

LAS FACULTADES DE CONTROL FUERA DE LA JORNADA DE TRABAJO: DESCONEXIÓN DIGITAL Y CONTROL DEL TRABAJADOR

M^a NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras Clave:** Desconexión digital, tiempo de trabajo, protección de la salud, conciliación de la vida personal y laboral, poderes de dirección y control del empresario

Las tecnologías de la información y de la comunicación permiten que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminando la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y contribuyendo en muchos casos a ampliar las horas de trabajo. Se produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las TIC, en detrimento –o incluso vulneración– de los derechos a la dignidad y a la intimidad de los trabajadores. La regulación del derecho a la desconexión se conecta de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes, debiendo garantizar que no puedan extenderse a un tiempo de no trabajo (fuera de la jornada laboral). Se impone una nueva interpretación actualizada y acomodada a la nueva realidad de los poderes empresariales tradicionales en el marco de unas relaciones laborales donde se han introducido de modo sustancial las nuevas tecnologías digitales que han alterado el juego de fuerzas de las partes del contrato de trabajo.

ABSTRACT **Key Words:** Digital disconnection, working time, health protection, work and family reconciliation, entrepreneur’s management power, entrepreneur’s power of control

Information and communication technologies allow you to work anywhere, anytime, blurring the line between working hours and personal life, and in many cases helping to extend working hours. There is an intrusion of work into private life, confusion between place and time of work and private life and privacy of the worker and results in an increase in the power of control of the employer through the use of ICTs, to the detriment –or even violation– of the rights to the dignity and privacy of workers. The regulation of the right to disconnection is directly connected with the power of control and direction of the employer, the exercise of which takes place within the working day that marks the limit of those powers, and must ensure that they cannot be extended to a non-working time (outside the working day). A new interpretation is imposed updated and accommodating to the new reality of traditional business powers within the framework of industrial relations where new digital technologies that have altered the game of forces of the parties to the employment contract.

ÍNDICE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL MARCO EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD LABORAL Y EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO
 - 1.1. Tiempo de trabajo y subordinación del trabajador
 - 1.2. El impacto de la digitalización y nuevas tecnologías en la ordenación del tiempo de trabajo y en el control del empresario
2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITA EN EL TRABAJO
 - 2.1. Antecedentes: la reforma legal francesa y la experiencia empresarial
 - 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital
 - 2.3. Reglas para determinar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital: la negociación colectiva y la política interna de la empresa

1. EL TIEMPO DE TRABAJO COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL MARCO EN QUE SE DESARROLLA LA ACTIVIDAD LABORAL Y EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO

Uno de los ámbitos donde han incidido de modo particular las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación es en el tiempo de trabajo y, por tanto, en la situación jurídica de subordinación y dependencia respecto del ámbito de organización y dirección del empleador.

El tiempo de trabajo constituye una medida indirecta, y fundamental, para el cómputo del “quantum” de la prestación de servicios, esto es, el tiempo que a cambio de la retribución el trabajador se pone a disposición del empleador. Pero junto a esta vertiente cuantitativa, ligada a la sinalagmaticidad del contrato de trabajo (el empleador a cambio del pago del salario “se apropia de la disponibilidad del tiempo del trabajador”¹), el tiempo de trabajo presenta también una vertiente cualitativa que tiene anudadas otra serie de funciones que afectan tanto a la organización del trabajo como al empleo o a la propia persona del trabajador física y socialmente.

En la regulación del tiempo de trabajo, la primera magnitud tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico es la protección de la salud de los trabajadores. En dicha regulación del tiempo de trabajo queda implicada la propia persona del trabajador, que es inseparable de su fuerza de trabajo, de manera que se trata no solo de proteger la libertad del trabajador (la jornada legítima jurídicamente la puesta a disposición del empleador y los límites temporales en que se realiza dicha puesta a disposición), sino también de proteger su salud. Por ello, ha sido objeto de intervencionismo público en la ordenación de las relaciones de trabajo, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional. Desde esta perspectiva, ha sido

¹ Vid. Raso Delgue, J.: “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 14.

tradicional la reivindicación obrera de la reducción del tiempo de trabajo (“ocho horas de trabajo, ocho horas de recreo y ocho horas para descansar”, eslogan del primer congreso de la Asociación Internacional de Trabajadores) y la respuesta del Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Pero también ha sido objeto de las primeras medidas protectoras adoptadas por los Estados como respuesta a la cuestión social, y como modo de organización de las prestaciones que contribuía a regular las relaciones de trabajo tanto en el ámbito individual como en el ámbito colectivo.

Desde los primeros convenios de la OIT (Convenio núm.1, de limitación de las horas de trabajo en las empresas de trabajo industrial, ratificado por España en 1929; Convenio núm.6 sobre el trabajo nocturno; Convenio núm. 14 sobre el descanso semanal en el trabajo en la industria; Convenio núm. 138 sobre vacaciones) se ha relacionado la regulación del tiempo de trabajo con la protección de la salud de los trabajadores. Esta perspectiva de la limitación de la jornada y garantía del descanso aparece también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y en la Carta Social Europea. Por su parte, también en la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud en el trabajo, Directiva 89/391/CEE, y en la Directiva 93/104/CEE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aparece claramente la relación entre ordenación del tiempo de trabajo y protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Asimismo, en el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (hoy con el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión Europea, conforme al art. 6.1 TUE) se garantiza el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios, semanales y anuales, en el marco del derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas y evidenciando la vinculación existente entre el tiempo de trabajo y la salud laboral².

Este aspecto más clásico de la regulación del tiempo de trabajo como mecanismo de protección físico-psíquica, de protección de la salud, del trabajador es la que parece recogerse también en la Constitución española (art. 40.2). No obstante, hoy día se asignan asimismo a la regulación del tiempo de trabajo otras finalidades: como mecanismo que permita garantizar el libre desarrollo de la persona trabajadora –conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar, conciliación del trabajo con la formación, desarrollo del ocio–; como instrumento para garantizar la capacidad competitiva de las empresas en un mercado internacionalizado y adecuado a las transformaciones técnicas de la producción; y como mecanismo reparto del empleo.

Si bien estas diversas funcionalidades están hoy presentes en la regulación del tiempo de trabajo, la incidencia y alcance de las mismas es muy desigual. La

² Vid. sobre esta norma, Gorelli Hernández, J.: “Art. 31.2. Condiciones justas y equitativas (tiempo de trabajo)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 783 y sigs.

política de ordenación del tiempo de trabajo basada en un pretendido equilibrio entre flexibilidad y seguridad, que se impone desde el ámbito de la Unión Europea, se viene inclinando del lado de la flexibilidad para las empresas y del incremento de la productividad; en definitiva, se inclina hacia el lado de la lógica económica frente a la lógica social, que debe garantizar también “una humanización del tiempo de trabajo”, políticas de reparto del empleo, conciliación de la vida personal y desarrollo de la personalidad del trabajador³.

1.1. Tiempo de trabajo y subordinación del trabajador

Desde el punto de vista contractual, el tiempo de trabajo determina el período durante el cual el trabajador queda a disposición del empresario y durante el cual éste puede ejercer sus facultades directivas ordenando la prestación de servicios del trabajador con la finalidad de obtener el rendimiento previsto. Se utiliza así para determinar el cumplimiento efectivo de la prestación de trabajo y para determinar la retribución del trabajo. El tiempo de trabajo ha cumplido, desde el punto de vista jurídico-laboral, la función de medir la subordinación del trabajador, delimitando el valor del intercambio del trabajo (el salario) y los poderes directivos del empleador. Permite establecer la medida de la subordinación y a la vez actúa como criterio limitador de ese sometimiento jurídico. Es por ello que el tiempo de trabajo sigue siendo uno de los aspectos principales del conflicto laboral⁴.

