



Universitat
de les Illes Balears

TRABAJO DE FIN DE GRADO

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Laura Navarro Rebassa

Grado de Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Año Académico 2021-22

LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Laura Navarro Rebassa

Trabajo de Fin de Grado

Facultad de Derecho

Universidad de las Illes Balears

Año Académico 2021-22

Palabras clave del trabajo:

Desconexión digital, tiempo de trabajo, tiempo de descanso, negociación colectiva

Nombre Tutor/Tutora del Trabajo Magdalena Llompart Bennassar

Nombre Tutor/Tutora (si procede)

Se autoriza la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y difusión en línea, con fines exclusivamente académicos y de investigación	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Resumen

La integración de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha transformado para siempre la forma de organización del trabajo. Esta revolución en las relaciones laborales ha supuesto muchas ventajas, como la agilización de procesos, mejoras en la comunicación, el acceso a información en tiempo real, un incremento de la eficacia o la flexibilidad laboral. Sin embargo, a su vez, ha provocado la aparición de nuevos riesgos laborales, debiéndose destacar el síndrome del tecnoestrés por la dificultad del trabajador de desconectar una vez finalizada su jornada de trabajo de sus obligaciones laborales, o la invasión de su vida privada.

Mediante el manejo de la doctrina más destacada en la materia, este trabajo analizará la regulación del derecho a la desconexión digital, haciendo especial énfasis en la cuestión de si el enfoque normativo que se ha dado hasta la actualidad a este nuevo derecho ha logrado cumplir con el objetivo de garantizar el derecho al descanso del trabajador en un contexto digitalizado.

Abstract

The implementation of the new technologies within the workplace has forever changed the way in which we organize work. This revolution in Labor Relations has brought many benefits such as streamlining of procedures, improved communication, access to information in real time, enhanced efficacy and greater labor flexibilization. However, in turn, it has led to the emergence of new occupational hazards. Particularly striking is a new syndrome known as technostress; being constantly available, unable to disconnect from occupational demands after working hours, and leading the worker to perceive it as invasion of their private life.

This paper, through the use of notable labor theory, is intended to perform an analysis on the regulation of the right to Digital disconnection that will provide an overview of whether the normative approach given to this new right has accomplished its main goal; to guarantee the workers entitlement to rest in a digitalized context

ÍNDICE

1.	<u>CONSIDERACIONES GENERALES</u>	<u>6</u>
2.	<u>REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL</u>	<u>7</u>
2.1	<u>ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA LOPDGDD</u>	<u>8</u>
3.	<u>TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO VS TIEMPO DE DESCANSO</u>	<u>12</u>
4.	<u>LA AUSENCIA DE VINCULACIÓN ENTRE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL CON EL ARTÍCULO 18 CE.....</u>	<u>18</u>
5.	<u>LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS</u>	<u>19</u>
6.	<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.</u>

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El desarrollo tecnológico ha dado lugar a la aparición de nuevas herramientas móviles como instrumentos de trabajo. Estas herramientas permiten al trabajador estar en contacto con la empresa en cualquier momento y lugar, otorgando numerosos beneficios tanto al trabajador como a la compañía. Desde la perspectiva empresarial, tales beneficios pueden suponer un incremento en la productividad y una mejoría de la eficiencia, ya que por ejemplo una mejora en la comunicación aporta agilidad, evita duplicidades y previene errores entre departamentos; y, desde la perspectiva del trabajador, un entorno más flexible le permite adaptar su jornada laboral a su situación personal, mejorando la conciliación de la vida laboral con la familiar, llegando incluso a hacer posible el trabajo 100% a distancia para algunos puestos.

Por otro lado, el carácter móvil de estos elementos tecnológicos puede llevar al trabajador a una situación de conexión permanente, provocando un perjuicio en su vida privada y en su salud al dificultarse la separación entre la vida personal y laboral. Y es que al quedar difuminada la frontera entre la conectividad y la disponibilidad, puede producirse un incremento de las horas que el trabajador dedica a sus quehaceres profesionales, alargándose la jornada de trabajo más allá de lo legalmente permitido.

Pues bien, para combatir estos riesgos, se ha reconocido a los trabajadores el derecho a la desconexión digital mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de derechos digitales (LOPDGDD).

En todo caso, la actual crisis sanitaria mundial de la Covid-19, ha puesto de relieve la existencia de dificultades prácticas a la hora de garantizar el derecho a la desconexión digital puesto que muchas empresas han tenido que adaptarse rápidamente a esta nueva

modalidad de trabajo (teletrabajo o trabajo a distancia), sin políticas internas ni medios adecuados, provocando cierto caos y un incremento de la jornada diaria de trabajo.

2. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Como se ha avanzado, en España el derecho a la desconexión digital aparece regulado en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de derechos digitales (LOPDGDD). De su contenido, cabe destacar los siguientes preceptos:

- El art. 88 dedicado al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.
- El art. 91 referido a los derechos digitales en la negociación colectiva.
- Las DDFD 13ª Y 14ª que modifican, respectivamente, el contenido del art. 20 bis del ET y el art. 14J) bis del EBEP.

