



REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA TECNOLOGÍA Y LA DIGITALIZACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES: PERSONAS Y COMPETITIVIDAD

NÚMERO 18, FEBRERO DE 2023

ENERO A JUNIO DE 2023, FECHA DE CIERRE ABRIL DE 2023

UNAS NOTAS AL INCIPIENTE CUERPO DE DOCTRINA
JUDICIAL SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN
DIGITAL EN EL TRABAJO

Francisco Trujillo Pons

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS&LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

UNAS NOTAS AL INCIPIENTE CUERPO DE DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

*SOME NOTES TO THE INCIPIENT BODY OF JUDICIAL DOCTRINE
ON THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION AT WORK*

FRANCISCO TRUJILLO PONS¹

*Profesor Ayudante Doctor (acreditado Titular de Universidad)
de la Universitat Jaume I (Castellón, España). Unidad Predepartamental
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado*

Fecha de recepción: 6/2/2023

Fecha de aceptación: 7/03/2023

SUMARIO: 1. EL DERECHO LABORAL A LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO. 2. UNA REGULACIÓN VIGENTE ESCUETA QUE PUEDE GENERAR CONFLICTOS EN SEDE JUDICIAL. 3. LA RESPUESTA CADA VEZ MAYOR DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Desde finales de 2018, España regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. El incremento exponencial en el intercambio de información laboral a través de la utilización de medios o herramientas digitales, como teléfonos móviles, correos

.....

1 El presente trabajo, se enmarca en las líneas de actuación del Proyecto de investigación “Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial” (CIGE/2021/038, Grupos de Investigación Emergentes GE/2022, Generalitat Valenciana). Investigador Principal: Francisco Trujillo Pons. Profesor Ayudante Doctor de la Universitat Jaume I. Unidad Predepartamental de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Eclesiástico del Estado (Castellón, España).

electrónicos, tabletas, videoconferencias o aplicaciones de mensajería instantánea, es cada vez mayor, pues facilitan la realización del trabajo desde cualquier sitio en cualquier momento. Más, por la preponderancia dada al trabajo a distancia, inevitable por la situación del COVID-19. En este contexto, se estudia en el artículo que aquí se presenta el cuerpo de la doctrina judicial atinente a este derecho laboral; escaso en su regulación normativa y que se va aclarando e interpretando a medida que surgen conflictos laborales derivados de la conectividad permanente de las personas trabajadoras.

ABSTRACT: Since the end of 2018, Spain has regulated the right to digital disconnection in the workplace. The exponential increase in the exchange of labor information using digital media or tools, such as mobile phones, emails, tablets, videoconferences or instant messaging applications, is increasing, as they make it easier to do work from anywhere whenever. More, due to the preponderance given to remote work, unavoidable due to the COVID-19 situation. In this context, the article that presents the body of judicial doctrine pertaining to this labor law is studied; scarce in its normative regulation and that is being clarified and interpreted as labor conflicts arise derived from the permanent connectivity of the workers.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, sentencias, desconexión digital, conectividad permanente, trabajadores, conflictos, judicial, empresas, tecnología, dispositivos digitales.

KEY WORDS: Jurisprudence, sentences, digital disconnection, permanent connectivity, workers, conflicts, judicial, companies, technology, digital devices.

1. EL DERECHO LABORAL A LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL TRABAJO

Desde finales de 2018 el legislador español reconoce el derecho a la desconexión digital en el trabajo, a fin de garantizar el descanso del trabajador desde el marco de su intimidad y conciliación personal y familiar. Se trata de un derecho a favor del trabajador que emerge como una garantía a su descanso y a su seguridad y salud en el trabajo (evitando y/o reduciendo los factores de riesgo de la fatiga informática).