El tiempo de trabajo constituye pues un factor delimitador de la subordinación del trabajador. El objeto de la relación laboral no queda integrado sólo por el resultado de la actividad, se exige que esa actividad se preste con un rendimiento mínimo, de modo que la relación de trabajo por cuenta ajena implica no sólo una cesión “ab initio” de los frutos o resultados del trabajo, sino también una cesión del propio tiempo de trabajo. Como consecuencia de la ajeneidad y la dependencia dentro de la organización productiva, no sólo se produce la cesión “ab initio” de la titularidad de los resultados del trabajo, sino que también se atribuye al empleador el poder de organizar la actividad del trabajo, de organizar y controlar la “puesta a disposición” del trabajador durante un cierto período de tiempo. De esta forma, durante el “tiempo de trabajo”, el trabajador queda en situación jurídica de subordinación o dependencia respecto al ámbito de organización, dirección y control del empleador, quien “se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo y asume la facultad de disposición sobre las condiciones en que ha de ejecutarse la actividad laboral”, por lo que, como señala Monereo Pérez, “trabajo y tiempo están pene-

³ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*. Edit. Comares, Granada, 2009, pág. 34.

⁴ Vid. Raso Delgue, J.: “Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI”, op.cit., pág. 13.

trados por la racionalidad jurídica y la dialéctica del poder y de la subordinación que le son inherentes⁵.

Esta característica ha supuesto que, a la hora de delimitar la relación laboral, la jurisprudencia tradicionalmente haya utilizado como uno de los parámetros básicos para la existencia de subordinación el tiempo de trabajo, el sometimiento del trabajador a una jornada de trabajo. Existe una amplia jurisprudencia en la que, entre los indicios más relevantes que utiliza para analizar la concurrencia del elemento de subordinación, toma en consideración la sujeción a unos horarios de trabajo en días concretos y horas determinadas, la necesidad de pedir permisos en caso de no poder cumplir los horarios marcados y recuperar las horas no realizadas. Son, sin embargo, criterios orientativos teniendo en cuenta la configuración flexible y amplia que caracteriza cada vez más a la dependencia o subordinación y que esta característica de sometimiento a un determinado tiempo de trabajo debe ser valorado junto con otros indicios de subordinación para calificar una relación de trabajo como laboral. Como es conocido, estos parámetros han sido fuertemente afectados por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (economía 4.0); sin embargo el tiempo de trabajo y el sometimiento directo a las órdenes o instrucciones del empresario, aún con las modalizaciones derivadas de una actividad fuertemente digitalizada, siguen siendo apreciadas como indicios de laboralidad, como se puso de manifiesto, en relación con los *riders* en los Informes de la Inspección de Trabajo de Valencia de 2017 y 2018, o de Barcelona y en algunas sentencias, como Sentencias del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero, del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid nº 130 de 2019 de 4 de abril, del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, del Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia nº 197/2019, de 10/06/2019⁶.

⁵ Monereo Pérez, J.L.: “Prólogo”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*. Editorial Comares, Granada, 2014, pág. XIV.

⁶ En el Informe de la Inspección de Trabajo de Valencia de 2017 en relación a los trabajadores de Deliveroo la inspección acredita que Deliveroo les dice a estos trabajadores su horario y les ordena que apaguen la aplicación cuando se acaba su horario asignado, indicándoles que si una vez acabado su horario no han apagado la aplicación y reciben algún pedido no se lo retribuirá. Asimismo, en el acta de la inspección de trabajo de Valencia respecto a los *riders* de Glovo se destaca que la determinación del horario por el *riders* tiene una repercusión indirecta en la valoración del trabajador que afecta a la propia realización del trabajo puesto que si el *rider* elige horas de trabajo distintas a las que Glovo “recomienda” tendrá peor puntuación, repercutiendo en los pedidos recibidos por el trabajador –que serán cada vez menos– y en la propia elección de los horarios de reparto, que se van reduciendo.

La Sentencia del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero declara la laboralidad de un *rider* de Glovo apreciando como indicio de laboralidad la existencia de una jornada de 40 horas y un límite de 40 minutos en la realización de un encargo (en el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid nº 130 de 2019 de 4 de abril). La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, respecto a la subordinación señala que con independencia de que exista una aparente “libertad” de horarios, la realidad es que existe subordinación porque los *riders* están sometidos a procesos “estandarizados”. Declara además que no existe tal “libertad horaria”, como argumenta la empresa, dado que el horario depende de un sistema de puntuación conforme al cual la empresa permite elegir horario primero a aquellos que tienen mejor puntuación, mientras que los que tienen peor deben elegir entre lo que queda, o no elegir porque no queda nada que elegir. En definitiva, considera la sentencia

Por otra parte, la jornada de trabajo constituye el tiempo efectivo de prestación de servicios por parte del trabajador a la que queda obligado en virtud del contrato de trabajo, de tal forma que el respeto de dicha jornada y de su distribución mediante el horario de trabajo es un elemento fundamental para determinar el cumplimiento de dicha obligación, debiendo incluirse hoy en este elemento no sólo el aspecto cuantitativo (concreción del “quantum”) sino también la vertiente cualitativa relativa a la distribución del tiempo de trabajo⁷. Consecuencia de ello, es que las norma laborales configuran el incumplimiento del tiempo de trabajo (de forma culpable ex art. 54.2,a ET; o de forma no culpable ex art. 52,d ET) como causa de despido del trabajador o de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Es decir, el cumplimiento del tiempo de trabajo es elemento decisorio para determinar si se cumple o no con la prestación de trabajo y, por el contrario, delimita el ejercicio de las facultades directivas del empresario que sólo pueden ser ejercidas durante el período en que el trabajador está a disposición del empresario (salvo los supuestos que hoy se configuran en algunos convenios colectivos de complementos de localización en los que el empresario puede invadir el período de descanso del trabajador exigiéndole que acuda a realizar la prestación de servicios, o en algunas relaciones especiales de trabajo).

1.2. El impacto de la digitalización y nuevas tecnologías en la ordenación del tiempo de trabajo y en el control del empresario

Uno de los retos para la gobernanza del trabajo que con mayor abundancia ha sido advertido en los últimos años es el impacto que las nuevas tecnologías de la información y comunicación (*crowd working*, trabajo en las plataformas digitales, economía colaborativa, economía 4.0, cuarta revolución industrial, economía ‘Gig’, o ‘On-demand’, trabajo en la nube...) en las reglas tradicionales sobre el trabajo. La digitalización y/o automatización plantea muchas dudas respecto a instituciones laborales clásicas y reglas tradicionales en el ámbito laboral, como especialmente las relativas al tiempo y lugar de trabajo, pero también respecto

que existe organización del trabajo por parte de la empresa y establece directamente que “la pretendida flexibilidad laboral (horaria)” solo es una manera de hacer competir los recaderos para lograr las “mejores” horas, dejando al resto con unos horarios no compatibles con su vida personal sino los que a la empresa más le conviene. También Sentencia del Juzgado de lo Social n^o 5 de Valencia n^o 197/2019, de 10/06/2019. Frente a ellas, la Sentencia del Juzgado n^o 17 de Madrid en Sentencia número 12/19 de 11 de enero de 2019, que declara que un Rider de GLOVO no es trabajador laboral sino un TRADE, utiliza como indicio de no laboralidad, entre otros, la libertad de horario

⁷ Vid. Escudero Rodríguez, R.: “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1999, pág. 313; Trillo Párraga, F.J.: *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: Identidades y trayectorias laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 206.

de los instrumentos de tutela de la seguridad y salud, los instrumentos de control empresarial o la propia sostenibilidad de la Seguridad Social⁸.

