

**EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ¿UTOPIA O  
POSIBLE REALIDAD? \***  
***THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION: UTOPIA OR POSSIBLE REALITY?***

MARIA LUISA MOLERO MARAÑÓN

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID: 0000-0001-6590-7293

**RESUMEN**

**Palabras clave:** Desconexión, descanso, salud, conciliación, tecnología, digitalización, dispositivos, género

El presente estudio pretende abordar el contenido y alcance del derecho a la desconexión digital a la vista de las nuevas disposiciones adoptadas, sobre todo la incluida en el proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho de la desconexión, y la del capítulo XV del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. El análisis se realiza partiendo del presupuesto de que el derecho a la desconexión digital requiere una modificación que ordene una definición legal que precise su contenido. Es necesario que se fijen los deberes y obligaciones de trabajador y empresario, al no haber funcionado como debiera, sin perder de vista las orientaciones que marcan las disposiciones europeas, y la dimensión de género que tiene. Asimismo, se detiene en la dimensión subjetiva y temporal del derecho a la luz de los pronunciamientos judiciales que cada vez con mayor intensidad se están dictando, reclamando su tutela.

**Abstract**

**Keywords:** *Disconnection, rest, health, work-life balance, technology, digitalization, devices, gender*

*This study aims to address the content and scope of the right to digital disconnection in light of the new provisions adopted, particularly those included in the draft Law for the reduction of the maximum length of the ordinary working day, the recording of working hours and the right to disconnect, and those in Chapter XV of the Fifth Agreement on Employment and Collective Bargaining. The analysis is based on the assumption that the right to digital disconnection requires a modification that mandates a legal definition that clarifies its content. It is necessary to establish the duties and obligations of workers and employers, as this has not worked as it should, without losing sight of the guidelines established by European provisions and its gender dimension. Likewise, it examines the subjective and temporal dimension of the right in light of the increasingly frequent judicial rulings demanding its protection.*

\* Dicho estudio se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación PID 2023-1464940B-100 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación, sobre “El impacto de la digitalización en el trabajo de las mujeres”, dirigido por M.L Molero Marañón y M.B. García Gil.

## ÍNDICE

1. LA DIMENSIÓN EUROPEA Y NACIONAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
2. CONTENIDO DEL DERECHO DE DESCONEXIÓN
  - 2.1. La urgente necesidad de la definición por el legislador del derecho a la desconexión: Ley, convenio colectivo y política interna de la empresa
  - 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital: La corresponsabilidad de trabajador y empresario
    - 2.2.1. La implicación del trabajador en el ejercicio del derecho a la desconexión
    - 2.2.2. La implicación del empresario en el ejercicio del derecho a la desconexión
      - 2.2.2.1. Delimitación de los deberes empresariales vinculados a su aplicación
      - 2.2.2.2. Especial referencia al deber empresarial de abstención de comunicación
3. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
  - 3.1. El alcance subjetivo del derecho
  - 3.2. El alcance temporal del derecho a la desconexión digital
4. CONCLUSIONES

## 1. LA DIMENSIÓN EUROPEA Y NACIONAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La transformación digital de las estructuras productivas y de los medios de interacción social están repercutiendo directamente en el modo de organizar el trabajo y en la forma de relacionarnos en el medio laboral, trayendo consigo la generación de este nuevo derecho que con el paso del tiempo se está convirtiendo en una reivindicación crucial para la población trabajadora, y de modo particular para el colectivo femenino. Ello es así, porque en el contexto actual la posibilidad de estar conectado en cualquier momento y lugar con la empresa no es una realidad excepcional o anómala, sino que se ha convertido en una realidad común u ordinaria, que se traduce en una expectativa empresarial de una plena disponibilidad del empleado, que no conoce límites seguros y predeterminados. Como se expuso en su momento, la Revolución Industrial 4.0 ha difuminado las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida privada, creándose un nuevo paradigma espacial y temporal<sup>1</sup>. Así y con las tecnologías de la información y comunicación, la prestación laboral se puede realizar cada vez con más frecuencia fuera de las instalaciones empresariales, y al margen de la jornada de trabajo, y, por tanto, en cualquier lugar y tiempo.

La crisis del COVID 19 cambió el modo de trabajar, provocando, por una parte, que se diera mucha mayor relevancia a los recursos digitales como herramientas imprescindibles para el trabajo, y, por otro lado, aumentó sustancialmente el número de personas que trabajaban desde el domicilio, recurriendo al trabajo en remoto. Parece claro que esta forma de organización del trabajo

<sup>1</sup> Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, Revista Temas Laborales, n° 138/2017, p. 251.

promueve un riesgo grave de confusión entre la vida laboral y privada, al no haber una separación física del centro de trabajo y de su domicilio, disponiendo de las herramientas tecnológicas en su esfera privada para continuar con su actividad profesional, promoviendo la conectividad permanente. Como indicó el Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 sobre el derecho a la desconexión digital, en dicha modalidad organizativa “se tiene el doble de probabilidades de trabajar más horas que en el trabajo presencial”, resultando que bajo esta fórmula el problema de la hiper conectividad presenta tintes propios que provocan que el derecho a la desconexión digital requiera una disciplina “ad hoc”<sup>2</sup>. En cualquier caso, la hiperconectividad en la que estamos inmersos suele ir asociada a una intensificación del trabajo, a un incremento progresivo del esfuerzo y de la dedicación de las personas trabajadoras, que no se ven recompensadas, ni reconocidas suficientemente.

En efecto, a día de hoy, ambas realidades se han normalizado en nuestro mercado de trabajo, siendo común la utilización de los recursos digitales para la prestación laboral en el trabajo presencial, así como la utilización de la fórmula de la prestación a distancia, ya sea en su totalidad o en su modalidad híbrida. Y es en ese contexto, donde comienza a hacerse referencia a la necesidad del reconocimiento del derecho a la desconexión digital, emergiendo hace ya algunos años en el panorama laboral un nuevo derecho, que con el paso del tiempo se está demostrando difícil de ejecutar. Ello ha provocado que se reclame cada vez con más intensidad la necesidad de proteger y garantizar su existencia, puesto que se está instalando en nuestras organizaciones una cultura que promueve la prolongación habitual más allá de la jornada laboral, que implica que el trabajador perciba con normalidad que tiene que estar disponible en cualquier momento para su empresa.

La normativa española fue una de las primeras en articular el reconocimiento de este derecho en el ámbito de la Unión Europea, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, “de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales”, incorporándolo, tanto para el trabajador de la empresa privada (art 20 bis) ET), como para el del empleo público (art. 14 j bis EBE), y, posteriormente, una disciplina más avanzada para el trabajo a distancia en la Ley española con la Ley 10/2021 (art. 18). Como se sabe, la primera legislación que lo incluyó fue Francia, cuando aprobó la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 que tuvo la particularidad de remitir su reglamentación fundamentalmente a la negociación

<sup>2</sup> Vid. específicamente Rodríguez-Piñero Royo M., y Calvo Gallego, F.J., “Los derechos digitales de los trabajadores a distancia”, *Revista de Derecho de Relaciones Laborales*, nº 11/ 2020, pp. 1446 y ss, y Muñoz Ruiz, A.B., “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, nº 12/2020.

colectiva<sup>3</sup>. Posteriormente, fue Italia la que adoptó la Ley 81/2017, de 22 de mayo de 2017, que sólo reconoce el derecho en el “lavoro agile”<sup>4</sup>, y después le siguió la regulación en Bélgica que fue aprobada el 26 de marzo de 2018 en términos muy similares al sistema francés, a la que, tras la normativa española, prosiguió la Ley portuguesa 83/2021, de 6 de diciembre. Dicha última disciplina indudablemente resulta bien avanzada en el panorama normativo, al reconocer “el deber de abstención de contacto durante el período de descanso”, pero limitado al marco del teletrabajo.

Ahora bien, parece claro en el contexto actual que su efectividad se está viendo gravemente cuestionada en muchos sectores y actividades de carácter permanente o de ciclo continuo, en puestos de trabajo de responsabilidad, y en trabajos en remoto, resultando cada vez más urgente una reforma que determine el alcance y contenido del derecho. De hecho, en nuestro país se ha planteado su modificación en el reciente Acuerdo social para la reducción de la jornada laboral suscrito el 20 de diciembre 2024, viéndose tramitado en el proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión, que finalmente cuando se termina este estudio ha sido aprobado por Consejo de Ministros el 4 de febrero 2025, habiendo sido objeto de Dictamen del CES el 26 de febrero de 2025. A nuestro juicio, para poder afrontar adecuadamente su análisis, es importante conocer los pasos seguidos en la Unión Europea, que deberían tener una influencia decisiva en su posible reforma<sup>5</sup>.

De este modo, no se puede obviar que el 21 de enero de 2021, el Parlamento europeo adoptó una resolución en la que se propone a la Comisión que elabore una propuesta de Directiva sobre normas mínimas y condiciones necesarias para garantizar que los trabajadores puedan ejercer el derecho a la desconexión digital en la Unión Europea, relacionando toda una serie de recomendaciones para la futura Directiva sobre el derecho a la desconexión digital (adjuntando un Anexo con la propuesta de Directiva). Dicha resolución ya puso de manifiesto el papel fundamental que desempeñan los interlocutores sociales en la identificación y

<sup>3</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Vid. Cialti, P.H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, n° 137/2017, pp. 163 a 181.

<sup>4</sup> Vid. sobre este deRec.ho en Italia, DI MEO, “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”, *LLI*, 2017, Vol 3, n° 2, pp. 19 ss; Sena, E., *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l’incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa*, *Merc. Lav.*, 2018.

<sup>5</sup> A este respecto, me permito remitir al estudio de Molero Marañón, M<sup>a</sup>. L., “El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con especial atención a la igualdad de género”, *Revista de Derecho Laboral VLEX*, n° 4/2021, pp. 139 a 157 y Cardona Rubert, B., “Europa frente al reto regulatorio del deRec.ho a la desconexión digital”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía social*, n° 158/2024, pp. 145 a 164.

la aplicación de las medidas relacionadas con el derecho a desconectarse de las herramientas digitales, y con encontrar el equilibrio adecuado entre aprovechar las oportunidades que brinda la digitalización y abordar los desafíos que plantea. Dicha iniciativa fue incorporada al Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 4 de marzo de 2021, en el que expresamente se asume que la redacción final del texto no se producirá hasta tanto se evalúe, a partir de junio de 2023, el alcance de la negociación del derecho a la desconexión por los agentes sociales. La Comisión se compromete a responder a las resoluciones de propia iniciativa del Parlamento Europeo sobre la base del artículo 225 del TFUE con un acto legislativo, respetando plenamente los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y mejora de la legislación. Cualquier propuesta de la Comisión de elaborar un acto legislativo relacionado con el derecho a desconectarse de las herramientas digitales debe estar sujeta, en virtud del artículo 154 del TFUE, a la consulta a los interlocutores sociales de la Unión, que pueden decidir actuar mediante acuerdos.

Correlativamente, también es relevante hacer constar que el 22 de junio de 2020 los interlocutores europeos en el Acuerdo Marco Autónomo sobre la Digitalización en el trabajo, habían adoptado un compromiso compartido para hacer frente a los retos de la digitalización en el mundo laboral, fijando una serie de previsiones sobre “modalidades de conexión y desconexión”, que deberán desarrollarse por los agentes sociales, y cuyos resultados serán apoyados por la Comisión<sup>6</sup>. Más recientemente, en enero de 2023 Europa ha publicado la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital y hace referencia en las condiciones de trabajo justas y equitativas, a velar porque toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y laboral en un entorno digital, garantizado así mismo que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo. Asimismo, la propuesta de Directiva 2023/2378, de 2 de marzo 2023 que establece un paquete de medidas aplicadas al ámbito de la digitalización y enfocadas hacia el impulso del teletrabajo para la consolidación de una Europa adecuada a la Era Digital, reconoce también el derecho a la desconexión digital, haciendo referencia a la “libertad del trabajador de no tener que conectarse a dispositivos digitales o *software* corporativo durante períodos de descanso, vacaciones o fuera del horario laboral”.

En efecto, la necesidad de un reconocimiento expreso fue cuestionada en su origen, puesto que existían opiniones que entendían que el ejercicio del

<sup>6</sup> Vid. sobre dicho Acuerdo marco europeo, el estudio de Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup>, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, Documentación Laboral, n<sup>o</sup> 122/ 2021, pp. 49 y ss.

derecho se podía deducir implícitamente del contenido de ciertas Directivas<sup>7</sup>. De modo particular, de la Directiva 2003/88/CEE sobre ordenación sobre el tiempo de trabajo y descanso, de la Directiva 2019/1152, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que hacía referencia a la previsibilidad del horario y su información, y en su caso de la Directiva 89/391/CEE, sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Dichas normas comunitarias se refieren a la duración máxima de la jornada, a la fijación de los períodos mínimos de descanso, las modalidades de trabajo flexibles, las obligaciones de información a los trabajadores de sus tiempos de trabajo, pero, realmente la pregunta que se suscitaba es si dicho conjunto de previsiones son suficientes para que el trabajador pudiera ejercer de forma segura su derecho a la desconexión, cuando finaliza su jornada laboral diaria, y sin miedo a sufrir posibles perjuicios o represalias.