A primera vista, dos son las críticas que se pueden hacer al legislador sobre la regulación a la desconexión digital:

- La primera, el hecho de no haberse añadido a los derechos laborales básicos del art. 4 del ET, a pesar de considerar este nuevo derecho como esencial e individual para los trabajadores que desean conciliar actividad laboral con el derecho a la intimidad y a la vida familiar.
- Y la segunda, se considera un texto insuficiente e incluso decepcionante al no conceder un papel relevante e influyente a la participación de los representantes de los trabajadores en la determinación de unas medidas de control en las que

se prime el respeto a la privacidad e intimidad digital y se armonice equitativamente con el derecho empresarial de dirección y control [1].

Como consecuencia de las restricciones y medidas de contención impuestas durante la pandemia y la necesidad de potenciar el uso del trabajo a distancia para poder asegurar el mantenimiento de la actividad, el Gobierno dictó con carácter urgente el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, actualmente derogado y sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Sin embargo, parece sorprendente excluir las situaciones de trabajo a distancia o teletrabajo implantadas de manera excepcional en aplicación del art. 5 del RDL 8/2020 (medidas para evitar suspensiones de contrato o reducciones de jornada) como consecuencia de las medidas generadas por el COVID-19, al considerar estos supuestos fuera de su ámbito.

En referencia al tema que nos concierne, la Ley 10/2021 de trabajo a distancia no ha introducido ninguna novedad sobre el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, simplemente refuerza y recuerda en su art. 18, la obligación de las empresas de introducir mecanismos para garantizar a los trabajadores su derecho a la desconexión digital durante los tiempos de descanso.

2.1 ANÁLISIS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA LOPDGDD

Una interpretación adecuada del artículo 88 de la LOPDGDD debe abordar el alcance de la ley y las medidas fundamentales que se desprenden de su aplicación. En esta línea,

[1] A. Baylos, «La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El proyecto de ley aprobado en el congreso. Un texto decepcionante.» 15 noviembre 2018. [En línea]. Disponible: <https://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>.

el apartado 88.1 introduce que serán los “trabajadores y empleadores públicos” los beneficiarios del derecho a la desconexión digital y los apartados 88.2 y 88.3 profundizan en la variedad de circunstancias que se encajan en el contexto del artículo y la responsabilidad del empleador sobre la norma. Por un lado, las modalidades reconocen la necesidad de conciliar vida laboral y familiar según lo dispuesto en la negociación colectiva; por otro, se marcan las pautas para que la empresa defina políticas internas dirigidas a la “formación y sensibilización” del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas. En cualquier caso, la redacción del artículo deja abierta la puerta a una serie de cuestiones que relucen a la luz del análisis.

El primer punto de discrepancia afecta directamente al reconocimiento del derecho a la desconexión, sobre el cual el artículo explicita que “los trabajadores y empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital”. Dicha formulación contrasta con la visión académica que interpreta que la desconexión digital debe entenderse como una obligación empresarial, habida cuenta de que, a fin de garantizar la efectividad de este derecho, el empresario debe abstenerse de interferir fuera de la jornada laboral del trabajador [2]. Sin embargo, otras voces hacen referencia a la naturaleza garantista de la ley para explicar que imponer al trabajador una “obligación consigo mismo” [3] carecería de sentido en tanto que la efectividad de su tiempo de descanso es una cuestión que no puede acarrearle medidas sancionadoras en caso de incumplimiento. La empresa no puede requerir al trabajador que haga uso de las herramientas digitales fuera de la jornada laboral, pues eso implicaría no respetar su tiempo de descanso. En definitiva, el hecho de que la norma no esté planteada como un deber del empresario no implica que éste carezca de obligaciones para garantizar el derecho que el artículo reconoce al

[2] J. Lahera Forteza, «¿Es solo marketing el derecho a desconectar?», 29 enero 2019. [En línea]. Disponible: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510_626973.html.

[3] J. A. Altés Tárrega y S. Yagüe Blanco, «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata», LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social, vol. 1, nº 2, pp. 61-87, A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata 2020.

trabajador. Desde una perspectiva pragmática, poco importa la configuración del artículo. Como apunta Pérez de los Cobos [4], la formulación no solo abarca la relación más intuitiva entre trabajador y empresario sino que incluso permite extender la cobertura del derecho “a todo reclamo de información y/o actuaciones provenientes de clientes y/o terceros”.