Se ha venido planteando que estos nuevos procesos de digitalización y automatización desbordan el marco del contrato de trabajo y los mecanismos de regulación utilizados tradicionalmente, particularmente la intervención estatal en las relaciones de trabajo. La Comunicación de la Comisión Europea *Una agenda europea para la economía colaborativa* de 2016⁹ reconoce que “plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios”, creando incertidumbres respecto a las normas aplicables y sobre los derechos y las obligaciones de las personas que participan en la economía colaborativa.

En cualquier caso, estas nuevas realidades derivadas de los procesos de digitalización, robotización y automatización de los procesos productivos, junto con las nuevas formas de organización del trabajo no solo pueden determinar una cierta pérdida de centralidad del trabajo y la aparición de nuevas formas de trabajo distintas del prototipo clásico (trabajo seguro y de calidad)¹⁰ que pueden provocar

⁸ Vid. al respecto, entre otros: Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017; Monereo Pérez, J.L.: “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la «era de la flexibilidad»”, en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 10 (2016); Ibid., “Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno”, en Cerejeira Namora, N., Mella Méndez, L. y otros (Edited by): *The Balance between Worker protection and Employer Powers: Insights from around the World*, Cambridge, Scholars Publishing, 2018, págs. 16-109; Todolí, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; Rodríguez Fernández, M. L. (2017) “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017; Rodríguez Fernández, M. L.: “Clásicos y nuevos desafíos del trabajo en la economía 4.0”, en OIT. Conferencia Nacional Tripartita *El futuro del trabajo que queremos*. Volumen II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, págs. 275 y sigs.; Molina Navarrete, C.: “Derecho y trabajo en la era digital: ¿revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?”, en OIT. Conferencia Nacional Tripartita *El futuro del trabajo que queremos*. Volumen II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, págs. 403 y sigs.; Rodríguez Fernández, M. L. y Pérez del Prado, D.: “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales* 36(2) 2018: 355-372 [<http://dx.doi.org/10.5209/CRLA.60701>]; Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: Aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales* núm. 138/2017, págs. 125-161; Todolí, A. y Hernández, M. (dirs.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, Ed. Aranzadi, 2018; Mella, I. (dir.) y Villalba, A. (coord.): *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*. Wolters Kluwer, Madrid 2018; Pérez de los Cobos (dir.): *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Madrid (Wolters Kluwer), 2019; Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2019.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* {SWD(2016) 184 final} COM(2016) 356 final.

¹⁰ Entre otras, aparición de una nueva forma de “trabajo a destajo en línea” (“on demand”), “microworkers” pendientes de peticiones de trabajo a través de las plataformas on-line para realizar mínimas funciones y con mínimos salarios, nuevas relaciones triangulares de trabajo entre las empre-

su devaluación como elemento de articulación y estructuración social¹¹. También están incidiendo en la determinación del tiempo de trabajo y en el ejercicio del conjunto de facultades que comprende el poder de dirección del empresario puesto que “el modelo jerarquizado y autoritario de ejercicio del poder organizativo del empleador propio del fordismo ya no se adecúa a las nuevas formas de trabajo”¹².

Históricamente, el modelo de regulación jurídica del tiempo de trabajo se correspondió con el modelo fordista de producción estandarizada que exigía un régimen constante de los horarios y de la organización de las relaciones de trabajo. Y ese modelo estándar implicaba también un tiempo de trabajo homogéneo que conducía a un modelo de vida del trabajador articulado entre el tiempo de trabajo, en el que el trabajador se encuentra bajo la subordinación del empleador, y tiempo libre, en el que formalmente el trabajador tiene libre disposición para la inactividad o el ocio, pero que el modelo fordista tiende a configurarlo como tiempo para el consumo y para la reproducción de la fuerza de trabajo del trabajador. [Desde el punto de vista colectivo, este modelo de regulación estandarizado y homogéneo (mismo lugar de trabajo, misma jornada, mismos ritmos, mismo salario) permitió también el surgimiento de la solidaridad de los trabajadores].

El sistema productivo hoy se basa cada vez más en sistemas heterogéneos e individualizados de organización del trabajo. De ahí que ésta se haga más flexible, más heterogénea e individualizada, dirigida a conseguir una mayor productividad del trabajo y adaptada a las variaciones del proceso productivo y de las nuevas formas de organización científico-técnica del trabajo. Esto se traduce en una “des-estandarización del ciclo de la vida de las personas”¹³ que rompe con el tradicional modelo ternario de la vida de las personas: tiempo para la formación, tiempo para el trabajo, tiempo para la retirada de la vida activa¹⁴.

Pero, además, la transformación digital del trabajo, con las consecuencias tecnológicas y organizativas que conlleva, se traduce en una “hipervigilancia em-

sas dueñas de las plataformas tecnológicas, los usuarios/clientes y los prestadores del servicio, bajo fórmulas de para-subordinación, o, lo que es lo mismo, como falsos autónomos.

¹¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas: Un desafío para el trabajo decente”, en AAVV: *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo dente*. Editorial Laborum, 2018 (en abierto), pág. 40.

¹² Vid. Falguera i Baró, M.A.: “Nuevas Tecnologías y Trabajo (I): Perspectiva Contractual”. *Trabajo y Derecho* n° 19/2016; pág.13; Sánchez-Rodas, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales* número 138/2017, pág. 166.

¹³ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Ciclos vitales y seguridad social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, *RMTAS*, Número Extraordinario 2008; Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales...*, op.cit., pág. 8.

¹⁴ Como se ha dicho “el tiempo de trabajo se enmarca en el tiempo vital”, penetrando en la relación de trabajo e influyendo en los demás ámbitos del tiempo vital (modos de vida, relaciones familiares, ocio), basado en el “ciclo ternario”: tiempo para la formación; tiempo de trabajo; tiempo para la retirada de la vida activa”. Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Prólogo”, en Perán Quesada, S. (Dir.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, op.cit., pág. XVI.

presarial” y en una difuminación de las fronteras “entre los tiempos de trabajo estrictamente productivos (bajo la dependencia del empleador y orientados a los resultados de productividad debidos) y los reproductivos (bajo el poder de autoterminalización de la persona del trabajador para asuntos propios)”¹⁵ y, en consecuencia, la delimitación del tiempo de trabajo efectivo para diferenciarlo del tiempo no laboral o privado se sitúa como una de las cuestiones fundamentales. Además, la presencia física de los trabajadores en el centro de trabajo también se va sustituyendo por una “presencia virtual”, originando una nueva “dependencia tecnológica”¹⁶ (recuérdese, al respecto, la STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tycó*, asunto C-266/14, sobre la determinación del tiempo de trabajo y su criterio de cómputo en relación con la reorganización adoptada por el Grupo “Tycó” suprimiendo los centros de trabajo físicos y sustituyéndolos, salvo el central, por conexiones móviles¹⁷). Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTIC) llevan consigo una fragmentación y una difuminación del tiempo de trabajo y una deslocalización de la prestación de servicios y esto genera nuevas tensiones y nuevos conflictos respecto a la ordenación jurídica de la relación de trabajo y de su protección social (incumplimientos de las normas de derecho necesario sobre el derecho al descanso del trabajador, fraude en las prolongaciones de jornada no declaradas y sus consecuencias perniciosas sobre la cotización a la seguridad social y, en consecuencia, sobre las futuras “rentas de sustitución”; conflictos sobre la calificación de las contingencias profesionales; mayor incidencia de la siniestralidad laboral y los daños producidos por el estrés laboral; afectación a las políticas de conciliación laboral y familiar, impidiendo el goce pleno del derecho a la vida privada y a la intimidad del trabajador...) ¹⁸.