Pues bien, parece claro que la respuesta es claramente negativa, instándose cada vez con mayor urgencia a la adopción de una Directiva que regule específicamente este derecho a la desconexión, siendo que dicha ordenación se autocalifica como una ordenación *complementaria* de lo fijado en las Directivas mencionadas (art. 1.2), resultando necesario e ineludible una regulación con el fin de que los Estados internamente se vean obligados a trasponer su contenido en un plazo que debería ser breve. El Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 declaró que el derecho a desconectarse es un derecho nuclear que debe formar parte inseparable de los nuevos modelos de trabajo en la nueva era digital, convirtiéndose en un importante instrumento de política social a nivel de la Unión, para garantizar la protección de los derechos de todos los trabajadores. No obstante, ha transcurrido un período bien dilatado desde la aprobación de la resolución de 21 de enero de 2021, y no hay avances sobre la aprobación de una norma vinculante para los Estados miembros que debieran transponerla, ofreciendo un contenido y alcance del derecho que otorgará seguridad jurídica, tanto a las empresas como a las personas trabajadoras y terceros. Es fundamental poner límites a la realidad cada vez más pujante de una conexión permanente con el medio de trabajo a través de los recursos digitales, que viene a cuestionar los cimientos de nuestra disciplina al dejar sin efecto las normas de limitación máxima de la jornada ordinaria de trabajo.

Todo lo anterior pone al descubierto que resulta especialmente conveniente la adopción de una Directiva que imponga unos estándares homogéneos de carácter mínimo en el marco de la Unión Europea, si se tiene en cuenta que las

<sup>7</sup> Vallecillo Gomez, L., “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), 2017 pp. 167 y ss. Altés Tarrega, J.A., “A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege data*”, Labos Vol. 1, n° 2/2020.

relaciones laborales y con terceros clientes y proveedores, cada vez se dan más en dicho marco internacional, reclamando que tanto el mercado de trabajo este implicado, como también los terceros que demandan un servicio o una prestación. De este modo, resultaría crucial que dicho derecho y las garantías de su efectividad funcionarían en el ámbito de toda la Unión Europea. Y es que la configuración de este derecho hace referencia a la urgente necesidad de la creación de una *cultura europea de trabajo*, en la que el derecho a la desconexión digital a favor de los asalariados se convierta en un baluarte positivo de la misma, y un modelo a seguir en el mundo globalizado donde la expansión de la digitalización se muestra imparable, debiendo conocer límites seguros para la población trabajadora que garanticen su derecho al descanso y al bienestar personal y familiar.

## 2. EL CONTENIDO DEL DERECHO

### 2.1. La urgente necesidad de la definición por el legislador del derecho a la desconexión: Ley, convenio colectivo y política interna de la empresa

Desde el origen de su reglamentación por las reglas jurídico-laborales existió un cierto debate sobre si era necesario una intervención legal definitoria de este derecho, o se podía dejar su concreción a la negociación colectiva y en su caso a la política interna de la empresa, al haber unas claras diferencias en su materialización según el sector de actividad y la ocupación, la naturaleza del puesto de trabajo, y los dispositivos digitales utilizados. De modo particular, el interrogante no fácilmente resuelto late en la propia resolución de la Unión Europea, cuando se enfrenta a la propia regulación de este derecho, y constata la diversidad de situaciones “para regular por ley o por convenio colectivo -o ambos- el uso de herramientas digitales con fines laborales”. Dicho esto, en el articulado que propone la resolución de 21 de enero de 2021 se establece con claridad que los Estados miembros velarán porque se establezcan disposiciones detalladas, previa consulta a los interlocutores sociales al nivel adecuado, para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la desconexión y para que los empleadores apliquen este derecho de manera justa y transparente (art. 4.1). Asimismo, el Acuerdo Europeo de Digitalización otorga un papel fundamental a la negociación colectiva en la regulación de las modalidades de conexión y desconexión digital. Desde este enfoque, indudablemente, se destaca el papel crucial que desempeñan los agentes sociales en la identificación y la aplicación de las medidas vinculadas a desconectarse de las herramientas digitales, pero sin que se pueda obviar la necesaria intervención del Estado con el objetivo de velar

por la efectividad de este derecho, fijando un contenido mínimo en aras de dicho fin.

Si nos trasladamos a la ordenación estatal, la primera regulación legal en Francia atribuyó el papel estelar a la negociación colectiva, en la que se valorará “las modalidades de pleno ejercicio por la persona trabajadora de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y de vacaciones, así como a su vida personal y familiar” (art. L 2242-8 Código de Trabajo). Nuestra legislación española de forma más ambigua, en su redacción original, define el derecho en función de los objetivos que persigue (art. 88.1 LO 3/2018), e inspirada por la disciplina francesa atribuye a la negociación colectiva la regulación de “las modalidades de ejercicio de este derecho”, puesto que se entiende que la fuente colectiva es la que puede contemplar en su reglamentación “la naturaleza y el objeto de la relación laboral” (art. 88.2 LO 3/2018). Asimismo, en nuestro sistema normativo del derecho a la desconexión el legislador otorga una trascendencia especialmente relevante a la política interna que ha de elaborar el propio empresario, previa audiencia de la representación de los trabajadores, -si los hubiera-, en la que de nuevo se vuelve a señalar que se definirán las “modalidades de ejercicio” del derecho, y “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” (art. 88. 2 LO 3/2018). Dicha disciplina no se puede obviar se ve completada con la necesidad de que los empleadores establezcan criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición por los empleadores, participando los representantes de los trabajadores (art. 87. 3 LO 3/2018).

Con posterioridad, la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, en su disciplina “ad hoc” del derecho a la desconexión digital, pese a que realiza una intervención legal más incisiva del contenido del derecho, implicando al empresario en su articulación (art. 18.1), vuelve a remitir a la política interna de la empresa como el instrumento esencial de regulación del derecho a la desconexión y de las acciones de formación del personal laboral, quedando la negociación colectiva en un imperativo secundario en la efectividad del derecho (art. 18. 2)<sup>8</sup>.

En cualquier caso, dichas previsiones normativas condujeron en nuestras fronteras a que desde su origen se suscitara cuál era el contenido del derecho, puesto que el texto legal español no lo establecía, dándolo, a nuestro juicio, por sobreentendido, y dejando implícitamente una amplia libertad regulatoria a los

<sup>8</sup> Vid. Gorelli Hernández, J., “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión tras la Ley 10/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 59/2021, y Pérez Campos, A., “Teletrabajo y derecho a la desconexión digital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(1)/2021, pp. 497-528

agentes sociales y lo que es más grave a las empresas en las políticas de desconexión que adoptarán. Dicha premisa de partida resultaba fundamental a la hora de que los agentes sociales concretarán la dinámica de su ejercicio, y en su caso se adoptará la política interna de la empresa<sup>9</sup>. Indudablemente, el debate estaba servido, puesto que lejos de lo que pudiera pensarse el contenido que cubre el derecho a la desconexión digital *no es indiscutible*, ni mucho menos unánime entre todos aquellos que operan en el mundo laboral. De modo particular, no sólo no están claras las facultades que lo integran desde la perspectiva del trabajador, sino tampoco la otra cara de la moneda del derecho, que es el aspecto que resulta más controvertido relativo a los deberes empresariales que implica su aplicación. Como tuve la ocasión de advertir en su momento, la invisibilidad de la revolución tecnológica hasta hace bien poco en las reglas jurídico-laborales ha provocado que el ejercicio de estos derechos estuviera en una zona de nadie o limbo jurídico, lleno de silencios y sobreentendidos que en la mayoría de las ocasiones daba como resultado final la falta de respeto empresarial del derecho a la desconexión digital del trabajador, dentro de una cultura empresarial que no estaba prestando especial atención a los tiempos de ejecución de la actividad laboral. En definitiva, el tiempo de conexión del empleado al margen de la jornada laboral estaba escapando al control y regulación de las normas jurídico-laborales, y el contenido del derecho a la desconexión entraba dentro de estos conceptos de indeterminación normativa<sup>10</sup>.

Indudablemente, la ordenación de este derecho pasa por una colaboración necesaria e ineludible entre la Ley y el convenio colectivo, junto con la especial trascendencia de la política interna de la empresa a la que se atribuye un papel nuclear en su ordenación respecto a la utilización de los medios digitales, que en buena lógica se sujetará a las disposiciones convencionales que hubieran sido previstas, si las hubiera. Ahora bien, la pregunta que se suscita es la dimensión que ha de cubrir cada una de dichas fuentes reguladoras, habiéndose destacado el papel de la autonomía colectiva y de la política interna de la empresa en nuestro país, sin interpelarse sobre si el derecho a la desconexión digital *per se* tenía un contenido propio que había de respetarse, o su contenido quedaba a expensas de las facultades de ejercicio que se reglamentara por los interlocutores sociales, o,

<sup>9</sup> Vid. sobre las políticas internas de empresa, Megino Fernández, D., “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 466/2022, pp. 143 a 155.

<sup>10</sup> En este sentido, Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L., “El derecho a la desconexión digital en el contexto tecnológico”, en AA.VV., (Durán Bernardino, M., Dir.), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Madrid (Dyckinson), 2022, pp. 111 y ss.

en su caso, por el empresario, cuando elaborará la política interna referida a los protocolos de desconexión<sup>11</sup>.

En este sentido, llama la atención las previsiones realizadas en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el 10 de mayo de 2023 (en adelante, V AENC 2023), cuando en el capítulo XI relativo a la Desconexión digital, no sólo atribuye a los convenios colectivos un protagonismo indiscutible en su reglamentación, sino lo que es más relevante establece toda una serie de criterios que realmente son previsiones que vienen a cubrir la laguna legal que en el momento de la adopción del V AENC-2023 distingue el contenido que afecta a la disciplina del derecho de desconexión. Desde esta perspectiva, la regulación del artículo 88 LO 3/2018 diseña un derecho instrumental para el cumplimiento de toda una serie de derechos fundamentales referidos al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), y al derecho a la conciliación de la vida laboral y la vida personal y familiar de dimensión constitucional (arts. 14 y 39 CE), y el respeto a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones que garantizan el derecho a la salud y a la integridad física y mental (art. 15 CE), pero no establece previsión alguna que llene su concreto contenido<sup>12</sup>. Por el contrario, como se expondrá en el apartado siguiente, el V AENC-2023 establece toda una serie de pautas generales que definen de forma detallada el propio derecho en general y sus excepciones, y de modo particular, concreta las facultades que integran el propio derecho a la desconexión digital, sin que dicho acuerdo colectivo se vea limitado de ningún modo y manera por el legislador, fijando un contenido muy laxo del derecho, en función seguramente del consenso necesario que implica un Acuerdo de esta naturaleza.

En tal sentido, consideramos que el legislador al abstenerse de definir el derecho ha dejado excesivo campo de acción a la negociación colectiva, que parece a la vista del contenido del AENC-2023 no tiene limitación material en su

<sup>11</sup> Parece de esta última opinión el informe del CES, cuando indica que la llamada a la negociación colectiva, plantea una típica relación de complementariedad entre ley-convenio colectivo (Dictamen CES sobre el Anteproyecto de ley de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión, p. 14). Asimismo, Trujillo Pons, F., indica como "dicho derecho laboral configurado por el legislador nacional de forma indeterminada y laxa, da flexibilidad absoluta a los convenios colectivos y/o protocolos internos de las empresas" ("Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo", Revista Derecho Social y Empresa, nº 18/2023, p. 138). En la misma dirección, Miñarro Yanini, M., "La desconexión digital en la práctica negociada: más forma que fondo en la configuración del derecho", Revista Trabajo y Seguridad Social CEF, nº 440/2019, p. 5.

<sup>12</sup> Cfr. Sánchez Trigueros, C., y Folgoso Olmo, A., "En torno a la desconexión digital", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, Vol. 9/2021, nº 2, pp. 43 y ss; Toscani Giménez, D. y Trujillo Pons, F., Dirs, *La desconexión digital en el trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2020 y Trujillo Pons, F., *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

determinación, no pudiendo obviar que sus reglas ordenadoras no son vinculantes, sino que constituyen pautas meramente orientativas, pero de suma trascendencia y significación para la práctica negocial. Bajo nuestro punto de vista, la función del convenio colectivo, o en su caso el acuerdo de empresa, debe ser la de regular las modalidades de su ejercicio, concretando su ejecución en función del sector de actividad, el puesto de trabajo y los dispositivos digitales utilizados, al igual que la política interna de la empresa que se sujeta al convenio, si ha regulado de forma precisa el derecho y no de forma general, pero que por su especificidad puede reglamentar de manera más detallada su articulación en una concreta empresa.

