

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DESDE UN PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

*The right to digital disconnection
from the point of view of occupational risk prevention*

NURIA J. AYERRA DUESCA*

Profesora asociada de la Universidad de Zaragoza, España

RESUMEN

En un contexto de cambios tecnológicos, organizativos y culturales en el mundo laboral, adquiere una gran importancia el trabajo online —utilizando dispositivos y herramientas digitales— en detrimento del trabajo presencial, como consecuencia de la digitalización de la economía y de la pandemia provocada por la Covid-19. Para dar respuesta a la aparición de nuevas formas de organización del trabajo, se ha aprobado la Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia (anterior RD-Ley 28/2020). El presente artículo centra su atención en el análisis del derecho a la desconexión digital en el régimen jurídico actual, como herramienta para prevenir los riesgos laborales derivados del teletrabajo o trabajo a distancia en un momento de máxima hiperconectividad por el uso de tecnologías digitales, y como garantía de seguridad y salud laboral. A tal fin, se pone de manifiesto la necesidad de abordar el derecho a la desconexión digital desde un punto de vista preventivo.

Palabras clave: teletrabajo, desconexión digital, prevención de riesgos laborales, seguridad y salud laboral, negociación colectiva.

ABSTRACT

In a context of technological, organisational and cultural changes in the world of work, online work —using digital devices and tools— is taking on great importance to the detriment of face-to-face work, as a consequence of the digitalisation of the economy and the pandemic caused by Covid-19. In response to the emergence of new forms of work organisation, Law 10/2021 of 9 July on remote work (former RD-Law 28/2020) has been passed. This article focuses on the analysis of the right to digital disconnection in the current legal system, as a tool for preventing occupational risks arising from teleworking or remote work at a time of maximum hyperconnectivity due to the use of digital technologies, and as a guarantee of occupational health and safety. To this end, the need to address the right to digital disconnection from a preventive point of view is highlighted.

Keywords: telework, digital disconnection, occupational risk prevention, occupational health and safety, collective bargaining.

* **Correspondencia a:** Nuria J. Ayerra Duesca. Plaza José María Forqué, número 13, escalera derecha, 6.º A (Zaragoza-España). — nayerra@unizar.es — <https://orcid.org/0000-0002-1266-7465>

Cómo citar: Ayerra Duesca, Nuria J. (2022). «El derecho a la desconexión digital desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales»; *Lan Harremanak*, 47, 41-71. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23520>).

Recibido: 16 marzo, 2022; aceptado: 25 abril, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Introducción

La transformación digital de las relaciones laborales derivada del uso de herramientas y dispositivos tecnológicos y de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la Covid-19, ha permitido a las personas trabajadoras llevar a cabo el trabajo en cualquier lugar y en cualquier momento, lo que ha provocado un aumento exponencial del teletrabajo o trabajo a distancia utilizando tecnologías digitales. Como consecuencia, esta nueva forma de prestación laboral conlleva una conectividad permanente que difumina los límites entre tiempo de trabajo y de descanso que, sin duda, repercute negativamente en la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

La utilización de tecnologías digitales acarrea una serie de ventajas, como, por ejemplo, mayor autonomía y flexibilidad de los trabajadores, menor utilización de infraestructuras, menores costes para la empresa o reducción de los efectos negativos de la pandemia, pero también de inconvenientes, mayor intensidad del trabajo o dificultades para desconectar que tienen efectos negativos en la salud y bienestar de los trabajadores. En relación con ello, aparecen nuevos riesgos de *hiperconexión digital* o conectividad permanente, como la *fatiga informática* (Martín, 2020: 166-169, Fernández, 2021: 154, Rodríguez, 2021: 25), que se manifiesta en *tecnofobia*, *tecnoadicción*, *tecnodependencia*, *tecnoansiedad* o *tecnofatiga*, por las altas exigencias y el alargamiento de la jornada laboral que varían dependiendo de las características personales de cada trabajador.

En este sentido, las Notas Técnicas de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (NTP 1122 y 1123: 2018)¹ relativas a las tecnologías de la información y la comunicación, ponen de manifiesto los factores de riesgo psicosocial que pueden generarse por un diseño inadecuado de las condiciones de trabajo, como sobrecarga de trabajo, prolongación de la jornada, uso inadecuado de los equipos de trabajo, conectividad permanente, difuminación de los límites entre el tiempo de trabajo y descanso, urgencia en la inmediatez de respuesta, problemas técnicos en el uso de dispositivos, sobrecarga de información procedente de diversas fuentes como el correo electrónico, internet, plataformas web, disminución de los tiempos de descanso mental y físico, aislamiento, ausencia de visibilidad del trabajador, monitorización inadecuada que puede afectar al derecho a la intimidad, ausencia de cultura preventiva y existencia de expectativas de disponibilidad, entre otros.

¹ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2018) Nota Técnica de Prevención 1122 «Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo; y, Nota Técnica de Prevención 1123. Las Tecnología de la Información y la comunicación (TIC)(II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo». Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf> (accedido: 11-11-2021).

Todo ello, afecta de forma negativa a la seguridad y salud laboral causando daños a las personas trabajadoras, lo cual, evidencia la necesidad de establecer las correspondientes medidas preventivas que tiendan a eliminar o reducir los riesgos derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, sobre todo psicosociales, relacionados con las tecnologías de la información y comunicación. Así, resulta fundamental garantizar el cumplimiento y la puesta en práctica del derecho a la desconexión digital estableciendo las correspondientes medidas de prevención de riesgos, como pueden ser la instalación de sistemas restrictivos de desconexión automática que impida el envío y recepción de correos electrónicos fuera del horario laboral limitando el acceso remoto a la intranet y, sobre todo, regulándolo como un derecho/deber de las personas trabajadoras, como un deber de los demás de respetar el derecho, y como una obligación empresarial de protección eficaz y garantía del derecho a la desconexión.

Por otro lado, la Nota Técnica de Prevención del INSST sobre teletrabajo (NTP 1165: 2021)², hace referencia a la necesidad de integrar la prevención de riesgos laborales en la modalidad del teletrabajo en el sistema de prevención de la empresa, teniendo en cuenta las particularidades de este, sobre todo lo relacionado con los riesgos psicosociales y ergonómicos a la hora de la planificación de la prevención. En este sentido, resalta la importancia de la evaluación de riesgos y de la formación de las personas que teletrabajan, con la finalidad de que puedan participar en dichos procesos de evaluación para la adopción de las correspondientes medidas de prevención.

A tal fin, el Criterio Técnico de Inspección de Trabajo 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales³, destaca la relevancia de establecer procedimientos específicos de identificación y evaluación de los riesgos psicosociales que contemplen la diversidad —prestando especial atención a los riesgos que afectan a mujeres, hombres, jóvenes, mayores, inmigrantes o personas con discapacidad—, la consideración de los factores de riesgo y la necesidad de utilizar herramientas complementarias de evaluación de riesgos en algunos supuestos como en el teletrabajo.

A mayor abundamiento, el Informe Anual Infojobs-ESADE 2020⁴ sobre desconexión digital revela que en 2018 —con la entrada en vigor de la Ley

² Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo (2021) Nota Técnica de Prevención 1165 «Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo». Disponible en: <https://www.insst.es/documents/94886/96067/NTP+1165+Teletrabajo%2C+criterios+para+su+integraci%C3%B3n+en+el+sistema+de+gesti%C3%B3n+de+la+SST+-+A%C3%B1o+2021.pdf/9958d5d0-50c6-1dbe-ddb8-b5a1b1eb4e2?version=1.0&t=1635785850684> (accedido: 07-04-2022) (accedido: 07-04-2021).

³ CT 104/2021. Disponible en: https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf (accedido: 08-04-2021).

⁴ Véase, Informe InFoJobs, 23 de junio 2021, «Informe sobre Desconexión Digital». Disponible en: [InFoJobshttps://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral](https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-82-de-los-trabajadores-espanoles-responden-llamadas-o-emails-fuera-del-horario-laboral) (accedido: 28-10-2021).

Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante, LOPD—, el 51% de los trabajadores españoles contestaban *WhatsApps*, llamadas o correos electrónicos, fuera del horario laboral. Antes de la pandemia este porcentaje era del 63% y, actualmente, tras la pandemia y la implantación del teletrabajo este porcentaje ha aumentado hasta el 82 % de los trabajadores que responden a *e-mails* o atienden llamadas de teléfono fuera del horario laboral, incluso, el 74% de las personas trabajadoras responden a llamadas o correos durante las vacaciones, siendo las mujeres (61%) las que más achacan la falta de desconexión. Por este motivo, resulta necesario el reconocimiento de la diversidad, las diferencias y desigualdades de género y la lucha contra toda discriminación en la mano de obra, incluido en las evaluaciones de riesgos laborales⁵, como garantía de seguridad y salud laboral, sobre todo en el teletrabajo, para evitar, de un lado, la perpetuación de roles de género y posibles riesgos derivados de la dificultad para separar los tiempos de trabajo de los de descanso que impiden una adecuada conciliación de la vida familiar, laboral y personal y, de otro lado, prevenir conductas de ciberacoso o acoso virtual por medio de tecnologías digitales (Ginés *et al.*, 2021: 162-193).