Esta desestructuración del tiempo de trabajo se ha visto favorecida por las políticas flexibilizadoras que han afectado de modo muy particular a la ordenación del tiempo de trabajo. La finalidad político-jurídica de las reformas flexibilizadoras llevadas a cabo en la mayoría de los países europeos ha venido siendo la reordenación de la regulación de la jornada de trabajo, estableciendo los límites y garantías que resultan indisponibles por razones de salud y seguridad o por objetivos

¹⁵ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, pág. 254.

¹⁶ Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990, quien considera que “si las nuevas tecnologías están poniendo en crisis alguno de los indicios tradicionales de la subordinación, también están contribuyendo a crear otros (la dependencia tecnológica)”, pág. 41; Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, págs. 163-184.

¹⁷ Vid. sobre esta Sentencia y todo el caso del Grupo Tycó, Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op.cit., págs. 261 y sigs.

¹⁸ Vid. Fernández Avilés, J.A.: “Cronorreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 421, 2018, págs. 6 y sigs.

de política de empleo, y fijando un marco para su regulación por la negociación colectiva que permita compatibilizar las necesidades empresariales y los intereses de los trabajadores. A través del acuerdo colectivo o individual, los horarios uniformes y rígidos han sido sustituidos por una regulación de la jornada de trabajo con horarios muy flexibles y diversificados, que permita al empresario hacer frente a las necesidades productivas de cada momento. Esta flexibilidad se alcanza permitiendo que los límites tradicionalmente inderogables se conviertan en disponibles para la negociación colectiva e incluso de forma unilateral por el empleador (es el caso de un mínimo de jornada disponible de forma unilateral, respetando los límites legales relativos al descanso diario y semanal, para la distribución irregular de la jornada, al margen del acuerdo colectivo, si bien con algunos límites, art. 34.2 ET; la modificación de las condiciones relativas a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo conforme al procedimiento previsto en el art. 41 ET; la flexibilización en el régimen de las horas extraordinarias y en las complementarias del tiempo parcial). De forma que en la práctica el límite máximo semanal, considerado en otro tiempo como mínimo legal indisponible, ha dejado paso a una amplia capacidad de gestión para el empresario –con el requisito procedimental de la mediación de un acuerdo colectivo o de un acuerdo de empresa–, pasando a convertirse más que nada en un mero parámetro de cálculo del límite máximo anual. En esta ordenación flexible del tiempo de trabajo y de la movilidad funcional y espacial de los trabajadores está implícita la función reguladora de la autonomía individual y el reforzamiento del poder de dirección unilateral del empresario. Por otro lado, la flexibilidad horaria que caracteriza el trabajo con las NTIC vuelve a poner en el centro del conflicto la diferencia entre trabajo efectivo y períodos de disponibilidad (vid. STJUE de 21 de febrero de 2018, *Ville de Nivelles vs Rudy Matzak*, asunto C-518/15), ahora de forma mucho más acentuada por la “conectividad” permanente que permiten las NTIC. Esta conectividad permanente lleva, en muchos casos, a encubrir bajo la pretendida bondad de la “autogestión flexible” del tiempo de trabajo una “disponibilidad permanente”¹⁹, que elimina los límites entre la vida profesional y la vida privada (entre los tiempos de trabajo productivos y los tiempos reproductivos), afectando de modo particular a la salud de los trabajadores (efecto “*blurring*”, estrés laboral, fatiga informática...).

Todo ello plantea –cuestiona, en definitiva– si esta regulación flexibilizadora y cada vez más individualizadora permite mantener el equilibrio necesario entre la flexibilidad y los objetivos de protección de la salud y seguridad del trabajador, conciliación entre la vida profesional y la vida familiar y desarrollo de la personalidad del trabajador. El cumplimiento de todos estos objetivos requiere

¹⁹ Vid. sobre la distinción entre conectividad y disponibilidad, Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT*, núm. 28, 2018, págs. 8-15.

necesariamente que existan normas mínimas y controles públicos y colectivos adecuados.

Frente a esta situación, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, en su Informe *Trabajar para un futuro más prometedor* [OIT. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019] plantea la necesidad de “*ampliar la soberanía sobre el tiempo de trabajo*”, exhortando a que se tomen medidas que faciliten una autonomía del tiempo de trabajo que satisfaga las necesidades de los trabajadores y de las empresas. Las medidas para limitar y reducir el número máximo de horas de trabajo, adoptadas en el pasado, que han ido acompañadas por aumentos de la productividad, sigue siendo un importante objetivo político. Pero las tecnologías transformadoras y los cambios en la organización del trabajo plantean nuevos desafíos para la aplicación efectiva de estos límites. Como se señala en este Informe, las tecnologías de la información y de la comunicación permiten que se trabaje en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminando la línea entre las horas de trabajo y la vida personal, y contribuyendo en muchos casos a ampliar las horas de trabajo. Por ello, la OIT considera que, en la era digital, los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores tendrán que encontrar nuevos medios para aplicar de forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el *derecho a la desconexión digital*. Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo. La capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial. La OIT requiere a los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para que aborden la cuestión de la “pobreza de tiempo” y elaboren acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad, y respaldando mejoras de la productividad, de manera que los trabajadores puedan mantener o aumentar sus ingresos, al mismo tiempo que reducen sus horas de trabajo para adaptarlas a los límites máximos.

2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

Una de las mayores novedades de la nueva regulación llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD) es la regulación en su art. 88 del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Dicha norma establece que “Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Como se indica en la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, Internet “se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad”. Entre otras cosas, la aplicación de las nuevas tecnologías, y en particular de las TIC, produce una intrusión del trabajo en la vida privada, la confusión entre lugar y tiempo de trabajo y vida privada e intimidad del trabajador y da lugar a un incremento del poder de control del empresario mediante el uso de las TIC, en detrimento –o incluso vulneración– de los derechos a la dignidad y a la intimidad de los trabajadores. A través de las TIC (correos electrónicos, móviles o teléfonos inteligentes, tabletas, etc.) el empleador puede dar órdenes o instrucciones a los trabajadores cualquier día de la semana y del año y a cualquier hora del día y de la noche (“*anywhere, anytime*”)²⁰, provocando, además de la vulneración de los derechos al descanso, la aparición de importantes riesgos laborales (fatiga informática, estrés laboral...) y la invasión de la vida personal y familiar del trabajador. Es por ello que, dentro del Título X de esta Ley, donde se acomete la tarea de reconocer y garantizar derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato constitucional, se ha reconocido el derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

Se ha discutido la pertinencia de la regulación de este derecho dentro de una Ley Orgánica de Protección de Datos y Derechos Digitales y no en el marco de una reforma del tiempo de trabajo o en el de la reciente reforma sobre registro de jornada²¹. Frente a ello, otra posición lo considera acertado al poner el acento en el control o dirección de la actividad laboral por el empresario, que se lleva a cabo mediante el uso de sus datos personales, por lo que se ha considerado que “constituye, en puridad, un tratamiento de estos datos” justificándose así su regulación dentro de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales²². Posición que se ve fortalecida por la misma reforma del ET que lleva a cabo la disposición final decimotercera de la LOPDyGDD añadiendo un nuevo art. 20 bis “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” que reconoce el derecho a la intimidad en

²⁰ Vid. Dans Sotomayor, L.: “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en AAVV (Ramos Quintana, M.I., Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 63 y sigs.

²¹ Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 432, 2019, págs. 71-72.