Para que sea funcional y que se respete el bienestar de los trabajadores, las empresas han de desarrollar políticas de desconexión para evitar la fatiga informática por la sobrecarga laboral y conexiones permanentes de sus trabajadores. Así mismo, hilado con el nuevo riesgo y emergente en los centros de trabajo, los responsables han de utilizar los canales de comunicación internos para que todos los horarios de trabajo sean conocidos por los compañeros y, por ende, su conexión laboral; solo así se conseguirá que los trabajadores puedan desconectar y beneficiará a que el disfrute de los descansos entre jornadas, semanales y vacaciones sea una garantía. De este modo, el derecho español a la desconexión digital o tecnológica en el trabajo, encuentra acomodo de acuerdo con el siguiente conjunto normativo: 1) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD) como un derecho laboral conforme a sus artículos 88 (desconexión digital), 91 (negociación colectiva), disposición final decimotercera (art. 20 bis ET para empleados y empleadas de empresas privadas) y disposición final decimocuarta (art. 14 j bis para personas trabajadoras de empresas públicas); 2) en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público con la inclusión del señalado artículo 14 bis y; 3) más recientemente, el derecho ha tenido reflejo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD) en cuyo artículo 18, el legislador español se limita prácticamente a remitirse a lo ya establecido en el citado artículo 88 de la LOPDPGDD. Todo ello sin contar con disposiciones convencionales y políticas internas dado que, por remisión expresa de la LOPDPGDD y de la LTD, los Convenios Colectivos, los acuerdos de empresa y las políticas internas a nivel de empresa han de ser el instrumento para vehicular las modalidades flexibles del ejercicio del derecho.

Así, surge en España un derecho laboral muy innovador por sus connotaciones tecnológicas pero que, sin embargo, no debe ser calificado como novedoso dado que el derecho a la desconexión digital en el trabajo ya se encontraba antes de la LOPDPGDD y de la LTD de forma implícita en el derecho clásico al descanso regulado en el ET. Más bien se puede considerar que, el derecho a la desconexión tecnológica de los trabajadores se trata de una manifestación contemporánea del derecho laboral al descanso. En este sentido, el derecho irrumpe debido a que se están difuminando los tiempos de trabajo y los tiempos de descanso, la cual cosa, acarrea problemas a la población trabajadora para conciliar la vida laboral y/o personal y, en suma, disfrutar de un descanso necesario con las consecuencias debidas en su bienestar laboral (la fatiga informática surge como uno de los problemas más recurrentes por la falta del ejercicio del derecho). Está articulado por el legislador nacional como un derecho laboral dispositivo y no absoluto; es la voluntad del trabajador el ejercitarlo o no en el ámbito laboral. En esta línea, las acciones de formación y de sensibilización han de promover la desconexión del trabajador: se deben poner de relieve en esta formación en prevención de riesgos laborales tanto los efectos psicosociales y físicos, como las medidas prácticas para desconectar. De este modo, el trabajador que recibe este tipo de formación tendrá herramientas para autoprotegerse y hacer valer su derecho a la desconexión digital a fin de no sufrir daños en su salud física, mental y social.

Así mismo, 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 con sus empleados y empleadas. Ahora bien, si las empresas vulneran el derecho sin justificación alguna (más adelante se analizarán sentencias respecto a los casos extraordinarios o de “fuerza mayor” donde el derecho quedará invalidado), los trabajadores podrán denunciarlo y, de confirmarse este extremo, deberán exigir el cobro de las horas de trabajo realizadas dentro de su descanso como horas extraordinarias. Y ello porque esta conectividad permanente del trabajador queda insertada en el desempeño de la prestación de servicios al responder mensajes con contenido laboral fuera de su jornada de trabajo. Como tal, este tiempo utilizado por el trabajador ante las demandas empresariales ha de ser considerado como de trabajo y, por ende retribuido, con independencia del lugar en que se genere este estado de alerta comunicativa o expectante del trabajador (hogar u otro lugar). Aspecto distinto, como se decía en líneas anteriores es la conectividad voluntaria que pueda tener el trabajador en sus tiempos de descanso y que a la postre le puede afectar a su fatiga informática ya que, el ejercicio del derecho a la desconexión tecnológica solamente opera en estos tiempos en los que el trabajador puede organizar su tiempo y dedicarse a asuntos personales.