Ahora bien, el legislador no debiera renunciar a regular el contenido del derecho, y los deberes, obligaciones y responsabilidades que implica su activación para ambas partes del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, siempre hemos defendido la necesidad de que el legislador abordará dicha tarea, al estar en juego derechos fundamentales o de dimensión constitucional de la población trabajadora, como son el derecho al descanso, la intimidad personal y familiar, su salud física y mental, y el equilibrio entre su vida privada y su vida profesional. Su falta de reglamentación, así como la ausencia de una tutela específica por una fuente legal, está poniendo en juego el bienestar personal de las personas trabajadoras, repercutiendo de modo especialmente grave en las mujeres y su desarrollo profesional<sup>13</sup>. El legislador cumple una función esencial para que ese derecho sea respetado, debiendo ordenar una regulación autosuficiente que identifique su contenido básico, la responsabilidad que asume tanto el empleado como la empresa en su ejecución, y las garantías para su aplicación, sin obviar los medios de tutela que activa su incumplimiento.

Es crucial la delimitación legal de su contenido, para que ni la negociación colectiva, en primera instancia, y la política interna de la empresa, en segundo lugar, puedan desvirtuar o desnaturalizar su contenido, cuando reglamentan sus modalidades de ejercicio, o cuando fijan las excepciones al ejercicio del derecho, tal y como está sucediendo en ocasiones en la práctica negocial o en los propios protocolos de desconexión que se incluyen en las políticas internas de la empresa<sup>14</sup>. El contenido legal del derecho debería ser autosuficiente para su ejecución, si se tiene en cuenta, no sólo el personal que no está cubierto por la negociación colectiva, que necesita poder invocar su existencia -de modo particular los altos directivos-, sino sobre todo por la insuficiencia o las escasas referencias del contenido

<sup>13</sup> Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L., “El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con especial atención a la igualdad de género”, *cit.*, p. 147.

<sup>14</sup> Vid. en este sentido, entre otros, Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización empresarial”, *cit.*, p. 131; Gil Pérez, M<sup>a</sup>. E., “El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico”, *Lan Harremanak*, n<sup>o</sup> 52/2024, p. 394; y Megino Fernández, D., “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *cit.*, p. 142.

regulatorio del derecho a la desconexión que se está dando en la práctica de los convenios colectivos, y la generalidad o restricción que se produce en ocasiones (y dificultad de acceso) con la política interna de la empresa<sup>15</sup>. No es una práctica generalizada la referencia al derecho a la desconexión en los convenios, en los que no existe un deber de negociar su ejercicio, al modo de las medidas de igualdad (art. 85.1 ET), y lo que es más grave en ocasiones la reglamentación no configura un derecho real y efectivo de desconexión digital en la empresa, en una sociedad en la que la digitalización invade con excesiva facilidad la vida privada y personal del ciudadano/trabajador, reforzando o, incluso legitimando una conectividad ilimitada<sup>16</sup>. Por todo ello, a día de hoy, resulta imprescindible la definición legal del derecho, sin que deba ser imprescindible acudir a la negociación colectiva o a la política interna de empresa para llenarle de contenido, que en todo caso deberá respetar su contenido.

## 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital: La corresponsabilidad de trabajador y empresario

Llegados a la conclusión anterior es importante reflexionar sobre el contenido y alcance del derecho en todas sus dimensiones, puesto que lejos de lo que se pudiera pensar, no hay una convicción clara de las facultades que lo integran, y de la responsabilidad que tienen cada uno de los sujetos del contrato de trabajo en su propia efectividad. Defender que el derecho de desconexión *per se* tiene un contenido propio que es necesario delimitar legalmente resulta de suma trascendencia, puesto que a la vista de su experiencia aplicativa y del debate judicial y

<sup>15</sup> Vid. en este sentido, Gil Perez, M<sup>a</sup>. E., “El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico”, *Lan Harremanak*, nº 52/2024, p. 395, Velasco Portero, T., “El derecho a la desconexión digital”, *cit.*, p.... Con anterioridad, Terradillos Ormaetxea, E., «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak*, 9, vol. 10, núm. 2/2019, p. 560

<sup>16</sup> Por ejemplo, ello sucedió en el asunto resuelto por la Audiencia Nacional en la SAN 22 marzo 2022, Rec. 33/2022, en la que frente a una cláusula de negociación colectiva en la que se indicaba “el trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula. Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador”. La Audiencia Nacional declaró la nulidad de dicha cláusula convencional, porque “los límites al deRec.ho a la desconexión digital no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPD, 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”.

doctrinal es muy fácil que su contenido se desvirtúe al *albur* de su desarrollo por las distintas fuentes reguladoras, siendo su contenido altamente controvertido.

Desde nuestra perspectiva, se trata de un derecho subjetivo pleno, cuya definición se realiza con acierto por la resolución europea del 21 de enero 2021, configurando la desconexión, como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo” (art. 2). Ahora bien, de dicha definición que se formula de una manera impersonal, se deja sin resolver la cuestión nuclear que es la determinación de quienes son los sujetos responsables de “no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo”. Desde este enfoque es preciso distinguir en el análisis los deberes u obligaciones y responsabilidades que atañe a cada uno de los integrantes de la relación laboral en el ejercicio del derecho a la desconexión digital.

#### 2.2.1. *La implicación del trabajador en el ejercicio del derecho a la desconexión*

Según dispone la resolución europea, el ejercicio del derecho a la desconexión por parte del asalariado implica el de “apagar las herramientas digitales con fines laborales”, incluido “cualquier instrumento de vigilancia relacionado con el trabajo” (art. 4.1 a). Incluso, se llega a indicar que los trabajadores se abstengan de ponerse en contacto con sus compañeros de trabajo, fuera de las horas de trabajo, imponiéndose una *autodisciplina* por parte de la plantilla que no debe conectarse con el empleador o persona en quien éste delegue -jefe superior, mandos intermedios etc- o sus compañeros de trabajo, si se pretende poner freno a la permanente conectividad.

Correlativamente, el AENC-2023 define el derecho del siguiente modo: “La desconexión digital se reconoce y formaliza como un derecho a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo”. Indudablemente, su enunciado no es tan taxativo como la disposición europea que es más imperativa y eficaz, al preconizar una obligación de “apagar”, o se podría decir, “desconectar” las herramientas digitales. Dicha obligación del trabajador que podría llevar a cabo el empresario para garantizar el derecho a la desconexión, con acciones como la imposibilidad de acceso a servidores, aplicaciones o dispositivos, después de una hora determinada no es una norma generalizada en nuestro tejido productivo, ni tampoco se deriva como obligatoria de los textos legales y convencionales, siendo son sólo algunas empresas las que la llevan a efecto, pero sin duda es la medida más eficaz para la desconexión digital.

Al margen de dicha previsión, la práctica más común es atribuir la responsabilidad de la desconexión al trabajador que es quien no tiene que atender a los dispositivos digitales que permiten conectarse con la empresa. Y en este sentido,

llama la atención la previsión del V AENC 2023 que indica, que “la conexión voluntaria de una persona trabajadora no conllevará responsabilidades de la empresa”. Por tanto, de su interpretación literal parece que el trabajador podrá decidir libre y voluntariamente conectarse o no a las herramientas digitales<sup>17</sup>. De ello se deduce, implícitamente, que el acuerdo colectivo permite o legitima al trabajador la posibilidad del incumplimiento del derecho a la desconexión digital, que simplemente no acarreará consecuencias para el empleador. Es muy ilustrativo dicho enunciado, fruto del contexto de auto adicción tecnológica y laboral de la sociedad<sup>18</sup>, que la propia norma contemple junto al reconocimiento del derecho, el incumplimiento voluntario, o lo que es lo mismo no provocado por el empresario, configurando prácticamente un *derecho de carácter potestativo o disponible* atribuido al trabajador.

En definitiva, se concibe la desconexión como un derecho o una mera alternativa, pero no como una obligación del trabajador frente a posibles envíos de comunicaciones empresariales, que podrán ser o no respondidas por los asalariados en su tiempo de descanso. En suma, la decisión queda en poder del asalariado, cuando el desequilibrio existente en la relación laboral condiciona significativamente su libertad en la capacidad de respuesta o reacción frente a los envíos empresariales, cuya situación se agrava cuanto más precaria es la posición de la persona trabajadora. En este sentido, no se puede desdeñar que el colectivo femenino con predominio de parcialidad e irregularidad en la jornada, trabajos marginales o de fin de semana, o de bajos salarios por su segregación ocupacional, implican que su derecho de resistencia a los requerimientos empresariales es sustancialmente débil.

Bajo nuestro punto de vista, dicha previsión convencional es ciertamente criticable, puesto que la configuración natural de este derecho no debería posibilitar su transgresión sin consecuencias para el propio asalariado que decida conectarse con las herramientas digitales. O lo que es lo mismo, el derecho a la desconexión digital debe ser diseñado jurídicamente como una *obligación*, si se tiene en cuenta las graves consecuencias jurídicas que puede producir en su salud y en su bienestar personal, y no como una mera facultad en manos del empleado. Es decir, el acto de renuncia del trabajador del derecho reconocido a su favor debería declararse nulo, al ir en contra de la consolidada prohibición de disponibilidad de derechos reconocida en el artículo 3.5 ET, salvo claro está que la norma que configure el derecho admita lo contrario. Admitir la disponibilidad

<sup>17</sup> De esta opinión es Trujillo Pons, F. quien considera que tal y como está configurado por la norma en su redacción original (art. 20 bis ET) “es la voluntad del trabajador y de la trabajadora el ejercitarlo o no en el ámbito laboral” (“Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Iuslabor*, nº 1/2022, p. 153).

<sup>18</sup> El País 2 febrero 2025.

del derecho a la desconexión puede implicar en la práctica vaciarle de contenido, generando agravios comparativos en la plantilla entre aquellos que se conectan y quienes, por el contrario, ejercen un derecho reconocido legalmente. Y así, resulta más que previsible que se vean favorecidos los asalariados “siempre disponibles” en todas aquellas decisiones empresariales más discrecionales o subjetivas, como son con cierta frecuencia la propia evaluación personal para la permanencia en el puesto o el pago de ciertas retribuciones, o la misma promoción profesional, pese a la prohibición de consecuencias estipuladas en el propio AENC2023, así como en nuevo proyecto de Ley de reducción de la jornada máxima.

Por todo lo anterior, resulta crucial la nueva redacción que incorpora el proyecto de la Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, cuando en el nuevo artículo 20 bis ET, establece que “el derecho a la desconexión es irrenunciable”. En efecto, dicho precepto estatutario no define expresamente en qué consiste el derecho, permaneciendo su contenido indeterminado legalmente, remitiendo a la negociación colectiva, “las modalidades de ejercicio, los medios y las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la desconexión”, también en el trabajo a distancia si se modifica (art. 18 Ley 10/2021). No obstante, como se verá, pese a dicha indefinición, el nuevo texto normativo supone un avance muy significativo, al poner el acento en la responsabilidad del empresario como garante de la efectividad del derecho. Ahora bien, hubiera sido deseable que, aunque de forma genérica, se hubiera definido en positivo las facultades que integran el derecho a la desconexión a favor del asalariado, siendo actualmente deducibles de forma implícita, cuando se establece la garantía de indemnidad frente al ejercicio del derecho.

Sin embargo, su configuración como derecho irrenunciable que enuncia el proyecto adoptado resulta fundamental como presupuesto de partida para garantizar su efectividad. Por tanto, su previsión debe implicar la facultad del trabajador de negarse a atender de forma expresa o tácita las órdenes del empresario en el ejercicio de su poder de dirección, o persona en quien éste delegue, así como las peticiones de terceros o clientes que comprometan su prestación laboral, siendo la condición *sine qua non* que éstas se desarrollen fuera de su jornada laboral. Y es que el derecho a la desconexión legitima el derecho de resistencia del empleado a no contestar cualquier requerimiento que afecte a la esfera laboral, cuando este en tiempo de descanso. Bajo nuestro punto de vista, y a salvo de las excepciones que se mencionarán, el imperativo legal debe ser taxativo: ni teléfono, ni mensajes, ni correos electrónicos durante el tiempo de descanso.