²² Vid. Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid, 2019, pág. 149.

el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (y de forma similar, con el mismo contenido, se añade una nueva letra j) bis en el art. 14 EDEP). Esta regulación del derecho a la desconexión se conecta así de forma directa con el poder de control y dirección del empresario, cuyo ejercicio se desarrolla dentro de la jornada de trabajo que marca el límite de dichos poderes (vinculación que ya se puso de manifiesto en la conocida SAN 94/1997, de 17 de julio, que sostuvo que obligar a los trabajadores a mantener una conexión ininterrumpida de los teléfonos móviles de la empresa y con los clientes en horas fuera de la jornada laboral sobrepasa las facultades normales o regulares de la empresa en ejercicio de su poder de dirección). Pero, además, la inclusión del derecho a la desconexión en esta norma parece vinculado a un regulación de la protección de datos personales y la intimidad del trabajador como una contrapartida a la ampliación que se opera por esta ley en las facultades de vigilancia y control del empresario, que recoge la doctrina más restrictiva mantenida en nuestro país por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo frente a la más garantista que se ha mantenido por el TEDH en la Sentencia Barbulescu-2²³.

Otra opción legislativa hubiera sido reconocer el derecho a la desconexión integrándolo dentro de la regulación general del tiempo de trabajo, especificando la obligación de respetar dichas reglas también cuando la prestación de servicios se realice mediante los dispositivos tecnológicos. Se ha hablado así de una regulación “pedagógica” y de eficacia preventiva frente a la violación de los derechos a la vida privada y al descanso y de garantía del propio deber empresarial de no atentar contra dichos derechos²⁴, partiendo de la base de que el derecho a la desconexión ya existe por aplicación de la normativa sobre tiempo de trabajo²⁵.

En cualquier caso, el derecho a la desconexión digital se reconoce tanto a los trabajadores como a los empleados públicos. Su ámbito de actuación se centra fundamentalmente, por un lado, en la garantía del derecho al descanso del trabajador (períodos de descanso, permisos, vacaciones) y la limitación de la jornada de trabajo y, por tanto, la garantía del derecho a la salud de los trabajadores; por otro lado, en el derecho a su intimidad y el derecho a la conciliación de la vida laboral

²³ Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 72; Falguera Baró, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, en *Ciudad del Trabajo. Actualidad iuslaboralista*, núm. 14, enero 2019, pág.6.

²⁴ Vid. Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, op. cit., pág. 12.

²⁵ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., págs. 249-283.

y personal del trabajador. Como consecuencia, este derecho supone un importante límite al ejercicio del poder de control del empresario.

2.1. Antecedentes: la reforma legal francesa y la experiencia empresarial

El principal precedente de este derecho lo constituye la *Loi Travail* o *Loi El Komri 2016/1088, de 8 de agosto, relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la proyección de las trayectorias profesionales* (esta ley, en vigor desde enero de 2017, fue codificada en el art. L.2242-8-7^o del Code du Travail francés). Varias sentencias de la Corte de Casación francesa ya se habían pronunciado con anterioridad reconociendo que los trabajadores no podían ser obligados a trabajar después de su jornada ni a instalar medios o instrumentos de trabajo en su domicilio particular (Sentencia núm. 99-42.727, de 2 de octubre de 2001), así como declarando la nulidad del despido de un trabajador por no haber respondido a las llamadas de su empresario, realizadas a su teléfono particular, durante su período de descanso al mediodía (Sentencia núm.01-45-889, de 17 de febrero de 2004). Asimismo, esta cuestión fue abordada en la negociación colectiva a través del Acuerdo Interprofesional francés de 19 de junio de 2013, que puso el acento en el riesgo que las tecnologías de la información y de la comunicación plantean de confundir la vida laboral con la vida privada de los trabajadores, y, aunque muy limitadamente, a través de algunos convenios colectivos sectoriales y de empresa (Thalès, Orange, Areva, Natixis, Société Générale...) ²⁶. De forma más concreta, el *Informe Mettling*, titulado “*Transformación digital y vida en el trabajo*”, de marzo de 2015, con influencia directa en la ley francesa, establecía la necesidad de reconocer el derecho a los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral y el correspondiente deber del empresario. El Informe opta por configurar el derecho a la desconexión como una “corresponsabilidad del trabajador y del empresario que implica también un deber de desconexión” ²⁷.

Con un carácter bastante limitado, la *Loi Travail 2016/1088, de 8 de agosto*, sin embargo, se limita a introducir en el art. L.2242-8 del Code du Travail [Section 2: Champ de la négociation collective (Articles L2241-4 à L2241-6)] un nuevo apartado 7^o que establece que la negociación colectiva incluirá “*las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por parte de la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar. En defecto de acuerdo, el*

²⁶ Vid. la referencia a estas Sentencias y a la negociación colectiva francesa en Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, op.cit., págs. 166 y sigs.

²⁷ Sobre este Informe, detenidamente, Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, op.cit., págs. 170 y sigs.

empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto [Charte]. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y prevendrá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.”.

Se debe tener en cuenta que en el ordenamiento francés es obligatorio que las empresas que cuenten con representación sindical negocien anualmente con los representantes de los trabajadores sobre retribuciones, tiempo de trabajo, reparto del valor añadido en la empresa, calidad del trabajo e igualdad profesional entre hombre y mujeres (artículo L.2242-1 del Code du Travail). La reforma llevada a cabo incluye dentro del deber de negociar “las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión”, pero no dentro del contenido mínimo de los convenios. El texto legal no incorpora una definición del derecho a la desconexión, sino que deja la fijación de su contenido, en cada caso, al resultado de la negociación colectiva. De esta forma, la negociación colectiva deberá implantar las medidas y modalidades de desconexión, pero también deberá incluir “la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales”. El alcance de esta medida es trascendente porque implica que, no sólo el empresario tiene que respetar los períodos fuera de la jornada laboral no exigiendo la prestación de servicios en esos períodos, sino que, además, el empresario deberá implantar sistemas tecnológicos que limiten o impidan el acceso de los trabajadores a sus dispositivos digitales fuera del horario de trabajo, es decir, deberá evitar que los trabajadores puedan continuar trabajando después de finalizar su jornada laboral utilizando los medios electrónicos de la empresa (tanto instrumentos y aplicaciones como medios técnicos: teléfonos móviles, tabletas, terminales móviles, ordenadores portátiles, servidores, computación en la nube, redes de comunicación...). En defecto de acuerdo en la negociación colectiva, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o los delegados de personal, deberá elaborar una “política de actuación” (Charte) sobre las modalidades de ejercicio de ese derecho a la desconexión, con independencia del tamaño de la empresa. La decisión empresarial sólo debe ir precedida de una audiencia/consulta a los representantes.

El modelo francés de regulación supone, pues, una indefinición legal del derecho con remisión a la negociación colectiva, que será la que deba asumir realmente esta materia, o en su defecto a su desarrollo mediante el ejercicio del poder unilateral de fijación de condiciones de trabajo de la empresa²⁸. Como se ha señalado en la doctrina francesa, se trata de un derecho vacío, ya que no se delimitan sus contenidos ni se imponen garantías (primarias y secundarias) puesto que no se

²⁸ Vid. Fernández Avilés, J.A.: “El “derecho a la desconexión” como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, op. cit., págs. 12 y sigs.

establecen medidas concretas o sanciones para las empresas incumplidoras²⁹, salvo que se reconduzcan a los incumplimientos de las normas sobre tiempo de trabajo o sobre prevención de riesgos³⁰.