Además, dicho Informe evidencia que 6 de cada 10 empresas en España reconocen no llevar a cabo ninguna medida de fomento para la desconexión digital de sus empleados, lo que demuestra la necesidad de cambio de mentalidad dentro de la empresa, y la importancia de establecer prácticas responsables y aprobar convenios colectivos que regulen el derecho a no responder a las comunicaciones empresariales fuera de la jornada de trabajo.

Por otra parte, el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound 2021)⁶, sobre el derecho a la desconexión, realiza un análisis de las prácticas de las empresas y alerta del peligro cierto de hiperconectividad. Los datos de Eurofound muestran que desde la crisis de la Covid-19 más de un tercio de los trabajadores de la Unión comenzaron a trabajar desde casa produciéndose un aumento sustancial en el uso de herramientas digitales con fines laborales. En este sentido, los teletrabajadores tienen el doble de probabilidades de superar el límite de 48 horas de trabajo al existir una tendencia a trabajar durante el tiempo libre para satisfacer las exigencias laborales, además de tener períodos de descanso insuficientes.

⁵ Vid. *infra.*, Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027.

⁶ Véase, Informe Eurofound (2021), «*Right to disconnect: Exploring company practices*», Luxembourg, Publications Office of the European Union. Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices.y>, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/blog/covid-19-unleashed-the-potentialfor-telework-how-are-workers-coping> (accedido: 28-10-2021).

Según dicho Informe, esta situación, por una parte, puede generar mayores riesgos para los trabajadores con efectos negativos para la salud física y mental, la calidad del tiempo trabajado y el equilibrio entre la vida profesional y personal y, por otra, evidencia que el derecho a la desconexión lleva consigo efectos positivos sobre todo ello. Además, reconoce, basándose en la experiencia de Estados miembros, la importancia de los interlocutores sociales entorno a la aplicación práctica del derecho a la desconexión.

En definitiva, ante esta situación de máxima conectividad con efectos negativos para la salud de las personas trabajadoras, resulta necesario abordar el derecho a la desconexión digital como un derecho/deber del trabajador de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber empresarial de protección frente a los riesgos laborales, teniendo un papel fundamental la negociación colectiva para que el derecho a la desconexión digital se garantice.

2. Antecedentes normativos

En el contexto internacional el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 155, de 22 de junio de 1981⁷, ratificado por España en 1985, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medioambiente, establece el deber de los Estados, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, de «formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad, salud y medioambiente», con la finalidad de prevenir los daños derivados del trabajo, y, eliminar o reducir, en la medida de lo posible, las causas de los riesgos de accidente o de efectos perjudiciales para la salud de los trabajadores.

En un sentido similar, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, número 177, de 4 de junio de 1996⁸, en trámite de ratificación por España, sobre el trabajo a domicilio, dispone que:

la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de este y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

⁷ Convenio de la OIT núm. 155, de 22 de junio. Instrumento de 26 de julio 1985. «*Seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo*». BOE 11 noviembre 1985, núm. 270 [pág. 35477] (RCL 1985\2683).

⁸ Convenio de la OIT núm. 177, de 4 de junio de 1996, sobre «*el trabajo a domicilio*». Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312322:NO (accedido: 2-12-2021).

Además, la Recomendación sobre el trabajo a domicilio número 184, de 1996⁹, fija las obligaciones para empleadores y trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A mayor abundamiento, la OIT¹⁰ en un reciente informe sobre trabajo a domicilio de 2021, insta a proteger a los teletrabajadores, recomendando, de un lado, implantar medidas específicas para reducir los riesgos psicosociales que conlleva el aislamiento y, de otro, respetar el «derecho a desconectarse» a fin de delimitar con claridad el ámbito personal y profesional.

En el ámbito Europeo la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo¹¹ —cuya transposición al Derecho español se llevó a cabo por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en adelante LPRL— determina que el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Para ello, adoptará todas las medidas que sean necesarias adaptándolas a los cambios que se produzcan, y procurará que la aplicación e introducción de nuevas tecnologías sean consultadas con los trabajadores o sus representantes, teniendo en cuenta la elección de equipos, condiciones de trabajo y factores ambientales. A tal fin, los trabajadores tienen la obligación de velar por su seguridad y salud y por la de otras personas —según sus posibilidades, la formación e instrucciones recibidas—, utilizando correctamente máquina, aparatos, herramientas y cualquier medio.

Por otro lado, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre de 2003¹², en determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo —aunque no recoge expresamente el derecho a la desconexión—, fija disposiciones mínimas de seguridad y salud, pone claramente en conexión la limitación del tiempo de trabajo con el respeto a los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y determina que el descanso tiene que ser adecuado, suficientemente largo y continuado, no interrumpido, como garantía de salud.

⁹ Recomendación sobre el trabajo a domicilio, número 184, (VII) 1996. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522:NO (accedido: 2-12-2021).

¹⁰ Informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), «*El trabajo a domicilio: De la invisibilidad al trabajo decente*», Suiza, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_765904/lang-es/index.htm (accedido: 18-11-2021).

¹¹ DO L 183 de 29.6.1989, p. 1.

¹² DO L 299 de 18.11.2003, p. 9.

Tampoco hace alusión explícita al derecho a la desconexión digital el Pilar Europeo de Derechos Sociales, de 16 de noviembre de 2017¹³, no obstante, dentro del capítulo dedicado a condiciones de trabajo justas, el principio 10, «entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos», proclama el derecho de los trabajadores a un nivel adecuado de protección de la seguridad y salud laboral, a un entorno adaptado a sus necesidades y a la protección de datos. En dicho sentido, tres años más tarde se aprobó el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁴, el cual incide en actualizar el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo debido a los rápidos cambios tecnológicos y sociales, que hacen que los factores de riesgo psicosocial y organizativo influyan en la salud mental de los trabajadores aumentando los niveles de estrés laboral, así como provocando mayores riesgos ergonómicos y de seguridad que, sin duda, repercute directamente en la productividad.

Ahora bien, La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021¹⁵, que contempla recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo, reconoce este derecho como un derecho fundamental ligado a los nuevos modelos de organización del trabajo, como un instrumento de la política social para la protección de los derechos de los trabajadores, considera fundamental el respeto del tiempo de trabajo para garantizar la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y, además, subraya la importancia de las evaluaciones de riesgos psicosociales para proteger la salud física y mental y prevenir trastornos mentales en el trabajo.

Además, incorpora un informe de iniciativa legislativa en el que pide a la Comisión Europea que proponga una directiva sobre el derecho a la desconexión con la finalidad de que los Estados miembros garanticen unos requisitos mínimos para hacer efectiva, por una parte, la protección de los trabajadores que ejerzan su derecho a la desconexión digital y, por otra, que los empleadores respeten y apliquen este derecho de los trabajadores de forma «justa, lícita y transparente». Así, fija criterios para establecer excepciones al derecho y su correspondiente compensación a fin de evitar posibles represalias o tratos discriminatorios y, determina, en caso de incumplimiento, las correspondientes sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» trasladando la carga de la prueba al empleador. Al mismo tiempo, considera fundamental garantizar la autonomía y participación de los interlocutores sociales, a la hora de acordar un conjunto mí-

¹³ Parlamento Europeo. «*Pilar europeo de derechos sociales*», Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, 16 de noviembre 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es (accedido: 10-11-2021).

¹⁴ COM/2021/102, Final, 4 de marzo de 2021.

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

nimo de condiciones de trabajo que hagan efectivo el ejercicio del derecho a la desconexión digital.

A tal fin, el comisario europeo de Empleo y Derechos Sociales, Nicolás Schmit, en una reciente comunicación de 15 de marzo de 2022¹⁶, se comprometió a regular el teletrabajo y el derecho a la desconexión digital a nivel europeo, asegurando que «hace falta una respuesta legislativa coherente que priorice la protección de la salud mental», con la finalidad de evitar un aumento de la jornada laboral.

En otro orden de cosas, y en la misma línea que los antecedentes normativos descritos anteriormente, existen acuerdos, estrategias, criterios de actuación e informes sobre el derecho a la desconexión digital. En este sentido, los interlocutores sociales europeos adoptaron en junio de 2020 el Acuerdo Marco sobre Digitalización¹⁷ —a la luz de la evolución experimentada desde la adopción del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo de 2002 (reformado en 2009)—, que viene a facilitar la transición digital en las empresas y prevé medidas en relación con la conexión y desconexión del trabajo por parte de los trabajadores, con la finalidad de proteger y hacer efectivo el derecho. Resalta, el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, la importancia de la prevención, y la necesidad de cooperación entre empresa y trabajadores para la existencia de un sistema de derechos, deberes y obligaciones claro que garanticen un entorno laboral seguro.