El papel de la negociación colectiva, o de lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, ha sido asimismo objetivo de debate. El segundo precepto del artículo (88.2) recoge la posibilidad de que la negociación colectiva pueda modular la aplicación de este derecho, lo que permite una regulación casuística en función de las necesidades y singularidades del sector de actividad/empresa, así como de la naturaleza y objeto de la relación laboral [5]. Sin embargo, este tipo de singularidades no deben entenderse como una limitación de la norma, pues ésta permite a la negociación colectiva todo tipo de acciones, técnicas o herramientas para garantizar la desconexión digital del trabajador al margen de las características particulares del empleo: dependencia de las tecnologías digitales, flexibilidad horaria, teletrabajo... En ninguno de los casos se limita el derecho, sino que a través de la negociación colectiva se consigue la libertad para “modalizar” las situaciones particulares de aplicación y se abre una vía para justificarlas objetivamente dentro de la norma. El ejemplo más paradigmático de esta versatilidad negociada es posiblemente la inclusión de las conexiones digitales en horario extra-laboral como parte del tiempo trabajado. Este último caso será abordado con más detalle en el apartado 3.

[4] F. Pérez de los Cobos Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 59, pp. 16--19, 2019.

[5] F. Pérez de los Cobos Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 59, pp. 16--19, 2019.

En relación con el apartado tercero (88.3), dedicado a la obligatoriedad empresarial sobre la implementación de medidas que ayuden a evitar la fatiga informática y otras situaciones derivadas de esta modalidad de trabajo a distancia (total o parcial), algunos autores consideran que el legislador debería haber encomendado esta tarea a la negociación colectiva. Además, consideran contradictorio que la regulación específica de este nuevo derecho quede establecida unilateralmente por el empleador y no a través de un proceso de reglamentación colectiva, dejando total libertad al empleador para determinar mediante políticas internas el alcance y contenido de los derechos digitales de sus trabajadores, sin que esa decisión pueda ser condicionada por el interés colectivo de los mismos a través de la negociación colectiva [6]. En efecto, la redacción del artículo solo exige al empleador una audiencia previa con los representantes de los trabajadores, independientemente del tipo de actividad o el tamaño de la organización. Sin embargo, otros autores entienden que la pretensión del legislador en este apartado ya no va en busca de modular el ejercicio del derecho sino de “poner en práctica una política empresarial que facilite y promueva su ejercicio” mediante la elaboración de protocolos y guías de buenas prácticas sobre la correcta utilización de la tecnología digital para conseguir preservar la desconexión digital de los trabajadores a distancia y del trabajo a domicilio [7].

Finalmente, existen voces que alertan de que el artículo 88 carece de definiciones de medidas concretas sobre la desconexión digital y las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento, lo que constituye una deficiencia que puede causar disputas entre empleadores y empleados. En consecuencia, resaltan la importancia de establecer con claridad las reglas del juego, recoger de forma clara los horarios de trabajo y las situaciones de fuerza mayor de carácter excepcional en las que el trabajador sí

[6] P. P. Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho 59, pp. 12-15, 2019.

[7] F. Perez de los Cobos Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 59, pp. 16--19, 2019.

deberá responder. Así, cualquier presión que pueda recibir el trabajador por parte de un superior para obtener respuesta en un caso no contemplado vulneraría la ley [8].

3. TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO vs TIEMPO DE DESCANSO

Hay quien entiende que la pretensión de garantizar a los trabajadores y empleados públicos el respeto a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones e intimidad personal y familiar mediante la regulación del derecho a la desconexión digital no era necesaria. A su juicio, es suficiente con el reconocimiento del derecho al descanso por parte de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y de la STJUE de 7 de septiembre de 2006, C-484/04, Comisión/Reino Unido; como de los arts. 34 a 38 ET, y a la salud laboral (Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 y Ley31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales) [9] [10].

Sin embargo, el objetivo de la regulación sobre el derecho a la desconexión digital no es tanto garantizar el descanso del trabajador fuera del horario laboral, sino evitar la prolongación de la actividad laboral y la intromisión en la vida privada y personal de los trabajadores.

[8] A. Baylos Grau, « El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en España,» Labour&LawsIssues, vol. 5, nº 1, 2019.

[9] G. Bustos, «La desconexión digital es lo más parecido a un corte de mangas,» 12 marzo 2019. [En línea]. Disponible: <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/transversal/blog-administracion-publica/la-desconexion-digital-es-lo-mas-parecido-a-un-corte-de-mangas-2019-03-12/>.

[10] A. Todolí, «El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere,» 2017. [En línea]. Disponible: <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>.

El art. 2 de la Directiva 2003/88/CE define el **tiempo de trabajo** como “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en el ejercicio de sus funciones”. Y por exclusión define el **tiempo de descanso** como “todo periodo que no sea tiempo de trabajo” [11]. Si bien, la exigencia no sólo de estar a disposición del empresario sino el hecho de “permanecer” en el puesto de trabajo nos lleva a una definición desactualizada. Esto es debido al hecho de considerar el tiempo de trabajo en un mero presentismo que carece de sentido en la actualidad, puesto que es posible trabajar desde casa o en cualquier otro sitio, pudiendo estar localizable constantemente y resolviendo de forma remota cualquier incidencia o problema laboral que pueda surgir [12].

