EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ¿PUEDEN LOS EMPRESARIOS PROLONGAR LA JORNADA LABORAL DE SUS EMPLEADOS CON EL ENVÍO RECURRENTE DE CORREOS O MENSAJES? *

Alba García Hernández
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 21 de octubre de 2020

1. Punto de partida

Pese a la implementación de las no tan nuevas tecnologías en el entorno de trabajo como consecuencia de la interconectividad digital; el desarrollo de actividades basadas en la innovación, la creatividad y la autonomía personal y la aceptación de la necesidad de velar por el respeto a la vida privada de los empleados, todavía proliferan los sistemas directivos y organizativos basados en el cumplimiento taxativo de la jornada de trabajo por encima de las necesidades personales propias de los trabajadores, que obstaculizan el descanso de calidad de estos[1]. Del mismo modo, el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC), posibilita una mayor rigurosidad en

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y en el marco del Proyecto Convenio de colaboración entre la UCLM y el Ilustre Colegio Notarial De Castilla-La Mancha (17 enero 2014) (OBSV) con referencia CONV140025, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera;.

[1] TRUJILLO PONS, F.., Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la "desconexión digital en el trabajo, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 7, 2020.

la fiscalización del desempeño de la plantilla[2], conducta que hace considerar el tiempo libre del empleado como aquel ligado al beneficio económico del empresario, esto es lo que se conoce como casualización del trabajador como mero factor productivo[3]. En este punto, los trabajadores se encuentran permanentemente localizables gracias al empleo del correo electrónico o de las aplicaciones de mensajería instantánea[4].

Especialmente llamativo ha sido el cambio de tendencia producido en este último año a causa de la crisis generada por la COVID-19, momento a partir del cual el trabajo a distancia ha adquirido mayor relevancia. Así pues, resulta de gran importancia contextualizar qué ha de entenderse por tiempo de trabajo, pues, aun siendo conscientes de esta "nueva flexibilidad", la barrera entre la vida profesional y la vida privada del trabajador ha quedado desdibujada, siendo cada vez más común las situaciones en las que los empleados han de atender asuntos profesionales más allá de sus quehaceres laborales[5] —el 51% de los ocupados españoles afirma responder comunicaciones de su empresa durante su tiempo de descanso, de los cuales, el 36% considera que se encuentra en la obligación de hacerlo[6]—. Por tanto, el tiempo de trabajo se define como aquel en el que el empleado se encuentra disponible para el desempeño de las funciones dirigidas por el empresario, entendiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que los conceptos tiempo de descanso y tiempo de trabajo son términos absolutamente excluyentes entre sí[7]. Por tanto, quedan incluidas en tal definición las horas extraordinarias realizadas fuera de los límites temporales convencionales acordados entre las partes[8].

Dicho lo cual, puede afirmarse que el derecho a la desconexión digital o *unplugging* no nace como concepto novedoso propio de la era digital en la que nos desenvolvemos, sino que podría ser concebido como expresión del clásico derecho social al descanso[9], que, con rango de fundamental, no ha de ser conculcado, salvo causa de fuerza mayor. Es por

[2] GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del trabajo 2.0: La necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías, *Revista de información laboral*, (12), 171-182, 2017

[3] MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación:" desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (138), 249-283, 2017.

[4] TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva, *Revista de información Laboral*, (4), 193-208, 201.

[5] FERNANDO GARCÍA, M.F., Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, (177), 107-126, 2015.En la misma línea, TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.

[6] Estos datos han sido obtenidos del informe publicado por InfoJobs en colaboración con ESADE, que lleva por título Estado del mercado laboral en España, disponible en: https://bit.ly/2J3doUl, 2017.

[7] FERNANDO GARCÍA, M. F., Implicaciones de la… op.cit. passim.

[8] STC, Sala de lo Social, de 19 de marzo de 2019 (REC 30/2018).

[9] MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y… op.cit. passim.

ello que puede apreciarse una doble vertiente en este punto: en un primer nivel, el trabajador ha de ser conocedor de su libertad para elegir si dar o no respuesta a las comunicaciones recibidas tras la finalización de su jornada y, análogamente, el empresario deberá ser consciente de sus limitaciones directivas durante el tiempo de ocio —permisos, vacaciones y descansos— de sus subordinados[10].