Desde esta perspectiva, el AENC-2023 indica expresamente que “si se produce cualquier tipo de llamada o comunicado fuera de la jornada laboral, las personas trabajadoras no estarán obligadas a responder, ni los superiores

jerárquicos podrán requerir respuestas fuera de la misma”, salvo en los supuestos excepcionales en los que se permite incumplir el derecho a la desconexión digital. Implícitamente, dicha interpretación del contenido del derecho se admite, cuando en el artículo 20 bis) ET del proyecto se establece que el trabajador tiene “el derecho a no estar localizable fuera de su horario de trabajo” (art. 20 bis). 2 ET), y de manera más específica se dispone en el nuevo texto adoptado, que “rechazar o no atender la comunicación o la petición de prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral, no podrán generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora”. Sin embargo, hubiera sido más acertado que se estableciera expresamente por el texto legal, al igual que sucede en el AENC-2023, que el derecho a la desconexión digital legitima la falta de respuesta por parte del empleado, cuando el ejercicio de los poderes empresariales se lleven a cabo fuera del tiempo de trabajo.

Asimismo, se echa en falta una disposición expresa dentro del marco sancionador que hubiera previsto textualmente que la transgresión del derecho constituye una infracción administrativa grave o muy grave. En tal sentido, se pueden incluir dichos comportamientos dentro del cuadro de infracciones graves o muy graves que modifica el proyecto de Ley de reducción de jornada de trabajo, adscribiendo su transgresión al nuevo apartado 30 del artículo 12 LISOS, o al apartado 18 del artículo 13 como infracción muy grave, cuando establece “Los incumplimientos en materia de organización y ordenación del tiempo de trabajo que generen riesgo grave para la seguridad y salud de las personas trabajadoras por afectar al disfrute de los períodos mínimos de descanso diario y semanal, vacaciones anuales, duración máxima de la jornada de trabajo, pausas durante la jornada, así como a la regulación del trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente”. Parece claro que dicha previsión normativa puede incluir los comportamientos lesivos del derecho a la desconexión digital; no obstante, de la dicción literal de la norma parece derivarse que no cualquier conducta incumplidora será sancionable, sino la que genere “un riesgo *grave* para la seguridad y salud de las personas trabajadoras”.

El trabajador tiene el derecho/obligación de desconectarse del medio de trabajo, o lo que es lo mismo, tiene derecho a no estar conectado digitalmente con su empresa, manteniendo inactivos sus dispositivos o medios de comunicación. En aras del cumplimiento de ese objetivo se reglamenta en el texto vigente la necesidad de que las empresas lleven a cabo acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite especialmente el riesgo de fatiga informática (art. 88.3 LO 3/2018). Desde esta perspectiva, entendemos que dicha obligación de formación de los riesgos físicos y de salud mental que implica la conectividad permanente entra dentro del

deber de seguridad que debe garantizar el empresario (art. 14.2 LPRL), siendo el marco preventivo donde se ha de incorporar la obligación de formación sobre los riesgos que supone para la salud del trabajador el incumplimiento del derecho a la desconexión digital (art. 19 LPRL), debiendo evaluar los riesgos de forma previa (art. 16 LPRL).

Desde esta óptica, las actuaciones formativas han de darse a conocer al personal de las empresas, visibilizando de forma positiva el derecho a desconectarse del trabajo y las consecuencias que pueden producirse para la salud física y mental, el no respetar los tiempos de trabajo. Bajo nuestro punto de vista, dicha obligación debería incorporarse en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, y especialmente en el marco de los riesgos psicosociales, donde ha quedado acreditado que, de nuevo, la mujer es más vulnerable que el hombre a sufrir estrés o tecnoestrés, trastornos de salud mental como episodios de ansiedad o depresión, por la doble jornada que pesa sobre las mismas<sup>19</sup>. La presión y exigencia que la digitalización implica en el desempeño laboral se duplica por la carga de cuidados que asume en su vida personal y familiar; sin obviar las conductas de ciberacoso o cualquier comportamiento de violencia sexual que pueda estar padeciendo a través de los dispositivos electrónicos y/o digitales que están poniendo en riesgo grave su dignidad y su integridad física y moral con la ineludible necesidad de cortar en sus tiempos de descanso<sup>20</sup>.

### 2.2.2. *La implicación del empresario en el ejercicio del derecho a la desconexión digital:*

#### 2.2.2.1. *Delimitación de los deberes empresariales vinculados a su aplicación*

Desde la redacción original de la norma española, ya tuvimos la ocasión de advertir que la redacción legal del derecho a la desconexión ponía el foco de atención de forma predominante en la conducta del trabajador, puesto que aunque

<sup>19</sup> Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo*, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/publications/report-gender-issues-safety-and-health-work/view>. Vid. también, Romeral Hernández, J. “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 480/2024, pp. 61 -83.

<sup>20</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, pp. 38-40. Vid. Estrategia española en la Seguridad y Salud Laboral 2023-2027. De esta forma, lo viene a indicar también la Resolución sobre desconexión digital de 2021: “Para los trabajadores con responsabilidades asistenciales no remuneradas, las herramientas digitales pueden dificultar especialmente la búsqueda de un equilibrio saludable entre la vida profesional y la vida privada. Las mujeres dedican más tiempo que los hombres a asumir estas responsabilidades asistenciales, trabajan menos horas en empleos remunerados y pueden llegar a abandonar el empleo por completo” (Res desconexión 21 enero 2021).

establecía previsiones a cargo del empresario, le dejaba una amplia libertad regulatoria en su contenido. Según el texto legal, el sujeto empresarial podía asumir el poder de acordar colectivamente las modalidades de ejercicio del derecho a través de la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, y tenía la obligación de elaborar la política interna con los protocolos de desconexión digital, con audiencia de la representación, mencionando únicamente que debía incluir acciones de formación y sensibilización que evitarán el riesgo de fatiga informática (art. 88 LO 3/2018). Frente a dicha previsión legal, la Ley 10/2021 del trabajo a distancia, iba más allá, al imponer por primera vez una obligación empresarial en los siguientes términos: “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso (...)” (art. 18). Frente a esta divergencia de regulaciones entre el trabajo a distancia y el presencial, la cuestión fundamental que había que resolver era si bastaba con carácter general que el empresario o persona en quien éste delegue no pudiera ejercer su poder de dirección y organización fuera del tiempo de trabajo con requerimientos empresariales a la plantilla, sea cual fuera su contenido, o la implicación en su efectividad exigía un mayor número de deberes y obligaciones empresariales que debían ser concretadas en su contenido por el texto legal.

Para resolver dicha cuestión, resulta especialmente conveniente partir del Informe Mettling del año 2015, en el que se declaró que el derecho a la desconexión debe complementarse con un *deber de desconexión*, porque este derecho es “corresponsabilidad de trabajador y empleador”, y por tanto depende, tanto de la educación a nivel individual, como de la regulación de la empresa. Hay una responsabilidad principal y prioritaria del trabajador que debe concienciarse de los perjuicios que implica la hiperconectividad con su empresa para su salud física y mental, y de las ventajas que supone para un adecuado descanso y para su derecho a la conciliación. En aras del logro de dicho fin, las organizaciones empresariales deben promover programas de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. Desde esta perspectiva, es interesante mencionar que el Acuerdo Marco europeo sobre Digitalización integra el reconocimiento de este derecho en el marco de la prevención de riesgos, y entre las medidas posibles a adoptar, destacan las que se refieren al compromiso de la dirección para crear una cultura que evite el contacto fuera de horario, y el establecimiento de procedimientos de alerta y apoyo de “una cultura de no culpabilidad” en los trabajadores, por no estar localizables.

Por otro lado, cabe destacar como la resolución del Parlamento europeo de 21 de enero 2021 atribuye la responsabilidad y el peso de la efectividad del derecho sin lugar a dudas en el *empresario*, fijando toda una serie de deberes y obligaciones que le incumben a él directamente. El empleador es el que tiene

que adoptar todas las medidas necesarias para proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para ejercer su derecho a la desconexión, siendo *los empleadores los que tienen que aplicar el derecho a la desconexión* de manera justa, lícita y transparente (art. 3). Correlativamente, se establece como medidas de ejecución del derecho que ejerce el asalariado y que aplica el empresario, las siguientes: a) las modalidades prácticas para apagar las herramientas digitales con fines laborales, incluido cualquier instrumento de vigilancia relacionado con el trabajo; b) el sistema para computar el tiempo de trabajo; c) las evaluaciones de la salud y la seguridad, incluidas las evaluaciones de los riesgos psicosociales, en relación con el derecho a la desconexión; d) los criterios para establecer excepciones a la obligación de los empleadores de aplicar el derecho a la desconexión de los trabajadores; e) en el caso de una excepción en virtud de la letra d), los criterios para determinar cómo debe calcularse la compensación por el trabajo realizado fuera del tiempo de trabajo, de conformidad con las Directivas 89/391/CEE, 2003/88/CE, (UE 2019/1152 y (UE) 2019/1158, y con el Derecho y las prácticas nacionales; f) las medidas de concienciación, incluida la formación en el puesto de trabajo, que deben adoptar los empleadores con respecto a las condiciones de trabajo a que se refiere el presente apartado (art. 4). Disposiciones que se completan con la obligación de suma trascendencia que pesa sobre los empleadores de proporcionar información por escrito a cada trabajador “clara, suficiente y adecuada sobre su derecho a la desconexión”, incluida una declaración en la que figuren las cláusulas de cualesquiera convenios colectivos, o entendemos protocolos de desconexión (vid. art. 7).

A la vista de las previsiones anteriores, hubo un cierto consenso desde un principio de incluir el derecho de desconexión digital dentro de la política de prevención de riesgos laborales, en la que el empresario tiene la responsabilidad fundamental de garantizar la seguridad y salud del trabajador que es una obligación de resultado (art. 14 LPRL)<sup>21</sup>. Dicha responsabilidad empresarial se debe traducir en una obligación de evaluación de riesgos que derivan de dicha hiperconexión sin limitación, así como de unos deberes de información y formación hacia los trabajadores de los riesgos que derivan para la salud de la conectividad permanente, incidiendo de forma especial en los riesgos psicosociales que pueden implicar. Es de suma trascendencia el enfoque de concienciación o pedagogía

<sup>21</sup> Vid. Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n° 16/2016, pp. 2 y ss. Purcalla Bonilla, M.A. “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, *Temas Laborales*, n° 155/2020, pp. 115 y ss. Más recientemente, Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial”, en Mercader Uguina, J., y Puebla Pinilla, A., *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2023, pp. 135 y ss; Ginés I Fabrellas, A., y Peña Moncho, J., “Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, *cit.*, pp. 136 a 145.

que se impone al empleador hacia los trabajadores y que se cumple con la doble función de informar y formar a los asalariados sobre el derecho a la desconexión.

En este sentido, la persona trabajadora debe responsabilizarse del uso que realiza de las herramientas digitales del trabajo, y debe saber “cortar” con las obligaciones laborales a través de su desconexión, una vez que conoce y se le forma sobre la atribución de este derecho. Asimismo, al empresario se le están imponiendo simultáneamente toda una serie de cargas u obligaciones para garantizar el ejercicio de este derecho a través de la imposición de toda una serie de deberes empresariales, *sin cuyo cumplimiento el ejercicio de la desconexión no sería posible*. Nos estamos refiriendo a un sistema de registro eficaz del tiempo de trabajo, a una política empresarial de uso de los dispositivos digitales, incluido el protocolo de desconexión, así como a las obligaciones de prevención sobre los riesgos vinculados a la conectividad permanente con el medio de trabajo.

#### 2.2.2.2. Especial referencia al deber empresarial de abstención de no comunicación

Ahora bien, la cuestión de mayor relevancia que se planteó era si el empresario, no sólo tenía que cumplir dichas obligaciones que incidían en la prevención de riesgos laborales, sino que debía preconizarse en la gestión ordinaria y cotidiana de las relaciones laborales un *deber empresarial de abstención de comunicación con los empleados fuera de su jornada laboral*. Desde este enfoque, el alcance de este deber ya se discutió, cuando se aprobó la Ley de trabajo a distancia que lo estableció, fijando una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial durante los períodos de descanso, defendiéndose que dicha previsión legal no conllevaba necesariamente la prohibición de cualquier tipo de comunicación, sino en principio solamente aquellas que demanden algún tipo de respuestas, interacción o requerimiento para realizar una tarea específica fuera de las horas de la jornada ordinaria<sup>22</sup>. Textualmente, se entendía que “eliminar o prohibir radicalmente cualquier tipo de comunicación fuera de la jornada laboral puede resultar difícil de entender y puede ser contradictorio con la pretendida flexibilidad laboral que permite la adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras”<sup>23</sup>. Y ello, al considerar que lo que realmente protege este derecho a

<sup>22</sup> En esta dirección, Trujillo Pons, F., entendía que “según la normativa vigente, no se prohíbe a la empresa el envío de mensajes o la realización de llamadas fuera del horario de trabajo pactado” (“Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión...”, *cit.* p. 153). En contra, Ginés Fabrellas, A., y Peña Moncho, J., que indica que “el derecho a la desconexión digital debe interpretarse como una obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para garantizar tal derecho” (“Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, *cit.*, p. 137).