La delimitación del tiempo de trabajo se encuentra en primera línea de debate judicial. El interés de los tribunales no sólo afecta a cuestiones salariales sino, por lo que aquí interesa, a su incidencia en la salud y vida privada (personal, familiar y social) del trabajador. Asimismo, cabe destacar que tanto los tribunales como la negociación colectiva han manejado el concepto de tiempo de disponibilidad, que se ha entendido como un *tertium genus* entre el trabajo efectivo y el tiempo de descanso, que como contrapartida cuenta con una gratificación que compensa el hecho de que, fuera del horario laboral, el trabajador queda obligado a estar disponible y localizable, por si fuesen precisos sus servicios.

En aras de concretar el concepto “tiempo de trabajo”, cabe destacar que la jurisprudencia comunitaria, cada vez más, amplía sus contornos. Como muestra de esta tendencia, pueden traerse a colación las siguientes sentencias:

[11] M. Vallecillo Gámez, «El derecho a la desconexión digital ¿"Novedad digital" o esnobismo del "viejo" derecho al descanso?,» Trabajo y Seguridad Social, Centro Estudios Financieros 408, pp. 167-178, 2017.

[12] Parlamento Europeo, Directiva 2003/88 CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, 2003.

- SSTJCE de 3 de octubre de 2000 (caso SIMAP) y STJCE de 9 de septiembre de 2003 (caso Jaeger). En estas resoluciones, el TJUE señala que el tiempo de disponibilidad en el cual el trabajador debe permanecer localizable sin la obligación de estar presente en el centro de laboral no debe ser considerado tiempo de trabajo, a excepción de los periodos de efectiva prestación de servicios después de una llamada. Por tanto, a pesar de estar localizable y a disposición del empresario, el trabajador tiene pocas limitaciones y estas no le impiden poder organizar su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales [13] [14].

- SSTJUE de 21 de febrero de 2018 (caso Matzak). En este supuesto el TJUE analiza la naturaleza del tiempo de una guardia localizada en la que el trabajador, que debía permanecer en su domicilio, tenía la obligación de responder a la llamada del empresario en 8 minutos. Pues bien, según el TJUE -que establece una clara distinción respecto a las anteriores sentencias-, la exigencia de esta pronta respuesta por parte del trabajador, en esta guardia localizada durante la cual el trabajador debía encontrarse en su domicilio con la obligación de responder a la llamada del empresario en el plazo de ocho minutos, obliga a considerar esta guardia como tiempo de trabajo, pues restringe considerablemente las posibilidades del trabajador de dedicarse a sus propios intereses personales y sociales [15].

- SSTJUE de 9 de marzo de 2021 (Radiotelevizija Slovenia). El supuesto planteado ante el TSJUE viene referido a la calificación de las guardias no presenciales como tiempo

[13] TJCE (Sala Pleno), sentencia de 3 octubre de 2000. TJCE 2000/234, asunto C-303/98. Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.

[14] TJCE (Sala Pleno), sentencia de 9 septiembre de 2003 TJCE 2003/250, asunto C-121/2002. Caso de Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger.

[15] TJUE (Sala Quinta), sentencia de 21 febrero 2018. TJCE 2018/5, asunto C-518/15. Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak.

de trabajo, cuando el trabajador debe personarse en un plazo máximo de una hora en caso de necesidad en uno de los dos centros de trabajo asignados.

A propósito de este análisis, el TJUE, a efectos de calificación de un periodo de tiempo como de trabajo o de descanso, afirma que se debe evaluar si las limitaciones impuestas al trabajador durante sus pausas afectan “objetivamente y de manera considerable a la capacidad de administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren de sus servicios profesionales” para dedicarse a otras actividades de su elección [16].

- Sentencia STJUE de 11 de noviembre de 2021 (Dublin City Council). El TJUE concluye que el art. 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial durante el cual el trabajador ejerce con autorización del empresario una actividad profesional por cuenta propia (taxista), pero que en caso de urgencia debe incorporarse a su puesto de trabajo (el parque de bomberos) en un plazo máximo de 10 minutos, no constituye “tiempo de trabajo”. Según su parecer, el TJUE considera que se cumplen ciertos factores objetivos que impiden calificar como tiempo de trabajo el tiempo de disponibilidad.

En primer lugar, las limitaciones impuestas al trabajador no afectan de manera objetiva la facultad de administrar libremente el referido tiempo en el cual no se requieren sus servicios profesionales. Por otra parte, el trabajador no está obligado a permanecer físicamente en un lugar determinado por el empresario durante el

[16] TJUE (Gran Sala), sentencia de 9 marzo 2021 TJCE 2021/52, asunto C-344/19. Caso D.J. contra Radiotelevizija Slovenia.

tiempo de espera, y por último no existe obligatoriedad de participar en la totalidad de las intervenciones requeridas.

Esta sentencia es más restrictiva, ya que no considera como tiempo de trabajo estos tiempos de disponibilidad al entender que el trabajador no se ve limitado en la capacidad de administrar su tiempo libre. No obstante, se debería tener en cuenta la frecuencia y duración media tanto de las llamadas como de las intervenciones efectivas, para evitar prácticas empresariales abusivas durante estos tiempos de disponibilidad que puedan interferir en la combinación con el puesto de trabajo [17].