En consecuencia, dentro de las medidas establecidas destacan: orientar y formar a empleadores y trabajadores sobre como respetar las normas de organización del tiempo de trabajo; determinar que los trabajadores no están obligados a permanecer localizables por su empresa fuera del horario laboral, y si fuese así, se requerirá una compensación adecuada; informar de los riesgos de un exceso de conectividad; prevenir el aislamiento y fomentar «una cultura de no culpabilidad», entre otras.

Por otro lado, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2021 sobre «los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar»¹⁸, señala el deber de prestar especial atención a la organización del tiempo de trabajo, los riesgos para la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida personal y

¹⁶ Comunicación de 15 de marzo de 2022, del comisario de Empleo y Derechos Sociales, Nicolás Schmit, sobre teletrabajo y el derecho a desconectar, *EFE*. Disponible en: https://www.swissinfo.ch/spa/ue-empleo_bruselas-se-compromete-a-regular-el-teletrabajo-y-el-derecho-a-desconectar/47433256 (accedido: 10-4-2022).

¹⁷ Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales Europeos sobre Digitalización, CEOE, diciembre 2020. Disponible en: <https://www.ceoe.es/es/publicaciones/laboral/acuerdo-marco-de-los-interlocutores-sociales-europeos-sobre-digitalizacion> (accedido: 15-11-2021).

¹⁸ DO C 220 de 9.06.2021.

profesional, el derecho a la desconexión y la garantía de los derechos laborales en el teletrabajo. También, otorga a los interlocutores sociales un papel preponderante con la finalidad de aprobar medidas y principios que protejan el teletrabajo y garanticen los derechos de las personas que teletrabajan, dando prioridad a la evaluación de posibles efectos sobre la salud y el bienestar que pueden tener lugar con esta nueva forma de organización del trabajo.

Para ello, considera necesario adoptar una iniciativa legislativa que proteja y haga efectivo el derecho a la desconexión, con el fin de unificar criterios de implantación del derecho en todos los Estados miembros de conformidad con la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo, el 21 de enero de 2021 y, también, revisar y adaptar los acuerdos marco de 2002 y 2020.

Por último, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027¹⁹, sobre la seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación —que es una visión actualizada del anterior marco estratégico 2014-2020—, recogido en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales²⁰, establece 3 objetivos transversales, sobre todo después de la pandemia de la Covid-19 que ha agravado los riesgos, que son los siguientes: anticipar y gestionar el cambio en el mundo laboral, mejorar la prevención de accidentes y enfermedades en el lugar de trabajo y aumentar la preparación frente a nuevas crisis sanitarias. Sin duda, las nuevas formas de trabajo surgidas por la digitalización requieren soluciones diferentes y actualizadas en materia de salud y seguridad laboral. Especial atención requieren los riesgos psicosociales y ergonómicos generados por el teletrabajo o trabajo a distancia, debido a la conectividad permanente, el aislamiento y el aumento del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

3. Regulación jurídica actual del derecho a la desconexión digital desde una perspectiva preventiva: carencias y dificultades

En primer lugar, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral aparece regulado, en un sentido amplio, en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²¹ (LOPD), como garantía para evitar el riesgo de fatiga informática, la conciliación de la actividad y la vida personal y familiar, y el respeto a la intimidad, remitiendo a la negociación colectiva o acuerdo entre empresa y representantes de los trabajado-

¹⁹ COM/2021/323 Final, 28 de junio de 2021.

²⁰ *Vid. supra*.

²¹ Ley de Protección de Datos 2018. Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. BOE 6 diciembre 2018, núm. 294 [pág. 119788, Núm. Págs. 69]. (RCL2018\1629).

res en cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho. Además, dispone que el empleador elaborará una política interna, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, en la que definirá las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de formación y sensibilización sobre un uso adecuado de las herramientas tecnológicas.

Por otra parte, la Disposición Final 13.^a y 14.^a de la LOPD añade, respectivamente, un nuevo artículo 20 bis al texto de refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET²²—, y, también, una nueva letra en el artículo 14.j.bis al texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante, EBEP²³—, reconociendo el derecho a la intimidad de trabajadores y empleados públicos en relación con el entorno digital y la desconexión.

Posteriormente a esta regulación, debido a la digitalización de la economía y a la pandemia provocada por la Covid-19, se aprueba la Ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 de julio²⁴ (anterior Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre), en cuyo artículo 18, configura el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo de las personas que trabajan a distancia y teletrabajadoras, en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD. Así, aparece regulado como un derecho del trabajador y, también, como un deber para el empleador (Arruga, 2021: 74) que tiene que ser garante (Rodríguez, 2021: 142), lo cual, según la definición legal, conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación y de trabajo durante los periodos de descanso, de respeto a la jornada y tiempo de trabajo, pero no conecta con otros derechos distintos al tiempo de trabajo.

En este contexto, tiene que existir responsabilidad de ambas partes para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital, puesto que no existe realmente una obligatoriedad para ambos. Por un lado, es un derecho de la persona trabajadora que libremente decide ejercer, trasladándole la responsabilidad de no conectarse o no atender a las comunicaciones profesionales (Sánchez *et al.*, 2021: 57) y, por otro, conlleva un deber empresarial de limitación del uso de herramientas tecnológicas, lo cual, quita eficacia al reconocimiento del derecho. Algún autor (Ginés *et al.*, *op. cit.*, 2021: 177-178) considera que para garantizar la verdadera eficacia del derecho habría que prestar más atención a la obligación

²² Estatuto de los Trabajadores de 2015. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre. Aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE 24 octubre 2015, núm. 255, [pág. 100224, Núm. Págs. 84]. (RCL 2015\1654).

²³ Estatuto Básico del Empleado Público de 2015. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 octubre. Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE 31 octubre 2015, núm. 261, [pág. 103105, Núm. Págs. 54].; rect. BOE, núm. 278, [pág.109573]. (RCL 2015\1695).

²⁴ Ley de trabajo a distancia, Ley 10/2021, de 9 julio. BOE 10 julio 2021, núm. 164 [pág. 82540, Núm. Págs. 43]. (RCL 2021\1335).

empresarial de adoptar medidas adecuadas para ello, que al derecho de las personas trabajadoras de hacer uso o no del mismo.

Parte de la doctrina científica ha venido entendiendo que la regulación legal del derecho a la desconexión digital resulta insuficiente (Montoya, 2021: 15), en la medida que es un derecho de la persona trabajadora que la ley reconoce, pero no define (Pérez, 2021: 506-510), dejándolo en manos de la negociación colectiva. Alguna opinión doctrinal considera que es un «derecho inconcreto, incompleto y condicionado a un acuerdo no obligatorio» (Molina, 2017: 270-279), que más que un derecho nuevo se trata de una concreción del contenido de un derecho clásico, como es el derecho al descanso (Requena, 2020: 7 y Trujillo, 2021: 13), con la finalidad de disuadir tanto a trabajadores como a empleadores del uso de herramientas tecnológicas una vez finalizada la jornada laboral (Terradillos, 2019: 12), y que estamos en presencia de un derecho instrumental (Aragón, 2019: 9-18), en la medida que permite que se ejerzan otros derechos, como el derecho al descanso, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el derecho a la salud.

Sea como fuere, el derecho a la desconexión digital es un derecho poliédrico que supone una clara manifestación del derecho a la salud (Trujillo, 2021: 210) y, por consiguiente, debería estar diseñado desde un punto de vista preventivo (Martín, 2021: 14) asociado a la prevención de riesgos laborales (Megino *et al.*, 2020: 75 y Talens, 2019: 157). En relación con ello, podría integrarse dentro de la política interna de la empresa, a través del plan de prevención de riesgos laborales mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (Altés *et al.*, 2020: 82 y Monera, 2021: 23-24) —según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales²⁵ (LPRL)—, que, además, tendría que incorporar la perspectiva de género (Vallejo, 2019: 59-60) teniendo en cuenta los riesgos que afectan de manera específica a las mujeres, estableciendo medidas que eviten la perpetuación de roles de género, el reconocimiento de la diversidad, y medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por casusa discriminatoria y acoso laboral (artículo 4.4. Ley 10 /2021, de trabajo a distancia).

De esta manera, si fuese un tema de prevención de riesgos laborales, no solo sería un derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz, sino que constituiría también un deber que tendría que cumplir y, a su vez, supondría la existencia de un correlativo deber para la empresa de protección en prevención de riesgos laborales, y de abstención en el envío de comunicaciones profesionales a las personas trabajadoras fuera de la jornada laboral de conformidad con el artículo 14 LPRL.