La ausencia de desconexión laboral tiene como principal efecto dimanante la aparición de diversos riesgos psicosociales como agotamiento cognitivo y mental, cansancio, estrés e, incluso, impulsos adictivos anormales —necesidad constante de comprobar si se han recibido mensajes o comunicaciones por parte de los superiores jerárquicos—[11]. En este caso, una de las enfermedades laborales más recurrentes en el mundo actual es el síndrome del trabajador quemado o *burnout*, el cual no solamente tiene implicaciones en el desempeño del sujeto en su entorno de trabajo, sino que, además, se traduce en una importante afectación a la vida familiar de este. En el mismo sentido, cabe mencionar el síndrome "Karoshi" causado por un excesivo volumen de trabajo[12].

En definitiva, una inidónea gestión de la *hiperconectividad* ha generado lo que ha sido denominado sociedad del cansancio[13]. Tanto es así que el 37% de los empleados considera que su actividad laboral tiene una repercusión negativa en su salud, dato que ha sufrido un notable aumento en los últimos años con la aparición y desarrollo de trastornos que han adquirido la condición de enfermedades laborales tales como la ansiedad o el cansancio general (el 17% de los ocupados manifiesta sufrir estrés o ansiedad en el entorno laboral, mientras que el 45% de estos sufre cansancio general), además del insomnio (el 16% de los ocupados declara tener dificultades para conciliar el sueño en su vida diaria).

Tales datos podrían derivar de la falta de dinamicidad de las tareas desarrolladas, la implantación de rígidos y exigentes sistemas de ordenación del trabajo y la apuesta por jornadas de trabajo poco flexibles. Así, el 26% de los ocupados confiesa que ha de cumplir con plazos muy limitados en sus actividades laborales, siendo sometidos a un ritmo excesivamente frenético; el 42% de los trabajadores afirma realizar tareas repetitivas y apenas un 8% de los encuestados reconoce desarrollar funciones caracterizadas por un alto nivel de autonomía e independencia, permitiéndoles, de esta forma, adaptar el horario y la distribución de sus tareas a sus necesidades personales. En este sentido, en cuanto a las notas definidoras de la jornada, se ha comprobado que la tendencia general es que esta se corresponda con un periodo de cinco días semanales (61%), resultando llamativo que,

[10] TRUJILLO PONS, F.., Camino a una… op.cit. passim.
[11] SERRANO ARGÜESO, M., Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral, *Iuslabor*, (2), 2019.
[12] TRUJILLO PONS, F.., Camino a una… op.cit. passim.
[13] QUÍLEZ MORENO, J. M., La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, (217), 127-152, 2019.

en los últimos años, la jornada se ha venido reduciendo significativamente, lo que se refleja en una disminución horaria semanal de 40,3 horas trabajadas hasta las 36,9 actuales. No obstante, aunque se aprecia cierta mejora en las condiciones de trabajo[14], el 11,95% de los encuestados considera que la relación vida personal-laboral se ve truncada por la existencia de jornadas excesivamente largas y el 10,69% de los trabajadores entiende que tal dificultad radica en la falta de previsibilidad horaria propia de sus funciones[15].

2. Normativa aplicable

En un primer estadio, la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 recomendaba que fueran los convenios colectivos los canales normativos por medio de los cuales se regulara el empleo de las TIC para la no afectación a la vida privada de los trabajadores.

Bien es cierto que, a pesar de haber sido contemplada la desconexión digital en nuestro ordenamiento, la observancia de este término jurídico —de gran relevancia en el plano laboral— no había resultado suficiente para dar cobertura a la realidad actual, por lo que, en el año 2018, se promulgó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDPGDD). En este punto, la mencionada norma se ocupa *ex profeso* de la desconexión digital en su artículo 88.

Igualmente, la legislación laboral también contempla este derecho en el Estatuto de los Trabajadores *ex* art. 20 bis. En la misma línea, se ha de tener en cuenta que el alcance del presente derecho no solamente se refiere a los trabajadores del sector privado, sino a aquellos del ámbito privado en el mismo modo[16].

Secundariamente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales alude, aunque no de modo expreso, a la necesidad de no difuminar la frontera creada entre la vida profesional y la personal, considerando los riesgos psicosociales derivados de la confusión de ambas[17].

[14] Esta información ha sido obtenida de la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015 6ª EWCS, disponible en: https://bit.ly/3op1h48
[15] Instituto Nacional de Estadística, "Encuesta de Población Activa (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar", disponible en: https://bit.ly/3ksZngy, 6 de junio de 2019.
[16] Véase la letra j) bis del art. 14 del Texto Refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
[17] SERRANO ARGÜESO, M., Digitalización, tiempo de… op.cit.passim.