Merece la pena analizar en detalle las valoraciones del TJUE en esta última sentencia de 11 de noviembre de 2021 (MG contra Dublin City Council). Según el TJUE el tiempo de disponibilidad no siempre forma parte de la jornada de trabajo, calificando el concepto de “tiempo de trabajo” como aquel que “incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses” [18].

En línea con lo anterior, el TJUE deja la valoración en manos de los tribunales nacionales debiéndose analizar en cada supuesto concreto, las limitaciones que tenga el trabajador para gestionar libremente su tiempo y planificar sus ocupaciones personales y sociales a efectos de la calificación de un periodo de tiempo como de trabajo o de

[17] TJUE (Sala Tercera), sentencia de 11 de noviembre 2021. TJUE 2021/277, asunto C-214/20. Caso MG contra Dublin City Council.

[18] B. García Romero, «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de dos minutos,» Revista de Jurisprudencia Laboral , pp. 1-9, 2021.

descanso en el sentido de la Directiva 2003/88. Y, a tal efecto, resultan de especial relevancia los siguientes datos:

- a) La brevedad en el plazo de respuesta ante una convocatoria del empresario.
- b) La frecuencia media o la ocasionalidad de las prestaciones efectivas realizadas durante cada uno de los periodos de guardia del trabajador, siempre que esta pueda estimarse de manera objetiva.
- c) Otras limitaciones que puedan afectar al plazo de intervención, como la obligación de permanecer en el domicilio [19].

Finalmente, en TJUE recuerda que el empresario tiene el deber de cumplir con las obligaciones correspondientes a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, y, en consecuencia, no podrá implantar periodos de guardia con demasiada frecuencia o de excesiva duración, con independencia de que dichas guardias puedan ser consideradas o no como “tiempo de trabajo”.

El debate sobre qué se entiende por “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso” está completamente abierto. En todo caso, debe quedar claro que en la desconexión digital ha de proyectarse necesariamente el tiempo de descanso, durante el cual no se puede exigir al trabajador una actividad más o menos constante que imposibilite un descanso efectivo. Ahora bien, debe quedar claro que el empresario no debe cargar con la obligación de abonar como tiempo de trabajo efectivo, largos periodos de tiempo que transcurren sin actividad.

[19] L. Sánchez.Galindo, «Tiempo de trabajo y jornada. TJUE. Del caso “Matzak” al caso “Dublín City Council”: las guardias no presenciales con obligación de acudir en “algunos minutos” no siempre son tiempo de trabajo. Comentario a la STJUE de 11 de noviembre de 2021,» 30 11 2021. [En línea]. Disponible: <https://www.elforodelabos.es/del-caso-matzak-al-caso-dublin-city-council-las-guardias-no-presenciales-con-obligacion-de-acudir-en-algunos-minutos-no-siempre-son-tiempo-de-tra/>.

4. LA AUSENCIA DE VINCULACIÓN ENTRE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL CON EL ARTÍCULO 18 CE

Respecto de la conexión entre el derecho a la desconexión digital y el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE), una parte de la doctrina científica defiende la existencia de una estrecha relación entre ambos derechos [20] [21] [22]. Esta postura se apoya en que en la propia exposición de motivos de la LOPDGDD señala que “ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral”. Además, el art. 20 bis ET hace alusión al derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales y el derecho a la desconexión digital.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que, a pesar de que el legislador reconoce el derecho a la desconexión digital en el mismo cuerpo normativo que regula la protección de datos personales, éste no tiene intención de tutelar al trabajador de este tipo de intromisiones. En defecto, el profesor Monreal afirma que “el supuesto de desconexión digital no tiene nada que ver con la autodeterminación informativa sino con el descanso del trabajador”. Dicho autor considera que el art. 88 LOPDGDD es una norma pensada para proteger al trabajador que se opone a una orden empresarial de conexión digital ilícita que atenta contra las normas legales sobre el derecho al descanso, la duración máxima de la jornada y también atentaría contra el derecho constitucional al

[20] R. Martín Jiménez, «Desconexión digital: un apunte laboral,» Legaltoday, 2018. [En línea]. Disponible: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/desconexion-digital-un-apunte-laboral-2018-12-14/>.

[21] A. Baylos Grau, « El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en España,» Labour&LawsIssues, vol. 5, nº 1, 2019.

[22] R. S. Olivares, «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.,» IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, nº 3, 2018.

trabajo; sin embargo, a su juicio la citada orden empresarial no supone un atentado contra los derechos fundamentales a la intimidad y/o protección de datos -art 35 CE [23].

La inclusión del derecho a la desconexión digital en la LOPDGDD frente a su integración en la regulación de la jornada de trabajo o en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha provocado que pueda apreciarse una mayor vinculación del mismo a la intimidad personal y a la propia protección de datos en lugar de entenderse desde el primer momento que “los principales bienes constitucionales protegidos son el derecho al descanso, a la recuperación de la salud y a la conciliación de la vida familiar” [24].