<sup>23</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 16.

la desconexión es no atender tales comunicaciones, salvo situaciones excepcionales, sin recibir represalias de ningún tipo.

En efecto, el interrogante que precisamente resultaba más controvertido era si al empresario, su cadena de mando e incluso al cliente se le podía hacer todavía más corresponsable en la efectividad del derecho, al preceptuar legalmente un deber de abstención frente a la plantilla fuera de las horas de trabajo<sup>24</sup>. Desde esta perspectiva, la Unión Europea tenía declarado en la resolución de enero de 2021 que “los empleadores no deben exigir que los trabajadores trabajen fuera del tiempo de trabajo. Los empleadores no deben promover una cultura de trabajo de “siempre en línea” en la que se favorezca claramente a los trabajadores que renuncian a su derecho frente a los que no lo hacen”. Desde esta visión, se defendía por las autoras indicadas que en el texto legal de la norma que regulará el derecho a la desconexión se recogiera el deber de abstención del empleador fuera del tiempo de trabajo, puesto que lo contrario podría implicar que el sujeto empresarial y/o terceros clientes sigan conectando con sus empleados, planificando sus actividades o gestionando el trabajo mismo, pese a que aquéllos les desatiendan en sus requerimientos -si los hubiera-, pero con la presión que ello puede suponer para el empleado.

Como se ha expuesto, dicha presión que deriva de la comunicación empresarial continua fuera de las horas de trabajo se manifiesta con una mayor agudeza en el caso de las mujeres por la doble carga y la doble presencia facilitada por el uso intensivo de las TIC, que puede suponer un incremento de las demandas laborales, personales y familiares, impactando muy negativamente en su salud<sup>25</sup>. No es sólo que la persona trabajadora no tenga obligación alguna de leer los mensajes, ni atender las llamadas o prestar cualquier obligación laboral, es que el empresario debería tener la obligación de facilitar e impulsar su cumplimiento a través del deber de abstención de cualquier comunicación a través de medios tecnológicos, incluido el acceso a los dispositivos digitales de la empresa, y

<sup>24</sup> Dicha tesis fue defendida por Igartua Miró, M<sup>a</sup>.T. (2019), “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 432/2019, marzo 2019, p. 66. Y también me permito remitir a mi estudio, en Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L., “El derecho a la desconexión digital en el contexto tecnológico”, *cit.* Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial”, *cit.*, p. y, Miñarro Yanini, M., “El valor de lo improductivo y sus impactos laborales: la protección del tiempo extralaboral por la norma laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 483/2024, p. 15.

<sup>25</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 39.

por supuesto al móvil personal del asalariado, debiendo respetar su derecho al descanso sin ningún tipo de interferencias<sup>26</sup>.

Dicha falta de comunicación empresarial sólo podría excusarse, si hay algún sistema automático de apagado de las herramientas digitales o un sistema de “envío retardado”, para que las comunicaciones se realicen dentro del horario laboral, o en su caso se programen respuestas automáticas durante los períodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible y designando el correo o los datos de contacto de las personas a quienes se hayan asignado las tareas durante su ausencia<sup>27</sup>. Ahora bien, en defecto de dichas previsiones, resulta crucial, atendiendo al contexto actual en el que la conectividad es constante, que *el cambio de orientación sea radical*, sin dejar el poder de decisión de la desconexión al trabajador, en lugar de involucrar firmemente al empresario en su aplicación. En suma, la garantía real y efectiva de este derecho pasa las más de las veces por invertir o revertir la situación actual que promueve la digitalización sin limitaciones temporales. De esta forma, se haría realidad la disposición adoptada en el Acuerdo Marco Europeo de Digitalización de 2020, en el que se declara que deberá activarse: “El compromiso de la dirección para crear una cultura que evite el contacto fuera de horario”. El empresario debe ser el primer responsable y promotor de dicha *cultura empresarial de la desconexión* que no es la imperante en la actualidad.

Desde esta perspectiva, que se obvia en el capítulo XI del V AENC-2023, al poner el foco en el trabajador como titular de este derecho, resulta muy positiva la redacción del proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada, que reconduce el contenido del derecho a la desconexión a través de la fijación de un deber empresarial que se erige en el principal garante de su efectividad. En particular, la modificación del artículo 20 bis) ET concreta dicho deber en un doble contenido. Por una parte, dicho deber se materializa “en la ausencia de toda solicitud de realizar una prestación laboral”, y por otra, lo que es más relevante, en “la ausencia de comunicación de la empresa o persona en quien delegue, así como de terceros con relación comercial con la empresa, con la persona trabajadora por cualquier dispositivo, herramienta o medios digitales” (apartado 2º). Dicha disposición se enfoca acertadamente en el sujeto empresarial para el cumplimiento del derecho de desconexión, en lugar de centrar su atención en el trabajador. De esta forma, se le impone la obligación, no sólo de no requerirle ninguna prestación laboral, sino de forma especialmente trascendente de no comunicarse con los empleados. Dicho deber de no comunicación

<sup>26</sup> Como declara la SAN 44/2022, de 15 de marzo: “este derecho conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso”.

<sup>27</sup> Estas son Buenas Prácticas que se reconocen en el V AENC-2023.

es absolutamente esencial para que pueda funcionar eficazmente el derecho a la desconexión digital. Y, además, la norma legal no se conforma con dicha atribución del deber al empresario, sino que incluye a los posibles clientes, proveedores o terceros con los que mantenga la empresa relaciones comerciales.

De esta forma, el proyecto de Ley para la reducción de la jornada insiste en la configuración del derecho a la desconexión, concibiéndolo como un “derecho irrenunciable para evitar que pueda exigirse el desarrollo de la prestación fuera de los horarios pactados”. Dicho carácter viene acompañado de la articulación de una garantía de indemnidad a favor del trabajador, que no podrá sufrir ningún tipo de perjuicio, por “rechazar o no atender la comunicación o la petición de la prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral, no podrá generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora”. Por tanto, se trata de una intervención legal mucho más incisiva y efectiva que la del texto legal anterior, que pone el foco de atención en el sujeto empresarial que es realmente a quien se le responsabiliza del cumplimiento del derecho.

También es importante mencionar que en el texto del proyecto se prevé como novedad frente a la ordenación legal anterior, que “la negociación colectiva podrá establecer las excepciones a la prohibición de comunicación con las personas trabajadoras, cuando concurren circunstancias excepcionales justificadas que puedan constituir un riesgo grave para aquellas o un potencial perjuicio empresarial grave, que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas” (art. 20 bis) 3 ET). Disposición que hay que destacar es prácticamente idéntica a la prevista en el AENC-2023, salvo la eliminación de las circunstancias vinculadas a la fuerza mayor.

Hay que llamar la atención que dicha norma que reproduce el texto de algunos convenios colectivos puede llegar a desnaturalizar por completo la efectividad del derecho<sup>28</sup>, sino se establecen dichas excepciones con las debidas garantías, al modo en que lo estipula la resolución europea sobre desconexión digital de 2021<sup>29</sup>. Desde este enfoque, es importante transcribir el contenido de la resolución que es mucho más garantista que la normativa española. En concreto,

<sup>28</sup> Miñarro Yanini, M., “La desconexión digital en la práctica negocial: Más forma que fondo en la configuración del derecho”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 440/2019, p. 8.

<sup>29</sup> Así fue reconocido por la Audiencia Nacional en la SAN 44/2022, de 15 de marzo, en que declaró nula la cláusula del contrato de teletrabajo, en la que se reconocía como circunstancia excepcional para la quiebra del derecho a la desconexión: “situaciones de que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador”, puesto que “los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que como indica el art. 88 LOPD 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”.

dispone lo siguiente: “sólo se establecerán excepciones (...) en circunstancias excepcionales, como casos de fuerza mayor u otras emergencias, y a condición de que el empleador informe por escrito a cada trabajador de los motivos, justificando la necesidad de la excepción cada vez que se recurra a ella” (art. 4 f)), fijándose asimismo “los criterios para determinar cómo debe calcularse la compensación por el trabajo realizado fuera del tiempo de trabajo” (art. 4 e)). De dichas previsiones se desprende que la causa que provoca la excepción en el ejercicio del derecho debe guiarse por *el criterio de la excepcionalidad*: noción asimilada con la fuerza mayor u otras emergencias que aluden a un acontecimiento externo y extraordinario que repercute gravemente en la actividad empresarial o productiva o en la persona/s trabajadora/s. Por tanto, su enunciado debe ser más restrictivo que el que se establece en el Anteproyecto, que alude simplemente a un “riesgo grave” para los trabajadores o “un perjuicio empresarial grave”, siendo lo fundamental la exigencia de una causa externa, extraordinaria y urgente que lo provoca.

Ahora bien, lo que es más perjudicial para la efectividad del derecho es dejar tan abierta la posibilidad de la excepción, puesto que parece que ello obligará al empleado a prestar atención a cualquiera de los mensajes enviados por la empresa para dirimir si se encuentra en una de dichas situaciones excepcionales que reclaman su colaboración ineludible. Por ello, a nuestro juicio, se debería reglamentar por el convenio colectivo o en su caso la política interna de la empresa, las concretas circunstancias que permiten la quiebra del derecho, bajo un criterio de excepcionalidad asimilado a la fuerza mayor, y sobre todo se debería regular un *canal especial de comunicación* para estos supuestos que se separe del canal ordinario, y que requiere una doble garantía. Por una parte, el empresario es el sujeto al que incumbe la carga de la prueba de *justificar la causa excepcional*, debiendo informar anticipadamente al asalariado, y, por otro lado, es importante que se le compense al trabajador debidamente por no respetarle el ejercicio del derecho.

### **3. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DESCONEJIÓN DIGITAL**

#### **3.1. El alcance subjetivo del derecho**

Una vez delimitado el contenido del derecho, se ha de plantear el alcance del mismo, fijándonos en la dimensión subjetiva y temporal del mismo. En primera instancia, se ha de reflexionar sobre quiénes son los sujetos potencialmente afectados por el derecho, o dicho de forma más precisa, quienes son los titulares del derecho. A este respecto, se ha producido una cierta confusión de que sólo se debe reconocer a aquellas personas trabajadoras que utilizan o disponen de elementos tecnológicos para la prestación de servicios, a diferencia del derecho al

descanso que es un derecho genérico<sup>30</sup>. Asimismo, y con la terminología europea se indica que “La presente Directiva establece requisitos mínimos para que los trabajadores que utilizan herramientas digitales, incluidas las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) con fines laborales puedan ejercer su derecho a la desconexión”, cuando lo cierto es que la atribución de este derecho debe tener un alcance *universal*. El ejercicio de este derecho, no incide sólo y exclusivamente en los trabajos que dependen del uso de la tecnología para su realización, sino que afecta potencialmente a cualquier persona trabajadora que tiene una cuenta de correo electrónico profesional o un teléfono móvil ya sea personal y/o de empresa, a través del cual se convierte en un sujeto fácilmente accesible a través del WhatsApp, email, o llamadas telefónicas<sup>31</sup>.

En efecto, el más grave desafío para ejercer el derecho a la desconexión digital se encuentra en el *uso y generalización del teléfono móvil o smartphone* personal por la población trabajadora en la interacción con la empresa, que le convierte en un sujeto extremadamente vulnerable a la conexión sistemática con su empleador. En particular, la irrupción desmedida de la aplicación de mensajería WhatsApp ha provocado la dependencia tecno-digital del ciudadano a estar interconectado e interrelacionado permanentemente, puesto que es la aplicación principal para el envío de mensajes y video llamadas<sup>32</sup>. En el medio laboral, dicha aplicación se ha convertido en un recurso habitual, fácil, ágil y de gran inmediatez para la gestión ordinaria de las relaciones laborales, sirviendo de herramienta digital para la organización, gestión y comunicación de las decisiones empresariales. Por ello, debería ser importante que se regulará en el convenio colectivo aplicable o más propiamente en la política interna de la empresa, el uso y utilización no sólo de los dispositivos digitales de la empresa, sino también de las *directrices de uso y funcionamiento del móvil personal*, atendiendo de modo particular al canal de mensajería de WhatsApp tan común en la interacción social, incluidas las relaciones laborales<sup>33</sup>. Indudablemente, si dicho personal teletrabaja en su domicilio, con el apoyo de todas las herramientas tecnológicas a su disposición, el riesgo de hiper conexión se agrava todavía más, pero sin que desaparezca en mayor o menor medida en el resto de casos. La diferencia es que

<sup>30</sup> Ginés I Fabrellas, A., Peña Moncho, J., “Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, Foro de Labos, Vol 4, nº 1/2023, p. 138.