En resumidas cuentas, en España los trabajadores de empresas privadas y los empleados públicos tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del

tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar². Ello con independencia del tamaño de la plantilla de la empresa y del tipo de prestación laboral que realicen los trabajadores ya sea presencial, a distancia o teletrabajo. De este modo, en España, la desconexión digital está configurada como derecho y no como obligación, por lo que cabe que el trabajador conteste pese a estar fuera de su jornada laboral, como también cabe que el comunicante envíe o llame fuera del tiempo de trabajo (en este caso, asume que puede que no reciba respuesta hasta el día hábil posterior). En este plano, si bien es cierto que todo derecho implica el deber de respetarlo, en la génesis del artículo 88 de la LOPDPGDD y de su homónimo para trabajadores a distancia y teletrabajadores, es decir, del artículo 18 de la LTD, el legislador español tendría que haber configurado la desconexión tecnológica como una obligación empresarial en el sentido de prohibir prácticas empresariales que vayan en contra del descanso del trabajador y de su bienestar laboral.

Después, la contraparte, es decir las empresas, están obligadas por un lado, a redactar previa audiencia con los representantes legales de los trabajadores un protocolo interno donde se establezcan las modalidades del ejercicio del derecho (con especial atención en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas) y, por otro lado, a llevar a cabo acciones de formación y sensibilización acerca de un uso razonable de las tecnologías; todo a fin de evitar la fatiga informática. En este punto, cabe concretar que el marco normativo regulador del derecho laboral se refiere a representantes legales de los trabajadores (para el caso de la LTD) y a representantes de los trabajadores (para el caso de la LOPDPGDD), no especifica si han de ser unitarios o sindicales. Sin embargo, en dicha concepción se entienden incluidos ambos tipos de representantes al igual que sucede para la distribución irregular de la jornada (art. 34.2) o para el periodo de consultas para el despido colectivo (art. 51.2 ET). Sea como sea, el papel de estos representantes se torna esencial para establecer un contenido formativo que sea teórico, práctico, suficiente y adecuado para que todos los trabajadores de las empresas se sensibilicen de los riesgos de la fatiga informática y utilicen los dispositivos digitales y telemáticos de una forma saludable.

.....

2 En profundidad TRUJILLO PONS, F. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., La desconexión digital en el trabajo. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia, 2020.

2. UNA REGULACIÓN VIGENTE ESCUETA QUE PUEDE GENERAR CONFLICTOS EN SEDE JUDICIAL

Cuando el legislador español se refiere al derecho a la desconexión digital en el trabajo, lo hace atendiendo a las diferentes “modalidades” de su ejercicio y cómo éstas “(...) atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Estas modalidades suponen un “cajón de sastre” para las empresas, otorgando así una libertad en la elección de las posibles prácticas que deseen (y puedan) poner a servicio de la mejora del bienestar de sus trabajadores. Estas prácticas se han de sostener bajo un plan de desconexión digital y de acciones formativas y de sensibilización aparejadas a la fatiga informática.

Atendiendo al artículo 85.1 del ET, los convenios colectivos pueden regular muchas materias y de distinta naturaleza: económicas, laborales, sindicales y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. Pues bien, una de ellas y por remisión expresa de la LOPDPGDD es el derecho a la desconexión digital en el trabajo. Remisión que es facultativa a la negociación colectiva. Según se extrae del artículo 88 no existe un deber de negociar el ejercicio del derecho a la desconexión digital, pero, al menos, se insta a la implementación del mismo por parte de la negociación colectiva. Hubiese sido más acertado por parte del legislador haber equiparado el derecho al desenganche tecnológico al modo en que regula los planes de igualdad, como también haber acotado mejor el término de lo que se entiende como derecho a la desconexión digital pues, no existe una definición legal, ni tampoco un marco sancionador ni un cuerpo básico de medidas para potenciar el buen uso de las tecnologías con fines laborales; todo ello provoca que sea un término abstracto y que se deje su configuración al arbitrio de la empresa y/o de los representantes de los trabajadores. Ahora bien, ello no obsta a que al existir autonomía en la redacción de los protocolos de actuación se consigan cláusulas muy favorecedoras para que los trabajadores incluidos en el convenio colectivo en cuestión, tengan un derecho real de no contestar llamadas, mensajes o correos electrónicos fuera del tiempo de trabajo.