Concluyendo con este apartado, hay que resaltar que la importancia de este debate radica en la vinculación del derecho a la desconexión digital con un derecho fundamental, vinculación que posibilitaría la declaración de un despido como nulo cuando un trabajador desobedece una orden empresarial de conexión digital que excede de lo que le corresponde.

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Tres años después de la entrada en vigor de la normativa sobre el derecho a la desconexión digital, son escasas las empresas que disponen de una política interna sobre esta materia. Es más, el porcentaje de nuevos convenios colectivos que desarrollan este derecho todavía es muy bajo. No obstante, un trabajador a título individual puede reclamar el cumplimiento de este derecho a pesar de no estar incluido en su convenio

[23] E. M. Bringsvaerd, «El derecho a la desconexión digital del trabajo,» de *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías:: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 615-650.

[24] J. A. Altés Tárrega y S. Yagüe Blanco, «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata,» *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, vol. 1, nº 2, pp. 61-87, A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata 2020.

colectivo o a través de un acuerdo informal con la empresa, al entender que el derecho ya ha sido reconocido directamente en el precepto legal [25].

Todas las empresas están obligadas a elaborar e implementar un protocolo de desconexión digital, independientemente del número de empleados o del sector de actividad (art. 88 LOPDGDD). Y si, además, disponen de empleados que prestan sus servicios en régimen de teletrabajo por encima del 30%, las empresas estarán obligadas a cumplir con en el art. 18 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia.

Por su parte, los convenios colectivos pueden “establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguardia de derechos digitales en el ámbito laboral” (art. 91 LOPDPGDD). En el mencionado precepto, la ley deja un amplio margen a la negociación colectiva para perfilar la regulación de este derecho de mínimos, pudiendo determinar qué tecnología va a utilizarse para garantizar el derecho de los trabajadores a no ser molestados fuera del horario laboral. Además, la negociación colectiva puede concretar la obligación de contestar o no los correos recibidos en tiempo de descanso de los trabajadores, prever circunstancias excepcionales en las que no exista o se reduzca el derecho a la desconexión digital, reconocer compensaciones previstas para el trabajador que deba permanecer conectado más allá de su tiempo de trabajo, así como otras medidas que preserven el interés empresarial [26].

[25] F. Perez de los Cobos Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 59, pp. 16--19, 2019.

[26] F. Perez de los Cobos Orihuel, «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador,» Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 59, pp. 16--19, 2019.

En la práctica negociadora, salvo error, el primer convenio que reconoció de forma expresa el derecho a la desconexión digital fue el Convenio del grupo AXA [27]. Concretamente, su art. 14 “reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales”. Cabe destacar también, en esta primera fase anterior a la aprobación de la LOPDGDD, el acuerdo de Ikea Ibérica S.A. con su Comité Intercentros con fecha 27 de junio de 2018 [28] que contempla el derecho de los trabajadores a “no responder cualquier comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, whatsapp, redes sociales, etc) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor”; y el Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC) para los años 2018-2020 de 5 de noviembre de 2018 [29] que ya preveía la posibilidad de que los convenios colectivos puedan contener la cláusula siguiente: “Las personas trabajadoras tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, a que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, lo cual comporta no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir. En el ámbito de la empresa, y de forma negociada con la representación legal de las personas trabajadoras, se podrá elaborar un protocolo que formalice este nuevo aspecto. Asimismo, se pondrán en marcha actuaciones de comunicación y sensibilización, dirigidas a las plantillas y los mandos intermedios, y a la misma dirección de la empresa, sobre las pautas de trabajo derivadas del protocolo, y sobre el uso razonable de las comunicaciones y medios

[27] BOE, «Axa, Convenio colectivo del Grupo,». Disposición 11622 del BOE nº244 del 10 de octubre de 2017. [En línea]. Disponible: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/10/pdfs/BOE-A-2017-11622.pdf>.

[28] CCOO, «Acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica S.A.,». [En línea]. Disponible: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/comercio/Acuerdo-horario-ikea.pdf>

[29] BOE, «2018-2020, Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC) para los años,» 2018. [En línea]. Disponible: <https://www.iberley.es/convenios/sector/acuerdo-interprofesional-cataluna-1900002>.

digitales” [30]. En este acuerdo se promociona la negociación, participación y la sensibilización de todos los implicados.