Este derecho viene siendo contemplado ya de forma específica, pero en número aún muy escaso, en los convenios colectivos o en las políticas internas de algunas grandes empresas. Fue, en primer lugar, el artículo 14 del convenio colectivo de AXA Seguros (2017-2020), el que –recogiendo, dada su pertenencia a un grupo de matriz francesa, el derecho a la desconexión digital regulado poco antes en Francia a partir de la *Loi Travail 2016/1088, de 8 de agosto*–, una vez puesto de relieve el fenómeno de la interconectividad digital permanente y su impacto en las formas clásicas de prestación de servicios laborales provocando, en particular, la dilución de las unidades de espacio y tiempo de trabajo, establece que: “Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”³¹.

Se contempla también en el convenio colectivo del sector Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid de 2019, el convenio colectivo ONCE de 2018, el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol de 2018, el Acuerdo sobre tiempo de trabajo de IKEA de 2018, el Plan de Igualdad del Hipermercado Carrefour de 2019, entre otros. La empresa Volkswagen implantó parcialmente en 2011 un sistema que desconecta sus servidores de comunicación de los teléfonos móviles profesionales de sus empleados entre las 18.15 horas y las 7 de la mañana del día siguiente; y la empresa Mercedes-Benz también ofrece a sus empleados acogerse al “sistema Mail on holiday”, a través del cual los correos enviados a trabajadores que están de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa³².

²⁹ También tiene un carácter muy limitado el reconocimiento que lleva a cabo en Italia la Legge 22 maggio 2017, n° 81, relativa a las medidas de tutela del trabajo autónomo y para favorecer una articulación flexible del tiempo y lugar de trabajo por cuenta ajena. En esta ley solamente se ordena que en el desempeño de la modalidad contractual de “trabajo ágil” el trabajador pueda desconectar los instrumentos tecnológicos, pero no se califica la desconexión como un derecho.

³⁰ Vid. Ray, J.-E.: “Grande accélération et droit à la déconnexion”, *Droit Social*, n. 11, 2016, págs. 912 y ss.; Triclin, A.: “Régimen jurídico del derecho a la desconexión en Francia”, en “Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y riesgos psicosociales en el trabajo”. *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y Calidad de Vida en el Trabajo*, UGT-CEC, 2016, págs. 311 y ss.

³¹ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, en *Temas Laborales*, núm. 138/2017, págs. 249-283.

³² Vid. Barrios Baudor, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. I, 2019; García Jiménez, M.: “Revolución industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de

2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital

Siguiendo el modelo francés, el art. 88 LOPDyGDD no define el derecho a la desconexión digital ni lo delimita, pero sí se reconoce el derecho, si bien se remite a la negociación colectiva, o en su defecto a un acuerdo de empresa, la fijación de las modalidades de ejercicio del mismo y al empleador, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una política interna (un código interno) sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas y la formación correspondiente a los trabajadores. La norma tiene pues un escaso contenido obligacional, no se establece ningún régimen subsidiario en defecto de acuerdo, ni se prevé un régimen sancionador para las empresas incumplidoras³³.

Conforme al apartado 1 del art. 88 LOPDyGDD, el derecho a la desconexión se reconoce a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento ya existe una garantía jurídica de efectividad de tales derechos. Por aplicación de las normas internacionales que los garantizan específicamente y que incluyen el derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo entre los derechos fundamentales³⁴ (Convenios OIT, art. 2 Carta Social Europea, art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y por el reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y el derecho al descanso (arts. 15, 40 y 43, junto con art. 10 CE) y el respeto a la vida privada (art. 18 CE). El legislador ha asumido la función de garantizarlos, fijando la jornada máxima de trabajo a través del art. 34 ET y una regulación legal de los periodos de descanso en los arts. 34 a 38 ET. El sentido general de dicha regulación es el de establecer unos límites máximos globales de tiempo de trabajo, con la finalidad última de establecer una garantía mínima física de la persona del trabajador, y dejar a la autonomía, colectiva o individual, la concreción y flexibilización del tiempo de trabajo. El carácter de derecho necesario, de orden público, de la regulación del tiempo de trabajo, por la necesidad de proteger la salud del

bienestar de los trabajadores”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario, 2019, págs. 176 y sigs.

³³ Sobre este mismo modelo de regulación del derecho a la desconexión en el derecho francés, calificándolo de derecho incompleto, vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 272. Como señala Falguera Miró (“El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, op. cit. pág. 8), la regulación española tiene “una redacción prácticamente idéntica a la Ley francesa núm. 2016-1088, con escaso contenido obligacional y ciertamente lejano de los contenidos de algunos textos convencionales vigentes, como en el caso del convenio del Grupo AXA (BOE 10.10.2017)”.

³⁴ Vid. Moneo Pérez, J.L. y López Insúa, B.: “Derecho a unas condiciones equitativas. Artículo 2 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Editorial Comares, Granada, 2017, págs. 395 y sigs.

trabajador, no se contradice con el hecho de abrir espacios hacia la negociación colectiva. En este ámbito existe un dualismo de fuentes reguladoras, la norma estatal y la negociación colectiva, en el cual, la norma estatal asume la función de ser el instrumento que establece la jornada máxima y los periodos mínimos de descanso, y, por su parte, la negociación colectiva ordena y lleva a cabo la distribución específica del tiempo de trabajo³⁵.

Con el derecho a la desconexión, se trata de garantizar el derecho del trabajador a “no tener ningún contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”³⁶ (no atender el teléfono o la mensajería, no revisar ni contestar el correo electrónico, no acceder a redes sociales de la empresa, etc.). Este es el núcleo duro de este derecho: la garantía de efectividad del derecho al descanso y el respeto debido a la intimidad del trabajador, derechos fundamentales que pueden ser exigidos en cualquier momento, sin que sea necesario que exista una regulación legal o convencional de los mismos. Si bien la ley, en su función de norma mínima, y el convenio colectivo, como expresión de la autonomía colectiva, llevan a cabo la determinación de la jornada y la ordenación del tiempo de trabajo, el trabajador tiene constitucionalmente garantizado el poder de autodeterminación fuera de la jornada de trabajo. Es por ello que se ha sostenido “que el pretendido nuevo (o estatus naciente) derecho de desconexión laboral no existe como tal, autónomo y diferenciado, sino que es, en realidad, una concreción del contenido del viejo –o clásico– derecho, actualizado bajo el impuso adaptativo de las nuevas necesidades creadas por la tecnología digital –art. 3 CC–, al descanso, hoy derecho social fundamental comunitario”³⁷.

Pero, partiendo de ello, se impone una nueva interpretación actualizada y acomodada a la nueva realidad de los poderes empresariales tradicionales en el marco de unas relaciones laborales donde se han introducido de modo sustancial las nuevas tecnologías digitales que han alterado el juego de fuerzas de las partes del contrato de trabajo³⁸. Por lo que el derecho a la desconexión, además de los

³⁵ Vid. Monereo Pérez, J.L. y Gorelli Hernández, J.: *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, op.cit., pág. 17.

³⁶ Vid. Cialti, P.-H.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, pág. 165.

³⁷ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., págs. 279 y sigs. En el mismo sentido, Vallecillos Gámez, M.R.: “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017, págs. 167 y sigs.

³⁸ Vid. Falguera Baró, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva ley orgánica de protección de datos: una mala regulación”, en *Ciudad del Trabajo. Actualidad iuslaboralista*, núm. 14, enero 2019, pág. 8, quien considera que “En lugar de reflexionar a fondo sobre esa realidad e intentar readecuar el marco vigente en la Ley Estatuto de los Trabajadores, introduce meros parches desde una normativa extralaboral, limitándose a hacer declaraciones vacías de contenido y a elevar a rango legal los criterios más restrictivos de la doctrina casacional y constitucional, omitiendo la del TEDH. Y lo hace, además, desde una perspectiva que prima esencialmente la propiedad de los medios

aspectos referidos al derecho al descanso, a la salud y a la vida privada del trabajador, tiene una incidencia fundamental en la limitación del poder de control y dirección (poderes de especificación y control de la prestación de servicios) debiendo garantizar que dichos poderes no puedan extenderse a un tiempo de no trabajo (fuera de la jornada laboral).