Después de todo, el legislador español toma clara conciencia de sus efectos, consecuencias e incidencia a nivel organizacional. Sin embargo, lejos de desarrollar el riesgo nuevo y emergente, no aporta soluciones concretas para su evitación. Así, ni la LOPDPGDD ni la LTD prevén medidas de prevención concretas o específicas en relación con el uso abusivo

de las TIC, en especial de los dispositivos telemáticos y digitales. Dicho conjunto normativo parece arrojar más luz respecto a la invasión de la vida laboral en la esfera privada del trabajador y los problemas derivados de la hiperconexión, no obstante, no afronta con el desarrollo merecido el enfoque claramente preventivo que se exige, debidos a la gravedad de los efectos y de las consecuencias de la fatiga informática. Efectivamente, para prevenir el riesgo de fatiga digital y potenciar el ejercicio de la desconexión digital, el legislador español pese a ser innovador y acertado en el diagnóstico de estas situaciones tan potenciales en el actual y venidero mercado laboral, se muestra escueto en el establecimiento de medidas concretas y garantistas para evitar los efectos perniciosos de la conectividad permanente de los trabajadores (en su máxima expresión, no solo los presentes en los centros de trabajo, también los que trabajen de forma remota).

Al igual que la desconexión digital y su concreción conceptual, respecto de esta fatiga informática, cabe señalar que tampoco existe una definición jurídica propia de la misma. De este modo, pese a la innovación del legislador nacional en el reconocimiento del riesgo laboral (no existe país que antes haya hablado de “fatiga informática”), lo hace de forma muy escueta, reconociéndolo en la LOPDPGDD y LTD, simplemente, como un riesgo debido a la falta de desconexión digital de los trabajadores, sin mayores concreciones; por ejemplo, no se remite a la LPRL y a la exigencia de evaluar el riesgo laboral ni tratarlo desde la seguridad y salud en el trabajo. Esta falta de definición puede aportar una inseguridad jurídica a las partes de la relación laboral.

Con todo, el legislador español en lugar de desarrollar de forma completa el derecho, cede el papel de la autorregulación del mismo a las partes de la relación laboral, de modo que es a nivel colectivo, en forma de acuerdos o políticas donde el derecho laboral se configura. En efecto, con arreglo a las líneas precedentes referidas al estudio del marco jurídico, las empresas (con independencia de su tamaño, así como si son públicas o privadas) han de contar con una política interna de desconexión tecnológica dando previa audiencia a la representación legal de los trabajadores. Esta política interna, se ha de integrar en sus planes de formación que consiga normalizar conductas positivas en el trabajo, ejecutando, por ejemplo, acciones de sensibilización a los trabajadores. Desde este prisma, las actuaciones formativas han de dar a conocer al personal de las empresas el derecho a desconectar del trabajo en la gestión y respeto del tiempo de trabajo y las consecuencias que pueden producirse para la salud mental y física. Es fundamental subrayar que, para el correcto ejercicio del derecho su cumplimiento se debe dar exclusivamente dentro de la esfera laboral. Aquí, son esenciales los Convenios Colectivos que, al igual que los protocolos de actuación, determinan medidas para garantizar que los trabajadores desconecten digitalmente de su trabajo y con ello, se evitan que afloren los distintos factores de riesgo aparejados a la fatiga informática.