Tras la aprobación de la LOPDGDD, han sido numerosos los convenios que amplían la regulación legal del derecho a la desconexión, pudiéndose destacar los siguientes

- Convenio colectivo Heineken España S.A. , de 18 Noviembre de 2021 [31] que, en su art. 13 y en el anexo III, recoge un extenso manifiesto en el que reitera su compromiso con el derecho a la desconexión digital, basándose en:
 - o El reconocimiento del derecho a la desconexión digital a sus trabajadores: “al bienestar y a mantener hábitos saludables, también en la esfera de la comunicación digital; a desconectar, a respetar la vida privada y la conciliación generando conciencia de horarios; a respetar el descanso, las vacaciones y los permisos; al progreso, incorporando avances tecnológicos que nos ayuden a potenciar un trabajo de alto rendimiento; y también a la diversidad de necesidades en este sentido”.
 - o “Proporcionar herramientas que garanticen estos derechos, fomentando una gestión más racional de los canales tecnológicos. Al mismo tiempo, vamos a aprovechar al máximo las nuevas tecnologías con el fin de incorporar modos de trabajo diferentes, más flexibles que respondan a las necesidades diversas de nuestros empleados y que también sirvan para fomentar la inclusión de todos. Del mismo modo, nos apoyaremos en las herramientas

[30] BOE, «2018-2020, Acuerdo Interprofesional de Cataluña (AIC) para los años,» 2018. [En línea]. Disponible: <https://www.iberley.es/convenios/sector/acuerdo-interprofesional-cataluna-1900002>.

[31] BOE, «Convenio colectivo Heineken España S.A.,» 2021. [En línea]. Disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-19978

más actuales para potenciar la formación, la comunicación y una mayor eficiencia y agilidad en la gestión de tareas”.

- En la reciprocidad del compromiso por parte de sus empleados para que la alianza funcione, “para aplicar responsabilidad y sentido común por el bien del negocio, así como para participar en formaciones y ayudar a la mejora continua a través de su feedback”.

- Convenio colectivo Autotransporte Turístico Español S.A. de 15 septiembre de 2021 [32]. Con el fin garantizar el derecho a la desconexión digital en relación con la efectiva conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se incluyen expresamente las siguientes medidas (art. 65):
 - a) “Los trabajadores tendrán derecho a no responder a ninguna comunicación que se realice con independencia del medio utilizado (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, etc.), cuando ésta se haya realizado tras la finalización de su jornada.

 - b) Quienes ocupen puestos de responsabilidad con personal a su cargo realizarán las comunicaciones laborales preferentemente en horario laboral. En caso de realizar una comunicación fuera del horario laboral y siempre y cuando dicho horario sea conocido por el remitente, éste le indicará que la respuesta puede esperar al inicio de la siguiente jornada laboral, salvo que, con carácter puntual, se trate de un asunto urgente, en cuyo caso deberá hacer constar y justificar el mismo.

[32] BOE, «Convenio colectivo Autotransporte Turístico Español S.A.» 2021. [En línea]. Disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-15661.

c) La convocatoria de reuniones de trabajo, tanto a nivel interno como las que se lleven a cabo con clientes, deberá realizarse preferentemente teniendo en cuenta el tiempo aproximado de duración de forma que se evite en la medida de lo posible su finalización fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

d) Se garantiza el derecho a la desconexión digital durante el período de vacaciones, asuntos propios, libranzas, licencias e incapacidades. En estos casos, y siempre y cuando la persona disponga de las herramientas para ello, dejará un mensaje de aviso en el correo electrónico con la indicación de su ausencia y los datos de la persona a la que poder dirigirse en su ausencia.”

- Convenio colectivo Decathlon España S.A., de 19 agosto de 2021 [33]. Este dedica exclusivamente el capítulo XI al desarrollo del derecho a la desconexión digital. Se establecen una serie de medidas de carácter mínimo al objeto de garantizar el cumplimiento del derecho a la desconexión digital, como por ejemplo “el derecho a no atender a dispositivos digitales fuera de su jornada de trabajo, ni durante los tiempos de descanso, ni vacaciones”. Además, “los superiores jerárquicos no podrán requerir respuestas a comunicaciones cuando la finalización de la jornada esté próxima y la respuesta a la comunicación pueda suponer una extensión del horario”.
- Convenio colectivo Iberdrola Grupo, de 18 de febrero de 2021 [34], que establece una serie de medidas en busca de un compromiso empresarial a través de la promoción de buenas prácticas en la organización del trabajo que faciliten la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, como por ejemplo mediante

[33] BOE, «Convenio colectivo Decathlon España S.A.,» 2021. [En línea]. Disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-14396.

[34] BOE, «Convenio colectivo Iberdrola Grupo,» 2021. [En línea]. Disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-3284.

el impulso de una cultura enfocada a resultados y eliminando la cultura del presentismo (DF 8ª).

- Convenio colectivo Centro Farmaceutico S.L., de 10 de junio de 2020 [35]. Este implanta una “política interna sobre las modalidades de ejercicio al derecho a la desconexión y a las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas”, recogiendo el compromiso empresarial de establecer anualmente “jornadas de formación para la sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática” (art. 6.2).
- Convenio colectivo Orange Espagne, SAU, de 7 de octubre de 2019 [36], que incorpora el compromiso empresarial de evitar convocar reuniones de trabajo fuera del horario laboral, para favorecer un efectivo cumplimiento de las políticas de conciliación familiar y personal, salvo que resulte estrictamente necesario por razones de urgencia y, en este caso, el convocante deberá expresar las citadas razones en la convocatoria de la reunión.