Sin embargo, en materia sancionadora no se aprecia previsión alguna, aunque podrían ser constitutivas de infracciones laborales todas aquellas acciones tendentes a conculcar este derecho a la desconexión[18].

3. Situación actual

Como ha quedado probado, en el momento presente, una de las preocupaciones que concierne en mayor medida a los agentes sociales es la necesidad de formular un marco normativo que se ocupe del uso de los medios productivos que el empleador pone a disposición de sus trabajadores, centrando la atención, primordialmente, en el correo electrónico como canal de comunicación cardinal en el escenario empresarial[19]. En este contexto, de conformidad con los datos arrojados por estudios recientes, se ha observado que la digitalización lleva asociada una extensión de la jornada de trabajo allende las horas acordadas convencionalmente[20].

No obstante, a pesar de la carencia de observancia legislativa a este respecto hasta la promulgación de la vigente norma, los tribunales se han ocupado de esta cuestión tratando de salvar las lagunas normativas existentes. Así, han calificado como contrarias a derecho aquellas actuaciones empresariales que obliguen a los empleados a mantener activos fuera de la jornada sus terminales móviles dotados por la organización[21].

En este contexto, en el año 2019, con la promulgación de la LOPDPGDD, se incorporaba a nuestro ordenamiento el mandato dirigido a la empresas y administraciones públicas por el que estas habían de preservar el derecho de sus empleados —públicos y privados— a la desconexión digital *ex* art. 88, así como respetar la conciliación entre la vida profesional y privada. Con todo, el artículo 88 se erige como canon hermenéutico en cuanto a la apuesta por la desconexión digital. Por tanto, como ya se ha mencionado, en su apartado primero se señala que quedan bajo su amparo los trabajadores y empleados públicos. En el segundo de los apartados, el legislador ha optado por vincular el respeto y articulación de este derecho a las tareas desempeñadas y la negociación entre las partes intervinientes, situación que podría generar desequilibrios en el ejercicio de este derecho, pues se habrá de atender a factores como la responsabilidad o cargo del trabajador, su jornada diaria, la actividad empresarial desarrollada, etc. Por último, en el apartado tres de este precepto se presenta la obligación de los empresarios de elaborar programas de actuación que promuevan el cumplimiento efectivo de tal regla. Además, el legislador sí

[18] Véase el art. 5. 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.
[19] GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del… op.cit. passim.
[20] GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del… op.cit. passim.
[21] TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.

incorpora la obligación de dar pleno cumplimiento a esta norma ante supuestos de trabajo a distancia.

Pese a verse colmada esta laguna legislativa, aún existen carencias regulatorias, pues no se recoge un sistema sancionador ante potenciales incumplimientos. No obstante, podría entenderse la vulneración de este derecho como una conculcación grave de los derechos de jornada, que llevaría asociada una multa de 6.250 euros[22].

En el ámbito empresarial, la automotriz alemana Daimler ha estructurado un procedimiento gracias al cual sus empleados pueden limitar o, incluso, eliminar los correos electrónicos recibidos durante su periodo vacacional. Sistema similar ha empleado Volkswagen, que ha elaborado un procedimiento interno por el que los servidores cesan en el envío de notificaciones a los dispositivos de sus empleados cuando hubiere finalizado su jornada. Si bien, una de las empresas pioneras en nuestro país en la defensa de la desconexión digital ha sido el Grupo AXA, pues, expresamente en su convenio colectivo, alude al derecho de los trabajadores a no dar respuesta alguna a los correos recibidos fuera de su horario laboral[23]. No obstante, las compañías españolas aún no han implementado efectivamente estas acciones programáticas, quedando reducidas a un ámbito de carácter residual como "meras declaraciones genéricas, que no regulan cómo se debe hacer uso de este derecho"[24].

De otra parte, en el plano europeo, destaca la posición como precursora de nuestro país vecino, Francia, que exhorta a las organizaciones empresariales a instaurar técnicas y métodos orientados a la regulación y control del uso de dispositivos digitales, aunque no con carácter imperativo[25]. Con todo, el marco jurídico francés no incorpora una definición precisa del contenido de este derecho, así como tampoco garantiza su pleno ejercicio[26], ya que no incluye un sistema de medidas en aras de promover el respeto a este y de sanciones concretas que avalen su consumación[27]. Asimismo, esta regulación presenta ciertas deficiencias, ya que queda relegado el reconocimiento de este derecho a la negociación entre trabajador y empresario, de modo que, si este no se alcanza, entonces será el empresario quien regule esta materia de forma unidireccional y, además, únicamente aplica esta norma a las empresas de más de 50 empleados[28].