<sup>31</sup> En esta dirección, Velasco Portero, M.T., “Derecho a la desconexión digital”, Temas Laborales, nº 168/2023, p. 404. Y sobre la cuestión, Goñi Sein, J.L., “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, en Trabajo y Derecho, nº Extra 11/2020, pp. 6 y ss.

<sup>32</sup> Estudio del Panel de Hogares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IV Trimestre 2022).

<sup>33</sup> Montesdeoca Suarez, A., “WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: los conflictos que plantea esta herramienta”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 12 nº 1/2024, p. 323.

los dispositivos digitales para su trabajo debe proporcionarlas la empresa, y, por tanto, también las reglas de su utilización (art. 11 Ley 10/2021).

Como se ha expuesto, el derecho a la desconexión digital no sólo opera con respecto a los dispositivos digitales que pone la empresa a disposición del empleado -portátiles, tabletas digitales o teléfono móvil de empresa- y las aplicaciones vinculadas, sino que incide en el propio móvil personal del trabajador, cuyo número de contacto en muchas ocasiones pone el propio empleado voluntariamente a disposición de la empresa, como canal de comunicación, pero no para cualquier finalidad u objetivo (art. 6.1 LO 3/2018)<sup>34</sup>. El trabajador otorga normalmente su consentimiento para su utilización para fines laborales, expresamente o por la vía *de facto*, pero su consentimiento no puede considerarse tácitamente otorgado para contactar con el empleado libremente y en cualquier momento, puesto que existe un claro desequilibrio de poder entre el titular de los datos y

<sup>34</sup> Son numerosos los pronunciamientos que el derecho a la desconexión se lesiona a través del WhatsApp que ha sido proporcionado previamente por el propio trabajador. Ante su invocación, se declara por el juzgador lo siguiente: “Debe desecharse también la alegación de se ha atentado contra el derecho a la desconexión digital de los trabajadores cuando se han realizado los requerimientos a través de llamadas y WhatsApp a los teléfonos personales de los trabajadores. En el acto de juicio uno de los testigos (bombero del parque de VIVEIRO) manifiesta que siempre que se ha requerido la presencia de un efectivo en la guardia por cualquier incidencia se hacía al móvil personal; de modo que los requerimientos se efectúan de la misma manera que antes de la declaración de la huelga. Además, llama la atención que se alegue el derecho a la desconexión digital de los trabajadores cuando son los propios operarios los que utilizan el WhatsApp de su teléfono personal y el correo electrónico personal a altas horas de la madrugada para comunicar a los jefes del parque que no acudirán al día siguiente a trabajar porque se encuentran mal o porque han acudido a urgencias (carpeta incidencias). No se entiende cómo se recrimina al CONSORCIO la comunicación telefónica o vía WhatsApp, cuando son los propios trabajadores los que utilizan esos medios para comunicar cualquier incidencia y en horarios intempestivos, es decir, son los propios trabajadores los que atentan contra su propia desconexión digital y la del jefe del parque que de madrugada no está prestando servicios” (SJS nº 4 Lugo sentencia 156/2024, de 23 mayo 2024, Rec. 465/23).

En la misma dirección, el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, sentencia 346/2021, de 4 noviembre 2021, Rec. 605/2021: “La comunicación vía WhatsApp de la empresa con los trabajadores no vulnera ningún derecho fundamental, ni el derecho a la intimidad, ni el derecho a la protección de datos de carácter personal, al constar el consentimiento tácito del trabajador, al haber venido empleando desde hace años el móvil personal para comunicarse con la empresa, entendiéndose que comprende, a aquellos jefes, superiores o personas que actúan en el ejercicio de sus funciones en su nombre, art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La ausencia de información completa sobre el tratamiento de datos es una cuestión administrativa que no tiene por qué conllevar necesariamente vulneración de derechos fundamentales, si dichos datos no se han aplicado a fines ajenos a los que suponen la práctica habitual, ni se han entregado a personas o entidades no relacionadas con el ámbito laboral, entre otras STC 94/1998, de 4 de mayo o 292/2000, de 30 de noviembre, en cuanto al control personal de los datos”. En el mismo sentido, SJS nº 1 Oviedo, sentencia 468/2021, de 12 de noviembre 2021, Rec. 776/2021, y Juzgado de lo Social Nº. 1 de Avilés, Sentencia 386/2021 de 12 Nov. 2021, Rec.. 782/2021.

el responsable de su tratamiento (art. 6.2 LO 3/2018). Desde esta perspectiva, la utilización del trabajador de su teléfono móvil, vía WhatsApp, se entiende como un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su móvil, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo, pero ello no puede dar vía libre para que se envíen en su tiempo de descanso<sup>35</sup>.

La utilización fuera del estricto marco laboral pone en juego el derecho fundamental a su privacidad (art. 18.1 CE), y a la protección de sus datos personales (art. 18.4 CE), debiendo quedar inaccesible dichos medios de comunicación durante los tiempos ajenos a la jornada laboral. No se puede obviar que se trata de un dato personal del asalariado que como tal está protegido específicamente frente a su utilización privada, operando, no sólo con respecto a su empresario, sino frente a cualquier tercero que lo utilice para su conexión fuera del ámbito de trabajo que requerirá igualmente el propio consentimiento del empleado (art. 6.3 LO 3/2018)<sup>36</sup>. Por ello, no puede defenderse que la invocación del derecho a la desconexión deba contemplarse exclusivamente en los trabajos que han de ser ejecutados con herramientas o dispositivos digitales, o de manera especialmente relevante en el teletrabajo, puesto que lo cierto y verdad es que cualquier trabajo presencial o en remoto puede estar expuesto al riesgo de la hiper conectividad a través de la generalización de este medio de conexión universal o generalizado, generando una disponibilidad del empleado sin precedentes.

Desde esta perspectiva, resulta de especial interés la dimensión expansiva que acoge el AENC-2023, haciendo alusión a que el derecho a la desconexión “operará en relación con *todos los dispositivos y herramientas* susceptibles de mantener la jornada laboral más allá de los límites de la legal o convencionalmente establecida (...)”. De igual modo, la redacción del artículo 20 bis ET que fija el Anteproyecto hace referencia a “cualquier dispositivo, herramienta o medios digitales”, integrando, tanto los dispositivos proporcionados por la empresa,

<sup>35</sup> En este sentido, la STSJ Asturias 29 marzo 2022, Rec. 374/2022 se pronuncia en los siguientes términos: “La aplicación WhatsApp desde la terminal del trabajador es un medio habitual utilizado tanto por el trabajador como por la empresa para tratar asuntos relacionados con el trabajo. Ello constituye un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su teléfono móvil, vía WhatsApp, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo. La aplicación WhatsApp desde la terminal del trabajador es un medio habitual utilizado tanto por el trabajador como por la empresa para tratar asuntos relacionados con el trabajo. Ello constituye un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su teléfono móvil, vía WhatsApp, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo”.

<sup>36</sup> Sobre que el número del móvil personal es un dato, véase AEPD, *Número de teléfono y concepto de dato personal*, Informe 2006. Vid. también, Serrano García, J.M., *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Albacete (Bomarzo), 2019.

como los personales del trabajador que se hayan autorizado expresa o tácitamente como vía de comunicación empresarial.

Del mismo modo, la tipología del trabajador o su concreta modalidad contractual no deben neutralizar el ejercicio del derecho: la resolución de la futura Directiva declara, que “se aplica a todos los sectores, tanto públicos como privados, y a todos los trabajadores, independientemente de su condición y de sus modalidades de trabajo” (art. 1.1). Por tanto, el modo de organización del trabajo, la naturaleza del puesto y en su caso la modalidad contractual modularán su ejercicio, pero no condicionarán la propia existencia del derecho. El derecho operará, tanto para los trabajadores temporales en todas sus modalidades incluidas las de duración determinada y las formativas, como los indefinidos, los fijos discontinuos en los periodos de interrupción, y los indefinido no fijos, los trabajadores a tiempo parcial, los a distancia, los de plataformas, y las relaciones laborales especiales. Desde este enfoque, resulta de especial interés destacar su reconocimiento legal para las fórmulas contractuales más precarias donde la dificultad de su invocación viene provocada por su posición de debilidad contractual.

Dicha orientación es la que subyace en la originaria regulación legal del artículo 88.1 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, reconociendo el derecho de forma genérica “a los trabajadores y empleados públicos”. Sin embargo, de una forma más precisa se indica en el propio AENC 2023, cuando establece en el capítulo XI relativo a este derecho, que “se garantizará el derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realizan su jornada de forma presencial, como a las que prestan servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo a distancia, flexibilidad horaria u otras)”, adscribiéndose a esa dimensión totalizadora que ha de preconizarse de este derecho en el mundo del trabajo.

Del mismo modo, resultaría realmente relevante que se incluyera *ex lege* expresamente dentro del campo subjetivo del derecho al *personal directivo* y a todos aquellos trabajadores que ocupan posiciones de responsabilidad, de los que en ocasiones se exige plena disponibilidad durante los 7 días de la semana y las 24 horas del día. La evidencia revela que las personas que tienen más responsabilidades en la escala jerárquica son más propensas a no desconectar y a prolongar las jornadas de trabajo<sup>37</sup>. En este sentido, es importante destacar que nuestra legislación los incluye, cuando hace referencia expresa dentro de la política interna de la empresa a los trabajadores que ocupen puestos directivos en la empresa (art. 88.3 LO 3/2018), cuyo derecho debe ser respetado no sólo

<sup>37</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 16.

por el empresario o persona en quien éste delegue, sino también por los propios empleados con sus jefes superiores o personal directivo<sup>38</sup>.

En tal sentido, hay que llamar la atención sobre el efecto reflejo que produce dicha dinámica de conectividad permanente sobre el colectivo femenino, puesto que el alargamiento temporal *sine die* de la jornada del personal directivo tiene consecuencias directas sobre el mismo, al producir implícitamente su *autoexclusión*. Y es que las trabajadoras no pueden, o no quieren, asumir dichos puestos de las esferas de poder, por esa disponibilidad sin límites, siendo un factor especialmente relevante para no romper el techo de cristal inherente a la condición de mujer<sup>39</sup>. Hay una premisa que ha de estar clara, y que, a día de hoy no lo está, y es que sea cual la posición que ocupa el trabajador en el escalafón, y sea cual sea la modalidad contractual que tenga, o su estatus profesional, su disponibilidad para la organización productiva no es ilimitada, sino que tiene que conocer límites claros y seguros. En este sentido, los pluses o complementos salariales que retribuyen una mayor disponibilidad del empleado no implican la desaparición del derecho de desconexión, y la permanente posibilidad de su localización, sino una mayor flexibilización en la fijación de su tiempo de trabajo, pero sin que desaparezca su derecho al descanso, cuya garantía esencial es el derecho a la desconexión digital. Y es que nos encontramos ante un derecho universal y de aplicación a todas las personas trabajadoras, pero que requiere de un refrendo legal expreso en su alcance subjetivo.

### **3.2. El alcance temporal del derecho de desconexión: tiempo de descanso y tiempo de cuidados**

Por otro lado, la delimitación de su alcance pasa por determinar el período de duración en el que se ha de ejercitar el derecho a la desconexión digital. Como se sabe, el empleado carece de ese derecho en los tiempos de trabajo y, por el contrario, se le atribuye en los períodos de descanso, entendidos conforme a la Directiva 2003/88, como “todo período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2). Por ello, su efectividad viene ligada inescindiblemente a la necesidad de un registro horario efectivo que garantice con seguridad el tiempo de ejecución de la prestación laboral, y a la propia reglamentación del tiempo de trabajo que define en negativo el de descanso. La medición del tiempo de conectividad laboral es una garantía decisiva para que pueda funcionar este derecho, siendo imprescindible

<sup>38</sup> STSJ Madrid 28 septiembre 2023, Rec. 391/2023.