²⁵ Ley 31/1995, de 8 noviembre, Ley de Prevención de Riesgos laborales. BOE 10 noviembre 1995, núm. 269, [pág. 32590] (RCL 1995\3053).

En este sentido, podría regularse, *de lege ferenda*, como un derecho/deber, tal y como se recoge en el artículo 29 de la LPRL, según el cual, constituye una obligación para los trabajadores el cumplimiento de las medidas en materia de prevención de riesgos, correspondiendo a cada trabajador velar tanto por su propia seguridad y salud en el trabajo como por la de otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional. Así, tendrían la obligación, no solo el derecho, de utilizar adecuadamente las herramientas tecnológicas puestas a su disposición para el desarrollo de la actividad laboral, que sería una manera de no responsabilizar, únicamente, a la persona trabajadora del ejercicio del derecho a la desconexión y que implicaría el deber de respeto por parte de los demás.

Desde una vertiente preventiva, el artículo 15 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, dispone que los trabajadores a distancia tienen derecho a la prevención de riesgos laborales, o, lo que es lo mismo, derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo de conformidad con lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

No obstante, debido a la ausencia de cultura empresarial basada en el bienestar de las personas trabajadoras (Trujillo, 2021: 69) en relación al uso de las nuevas tecnologías, sobre todo en el caso del trabajo realizado en el domicilio de la persona trabajadora, resulta complicado el cumplimiento por parte de la empresa (Muros, 2021: 9) de sus obligaciones en materia preventiva reguladas en la LPRL, lo cual, no significa que no se le exija la diligencia debida al empresario, por ser deudor de seguridad, obligándole a que el trabajo se desarrolle con las debidas garantías de seguridad y salud, puesto que este «deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado» (Vallejo *et al.*, 2020: 117-118 y Lousada, 2021: 7).

Por otro lado, el artículo 16 de la ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, establece que la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva tendrá en cuenta los tres tipos de riesgos principales del trabajo a distancia, especialmente, los riesgos ergonómicos, organizativos y psicosociales, prestando especial atención a la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y las desconexiones durante la jornada. Por otra parte, dicha evaluación de riesgos deberá realizarse, únicamente, del lugar concreto donde tiene lugar la actividad laboral, excluyendo el resto de la vivienda.

Para llevar a cabo la actividad preventiva, si el trabajo se realiza en el domicilio de la persona trabajadora, podría ser necesario visitarlo para conocer los riesgos a los que se está expuesto y adoptar las correspondientes medidas de prevención y protección. Para ello, se exige, informe escrito por quien tenga competencias en la materia que justifique dicho extremo y comunicado a la persona trabajadora y a los delegados y delegadas de prevención, que, a su vez, está condicionado al consentimiento por parte de la persona trabajadora si se trata de su

domicilio particular o del de otra persona. Y ello, en base al mandato constitucional de la inviolabilidad del domicilio familiar (artículo 18.2 CE). En el caso de negativa por parte del trabajador, la actividad preventiva podría llevarse a cabo con la información obtenida hasta el momento según las indicaciones del servicio de prevención, incluso, Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Administración laboral, podrían pedir la correspondiente autorización judicial²⁶.

A mayor abundamiento, el artículo 18 de la Ley de trabajo a distancia, determina que la empresa elaborará una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso adecuado de los dispositivos tecnológicos, con la finalidad de evitar el riesgo de fatiga informática, previa audiencia de los representantes de los trabajadores —que no implica un deber de negociar—, y remite a los convenios o acuerdos colectivos para que sean estos los que fijen los medios y medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión. De esta manera, la ley reconoce el derecho a la desconexión digital y remite a la negociación colectiva para que sea esta quien dote de contenido al derecho, pero no se ha previsto como contenido mínimo (Barrios, 2020: 111) del convenio colectivo (art. 85.3 ET), por lo tanto, los convenios colectivos podrán regular la desconexión digital pero no existe obligación de que lo hagan.

Por ende, si fuese un tema de prevención de riesgos laborales, en cumplimiento del deber de protección por parte de la empresa, la política interna en relación con el derecho a la desconexión podría llevarse a cabo a través de la implantación y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales, mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (artículo 16 LPRL). Al mismo tiempo, los trabajadores y sus representantes tendrían derecho a recibir por parte de la empresa las informaciones necesarias relacionadas con los riesgos laborales y las medidas y actividades de prevención y protección, teniendo la empresa el deber de consultar y permitir su participación (artículo 18 LPRL), y, además, el empresario debería garantizar una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada a todos los trabajadores (artículo 19 LPRL). En suma, todas estas disposiciones tendrían el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas, perfeccionadas y desarrolladas por los convenios colectivos (artículo 2.2 LPRL)

En otro orden de cosas, la Ley de trabajo a distancia no ha regulado las excepciones a este deber empresarial de garantizar la desconexión e impedir las comunicaciones profesionales utilizando cualquier dispositivo tecnológico durante

²⁶ Ley reguladora de la jurisdicción social, Ley 36/2011, de 10 octubre (artículo 76.5). BOE 11 octubre 2011, núm. 245, [pág. 106584]. (RCL 2011\1845); Ley 23/2015, de 21 julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 13.1), BOE 22 julio 2015, núm. 174, [pág. 61661, Núm. Págs. 32]. (RCL 2015\1129).

los tiempos de descanso de las personas trabajadoras en los que la empresa quedaría eximida y, por consiguiente, podría conectar con el trabajador durante estos periodos de desconexión. No obstante, los supuestos de excepcionalidad podrían estar vinculados a determinadas situaciones extraordinarias, urgentes, supuestos de fuerza mayor o necesidad imperiosa, que quedan al arbitrio de la negociación colectiva, la cual, podrá regular circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión estableciendo límites al mismo, según lo establecido en la Disposición adicional primera de la Ley de trabajo a distancia.

En este sentido, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho a la desconexión digital²⁷, dispone que solo se establecerán excepciones a la obligación de aplicar el derecho de desconexión en circunstancias excepcionales como casos de fuerza mayor u otras emergencias, a tal fin, se fijarán criterios para la determinación de las mismas, compensaciones por cualquier trabajo realizado fuera del horario laboral que garantice el respeto a la seguridad y salud de los trabajadores, y ello, mediante informe por escrito explicando los motivos que justifican la necesidad de la excepción.

Por último, tampoco existe un régimen sancionador específico para los supuestos de posibles incumplimientos y responsabilidades por parte de la empresa que garantice el cumplimiento efectivo del derecho a la desconexión digital (Martín, *op. cit.*, 2020: 175-177 y Altés, *et al.*, *op. cit.*, 2020: 84-85). Por ello, la configuración del derecho a la desconexión digital dentro de la LPRL conllevaría, en caso de infracción, la aplicación de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social —en adelante LISOS²⁸—. Así, su artículo 5.2 dispone lo siguiente:

Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley.

Además, el artículo 7.5 LISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento empresarial de la obligación de controlar el tiempo de trabajo, que sería una garantía del derecho a la desconexión digital.

Para la imputación de responsabilidades, las infracciones, su gravedad y el tipo de sanción a aplicar, en caso de incumplimiento del derecho a la desco-

²⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)).

²⁸ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto. Aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 8 agosto 2000, núm. 189, [pág. 28285]; rect. BOE, núm. 228 [pág. 32435] (RCL 2000\1804).

nexión digital, tendrían que estar regulados y tipificados en la LISOS, concretamente, en el capítulo II sobre Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante, haciendo una interpretación extensiva de la norma, diferentes supuestos contemplados en la misma podrían aplicarse en caso de incumplimientos del derecho a la desconexión digital. Así, el artículo 11.4 considera infracciones leves: «Las que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores».

Y, el artículo 11.5 considera también infracciones leves: «Cualesquiera otras que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves».

En ambos supuestos, se podrían subsumir los incumplimientos empresariales derivados de la falta de elaboración de una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

Por otra parte, las infracciones graves extensibles a estos supuestos podrían ser las previstas en los artículos (12.1, 12.4, 12.6, 12.8, 12.12, 12.11 LISOS), relacionadas con incumplimientos derivados de las obligaciones de integración de la prevención de riesgos laborales a través de la implantación del plan de prevención y su aplicación a través de la evaluación de riesgos —con sus correspondientes revisiones, actualizaciones, controles y registro de los datos obtenidos—, y de la planificación de la actividad preventiva.

Concretamente, el artículo 12.8 LISOS tipifica como infracción grave:

El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

En este caso, la falta de formación y sensibilización del personal, incluidos los trabajadores designados para las actividades preventivas como los delegados de prevención, sobre un uso razonable de los dispositivos tecnológicos. Al mismo tiempo, constituiría infracción grave la falta del requisito de audiencia previa a la representación legal de las personas trabajadoras, en relación con la elaboración de la política interna de la empresa, por «el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales».