Dentro del contenido del derecho a la desconexión debiera delimitarse el ejercicio del poder de dirección, explicitando que es un ejercicio irregular del mismo, y en consecuencia está prohibido, que a través de los medios tecnológicos o digitales se despliegue fuera del tiempo de trabajo. En algunos instrumentos convencionales, como el convenio colectivo de AXA Seguros (art. 14) se reconoce que “*salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo*”, pero no se reconoce ninguna obligación del empleador de no enviar mails o mensajes profesionales al trabajador fuera de su horario, de forma que sólo garantiza que el trabajador tiene libertad de no responderlos. En el desarrollo del art. 88 LOPDyGDD debiera configurarse expresamente a través de la negociación colectiva o del subsidiario acuerdo de empresa (puesto que la ley solamente se remite a estos instrumentos, habiendo hecho dejadez de su poder normativo de derechos mínimos o, al menos, de su poder de establecer derecho dispositivo) la limitación del poder de dirección del empresario fuera de la jornada y la prohibición concreta de utilizar esos medios digitales en el tiempo de no trabajo (sin enviar mails, correos o mensajes profesionales...). Y ello como concreción específica del derecho de desconexión, sin perjuicio de la eficacia directa que tiene el art. 18 CE en relación con la vida privada del trabajador. Recuérdese aquí la conocida doctrina del Tribunal Constitucional (STC 192/2003, de 27 de octubre, en relación al período de vacaciones anual) considerando que *toda concepción que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado*, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, *es inconstitucional*, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador. El alcance de esta doctrina tiene una dimensión general, alcanzando por tanto a la configuración de todos los períodos de descanso y al ejercicio del poder de dirección empresarial y permitiendo el ejercicio de las medidas de tutela de los derechos fundamentales³⁹ (art. 18 CE y art. 31 CDFUE en relación con el art. 10 CE).

Hubiera sido, en cualquier caso, adecuado que el legislador hubiera establecido expresamente esos límites a los poderes empresariales fuera de la jornada y del lugar de trabajo (hoy, en muchos casos diluidos por la conexión a través de los dispositivos digitales), configurando un deber para el empresario de no enviar

de producción por encima de los derechos de privacidad de las personas asalariadas”, por lo que “que es urgente repensar el juego de poderes ante la nueva realidad”.

³⁹ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 275.

notificaciones o mensajes de carácter profesional fuera de la jornada (salvo casos de urgente necesidad o de guardias localizadas) y declarando que los poderes de dirección y disciplinarios no puedan alcanzar las conductas de los trabajadores fuera de dichos ámbitos, es decir “extralaborales”⁴⁰. Además, se debería haber tipificado esta la transgresión de este deber por el empresario en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El no responder mails o mensajes profesionales fuera de la jornada no puede en cualquier caso –una vez reconocido el derecho a la desconexión– tener trascendencia laboral ni efectos negativos para la empresa por lo que el empresario no puede, no solo no sancionar o despedir, sino que no debe tener una repercusión negativa a efectos de valorar el rendimiento del trabajador o perjudicar sus posibilidades de estabilidad en la empresa.

Otro aspecto importante del derecho a la desconexión se refiere a la protección del trabajador frente a los riesgos psicosociales que puede generarle la carga digital del trabajo a la que se añade el plus de carga digital fuera del trabajo⁴¹, garantizando frente a ello el derecho al descanso mediante su desconexión digital. Como expresión de ello, el art. 88 LOPDyGDD directamente se refiere a la “fatiga informática” que puede afectar al trabajador, frente a la cual debe actuar el derecho de desconexión, como exigencia de tutela de la integridad psicosocial del trabajador. Falta, sin embargo, un planteamiento de mayor amplitud desde el punto de vista de la tutela preventiva, que la ley podría haber llevado a cabo teniendo en cuenta otras posibles patologías que están igualmente asociadas a la digitalización (degeneración visual, acoso cibernético...)⁴², pero ello no obsta para que las mismas sean tenidas en consideración mediante la negociación colectiva y en la política interna sobre el derecho a la desconexión que la empresa está obligada a establecer⁴³.

Si bien la LOPDyGDD no ha tipificado sanciones concretas en relación con el derecho a la desconexión digital, en nuestro sistema sancionador si están ti-

⁴⁰ Ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de marzo de 2018 (Rec. 2241/2017) reconoció que la empresa está obligada a contar con un procedimiento que permita que el trabajador pueda desactivar el sistema de posicionamiento global una vez que finalice su jornada, de manera que a partir de ese momento el sistema no esté operativo salvo que el trabajador preste su consentimiento.

⁴¹ Vid. Ramos Quintana, M. (Dir.): *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017; Mella Méndez, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, en *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016, págs. 30 y ss.; Fernández Avilés, J.A.: “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, en *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm. 2, 2017, págs. 69-101; González Cobaleda, E.: “Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos psicosociales”, en “Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación...”, op. cit., págs. 261 y ss.

⁴² Vid. Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 242.

⁴³ La protección de la salud psicosocial de los trabajadores está también en la base de la regulación del derecho a la desconexión en la legislación francesa y ya lo estaba en los convenios o acuerdos colectivos de las grandes empresas en los que se había anticipado el derecho a la desconexión digital (“acuerdos colectivos de gestión del estrés laboral”).

pificadas las vulneraciones de los derechos al descanso y los incumplimientos relativos al derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos –aunque aún con dificultades– los relativos a los deberes de prevención frente a los riesgos psicosociales. De forma que la vulneración del derecho a la desconexión podría considerarse como una vulneración de las normas relativas al tiempo de trabajo y podría dar lugar a una infracción grave, que podría incluso ser agravada en el caso de riesgos psicosociales de los trabajadores considerando a la empresa como responsable de la enfermedad del trabajador por falta de evaluación de los riesgos o falta de actividades de prevención.

2.3. Reglas para determinar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital: la negociación colectiva y la política interna de la empresa

El art. 88.2 LOPDyGDD dispone que “Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Además, el art. 88.3 LOPDyGDD establece que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

De forma que la ley reconoce expresamente el derecho a la desconexión pero remite a la negociación colectiva las modalidades de su ejercicio, asumiendo así la negociación un papel central, de forma similar a lo que lleva a cabo la Ley francesa que es su inspiradora, pero con la diferencia fundamental de que la norma española si lleva a cabo el reconocimiento legal de tal derecho.