<sup>39</sup> Una Unión de la Igualdad: Estrategia Europea de Igualdad de Género 2020-2025

que el empresario establezca un sistema de registro “objetivo, fiable y accesible”<sup>40</sup>, que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

La revolución tecnológica ha contribuido enormemente a eliminar la frontera entre ambos espacios temporales, haciéndola cada vez más porosa e insegura, permitiendo la filtración del trabajo en un ámbito temporal que no es el suyo. La flexibilidad laboral proporcionada por el uso y utilización de las tecnologías digitales, así como el desarrollo de las nuevas formas de trabajo se presentan como presupuesto de dicha transformación, puesto que el propio proceso de digitalización se ha desarrollado sin atender a los parámetros legales de limitación del tiempo de trabajo<sup>41</sup>. Dicho proceso es uno de los factores que más están promoviendo el incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral que resultan muchas veces invisibles y, consecuentemente, no son remuneradas. Se alarga la jornada laboral, ya sea antes de su inicio o lo que es más habitual sobrepasando el momento de fin de la prestación laboral, al surgir necesidades inesperadas o situaciones extraordinarias que pueden ser atendidas al disponer de tecnología laboral en el tiempo de descanso. Asimismo, la globalización del mercado y de las empresas que operan en el mismo puede demandar los servicios del empleado desde áreas geográficas con distintos husos horarios, que pueden ser satisfechas por el empleado gracias a las herramientas tecnológicas desde, incluso, su propio domicilio. Por ello, no es casual que la reforma legal del derecho a la desconexión digital se produzca en el seno de la reforma de la reducción de la jornada, y sobre todo de la modificación del registro de jornada que pretende garantizar de acuerdo a las directrices europeas, la objetividad, fiabilidad y accesibilidad del mismo (nuevo artículo 34 bis ET). Indudablemente, el funcionamiento eficaz y certero del registro diario de la jornada de trabajo es una garantía esencial para la fijación del tiempo de trabajo del empleado, y por ende del tiempo de descanso, que se ha de salvaguardar a través del ejercicio del derecho a la desconexión.

Por otro lado, es preciso destacar como la progresiva complejidad de la ordenación del tiempo de trabajo repercute directamente en la propia materialización del derecho digital: la distribución irregular de la jornada, las horas extraordinarias/complementarias, la flexibilidad horaria y por supuesto, los tiempos de disponibilidad o localización no facilitan el ejercicio del derecho<sup>42</sup>. Sin poder

<sup>40</sup> STJUE 14 mayo 2019, asunto C-55/18, CC.OO y Deutsche Bank

<sup>41</sup> López Ahumada, E., “Transformaciones laborales e innovación tecnológica desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, Noticias Cielo nº 1/2025

<sup>42</sup> Desde esta perspectiva, la Sala de lo Social del TSJ Madrid en la sentencia 17 julio 2023, Rec. 136/23 ampara el llamamiento de los trabajadores en el tiempo de descanso entre jornadas, al abonárseles un plus de disponibilidad: “El plus de disponibilidad, con carácter de complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador de realizar la jornada indicada, así como de incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, cuando las necesidades del servicio así lo requieran”. “*Si la empresa está facultada a*

entrar ahora en ese terreno en profundidad, lo relevante a los efectos del ejercicio de este derecho es subrayar que su invocación por los empleados sólo adquiere sentido si se realiza en los tiempos de descanso o asimilados. Por tanto, es crucial que la persona trabajadora sepa con certeza cuál es su concreto horario de trabajo, cuya finalización le posibilita la desconexión; de ahí que el funcionamiento fiable del registro de jornada se convierte en un instrumento esencial para su efectividad. Las alternativas actuales que posibilitan una ampliación temporal de la jornada no prevista o planificada de antemano no promueven el ejercicio del derecho a la desconexión<sup>43</sup>. Por todo ello, el empresario es el máximo responsable de garantizar la existencia de la desconexión, puesto que su efectividad es una garantía esencial para que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido se respete el tiempo de descanso.

Asimismo, es preciso defender con claridad que el período temporal de descanso ha de entenderse en todo su alcance y no de manera restrictiva, que incluye el descanso intra-jornada, entre jornadas, el semanal y las vacaciones anuales. De esta forma, los pronunciamientos judiciales ya han venido a reconocer que la invocación de este derecho se ha de producir en esas secuencias temporales, que no se puede obviar tiene que acreditar el trabajador, si invoca la protección del derecho a la desconexión: la persona trabajadora es quien tiene que justificar que la comunicación empresarial se ha producido durante ese lapso temporal, sin cuya prueba no se estima su vulneración<sup>44</sup>. Sin embargo, el reconocimiento del derecho no implica que se considere siempre lesionado por nuestros tribunales, cuando se prueba que las comunicaciones empresariales se han realizado en los tiempos de descanso, puesto que realmente suele depender de las circunstancias que concurran, y de modo principal del número de mensajes enviados, y de su concreto contenido.

Con carácter general, los tribunales son más proclives a no darle relevancia, si a través del correo o el WhatsApp enviados al margen de su jornada no existe obligación de lectura, ni de respuesta fuera de su horario laboral<sup>45</sup>, o no se solicita

*poder llamar a los trabajadores para llevar a cabo cambios de jornada las doce horas previas a tener que realizar un servicio, esto implica que en ocasiones tendrá que hacerlo en los tiempos de descanso, y si el trabajador cobra Disponibilidad deberá estar disponible. Cuestión diferente es que el trabajador opte por la no disponibilidad*".

<sup>43</sup> De este modo, cláusulas de este tenor no facilitan el derecho a la desconexión: "En cualquier caso, el horario previsto de una jornada de trabajo podrá verse modificado en función de las necesidades que surjan durante su ejecución" (art. 17 c) II Convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual).

<sup>44</sup> En este sentido, en el período vacacional, se pronuncia la SSTSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 202/22 y 28 septiembre 2023, Rec. 391/2023; en el descanso entre jornadas: STSJ Madrid 17 julio 2023, Rec. 136/23.

<sup>45</sup> SJS nº 4 Vigo 357/2023, de 25 de septiembre, Rec. 517/2023. También, STSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 20/2022.

ningún requerimiento, orden de mantenerse conectada<sup>46</sup>, u obligación laboral, aunque se hayan producido en el período vacacional<sup>47</sup>, o, igualmente, cuando no hay represalia, ni amonestación alguna<sup>48</sup>. Algunos pronunciamientos judiciales de carácter excepcional entienden vulnerado el derecho de desconexión digital, cuando se acredita que las llamadas telefónicas o envíos de correos se realizan fuera del horario laboral, sin que la empresa haya presentado razón justificativa de tal envío de correos fuera del horario laboral, pero condenándose al pago de 300 euros por el escaso perjuicio y daño moral sufrido por el asalariado, “dado el escaso número de correos electrónicos enviados fuera del horario laboral”<sup>49</sup>. .

Al margen de los tiempos de descanso *strictu sensu*, se asimilan los períodos de suspensión de la actividad laboral, ya sea por el ejercicio del derecho de huelga, los que provoca la incapacidad temporal, o el que incide en las suspensiones, permisos y reducciones relacionadas con el cuidado o cualquier otra causa prevista en el artículo 45 ET, incluidas las excedencias. Se trata de períodos temporales en los que la persona trabajadora queda exonerada de prestar sus servicios para la empresa, o, lo que es lo mismo, se encuentra en un tiempo que no es de trabajo. Son numerosos los pronunciamientos en los que se invoca el derecho a la desconexión digital durante este ámbito temporal suspensivo generalmente desestimatorios<sup>50</sup>. En principio, se ha de defender su virtualidad jurídica, salvo que la conexión se justifique de forma razonable y proporcionada con el estado de la situación suspensiva, al tener en cuenta que el deber de buena fe contractual rige durante dicha secuencia temporal<sup>51</sup>. Por tanto, el empresario deberá acreditar la necesidad y justificación de la reconexión con el empleado

<sup>46</sup> STSJ Galicia 22 noviembre 2022, Rec. 4175/22.

<sup>47</sup> STSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 202/2022: “Correos electrónicos enviados al trabajador en vacaciones, que no pueden equipararse a una orden empresarial cuyo incumplimiento justifique el despido, pues no tenía ninguna obligación de responder por no ser acorde al derecho a la desconexión digital”

<sup>48</sup> SJS nº 4 Vigo 357/2023, de 25 de septiembre, Rec. 517/2023.

<sup>49</sup> STSJ Galicia 4 marzo 2024, Rec. 5647/2023.

<sup>50</sup> Durante el período de baja por incapacidad temporal: SSTSJ Cataluña 2843/2023, de 5 de mayo 2023, Rec. 7704/2022; TSJ Galicia 1407/2024, de 19 de marzo 2024, Rec. 167/2024; TSJ Castilla-La Mancha 15 febrero 2024, Rec. 7/2024 y TSJ Madrid 26 junio 2024, Rec. 267/2024. Durante el ejercicio del derecho de huelga: STSJ Asturias 29 marzo 2022, Rec. 374/2022 y SJZ nº 1 Oviedo, sentencia 467/2021, de 18 de noviembre 2021, Rec. 782/2021.

<sup>51</sup> Dicha justificación en situación de incapacidad temporal se produce en la STSJ Galicia 11 abril 2024, Rec. 10/2024, en estos términos: “Llamar a los trabajadores que están en situación de IT para saber cómo están no vulnera el derecho a la intimidad ni tampoco el de la desconexión digital. No se exige que esté conectado a ningún software de la empresa y tampoco es obligatorio atender la llamada porque no tienen por objeto coaccionar o pedir al trabajador que se reincorpore. Tiene intención de crear un buen ambiente laboral”.

durante los períodos suspensivos, puesto que se encuentra plenamente vigente el derecho a la desconexión digital.

Dicha interpretación es de suma trascendencia para el *enfoque de género* que ha de contemplarse en la reglamentación del derecho a la desconexión, puesto que, como se sabe, las responsabilidades de cuidado interpelan de forma predominante a las mujeres. Ellas son quienes utilizan dichos permisos, precisamente, porque necesitan tiempo de trabajo para desplazarlo al tiempo de cuidado, y en ese espacio temporal el empresario debería abstenerse de cualquier comunicación empresarial con la empleada, puesto que se convierte en un período hábil para que ejerza el derecho a la desconexión digital. Y es que es importante que la disciplina normativa del derecho a la desconexión digital haga suya la previsión comunitaria que declara que el descanso para ser “adecuado” debe ser “regular”, y “suficientemente largo y continuo” (art. 2.9 Directiva 2003/88), o, lo que es lo mismo, no sólo importa su dimensión cuantitativa sino cualitativa. Es decir, no se puede normalizar que el tiempo de descanso pueda ser comúnmente interrumpido a través de comunicaciones del empresario, o persona en quien éste delegue, por medio de los dispositivos digitales a través de envío de emails, WhatsApp, audios o llamadas telefónicas que invaden su esfera privada y personal, y rompen su derecho al descanso, generando una intensa presión en quien lo recibe. Como se ha indicado, dicha presión genera un elevado estrés provocando riesgos de carácter psicosocial que se incrementan en el caso de las mujeres, que con frecuencia en su tiempo de descanso están implicadas en la tarea del cuidado que reclama una predisposición personal que no se concilia con el contacto con su empresario, sino que ha de ser estrictamente respetado. Desde esta perspectiva, se ha de llamar la atención que la mujer asume las más de las veces gratuitamente, o a su costa el trabajo del cuidado, al reducir sus horas de trabajo; por ello, no se le debe exigir, además, en ese tiempo dedicado al cuidado, la atención a la vida profesional de ningún modo y manera, porque su penalización sería doble.

En conclusión, resulta crucial un reconocimiento en firme de este derecho de desconexión digital que exige una intervención legal mucho más garantista, que ponga especial énfasis en la responsabilidad del empleador *en su aplicación*, fijando legalmente los deberes empresariales implicados. La falta de un reconocimiento legal sólido de ese derecho que no promueva al empresario como su principal garante afectará de forma más grave en las mujeres, repercutiendo en la posición que ocupan en el trabajo asalariado, agravando la desigualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral digitalizado.

#### 4. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario e, incluso urgente, que el legislador defina el contenido del derecho a la desconexión digital, de tal forma que limite y condicione a

la negociación colectiva, y la política interna de la empresa que reglamentará los protocolos de desconexión. La práctica negocial ha mostrado la escasez de previsiones respecto al contenido del derecho a la desconexión, y lo que es más grave en ocasiones una reglamentación que no configura un derecho real y efectivo de la desconexión con la empresa, reforzando o incluso legitimando una conectividad permanente (SAN 22 marzo 2022, Rec. 33/2022), así como una política interna excesivamente generalista o ambigua del derecho, cuya dificultad de acceso es evidente. Bajo nuestro punto de vista, debe existir una relación de colaboración necesaria entre la Ley y el convenio colectivo, siendo la función del convenio la de regular las modalidades de ejercicio, concretando su ejecución en función del sector de actividad, el puesto de trabajo, y los dispositivos digitales utilizados, al igual que la política interna de la empresa, que se sujeta al convenio, pero que por su especificidad, puede reglamentar de forma más detallada su articulación en una concreta empresa.