Por último, no obstante lo anterior, en el supuesto de producirse un accidente de trabajo o enfermedad profesional, como podrían ser los riesgos psicosociales derivados de la vulneración del derecho a la desconexión digital por una conectividad constante por parte de la empresa fuera de la jornada laboral, podría

dar lugar al correspondiente recargo de prestaciones por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo (artículo 164 de la Ley General de Seguridad Social²⁹ —LGSS—), y a la correspondiente responsabilidad civil y penal (artículos 42.1 LPRL, 1101 CC, y 316 CP).

4. Respuesta de los tribunales en torno a la desconexión digital

Existe cierta doctrina judicial que, poco a poco, se ha ido pronunciando sobre los límites del poder de organización y dirección empresarial fuera de la jornada laboral, el respeto de los periodos mínimos de descanso de todas las personas trabajadoras, la distinción entre tiempos de trabajo y de descanso y, por consiguiente, la procedencia de la aplicación del derecho a la desconexión digital.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)³⁰ en reiterada jurisprudencia sostiene que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los períodos mínimos de descanso de todo trabajador, así como las pausas adecuadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 3 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo que, no solo

[...] constituyen normas de Derecho social comunitario de especial importancia, de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y salud.

Sino que, además, está expresamente establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³¹ (artículo 31.2) en lo que respecta a unas condiciones de trabajo justas y equitativas.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de establecer excepciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo, el TJUE declara que estas deben ser

²⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre. Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 31 octubre 2015, núm. 261, [pág. 103291, Núm. Págs. 228]; rect. BOE, núm. 36, [pág.10898]. (RCL 2015\1700).

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2006, Caso/ Comisión/Reino Unido, C-484/04,(TJCE\2006\231), apartado 38; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2004, Caso Pfeiffer contra Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01 (TJCE\2004\272), apartado 91; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2021, Caso Academia de Studil Economic din Bucuresti contra Organismul Intermediar pentru Programul Operational Capital Uman-Ministerul Educatiei Nationale, ECLI:EU: C2021:210 (TJCE\2021\64), apartado 36.

³¹ DO C 364 de 18.12.2000, p. 15.

objeto de una interpretación restrictiva «[...] que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dichas excepciones permiten proteger»³² para asegurar una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores. Así mismo, para garantizar el respeto efectivo de las disposiciones mínimas en este sentido,

los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.³³

En relación con ello, el primer pronunciamiento judicial en nuestro país fue la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de julio de 1997 (proc. 120/1997)³⁴, la cual declara la nulidad de las instrucciones establecidas por una compañía que obligaba a los trabajadores «comerciales» que trabajaban fuera de las instalaciones de la empresa a mantener una conexión ininterrumpida, constante y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y clientes, fuera de la jornada laboral, considerando la Sala que se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 23 de mayo de 2013 (rec. 6212/2012)³⁵, se pronuncia al respeto. Una empresa dedicada a la fabricación y mantenimiento de aparatos elevadores, como medida de vigilancia y control lleva a cabo la instalación de un acelerómetro en los teléfonos móviles de los trabajadores de la sección de mantenimiento, el cual permite controlar el movimiento o falta de movimiento de estos, y, además, no se puede desconectar si no es a través de una aplicación que desconocen los trabajadores. También, existe un GPS integrado en el teléfono que permite conocer el lugar donde se encuentra el trabajador, que debe llevar siempre encima, incluso, llevarse a casa para recargarlo fuera de la jornada laboral.

Según el tribunal, estos dispositivos no son un equipo de protección individual, sino que supone un exceso del poder de organización y dirección empresarial debido al control y fiscalización del tiempo fuera de la jornada laboral, que puede conllevar un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Concre-

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de octubre de 2010, Caso FuB contra Stadt Halle, C-243/09 (TJCE\2010\302), apartados 32 y 34; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak, ECLI:EU:C:2018:82 (TJCE\2018\5), apartado 38.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de mayo de 2019, Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO), C-55/18 (TJCE\2019\90), apartado 60.

³⁴ Audiencia Nacional (Sala de lo Social), Sentencia de 17 julio 1997. (AS\1997\3370).

³⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 23 mayo 2013. (AS\2013\2445).

tamente, exigir al trabajador estar pendiente de mantener el dispositivo en condiciones óptimas de funcionamiento, supone, por una parte, una situación de riesgo psicosocial (estrés, preocupación, tensión) que la empresa tendría que haber previsto y, por otra, una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad de los trabajadores.

En un sentido similar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015)³⁶, en relación con el tiempo de trabajo en el domicilio de un trabajador perteneciente al equipo de comerciales de una empresa de comunicaciones, condena a la empresa al pago de horas extraordinarias por no existir control alguno sobre la jornada laboral. Consta en los hechos probados la inexistencia de jornada laboral establecida y la realización por estos trabajadores de jornadas laborales superiores a las permitidas legalmente. Así, mantiene el tribunal que el control mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red: «No supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral».

No obstante, sostiene, que el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio son derechos del trabajador que no pueden ser alegados por la empresa en perjuicio del mismo.

Por otra parte, argumenta que el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo y, por consiguiente, la empresa es responsable de garantizar el cumplimiento y respeto de los límites de la jornada y descanso, y de controlar el tiempo de trabajo mediante su registro horario, que, además, forman parte del derecho del trabajador a la protección de su integridad y salud, siendo responsabilidad de la empresa a través de la obligación de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

En conclusión, según el tribunal,

[...] solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control no

³⁶ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia de 3 febrero 2016. (AS\2016\99).

puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con ello. La sentencia de 18 de diciembre de 2019 (rec. 2852/2018)³⁷, resuelve sobre un supuesto en el que una empresa dedicada al transporte de mercancías entrega a sus 10 trabajadores un teléfono móvil para poder comunicarse y crea un grupo de *whatsapp* integrado por todos ellos, con la finalidad de contactar de forma individual y colectiva durante la jornada de trabajo. El tribunal entiende que no existe infracción del derecho a la desconexión digital fuera de la jornada laboral, puesto que no ha quedado probado que la empresa conectase con sus trabajadores durante el periodo de descanso diario o semanal. Y, también, en sentencia de 20 de mayo de 2021 (rec. 47/2021)³⁸, dictamina sobre un despido disciplinario por faltas de asistencia repetidas e injustificadas al puesto de trabajo comunicado a través de *whatsApp*, por burofax —que fue devuelto por no retirado— y, posteriormente, por correo electrónico. Además, por *WhatsApp* se requiere al trabajador para que entregue las llaves y se le informa del ingreso del finiquito. El tribunal mantiene que esta forma de comunicación no puede ser válida, por no considerarse fehaciente y no poder acreditarse su recepción, y, continúa manifestando,

Además, esta forma de comunicación puede entrar en conflicto con derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la protección de datos, etc. No puede exigirse al trabajador que, fuera del horario de trabajo, tenga la obligación de tener encendido el terminal de su propiedad, con conexión a internet, por existir el derecho a la desconexión digital.

No obstante, entiende la validez de la comunicación del despido por correo electrónico al constar la recepción reconocida del mismo y surtir efectos desde esta misma fecha en la que tiene conocimiento el trabajador.

También, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 27 de diciembre 2017 (rec. 2241/2017)³⁹, reconoce la licitud de las medidas de vigilancia y control llevadas a cabo por una empresa dedicada al mantenimiento de instalación de comunicaciones, la cual, instala dispositivos de geolocalización en los vehículos dedicados al desarrollo de la actividad, sin embargo, declara la

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 18 diciembre 2019 (JUR\2019\31630).

³⁸ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 20 mayo 2021 (AS\2021\1352).

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 27 diciembre 2017 (AS\2018\296).

existencia de vulneración del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras por mantener activados y no desconectar dichos dispositivos a partir de la finalización de la jornada laboral. La sentencia condena a la empresa a garantizar que dichos dispositivos permanezcan desactivados con la finalidad de no captar datos a partir del momento de finalización del tiempo de trabajo, momento a partir del cual, es imprescindible el consentimiento inequívoco de los trabajadores para el tratamiento de datos, de conformidad con la regla general del artículo 6.1 de la LOPD.

En un sentido similar, el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo, en sentencia de 22 de noviembre de 2021 (proc. 774/2021)⁴⁰ y, posteriormente, el Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo, en sentencia de 9 de diciembre de 2021 (proc.757/2021)⁴¹, y el Juzgado de lo Social número 1 de Gijón, en sentencia de 9 de diciembre de 2021 (proc. 612/2021)⁴², estiman procedente los medios de comunicación utilizados por empresas dedicadas al transporte por carretera a través de comunicaciones telefónicas, mediante *Whatsapp* o por correo electrónico, para la comunicación a las personas trabajadoras —con la categoría profesional de conductor— de los servicios mínimos que tenían que realizar durante una situación de huelga. Dichas comunicaciones se llevan a cabo a través del teléfono personal del trabajador, utilizado con carácter habitual en otras situaciones similares relacionadas con la actividad laboral y no para otras finalidades distintas, no quedando acreditado que se realizasen fuera del horario laboral. Así pues, el juzgador considera que no ha existido vulneración de los derechos fundamentales de intimidad, protección de datos, ni tampoco del derecho a la desconexión digital, ya que se han utilizado los dispositivos de comunicación para transmitir información relacionada con la actividad laboral, pero no para el desarrollo del trabajo.

