad en la plasmación por primera vez de este instrumento¹⁹, las posteriores modificaciones requerirán el cumplimiento de las exigencias legales previstas en el artículo 41 del TRLET. Por último, cualquier conducta empresarial que suponga un incumplimiento del deber legal de respeto al contenido de la política empresarial interna sobre el derecho a la desconexión digital, o incluso la propia no elaboración del mencionado instrumento, permitirá la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.c del TRLET. La configuración del derecho a la des-

17. Igartua Miró, M. T. (2019). «El derecho a la desconexión...», *op. cit.*, pág. 83.

18. *Ibid.*, pág. 84, que señala el limitado papel otorgado a la representación legal de los trabajadores, al preverse únicamente su audiencia, «sin imponer deber de negociar ni emisión de informe alguno».

19. El artículo 88.3 de la LO 3/2018 solo exige la audiencia de los representantes de los trabajadores y, por lo tanto, no será necesario ningún tipo de acuerdo.

conexión digital depende en gran medida del contenido plasmado por el propio empresario en la política interna exigida por el artículo 88.3 de la LO 3/2018. Si valoramos los distintos bienes jurídicos que se persiguen mediante su implementación, pueden observarse puntos de conexión con deberes empresariales establecidos en el TRLET que refuerzan la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo a instancia del trabajador. Concretamente, la prevención de los riesgos laborales derivados del uso de las TIC en el trabajo es uno de los deberes que mayor importancia cobra en el marco de esta cuestión, circunstancia esta constatada, de forma más genérica, en el artículo 4.2.d del TRLET. La conveniencia de incorporar esta posibilidad a nuestro ordenamiento jurídico aparece como un aspecto de interés ante la ausencia de sanciones²⁰, en aras de conferir al correcto desarrollo y cumplimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores la importancia que requiere.

En relación con el ámbito de exigencia, la norma no se encarga de identificar qué empresarios estarán obligados a elaborarla. El silencio normativo debe entenderse como una expansión generalizada a todos los empleadores, independientemente del número de trabajadores. Si bien este hecho es positivo, hubiera podido afinarse con una regulación que diferenciara entre distintos niveles obligacionales en función de la implementación empresarial de dispositivos digitales. Las necesidades digitales en el mundo empresarial son muy diversas y la norma debería reconocer esta circunstancia adaptando la exigencia de elaborar una política interna sobre desconexión digital al uso habitual que se efectúe de los dispositivos digitales entre empresario y trabajadores. En otras palabras, el artículo 88.3 de la LO 3/2018 exige la presencia de una política interna en los mismos términos para pequeñas y medianas empresas con un uso esporádico o no habitual de dispositivos digitales y para aquellos empleadores que exigen una conexión digital permanente durante la jornada de trabajo. Y precisamente este hecho, que conmina la elaboración de un instrumento jurídico de contenido indeterminado y de forma indiscriminada a todos los empresarios, sacrifica la eficacia por un mayor alcance.

20. Vallecillo Gámez, M. R. (2018). «El derecho a la desconexión...», *op. cit.*, pág. 176; y Alemán Páez, F. (2017). «El derecho a la desconexión digital...», *op. cit.*, pág. 14.

Conclusiones

La desconexión digital ha adquirido una gran importancia en el ámbito del Derecho del Trabajo, pero su configuración está lejos de garantizar la ausencia de intromisiones empresariales durante los tiempos de descanso. Si bien no existe a día de hoy voluntad de armonizar su regulación a nivel europeo, no han sido pocos los países que han regulado esta cuestión en los últimos años, entre los que se incluye España. Todos comparten la regulación de la desconexión digital como un novedoso derecho de las personas trabajadoras, pero nos encontramos ante la reapertura de un viejo debate, enmarcado en la delimitación del tiempo de trabajo y la protección de la salud y seguridad en el trabajo.