3. LA RESPUESTA CADA VEZ MAYOR DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL TRABAJO

A sentado lo anterior, en este punto se van a estudiar los primeros pronunciamientos judiciales españoles que empiezan a tratar de interpretar un derecho laboral regulado de una forma muy escueta y sin el desarrollo que merece, lo que genera la aparición de conflictos en sede judicial. Del mismo modo que en la ponencia que se llevó a cabo en la Universidad de Valencia en el Congreso a cargo de la Cátedra “La tecnología y digitalización en las relaciones laborales: personas y competitividad”, a fecha de 17 de noviembre de 2022 y que es el germen del presente artículo, se va a hacer un tratamiento de determinados pronunciamientos judiciales, primero, previos a la regulación del derecho laboral en España (esto es, antes de 2018) y, segundo, posteriores a la misma (esto es, después de 2018). Consecuentemente, antes de la existencia de la señalada normativa específica sobre la desconexión digital en el ámbito laboral la jurisprudencia, en su labor interpretativa, resolvió en varias ocasiones conflictos acerca del necesario tiempo libre del trabajador y de la conectividad constante de los trabajadores en la utilización de las herramientas de trabajo.

Por ejemplo, la ya lejana SAN de 17 de julio de 1997 (AS/1997/3370, rec. 120/1997), es de significar en tanto pone patente el grave perjuicio que supone la fatiga informática para la salud física, mental y social del trabajador, ante una obligación empresarial de “mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles de la empresa y de todos sus clientes. Se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del ET, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento”. Una sentencia antigua y que da buena fe de cómo han de ser totalmente nulas, todas aquellas instrucciones empresariales que exijan mantener una atención de los trabajadores a los dispositivos digitales una vez finalizada su jornada laboral.

A continuación, también es destacable la STC 192/2003, de 27 de octubre (rec. 192/2003), que según recalca la doctrina iuslaboralista³ alude al derecho a la desconexión, pero indi-

.....

3 PÉREZ CAMPOS, A.I., “La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?” Anuario Jurídico y Económico Escorialense, LII, 2019) 101-124, p. 18.

rectamente, en el sentido de fortalecer el derecho consagrado del trabajador al descanso. Así, todo el tiempo libre que tenga el trabajador debe ser de descanso. Desde esta visión, el derecho a la desconexión digital opera “(...) como un límite infranqueable del poder de dirección, con el objetivo final de garantizar la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, de manera que toda concepción empresarial que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo de la empresa sería inconstitucional, al reducir a simple factor de producción la persona del trabajador (...)”⁴. Esta concepción empresarial que considera el tiempo libre como tiempo vinculado al trabajo, de modo indubitado, resulta incompatible con los principios constitucionales enunciados en el artículo 10.1 de la CE: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. Al calor de la CE, cabe apuntar que el derecho laboral al descanso tecnológico está ligado a dos derechos constitucionales: el derecho a la privacidad⁵ y el derecho al descanso con sus implicaciones en la seguridad y salud en el trabajo. En primer lugar, respecto a dicho precepto de la CE, según el cual “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. No obstante, existe doctrina⁶ disonante sobre esta conexión por lo que la jurisprudencia ha de aclarar e interpretar el mismo.

Sea como sea, el cambio de la cultura de empresa y de ciertas formas de actuar pueden ayudar mucho a generar un ambiente tecnológico saludable. A modo de ejemplo, existe jurisprudencia en España que estima la vulneración del derecho a la desconexión digital y, por tanto, reconoce los riesgos de la fatiga informática, simplemente basándose en que un trabajador no solo tuvo que llevarse a su casa un dispositivo corporativo (en concreto, un sistema de posicionamiento global -“acelerómetro”-) sino que, además tuvo que estar pendiente de cargarlo para el día siguiente (STSJ de Cataluña, de 23 de mayo de 2013 núm. rec. 6212/2012). Esta situación le puede generar una fatiga a todo trabajador con la sensación urgente de tener el dispositivo tecnológico listo para el día siguiente. Concretando el contenido de sentencia, la empresa instaló en los teléfonos móviles de los trabajadores de mantenimiento dicho acelerómetro para captar el movimiento o la ausencia del mismo, argumentando que la instalación era por motivos de accidentes de trabajo que pudieran sufrir los trabajadores. Sin embargo, la obligación de llevarlos consigo en todo momento, incluso fuera de la jornada laboral (para recargarlos) no iba en la dirección de dicha argumentación. Así, reforzando lo subrayado con anterioridad respecto a la fatiga digital, el

.....