[...] Situación que ninguna relación guarda con la utilización de tales medios de comunicación para que el trabajador, fuera de su horario laboral, desempeñe algún tipo de actividad relacionada con su trabajo, que es a lo que se refiere el derecho a la desconexión digital [...]

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha dictado varias resoluciones judiciales al respecto. Así, la sentencia de 8 de julio de 2020 (rec. 19/2020)⁴³, se pronuncia sobre un asunto en el que un trabajador además

⁴⁰ Juzgado de lo Social de Oviedo (Principado de Asturias), Sentencia de 22 noviembre 2021 (JUR\2022\75371).

⁴¹ Juzgado de lo Social de Oviedo (Principado de Asturias), Sentencia de 9 diciembre 2021 (JUR\2022\74709).

⁴² Juzgado de lo Social de Gijón (Principado de Asturias), Sentencia de 9 diciembre 2021 (JUR\2022\75373).

⁴³ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 8 julio 2020 (AS\2020\2516).

de su jornada presencial en el lugar de trabajo presta servicios de forma adicional en régimen de teletrabajo, mediante un pacto de disponibilidad fuera del horario habitual, por el que realiza guardias de disponibilidad de 24 horas una de cada cuatro semanas teniendo que estar localizable a través del teléfono móvil que la empresa pone a su disposición, con la finalidad de proporcionar soporte informático a los trabajadores de la empresa que puedan necesitarlo en horarios diferentes al habitual, abonándole por este concepto un «plus de disponibilidad» y, además, las horas que desempeña trabajo efectivo en régimen de teletrabajo o presencial, como horas extraordinarias. El tribunal considera que el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo es tiempo de trabajo que tiene que sumarse al tiempo presencial, y así, realizar el cálculo de la jornada efectiva, compararla con los límites legales y convencionales, y determinar el número de horas extraordinarias realizadas, pero no compensadas en descanso, que han de ser retribuidas.

En otras resoluciones, 22 de junio 2020 (rec. 260/2020)⁴⁴, 7 de octubre de 2020 (rec. 313/2020)⁴⁵, 4 de noviembre 2020 (rec. 430/2020)⁴⁶, 9 de julio de 2021 (rec. 307/2021)⁴⁷, el TSJ de Madrid dictamina sobre la falta de justificación de la negativa de un controlador de circulación aérea a realizar un curso de formación *online* de dos horas, que tiene la consideración de tiempo de trabajo —conforme al convenio colectivo— y puede hacer de forma flexible sin sujeción horaria, pero sin modificar su cuadrante de trabajo presencial. La sentencia considera que no existe vulneración de derechos fundamentales, ni tampoco del derecho a la desconexión digital como desarrollo del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, al considerar la realización del curso de formación como tiempo de trabajo efectivo y retribuido que se tiene en cuenta para el cómputo de la jornada laboral anual —y no como tiempo de descanso—, y, por consiguiente, no afecta al derecho a la desconexión digital. Incluso, aunque la empresa se intente poner en contacto con la persona trabajadora en los tiempos de actividad a través del correo electrónico corporativo (rec.507/2020)⁴⁸, ya que no estamos hablando de tiempo de descanso sino de tiempo de trabajo y no ser de aplicación el derecho a la desconexión digital.

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 22 junio 2020 (JUR\2020\244414).

⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 7 octubre 2021 (JUR\2021\22387).

⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 4 noviembre 2020 (JUR\2020\365839).

⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 9 julio 2021 (JUR\2021\317234).

⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª), Sentencia de 14 enero 2021 (AS\2021\853).

Esta misma Sala, en sentencia de 9 de junio 2021 (rec. 318/2021)⁴⁹ reconoce que

[...] el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado [...]

Por ende, no se puede obligar a ninguna persona trabajadora a conectarse en su tiempo de descanso. No obstante, esto no significa que la empresa no pueda exigir la realización de actividades laborales de carácter obligatorio fuera de horario laboral.

Además, continúa argumentando la Sala, como las normas sobre límites de jornada y descansos son normas preventivas, la empresa, como deudora de seguridad, tiene que responsabilizarse del momento elegido por el trabajador para desarrollar el trabajo en los sistemas de flexibilidad horaria, y establecer criterios claros que garanticen el respeto de las normas de seguridad e impidan la vulneración de los descansos mínimos. Sin embargo, la falta de dichos criterios, no convierten en ilegal o antijurídica la decisión empresarial, si no queda acreditado que ha existido una vulneración del derecho al descanso, como podría ser la imposición por parte de la empresa de la realización de los cursos de formación *online* en periodos de descanso, que no es el caso.

Por otro lado, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santander, en sentencia de 3 de febrero de 2020 (proced. 315/2019)⁵⁰, reconoce el respeto al derecho a la desconexión digital. En este caso, la instrucción municipal del Ayuntamiento de Santander impone a todos los miembros del cuerpo de Policía Local y Agentes de Movilidad, para todo tipo de incidencias y sin límite temporal o de horario, la obligación de permanecer constantemente conectados al correo corporativo, también, en periodos de descanso, tiempo libre y fuera de servicio sin limitación alguna. El tribunal declara la medida desproporcionada y contraria al derecho a la desconexión digital (artículo 88 LOPD), por imponer un estado de guardia de localización y conexión permanente al correo electrónico a todo el personal, fuera de la jornada laboral.

Por último, en el mismo sentido de respeto al derecho a la desconexión, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de febrero 2021

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), Sentencia de 9 junio 2021 (AS\2021\1583).

⁵⁰ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Santander, Sentencia de 3 febrero 2021. (JUR\2021\109454).

(rec. 4361/2020)⁵¹, concluye que es lícito que la empresa dé de baja a una empleada —ostenta la categoría profesional de «jefes administrativos y de taller» perteneciente al grupo profesional 3— de los diferentes grupos de WhatsApp y cuentas de correo electrónico de la empresa durante una baja por IT de larga duración. Y ello, aludiendo al derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras durante la IT y a la obligación de la empresa de respetarlo. En este caso, la Sala no aprecia vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, en base al derecho a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre —LOPD—, y artículo 20 bis ET).

5. Tratamiento del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva: análisis de diferentes convenios colectivos

La negociación colectiva y el diálogo social tienen un papel fundamental en el desarrollo del derecho a la desconexión digital. Existe una constante remisión de la Ley de trabajo a distancia a los convenios o acuerdos colectivos, para que sean estos los que fijen las medidas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión y reconozcan situaciones excepcionales de modulación del derecho.

Hoy en día, el desarrollo convencional del derecho a la desconexión digital es muy dispar y son todavía pocos los convenios colectivos que abordan el tema. En general, los que lo hacen, realizan meras declaraciones programáticas sin recoger medidas concretas (Trujillo, 2020: 48), reproducen lo ya regulado legalmente —aportando poco o nada—, reconocen el derecho «a no responder», pero no como una obligación empresarial (Barrios, *op. cit.*, 2021: 125-129 y Martín, *op. cit.*, 2021: 20-22) y, además, lo regulan como medida para una mejor gestión del tiempo de trabajo, pero no como medida de prevención de riesgos laborales.

El primer convenio colectivo en reconocer el derecho a la desconexión digital en el año 2017 fue el Convenio colectivo del Grupo Axa (art. 14)⁵², que regula la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital y, de forma muy genérica, reconoce el derecho a no responder a las comunicaciones profesionales recibidas fuera del horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. Casi en los mismos términos se pronuncia el Acuerdo Laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santan-

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia de 19 febrero 2021 (JUR\2021\149651).

⁵² BOE 10 de octubre de 2017.

der S.A., Banco Popular S.A., y Banco Pastor S.A., de 26 de junio de 2018 (Anexo IV)⁵³, sobre criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo, el cual, reconoce el derecho a no responder emails o mensajes profesionales fuera del horario laboral ni durante los tiempos de descanso, permisos, licencias o vacaciones, excepto supuesto de causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales. Y, en el mismo sentido, el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (artículo 26, bis)⁵⁴ reconoce, para una mejor gestión del tiempo de trabajo, el derecho de las personas trabajadoras a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada laboral, salvo situaciones excepcionales, recogiendo una serie de buenas prácticas para llevar a cabo.