El artículo 88 de la LO 3/2018 reconoció el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, siguiendo la estela de países como Francia. Sin embargo, una configuración basada en el reconocimiento de un derecho no vela por exigir en cualquier caso la desconexión digital, sino por un reconocimiento desde la perspectiva del trabajador, que no se acompaña de ningún tipo de obligación empresarial. Por lo tanto, traslada la tutela de la delimitación entre tiempo de trabajo y descanso de los poderes públicos a los trabajadores mediante el reconocimiento de un derecho cuyo ejercicio se ve comprometido por la posición de inferioridad propia de estos últimos. Esta circunstancia confiere al derecho un carácter reactivo cuya activación solo se produce si la persona titular decide ejercer el derecho a la desconexión digital, e implica la judicialización del incumplimiento a instancia del trabajador.

La calificación del derecho a la desconexión digital como fundamental ofrecería garantías que facilitarían su reivindicación por parte de los trabajadores, pero el artículo 18.4 de la Constitución española no reconoce su carácter fundamental, ya no solo por la omisión de la calificación explícita de fundamentales, sino por la débil conexión que presenta con el mandato del citado precepto. Este hecho requiere la reformulación hacia una obligación empresarial a la desconexión digital que impida al empresario el ejercicio de cualquier manifestación del poder directivo por medios digitales fuera de la jornada laboral.

En cuanto a la dotación de contenido del derecho, el legislador español ha situado a la negociación colectiva, la iniciativa empresarial y, en menor medida, la representación de los trabajadores como responsables de diseñar sus modalidades de ejercicio. Concretamente, nos encontramos ante dos niveles de actuación: el constituido por la negociación colectiva, que actuará como norma de mínimos en virtud del artículo 88.2 de la LO 3/2018, y un segundo escalón constituido por la política interna, que será elaborada por la empresa, previa audiencia de la representación legal de los trabajadores, según recoge el ex artículo 88.3 de la LO 3/2018.

Sin embargo, el artículo 88 de la LO 3/2018 presenta algunos aspectos que reducen su eficacia enormemente. En primer lugar, otorga un reducido papel a la representación de los trabajadores, que solo podrán intervenir en la negociación ante un escenario en el que no exista regulación previa por la negociación colectiva y mediante la audiencia prevista en la elaboración de la política interna empresarial. Situación esta que es agravada por la falta de previsión de soluciones a empresas que no ostentan representación legal de los trabajadores, que constituyen la mayor parte del tejido empresarial español.

Paralelamente, la elaboración de una política interna empresarial se diseña como un instrumento que se encargará de establecer las modalidades de ejercicio del derecho unilateralmente por el empresario. Si bien se halla limitada por el respeto de las previsiones adoptadas por la negociación colectiva ex artículo 88.2 de la LO 3/2018, lo cierto es que nada impide que el empleador se aparte de ellas, dada la falta de sanciones previstas por el legislador, y, por lo tanto, pudiendo desvirtuarse el diseño de la configuración del ejercicio de este derecho al ser el empleador uno de los sujetos implicados. No obstante, la exigencia de instrumentar una política interna supone una manifestación del poder de dirección empresarial que regulará una condición de trabajo (la desconexión digital) que blinda el contenido del citado instrumento, pues su modificación requerirá llevar a cabo un procedimiento de modificaciones sustanciales (artículo 41 del TRLET), e incluso habilitará la extinción indemnizada a instancia del trabajador como consecuencia de un incumplimiento empresarial (artículo 50 del TRLET), debido a la conexión de este derecho con la prevención de los riesgos laborales derivados del uso de las TIC, ex artículo 4.2.d del TRLET.

Bibliografía

- ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho*, vol. 30.
- BAYLOS GRAU, A. (2019). «El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos: una mala regulación». *Ciudad del Trabajo*, vol. 14.
- CIALTI, P. (2017). «El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 137.
- GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. R. (2016). «El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo)». *Revista de información laboral*, vol. 10.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (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». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, vol. 432.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2017). «Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, vol. 138.
- SERRANO ARGÜESO, M. (2019). «Always on. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 2.
- TALÉNS VISCONTI, E. E. (2018). «La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva». *Información Laboral*, vol. 4.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2018). «El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)». *Trabajo y Derecho*, núm. 41.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (2018). «El derecho a la desconexión, ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?». *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, vol. 418.

Cita recomendada

GUTIÉRREZ, David (2020). «La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 31, págs. 1-13. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i31.3208>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

David Gutiérrez Colominas
david.gutierrez@uab.cat