Es claro que la negociación colectiva sirve, no sólo de mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, sino también de instrumento para la “modernización” de la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a las condiciones de competencia. La negociación colectiva tiene hoy a ser un instrumento fundamental de la gestión de la empresa flexible y participada, sirviendo a una pluralidad de fines económico-sociales y de intereses concurrentes. En este sentido, se han atribuido a la negociación colectiva más espacios reguladores para acometer los programas de flexibilidad laboral, afectando de manera incisiva, entre otras cuestiones, al tiempo de trabajo. La intervención legislativa en esta materia ha estado guiada por el objetivo de convertir a la autonomía colectiva en el instrumento a través del cual conseguir un más eficaz, pero equilibrado, “uso flexible” y “productivo” del conjunto de relaciones de trabajo

de una empresa. La gestión flexible del tiempo de trabajo tiene como finalidad maximizar el uso del capital productivo y la ampliación del tiempo de la oferta de los servicios. El modelo productivo actual exige una disponibilidad temporal que no se limita sólo a la presencia física en el lugar de trabajo sino que mediante el recurso a los nuevos medios de comunicación extiende la movilización potencial de la fuerza de trabajo hasta el espacio de vida privada, a través de las horas de disponibilidad (profusamente reguladas por la negociación colectiva) y a través de los dispositivos electrónicos y digitales. Sin embargo, son muy insuficientes (y a veces totalmente inadecuadas) la presencia en los convenios colectivos de las contrapartidas a esta ordenación flexible al máximo del tiempo de trabajo, como serían la garantía de mantenimiento del empleo (o de mejora de la seguridad del empleo), la participación de los trabajadores de los beneficios de esta regulación flexible y adaptable (por ejemplo, mejorando las posibilidades de conciliación de la vida laboral y personal y familiar) y el reforzamiento de los mecanismos de control efectivo por parte de los representantes de los trabajadores de esta gestión flexible del trabajo. Es en este marco en el que la ley atribuye a la negociación colectiva la regulación de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

No obstante, no existe en la ley un mandato firme a los sujetos negociadores ya que no se contiene una obligación de negociar esta materia. Hubiera sido mucho más adecuado modificar el art. 85 ET para incluir la obligación de negociar las modalidades de ejercicio de este derecho, de modo similar a lo que en su momento se hizo respecto al deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, los planes de igualdad. Este importante déficit puede llevar, como se ha dicho respecto a la regulación francesa del derecho a la desconexión⁴⁴, a que dicha regulación se quede en el ámbito de los códigos de buenas prácticas empresariales, como hasta ahora se ha venido produciendo.

El art. 88.2 LOPDyGDD se refiere a la regulación por la negociación colectiva de las “modalidades” de su ejercicio, dejando un amplio margen sobre cuales deben o pueden ser las soluciones que se adopten. Dichas soluciones deben atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral y deben potenciar el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar. Pero también deberían incorporarse en la negociación colectiva determinadas cuestiones importantes⁴⁵:

⁴⁴ Vid. Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, op. cit., pág. 273, que recuerda que la regulación francesa del derecho a la desconexión “procede de las prácticas convencionales de multinacionales en este sentido, lo que ha marcado directamente el modelo final, devaluado, legislativo”.

⁴⁵ Vid. sobre todo este conjunto de medidas, Mella Méndez, L.: “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y para la salud de los trabajadores”, op. cit., págs. 30-52; Fernández Avilés, J.A.: “NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, op. cit., págs. 69-101; Tascón López, R.: “El derecho de desconexión de los trabajadores (potencialidades en el ordenamiento español)”, en *Trabajo y Derecho. Revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 41, 2018, págs. 45-63; Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*,

- El establecimiento expreso de la limitación de los poderes empresariales fuera de la jornada de trabajo, fijando el deber de “abstención” del empresario⁴⁶ y determinando los tiempos de no trabajo o inactividad en los que el trabajador no puede ser sancionado ni perjudicado por no contestar o por no realizar la actividad requerida por el empresario;
- La negociación de protocolos de uso adecuado de los dispositivos tecnológicos;
- Medidas de prevención y de formación frente a los riesgos psicosociales derivados del uso de estos dispositivos;
- Medidas de desconexión total y automática; bloqueo de acceso a las herramientas digitales; obligación de dejar en el lugar de trabajo los dispositivos digitales o electrónicos; fijación de una franja horaria para la utilización de tales dispositivos fuera de la jornadas; el redireccionamiento automático de los correos electrónicos a otros trabajadores que se encuentren en su tiempo de trabajo efectivo, o el envío diferido de los correos que hayan sido emitidos fuera de la jornada de trabajo.
- Los supuestos excepcionales o de urgencia en los que no se producirá la desconexión y el empresario podrá requerir al trabajador para el desempeño de alguna actividad, de modo puntual, fuera de su jornada. Deberá establecerse para tales casos la exigencia de consentimiento expreso del trabajador y la retribución correspondiente a tales actividades.

La experiencia, sin embargo, desde la aprobación de la norma es bastante desalentadora, ya que en los pocos convenios en los que se regula este derecho sólo contienen declaraciones genéricas y no se lleva a cabo una determinación de las modalidades de ejercicio del mismo. Por ello, hubiera sido deseable para la efectividad del ejercicio de este derecho establecer un verdadero deber de negociar junto con una regulación legal que actúe como norma mínima que pueda ser mejorada por la negociación colectiva (o, al menos, como norma dispositiva en defecto de la negociación colectiva).

Conforme al art. 88.3 LOPDyGDD, el empleador tiene la obligación de elaborar unas normas de política interna de la empresa respecto al ejercicio de este derecho (el equivalente a la *Charte* que exige la legislación francesa), previa audiencia con los representantes de los trabajadores. No queda suficientemente claro en la regulación legal si estas normas de política interna actúan de forma subsidiaria, en defecto de pacto colectivo o si deberán implementarse en cualquier caso. En el caso de que no se haya previsto este derecho a la desconexión en el convenio colectivo,

op. cit., págs. 240-241; Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, op. cit., págs. 152-153.

⁴⁶ Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 81.

ni se haya conseguido un acuerdo de empresa, conforme al art. 88.3, el ejercicio de este derecho deberá llevarse a cabo conforme a las normas de política interna de la empresa⁴⁷. Pero parece más acertado interpretar que, en el caso de que el derecho venga regulado en el convenio colectivo o en el acuerdo de empresa, dichas normas de política interna también deberán ser elaboradas, de conformidad con las modalidades de ejercicio que establezca el convenio o el acuerdo de empresa.

En la elaboración de estas normas de política interna se atribuye un papel muy limitado a los representantes de los trabajadores que se reduce a una mera audiencia, que en la mayor parte de los casos será un simple trámite formal al no haberse previsto un deber de negociar ni siquiera el derecho a emitir informe previo. Quizás porque el legislador entienda que estas normas de política interna deben ser una concreción de los aspectos que ya hayan sido negociados colectivamente con los representantes de los trabajadores, pero no siempre será así cuando no se haya negociado el derecho de desconexión a través de la negociación colectiva. Tampoco se ha tipificado el incumplimiento por el empresario de la obligación de elaborar estas normas de política interna sobre el ejercicio del derecho a la desconexión. Entra dentro de las competencias y facultades de los representantes de los trabajadores el poder exigir al empresario el cumplimiento de dicha obligación, así como presentar la correspondiente denuncia ante la Inspección de Trabajo cuando el empresario no la lleve a cabo⁴⁸.

Conforme al art. 88.3 LOPDyGDD, el contenido de dichas normas de política interna de la empresa deberá establecer:

- Las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.
- Las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.
- De modo particular, el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.
- Deberá incluir a todos los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos.

La determinación específica de los períodos de descanso del trabajador, dentro de los cuales se debe respetar el derecho a la desconexión digital estará fijada en el convenio colectivo aplicable, pero ello no impide que dichos períodos puedan ser reiterados en estas normas mínimas –o al menos una remisión al convenio

⁴⁷ Vid. Orellana Cano, A.M.: *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*, op. cit., pág. 152.

⁴⁸ Vid. Igartua Miró, M.T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, op. cit., pág. 84.

colectivo aplicable o a los mínimos legales de derecho necesario en su caso— con expresión concreta del derecho del trabajador a no ser sancionado por negarse a contestar o a realizar una actividad laboral fuera de su jornada.

No se puede desconocer, como la doctrina ya ha puesto de manifiesto, las dificultades que pueden tener las empresas de reducidas dimensiones para la elaboración de esta política interna ante la falta de representación de los trabajadores. Ni tampoco las dificultades para el ejercicio de este derecho en las empresas digitales que actúan a través de plataformas que conectan a trabajadores, empresarios, clientes y proveedores⁴⁹.

⁴⁹ Vid. Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, op. cit., pág. 241.