Por otro lado, el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (Anexo 3 Plan de Igualdad, apartado B, áreas de intervención para la consecución de los objetivos del plan, núm. 5)⁵⁵ de 2018, regula la desconexión digital en relación con la utilización de herramientas tecnológicas como medida efectiva para promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin que ello suponga un motivo para la extensión de la jornada de trabajo, ni para la interrupción de los tiempos de descanso o licencias de las personas trabajadoras. En la misma línea, El VII Convenio Colectivo de Repsol, S.A. (artículo. 14.9)⁵⁶, y el Convenio colectivo de la empresa Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (artículo 21)⁵⁷, respecto a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los principios del derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo, enuncia que la mesa de igualdad identificará posibles buenas prácticas en torno al uso de herramientas digitales.

Desde otra vertiente, el Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios⁵⁸ (art. 95), expone que:

Este convenio colectivo reconoce y formaliza el derecho a la desconexión digital como un derecho, pero no como una obligación. Esto implica expresamente que aquellas personas trabajadoras que quieran realizar comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo con total libertad.

Lo reconoce como el derecho a no responder a ninguna comunicación (correo electrónico, WhatsApp, teléfono) fuera de la jornada laboral, asumiendo, el

⁵³ CCOO, Acuerdo Laboral en el marco del proceso de fusión entre las entidades Banco Santander S.A., Banco Popular S.A., y Banco Pastor S.A. [en línea]. 2018 [consultado 15 diciembre 2021]. Disponible en: <https://cgtbsan.fesibac.org/wp-content/uploads/PDF/Acuerdos/20180626-Acuerdo-Laboral-Fusion-BS-BP-BP.pdf>.

⁵⁴ BOE 11 de junio de 2021.

⁵⁵ BOE 18 de enero de 2018.

⁵⁶ BOE 17 de julio de 2018.

⁵⁷ Boletín Oficial de la Región de Murcia, 5 de agosto de 2020.

⁵⁸ BOE 14 de agosto de 2020.

remitente de esta y, sobre todo, los superiores jerárquicos, que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral siguiente. También, se regulan excepciones al ejercicio del derecho a la desconexión digital, cuando se den circunstancias excepcionales como supuestos de fuerza mayor, cuando supongan un grave e inminente perjuicio empresarial, en periodos de disponibilidad o cuando se trate de personas trabajadoras que permanezcan a disposición de la empresa y reciban por ello un complemento de «disponibilidad», o se encuentren en situación «de guardia».

En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU (Anexo 3)⁵⁹, o el Convenio colectivo de Ahorrámás SA y empresas vinculadas (anexo I)⁶⁰, según los cuales, este derecho a no responder —que no deber—, cede en supuestos excepcionales en los que se contactará con la persona trabajadora, preferiblemente por teléfono, a fin de comunicarle dicha situación de urgencia y a efectos de su cómputo como hora extraordinaria.

El V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (artículo 46)⁶¹, además de regular como supuestos excepcionales del ejercicio del derecho a la desconexión digital causas de fuerza mayor o guardias localizables, entre otras, establece que «sin perjuicio de lo que establezca la política interna» las personas trabajadoras no tendrán la obligación de responder a correos electrónicos o llamadas fuera de su horario laboral.

En un sentido más amplio, el Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020 (capítulo XV)⁶², y el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones de 2020 (artículo 27)⁶³ recogen el derecho a no atender las comunicaciones que se puedan realizar, especialmente, por medios digitales fuera de la jornada laboral, como elemento fundamental para garantizar el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, mejorar la ordenación del tiempo de trabajo y, también, la salud de las personas trabajadoras como medida de prevención de riesgos laborales.

Desde esta perspectiva preventiva, el Convenio colectivo de Acepta Servicios Integrales SLU (artículo 21.3)⁶⁴ y el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (artículo 15)⁶⁵, consideran necesario el derecho a la desconexión digital para poder llevar a cabo la conciliación de la vida laboral personal y laboral, y como garantía de salud laboral «[...] disminuyendo, entre

⁵⁹ BOE 7 de enero de 2020.

⁶⁰ BOE 1 de agosto de 2020.

⁶¹ BOE 17 de junio de 2020.

⁶² Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, de 7 de septiembre de 2018.

⁶³ BOE 22 de junio de 2020.

⁶⁴ BOE 30 de julio de 2020.

⁶⁵ BOE 3 de diciembre de 2020.

otras, la fatiga tecnológica o estrés, y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo». Además,

el ejercicio de este derecho por parte de las personas trabajadoras no conllevará medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración.

Es decir, las empresas no podrán tomar represalias contra las personas trabajadoras que hagan uso de su derecho a la desconexión digital y, por tanto, no repercutirá de forma negativa en el desarrollo profesional de quienes lo ejerzan. En relación con esto último, se expresan el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España SAU (Anexo XIII)⁶⁶, y el Convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (artículo 10.4)⁶⁷, según el cual: «Las empresas no podrán tomar medidas sancionadoras contra las personas trabajadoras que hagan uso efectivo de su derecho a la desconexión digital implantado en el seno de la empresa».

En efecto, son pocos los convenios colectivos que tratan el derecho a la desconexión digital desde el ámbito de la prevención de riesgos laborales, así, el Convenio colectivo de trabajo del sector de exhibición cinematográfica de la provincia de Barcelona para los años 2019-2021 (artículo 35)⁶⁸, dentro del capítulo VII dedicado a la seguridad y salud en el trabajo y del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en esta materia, recomienda llevar a cabo políticas de desconexión digital. También, la Revisión del Acuerdo Intersectorial de Navarra sobre Relaciones Laborales (apartado 8)⁶⁹, dentro del apartado dedicado a la seguridad y salud laboral, insta a trabajar en el derecho a la desconexión digital con la finalidad de evitar y prevenir posibles riesgos psicosociales derivados de una conectividad permanente.

En suma, la mayoría de los convenios colectivos regulan el derecho a la desconexión digital como un derecho de las personas trabajadoras del que pueden hacer uso o no, asumiendo estas toda la responsabilidad, pero no se hace mención a la obligación empresarial de abstención en el envío de comunicaciones profesionales fuera de jornada laboral con la finalidad de garantizar el derecho. No obstante, en El Convenio colectivo de CTC Externalización SLU (artículo 65)⁷⁰, se recoge expresamente como un derecho para las personas trabajadoras, pero no como una obligación para la empresa: «Así, se determina

⁶⁶ BOE 13 de noviembre de 2019.

⁶⁷ BOPZ de 13 de noviembre de 2020.

⁶⁸ Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 11 de junio de 2020.

⁶⁹ Boletín Oficial de Navarra, de 16 de abril de 2019.

⁷⁰ BOE 18 de marzo de 2020.

que la desconexión digital es un derecho para las personas trabajadoras y no una obligación para la empresa, pudiendo escoger hacer uso o no [...]».

Y, continúa manifestando,

[...] a pesar de que la empresa se esfuerza en promover una cultura que disminuya las conexiones voluntarias realizadas fuera de la jornada laboral ordinaria, estas no serán consideradas contrarias al derecho a la desconexión o imputables a la empresa.

Incluso, en algún convenio colectivo como el de la empresa LABORDE-QUIPO SL (artículo 45.29)⁷¹ aparece regulado como un incumplimiento laboral calificado como falta grave,

utilizar los dispositivos de comunicación de la empresa fuera del horario laboral salvo que se perciba un plus de disponibilidad voluntariamente aceptado por el trabajador. Y ello sin perjuicio del tiempo de desconexión digital obligatorio, y del control horario correspondiente.

Por último, aunque son escasos, hay algún convenio colectivo que regula el derecho a la desconexión digital como un compromiso empresarial de abstención en el envío de comunicaciones mediante herramientas digitales fuera del horario de trabajo. Destacan en estos términos, el convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial, para el comercio en general (excepto alimentación) de Valladolid y provincia para el 2019, 2020 y 2021 (artículo 54)⁷² según el cual,

[...] las empresas se comprometen a no enviar a las personas trabajadoras de las mismas, mails o mensajes profesionales fuera del horario de trabajo. Y se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no responder a los mails o mensajes profesionales, que reciban de la Empresa, fuera de su horario de trabajo.

Todo ello, salvo causa de fuerza mayor. En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio colectivo para el sector del comercio en general de la provincia de Segovia para el período 2019-2023 (artículo 38)⁷³ que, además, establece la nulidad del despido o de cualquier medida disciplinaria que se adopten vulnerando el derecho a la desconexión digital.

⁷¹ Boletín Oficial de la Provincia de Almería, de 3 de septiembre de 2020.

⁷² Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid, de 5 de febrero de 2020.

⁷³ Boletín Oficial de la Provincia de Segovia, de 17 de febrero de 2020.