Por lo demás son muchos los convenios colectivos que reducen el derecho a la desconexión digital a la libertad del trabajador para ignorar los mensajes recibidos [37], o que tan sólo hacen una referencia genérica a la LOPDGDD a modo recordatorio [38], o

[35] BOE, «Convenio colectivo Centro Farmaceutico S.L.», 2020. [En línea]. Disponible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6452.

[36] BOE, «Convenio colectivo Orange Espagne, SAU», 2019. [En línea]. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-14981>.

[37] BOE, «Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz», 2022 [En línea]. Disponible: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-654>.

[38] Pliego de prescripciones técnicas que ha de regir el contrato de suministros de material de fontanería menor, herramientas, ropa de trabajo, EPIS y material de obra civil y servicio de grúas para averías de la empresa municipal de aguas de Huelva, S.A. CLÁUSULA 11. Verificación de los trabajos. 2022 [En línea]. Disponible:

bien se limitan a copiar o reproducir extractos de la norma sin aportar innovación alguna sobre este particular [39].

En definitiva, respecto de la actual práctica negociadora del derecho a la desconexión digital, cabe destacar que por el momento son pocos los convenios que prevén políticas de desconexión digital y que los que sí lo hacen a menudo lo integran de una manera muy amplia y sin aportar soluciones significativas. Sea como fuere, al margen del correspondiente desarrollo convencional del derecho a la desconexión digital, lo cierto es que la garantía de este derecho requiere un cambio cultural y de gestión actual del trabajo, que debería estar asentado en un modelo por objetivos y no solo en el control del tiempo de trabajo y en el mero presentismo.

<https://www.aguashuelva.com/documents/358119/49357138/SM2022002+PPT.pdf/c7bf1712-133d-8d25-a8a1-7f7234075c12?t=1650269871558>

[39] BOP, «Convenio colectivo de CRUZ ROJA ESPAÑOLA (provincia de Lugo)» 2021 [En línea]. Disponible: <https://www.deputacionlugo.gal/sites/deputacionlugo.org/files/inline-files/25-10-2021.pdf>

6. Bibliografía

- Altés Tárrega, Juan Antonio, y Sergio Yagüe Blanco. 2020. «A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de lege lata.» *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social* 1 (2): 61-87. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5539>.
- Baylos Grau, A. 2019. « El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en España.» *Labour&LawsIssues* 5 (1).
- Baylos, Antonio. 2018. *La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El proyecto de ley aprobado en el congreso. Un texto decepcionante*. 15 de noviembre. <https://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>.
- Bringsvaerd, Erik Monreal. 2020. «El derecho a la desconexión digital del trabajo.» En *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías:: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, 615-650. Tirant lo Blanch.
- Bustos, Gerrdo. 2019. *La desconexión digital es lo más parecido a un corte de mangas*. 12 de marzo. <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/transversal/blog-administracion-publica/la-desconexion-digital-es-lo-mas-parecido-a-un-corte-de-mangas-2019-03-12/>.
- García Romero, Belén. 2021. «Tiempo de trabajo y tiempo de descanso: calificación de las pausas dentro de la jornada diaria en las que el trabajador debe permanecer preparado para intervenir en caso de necesidad en un lapso de dos minutos.» *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1-9.
- Lahera Forteza, Jesús. 2019. *¿Es solo marketing el derecho a desconectar?* 29 de enero. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510_626973.html.

- Martín Jiménez, R. 2018. *Desconexión digital: un apunte laboral*. Legaltoday. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/desconexion-digital-un-apunte-laboral-2018-12-14/>.
- Olivares, Raquel Serrano. 2018. «Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. .» *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball* (3).
- Perez de los Cobos Orihuel, Francisco. 2019. «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador.» *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* (59): 16--19.
- Rodríguez Hernández, Jesús. 2020. *El derecho a la desconexión digital*. 14 de 4. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/05/13/el-derecho-a-la-desconexion-digital>.
- Sánchez.Galindo, L. 2021. *Tiempo de trabajo y jornada. TJUE. Del caso "Matzak" al caso "Dublín City Council": las guardias no presenciales con obligación de acudir en "algunos minutos" no siempre son tiempo de trabajo. Comentario a la STJUE de 11 de noviembre de 2021*. 30 de 11. <https://www.elforodelabos.es/del-caso-matzak-al-caso-dublin-city-council-las-guardias-no-presenciales-con-obligacion-de-acudir-en-algunos-minutos-no-siempre-son-tiempo-de-tra/>.
- Todoí, A. 2017. *El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere*. <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>.
- Vallecillo Gámez, M.R. 2017. «El derecho a la desconexión digital ¿"Novedad digital" o esnobismo del "viejo" derecho al descanso? .» *Trabajo y Seguridad Social, Centro Estudios Financieros* 408 167-178.