Dicho margen de actuación ha sido utilizado por los interlocutores sociales en el V AENC para pactar el capítulo XI relativo a la Desconexión digital, fijando toda una serie de criterios que definen el propio derecho en general y sus excepciones, con disposiciones fundamentales pero con criterios en algunos casos discutibles. Y es que, realmente, debe ser el legislador quien efectúe una reforma del derecho, definiendo su contenido, tal y como se realiza por el Anteproyecto de Ley de reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión.

SEGUNDA.- El legislador no debe renunciar a regular el contenido del derecho, ordenando una regulación autosuficiente que identifique su contenido básico, y los deberes, obligaciones y responsabilidades que implica su activación para ambas partes del contrato de trabajo, las garantías para su aplicación, sin obviar los medios de tutela que activa su incumplimiento. En nuestra opinión, ese contenido legal debería tener muy en cuenta las orientaciones adoptadas por el Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 sobre la Propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión, debiendo ser conscientes de la incidencia decisiva que puede tener su aplicación en la posición que ocupa la mujer en el medio de trabajo. El tiempo de conexión del empleado al margen de la jornada laboral está escapando al control y regulación de las normas jurídico-laborales dentro de una cultura empresarial que no está prestando especial atención a los tiempos de ejecución de la actividad laboral facilitada por la digitalización. Renunciar a dicha tarea legislativa implica la pérdida de efectividad del derecho a la desconexión cuestionando los cimientos de nuestra disciplina, al dejar sin efecto por la vía de *facto* las normas de limitación máxima de la jornada de trabajo. Lo más conveniente sería la adopción de una Directiva que estableciera unos estándares homogéneos en el marco de la Unión Europea, funcionando

dicho derecho y las garantías de su efectividad en dicha región geográfica, configurando el derecho a la desconexión como uno de los pilares de la cultura europea del trabajo, en el que la digitalización se muestra imparabile.

TERCERA.- A la vista de la resolución europea, la noción de desconexión se define como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo” (art. 2). La pregunta nuclear que se ha de contestar es la determinación de los sujetos responsables de “no realizar dichas actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo”. Desde la perspectiva del trabajador, en el V AENC-2023 se concibe la desconexión como un derecho de carácter potestativo o disponible por parte del empleado que podrá decidir conectarse o no a las herramientas digitales. La decisión queda en poder del asalariado, cuando el desequilibrio existente en la relación laboral condiciona significativamente su libertad en la capacidad de respuesta o reacción frente a la comunicación empresarial. Por ello, resulta mucho más acertada la redacción empleada por el Anteproyecto de Ley para la reducción de la jornada que cambia la orientación de la norma, proclamando su carácter “irrenunciable”. El nuevo artículo 20 bis ET incorpora dos previsiones nucleares que implican el reconocimiento del derecho de resistencia del empleado a no contestar cualquier requerimiento que afecte a la esfera laboral en tiempo de descanso, fijando la garantía de indemnidad a favor del asalariado cuando ejerza dicho derecho. Y es que el derecho a la desconexión debe ser diseñado jurídicamente como un derecho/obligación que no admite la renuncia, si se tiene en cuenta las graves consecuencias que puede producir la conectividad *sine die* en su salud, y en su bienestar personal.

A este respecto, y ante el riesgo de que se vean favorecidos los asalariados “siempre disponibles” frente a los que ejercitan dicho derecho, es fundamental configurar el derecho como una obligación, y prever dentro del marco sancionador una infracción administrativa grave o muy grave que especifique como tal, el incumplimiento del derecho a la desconexión, puesto que “per se” genera un riesgo grave para la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Es crucial que las empresas lleven a cabo acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, incorporando dicha obligación de información, formación y evaluación de riesgos en el deber de seguridad que debe garantizar el empresario (art. 14.2 LPRL), y especialmente en el marco de los riesgos psicosociales, donde está acreditado que la mujer es más vulnerable que el hombre a sufrir estrés o tecno-estrés, trastornos de salud mental, por la doble jornada que pesa sobre las mujeres. La presión y exigencia

que la digitalización implica en el desempeño laboral se duplica por la carga de cuidados que asume en su vida personal y familiar.

CUARTA.- Siguiendo las orientaciones europeas, la efectividad del derecho se materializa a través del cumplimiento de un conjunto de obligaciones que incumben al empresario: un sistema de registro eficaz del tiempo de trabajo, una política de uso de dispositivos digitales, incluido el protocolo de desconexión, así como los deberes empresariales de prevención que atiendan específicamente a los riesgos que implica la hiper conexión, sin cuyo cumplimiento el ejercicio de la desconexión no tendría sentido.

Al margen de lo anterior, la cuestión de mayor relevancia que se plantea con respecto al contenido del derecho, es si al empresario se le debe exigir un deber de abstención de comunicación con los empleados fuera de su jornada laboral. Se debate si el alcance de este deber implica la prohibición de cualquier comunicación, o, por el contrario, solamente aquéllas que demanden algún tipo de respuestas, interacción o requerimiento fuera de las horas de trabajo. Para aquellos que defienden esta última tesis, el derecho a la desconexión no se puede traducir en un deber empresarial de abstención, ni en una prohibición, implicando sólo el derecho de la persona trabajadora a no atender tales comunicaciones, salvo situaciones excepcionales sin recibir represalias de ningún tipo.

Por el contrario, la tesis que defiende nuestro estudio, a salvo que haya un sistema automático de apagado de herramientas digitales o de un sistema de “envío retardado” que programe respuestas automáticas, es que se involucre firmemente al empresario como el máximo garante de la efectividad de este derecho. Consecuentemente, resulta crucial la reforma del art. 20 bis) ET que se propone por el Anteproyecto de Ley, que se concreta en un deber empresarial de doble contenido: la obligación no sólo de no requerirle ninguna prestación laboral, sino lo que es más trascendente la prohibición de no comunicarse con los empleados. A nuestro juicio, dicho deber es absolutamente esencial para que pueda funcionar eficazmente el derecho. Y, además, la norma legal no se conforma con implicar al empresario, sino que incluye a los posibles clientes, proveedores o terceros con los que mantenga la empresa relaciones comerciales.

QUINTA.- El Anteproyecto de Ley legitima a la negociación colectiva para que establezca excepciones a la prohibición de comunicación con las personas trabajadoras, cuando concurren circunstancias excepcionales que puedan constituir un riesgo grave para el personal o un perjuicio empresarial grave, requiriendo medidas urgentes e inmediatas. Dicha previsión recogida en algunos convenios colectivos puede llegar a desnaturalizar el derecho, sino se articula con las debidas garantías que establece la resolución europea sobre desconexión digital de 2021. De este modo, el texto legal debería reconducir la causa que provoca la excepción,

guiándose por el criterio de la excepcionalidad, asimilándose a una fuerza mayor u otras emergencias, que aluden a un acontecimiento externo y extraordinario que repercute gravemente en la actividad empresarial o en la/s persona/s trabajadora/s. Asimismo, se debería articular un canal especial de comunicación para estos supuestos que se separe del canal ordinario, y que requiere una doble garantía: el empresario es a quien incumbe la carga de la prueba de justificar la causa excepcional, debiendo informar anticipadamente al trabajador, y por otro lado, se ha de compensar debidamente por no respetarle el ejercicio del derecho.

SEXTA.- La activación de este derecho ha de reconocerse con un alcance universal. El ejercicio de este derecho incide no sólo en los trabajos que han de ser ejecutados con herramientas o dispositivos digitales, y de modo especial en el teletrabajo, sino que cualquier actividad laboral presencial o en remoto puede estar expuesta al riesgo de hiperconectividad por el uso generalizado del teléfono móvil o *smartphone* personal. La irrupción desmedida de la aplicación de mensajería WhatsApp ha provocado la dependencia tecno-digital del ciudadano a estar interconectado e interrelacionado permanentemente, puesto que es la aplicación principal para el envío de mensajes y video llamadas. En el medio laboral, dicha aplicación se ha convertido en un recurso habitual, ágil y de gran inmediatez para la gestión ordinaria de las relaciones laborales, sirviendo dicha herramienta digital para la organización, gestión y comunicación de las decisiones empresariales. Por ello, es importante que se regule en el convenio colectivo aplicable, o en la política interna de la empresa, el uso y utilización no sólo de los dispositivos digitales de la empresa, sino también de las *directrices de uso y funcionamiento del móvil personal*, atendiendo de modo particular al canal de mensajería de WhatsApp.

SÉPTIMA.- El derecho ha de ser reconocido a todas las personas trabajadoras, con independencia de su modalidad contractual, temporales como fijas, a tiempo completo o a tiempo parcial, incluyendo los períodos de interrupción en los fijos discontinuos, el personal de plataformas, las relaciones laborales especiales, sin obviar una disciplina *ad hoc* para el trabajo a distancia (art. 18 Ley 10/2021). Resulta de especial interés destacar su reconocimiento legal para las fórmulas contractuales más precarias donde la dificultad de su invocación viene provocada por su posición de debilidad contractual.

Asimismo, resulta especialmente relevante que se incluya *ex lege* dentro del campo subjetivo del derecho al *personal directivo* y a todos aquellos trabajadores que ocupan posiciones de responsabilidad, a quienes se exige plena disponibilidad durante los 7 días de la semana y las 24 horas del día. La evidencia revela que las personas que tienen más responsabilidades en la escala jerárquica son más propensas a no desconectar y a prolongar las jornadas de trabajo. Hay que llamar la atención sobre el efecto reflejo que produce dicha dinámica de conectividad

permanente sobre el colectivo femenino, puesto que el alargamiento temporal *sine die* de la jornada del personal directivo tiene consecuencias directas sobre el mismo, al producir implícitamente su *autoexclusión*.

OCTAVA.- El proceso de digitalización se ha desarrollado con excesiva frecuencia sin atender a los parámetros legales de limitación del tiempo de trabajo, promoviendo el incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral que resultan muchas veces invisibles, y no remuneradas. Asimismo, las alternativas actuales que posibilitan una ampliación temporal no prevista o no planificada -entre otras la distribución irregular, las horas complementarias etc- no promueven el ejercicio del derecho a la desconexión. Por ello, para que pueda ser correctamente ejercido este derecho es necesario que funcione eficazmente y con certeza el sistema de registro diario de la jornada de trabajo que también promueve la reforma de la reducción de la jornada, garantizando de acuerdo a las directrices europeas, la objetividad, fiabilidad y accesibilidad del mismo (nuevo artículo 34 bis ET). Es una garantía esencial para la fijación del tiempo de trabajo del empleado, y por ende del tiempo de descanso, que ha de ser salvaguardado a través del ejercicio del derecho a la desconexión.

NOVENA.- La interpretación del período de descanso en que se ejerce el derecho a la desconexión ha de entenderse en todo su alcance y no de manera restrictiva, que incluye el descanso intra-jornada, entre jornadas, el semanal y las vacaciones anuales. Hasta la fecha, la tutela judicial de la lesión de este derecho es bien restrictiva, aun cuando se pruebe que las comunicaciones empresariales se han realizado en los tiempos de descanso, dependiendo de las circunstancias que concurren, y de modo principal del número de mensajes enviados, y de su concreto contenido, siendo bien limitados los pronunciamientos estimatorios que sólo se dan en circunstancias de especial intensidad.

DÉCIMA.- Junto a los tiempos de descanso *stricto sensu*, se deben asimilar los períodos de suspensión de la actividad laboral, ya sea por el ejercicio del derecho de huelga, la incapacidad temporal, así como los que inciden en los tiempos de cuidados identificados con los permisos, reducciones o suspensiones. Se trata de períodos temporales en los que la persona trabajadora queda exonerada de prestar sus servicios, o, lo que es lo mismo, se encuentra en un tiempo que no es de trabajo, siendo numerosos los pronunciamientos judiciales en los que se invoca el derecho a la desconexión, generalmente, desestimatorios. El empresario es quien deberá acreditar la necesidad y justificación de la reconexión con el empleado durante dichos períodos suspensivos, puesto que se encuentra plenamente vigente el derecho a la desconexión, salvo que la conexión se justifique de

forma razonable y proporcionada con el estado de la situación suspensiva, al regir el deber de buena fe contractual durante dicha secuencia temporal.

Dicha interpretación es de suma trascendencia para el *enfoque de género* del derecho a la desconexión, puesto que las responsabilidades de cuidado interpelan de forma predominante a las mujeres. La presión que supone la comunicación empresarial en el tiempo de cuidado genera un elevado estrés provocando riesgos de carácter psicosocial, puesto que los períodos dedicados al cuidado reclaman una predisposición personal que no se concilia con el contacto con su empresario, sino que ha de ser estrictamente respetado. La mujer es la que asume las más de las veces gratuitamente, o a su costa el trabajo del cuidado, al reducir sus horas de trabajo; por ello, no se le debe exigir, además, en ese tiempo dedicado al cuidado, la atención a la vida profesional de ningún modo y manera, porque su penalización sería doble.