6. Propuestas *lege ferenda*

La Ley 10/2021, de 9 julio, de trabajo a distancia, supone un avance y aporta seguridad jurídica en un momento de cambio de las relaciones laborales y máxima conectividad a través de dispositivos y tecnología digitales con fines laborales. En este contexto, la regulación legal del derecho a la desconexión digital resulta fundamental debido a la constante conectividad asociada al teletrabajo, que difumina los límites entre los tiempos de trabajo y los de descanso y, además, repercute negativamente en la salud de las personas trabajadoras, generando, sobre todo, riesgos psicosociales relacionados con las tecnologías de la información y comunicación.

A este respecto, la normativa internacional y europea al igual que la jurisprudencia europea y española, relacionan claramente la limitación del tiempo de trabajo y el respeto al descanso con la protección de la seguridad y salud laboral, incluso, reconocen el derecho a la desconexión digital como derecho fundamental ligado a los nuevos modelos de organización del trabajo y como mínimo legal que debe ser preservado y garantizado.

No obstante, la regulación del derecho en la nueva Ley de trabajo a distancia adolece de ciertas carencias que dificultan su efectividad ya que aparece muy vinculado al respeto a la jornada y a los tiempos de trabajo, pero no conecta con otros derechos distintos como el derecho a la seguridad y salud laboral. En este sentido, resultaría necesario, de *lege ferenda*, el tratamiento y desarrollo del derecho a la desconexión digital en el teletrabajo dentro de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como herramienta para prevenir los riesgos y garantizar la seguridad y salud laboral a través del plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, incorporando la perspectiva de género.

A tal fin, sería imprescindible reconocer las diferencias y desigualdades de género, los riesgos que afectan de manera específica a las mujeres y la lucha contra toda discriminación, con la finalidad de evitar la perpetuación de roles de género, prevenir los riesgos derivados de las dificultades para conciliar la vida familiar, laboral y personal, y erradicar posibles conductas de ciberacoso o acoso por medio de la utilización de las tecnologías digitales.

De esta manera, si el derecho a la desconexión digital estuviese contemplado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, formaría parte del derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz (artículo 14 LPRL) y, además, constituiría un deber de cumplimiento de la normativa en prevención de riesgos laborales, según la cual, los trabajadores tienen que velar tanto por su propia seguridad y salud laboral, como por la de otras personas a las que puede afectar su actividad profesional (artículo 29 LPRL). Al mismo tiempo, supondría el correlativo deber empresarial de protección y, por lo tanto, de abstención en el envío

de comunicaciones fuera de la jornada laboral, que sería una manera de responsabilizar a todas las partes implicadas en el cumplimiento efectivo del derecho a la desconexión digital.

En suma, todas estas disposiciones tendrían el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas, perfeccionadas y desarrolladas por los convenios colectivos (artículo 2.2 LPRL). Actualmente, existe una remisión constante de la Ley de trabajo a distancia a la negociación colectiva para que sea esta la que dote de contenido el derecho, fije los medios y las medidas para garantizar su efectividad y reconozca situaciones excepcionales de modulación del derecho.

Sin embargo, los convenios colectivos que tratan el derecho a la desconexión, lo hacen de forma muy genérica, como medida para una mejor gestión del tiempo de trabajo y garantía de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Muy pocos lo hacen como medida de prevención de riesgos laborales (para evitar la fatiga tecnológica, el estrés etc.) y, además, lo regulan como derecho de las personas trabajadoras a no responder a las comunicaciones profesionales fuera del horario laboral, pero no como una obligación, lo que supone que todas aquellas personas que quieran enviar comunicaciones fuera de la jornada laboral pueden hacerlo. Tampoco lo recogen como obligación empresarial de abstención en el envío de comunicaciones mediante dispositivos digitales.

Por otra parte, desde un punto de vista preventivo, los incumplimientos y responsabilidades por parte de la empresa conllevarían la aplicación de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social (LISOS), en lo referente a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, que constituiría una garantía del cumplimiento del derecho. Y, en el supuesto de producirse un accidente de trabajo o enfermedad profesional por prácticas excesivas derivadas de una situación de hiperconectividad y consiguiente vulneración del derecho a la desconexión digital, podría dar lugar al correspondiente recargo de prestaciones por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo (artículo 164 LGSS).

En definitiva, el derecho a la desconexión digital desde esta vertiente preventiva, formaría parte del derecho de todas las personas trabajadoras a una protección eficaz y la consiguiente obligación de velar por su propia seguridad y salud y por la de otras personas, que conllevaría, el deber de respeto por parte de los demás, la garantía de no sufrir represalias por hacer efectivo el derecho, la recompensa por cualquier trabajo realizado fuera de la jornada laboral y, por supuesto, supondría el correlativo deber de protección por parte de la empresa y la obligación de garantía del derecho a la desconexión digital.

7. Referencias bibliográficas

- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, YAGÜE BLANCO, Sergio «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*», *Labos*, 2020, 2-1. Doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539>
- ARAGÓN GOMEZ, Cristina (2019) «El derecho a la desconexión digital», *Curso de derechos digitales y efectos en las relaciones laborales*, Aranzadi. BIB 2020\7900.
- ARRUGA SEGURA, María Concepción, «Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación de trabajo y en el teletrabajo regular», *Revista Derecho Social y Empresa*, la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital (II), 2021, 15, 74. ISSN: 2341-135X / DOI: 10.14679/1193.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, «La desconexión digital en la negociación colectiva de 2020: un análisis práctico», *Revista Galega de Dereito Social*, 2021, 11. ISSN: 1696-3083. Disponible en: <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal> (accedido: 3-11-2021).
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca, «La conectividad del trabajador: análisis desde una óptica preventiva», *Temas laborales*, 2021, 156.
- GINÈS I FABRELLAS, Anna, LUQUE PARRA, Manuel., PEÑA MONCHO, Juan *Teletrabajo: Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*. Navarra: Aranzadi, 2021.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Prevención de riesgos en el trabajo a distancia», *Revista Derecho Social y Empresa*, *La incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: economía digital, teletrabajo y desconexión digital*, 14, 7, 2021. ISSN: 2341-135X / DOI: 10.14679/1193.
- MARTÍN MUÑOZ, María Rosa, «El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, 239, 14, 2021. BIB 2021\1404.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Olaya, «El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador», *Lan Harremanak*, 44, 2020 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22239>
- MEGINO FERNÁNDEZ, Diego, LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio, «El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la administración pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 75, 2020. ISSN: 2173-6405. e-ISSN: 2531-2103.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso», *Temas Laborales*, 138, 2017, 270-279.
- MONERA BERNABÉU, Daniel, «Propuesta para la mejora de la regulación legal sobre el derecho a la desconexión digital», *IUSLabor*, 3, 2021, 23-24. Doi.10.31009/IUSLabor.202.i03.01.
- MONTOYA MEDINA, David, «Teletrabajo y prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 243, 2021 (BIB 2021\3932).
- MUROS POLO, Alejandro, «El derecho a la seguridad y salud de los teletrabajadores antes y después del nuevo coronavirus», *Inciso*, 9, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.18634/incj.23v.1i1115>
- PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, «Teletrabajo y derecho a la desconexión digital», *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 1-9, 2021, 506-510. ISSN 2282-2313.

- REQUENA MONTES, Óscar, «Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva», *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2020, 2-10. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5076>
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores. Aspectos preventivos y reparadores», *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2, 2021. ISSN-e 2660-437X.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Régimen jurídico del teletrabajo: Aspectos sustantivos y procesales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 54, 2021. ISSN: 2254-3805.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen., FOLGOSO OLMO, Antonio, «En torno a la «desconexión digital»», *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, 2-9, 2021, 57. ISSN 2282-2313.
- TALENS VISCONTI, Eduardo Enrique, «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 17, 2019, 157. ISSN: 2173-6405. e-ISSN: 2531-2103.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne, «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales*, 42, 2019, 12. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21250
- TRUJILLO PONS, Francisco, «El ejercicio del derecho a desconectar digitalmente del trabajo: su efectividad en las empresas», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 44, 2020, 39-55. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21954. ISSN 1575-7048 – eISSN 2444-5819.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «La «desconexión digital» a lomos de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, 45, 2021, 13. Doi.org/10.1387/lan-harremanak.21955. ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores», *Revista Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 159, 2021, 201-211. ISSN:0213-0750.
- TRUJILLO PONS, Francisco, «Un estudio acerca de la eventual Directiva comunitaria sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo», *IUSLabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2, 2021, 66-96. Doi.org/ 10.31009/IUSLabor.2021.i02.3. ISSN 1699-2938
- VALLEJO DA COSTA, Ruth, «Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos». Bomarzo, 2019, 59-60. ISBN 978-84-17310-85-1.
- VALLEJO DA COSTA, Ruth, LAFUENTE PASTOR, Vicente., AYERRA DUESCA, Nuria Julia, *Marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo*. Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2020. ISBN 978-84-1340-093-8.