---

[22] Véase el art. 40 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.
[23] GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del… op.cit. passim. En la misma línea, TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.
[24] DEL ÁGUILA BARBERO, P., "¿Cuándo se vulnera el derecho a la desconexión digital del empleado y cómo se sanciona?, *El País*, disponible en: https://bit.ly/2HvlK6j, 18 julio de 2019.
[25] TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.
[26] MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y… op.cit. passim.
[27] MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y… op.cit. passim.
[28] TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.

Con menor transcendencia, cabe aludir, del mismo modo, a la actuación del legislador italiano, quien se ha inclinado por la introducción de recomendaciones acerca de la flexibilidad de la jornada y de la elección del lugar de trabajo[29]. Paralelamente, en Bélgica, se ha optado por la reordenación del tiempo de trabajo con el propósito único de lograr un equilibrio entre los dos planos vitales que aquí ocupan[30].

4. Expectativas de futuro

A pesar de haberse promulgado esta norma con carácter garantista y como salvaguarda del derecho fundamental laboral al descanso, se debe articular este precepto en un doble sentido: por un lado, se ha de velar por el descanso efectivo de los trabajadores y, de otra parte, no podrá suponer esta previsión un detrimento en las actividades empresariales, por lo que se tratarán de evitar dos fenómenos igualmente nocivos como son el presentismo[31] y el absentismo en presencia.

Asimismo, sería conveniente que la nueva norma incorporara técnicas tendentes a impedir las comunicaciones de naturaleza laboral una vez finalizada la jornada de trabajo y una relación de sanciones concretas ante potenciales incumplimientos. De esta forma, la desconexión no solamente quedaría relegada a la voluntad del trabajador, quien, en este momento, es el sujeto que ha de elegir por qué nivel de desconexión opta, sino que el empresario quedaría paralelamente involucrado en esta función. En este sentido, la desconexión digital en el entorno de trabajo no solo ha de ser concebida como derecho del empleado, sino como deber del empleador[32]. Así pues, aunque nuestro ordenamiento hace referencia al derecho de conciliación, el ejercicio de este no solamente ha de quedar confinado a un ámbito negocial, sino a un aspecto de carácter más interno vinculado con la gestión de los tiempos de trabajo y, por supuesto, en el plano legislativo de manera expresa[33].

Por último, se han de afrontar retos vitales en esta línea como la existencia de lagunas o brechas de seguridad en lo que a la protección de datos de los empleados se refiere, fallas informativas y comunicativas y el desarrollo de novedosos trastornos como el tecnoestrés[34].

[29] GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del… op.cit. passim. En este sentido, TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital… op. cit. passim.
[30] MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y… op.cit. passim.
[31] TRUJILLO PONS, F.., Camino a una… op.cit. passim.
[32] NAVARRETE, C., Jornada laboral y… op.cit. passim.
[33] FERNANDO GARCÍA, M. F., Implicaciones de la… op.cit. passim.
[34] TRUJILLO PONS, F.., Camino a una… op.cit. passim.

5. Bibliografía

DEL ÁGUILA BARBERO, P., "¿Cuándo se vulnera el derecho a la desconexión digital del empleado y cómo se sanciona?, *El País*, 2019.

FERNANDO GARCÍA, M.F., Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, (177), 107-126, 2015.

GORDO GONZÁLEZ, L., El derecho del trabajo 2.0: La necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías, *Revista de información laboral*, (12), 171-182, 2017.

InfoJobs, *Estado del mercado laboral en España*, 2017, disponible en: https://bit.ly/2J3doUl

Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Población Activa (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar*, 2019, disponible en: https://bit.ly/3ksZngy

Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 2015 6ª EWCS*, 2015, disponible en: https://bit.ly/3op1h48

MOLINA NAVARRETE, C., Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación:" desconexión digital", garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (138), 249-283, 2017.

TALÉNS VISCONTI, E. E., La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva, *Revista de información Laboral*, (4), 193-208, 201.

TRUJILLO PONS, F.., Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la "desconexión digital en el trabajo, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 7, 2020.

SERRANO ARGÜESO, M., Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral, *Iuslabor*, (2), 2019.

QUÍLEZ MORENO, J. M., La garantía de derechos digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, (217), 127-152, 2019.