4 RECHE TELLO, N., “La Desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad” IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball, [en línea], 2019, n.º 3, pp. 31-54.

5 MOLINA NAVARRETE, C., “Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: desconexión digital, garantía al descanso” Temas laborales, núm. 138/2017, 2017, pp. 249-283.

6 En el sentido de que la disposición final primera (DF 1ª) de la LOPDPGDD establece que su art. 88 “tiene carácter de ley ordinaria, no de ley orgánica, dato suficientemente indicativo de que no existe relación directa alguna entre los arts. 88 LOPDPGDD y 18 1 CE”.

TSJ, entiende que dicha “responsabilidad que se traslada al trabajador fuera de la jornada laboral, lleva consigo un perjuicio en su salud por la preocupación que tiene de tener que está pendiente del citado dispositivo, y la incidencia que ello tiene no solo para él sino también en lo que es esa esfera privada personal familiar que la empresa demandada no puede tener interferencia alguna, ni siquiera por motivos tecnológicos, generando un riesgo psicosocial que la empresa tenía que haber previsto”.

Tras estos pronunciamientos judiciales, el TS, en su sentencia del 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), también arrojó luz a la regulación que, años posteriores saldría en España, en concreto al respecto de una controversia sobre la validez de una cláusula específica por la que una empresa incluía en los contratos de trabajo que, en virtud de la cual, determinaba lo siguiente: “las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa en este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto”. Sobre este contenido, el Alto Tribunal español no se opuso a que, de forma voluntaria, se pudieran poner aquellos datos a disposición de la empresa, máxime con la relevancia de los medios telemáticos y la facilidad de comunicación, más bien al hecho de que “(...) en el contrato de trabajo se haga constar como específica cláusula/tipo que el trabajador presta su voluntario consentimiento a aportar los referidos datos personales y a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata, siendo así que el trabajador es la parte más débil del contrato y ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario sobre tal extremo”. Por tanto, según esta argumentación se aprueba la voluntad del trabajador de prestar sus datos de contacto. En cualquier caso, no es recomendable que lo haga dado que puede incrementar sus niveles de fatiga informática al recibir, eventualmente, comunicaciones incesantes a su teléfono móvil u ordenador personal.

Seguidamente, ha de recordarse que el derecho a la desconexión digital, en la práctica se traduce en el hecho de que durante el tiempo considerado como de descanso, el trabajador tiene derecho a no estar conectado digitalmente con su empresa; esto es a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros, clientes o proveedores por razones laborales. Igualmente sucede para el trabajador a distancia o para el teletrabajador y así se ha manifestado la jurisprudencia española años atrás a la normativa específica que regula el derecho laboral al desenganche tecnológico. Como muestra un botón: la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de febrero de 2016 (núm. rec. 2229/2015) señaló que “el tiempo de

trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo”, por lo tanto, “aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos”.

En un segundo bloque, es decir, del estudio de la doctrina judicial española posterior a la regulación a la desconexión digital en el trabajo, afortunadamente, desde el 2018 hasta ahora, están apareciendo pronunciamientos judiciales que dotan de cuerpo de doctrina judicial un derecho laboral que, en su génesis, está configurado por el legislador nacional de forma indeterminada y laxa, dando flexibilidad absoluta a los Convenios Colectivos y/o a los protocolos internos de las empresas.

De este modo, dando inicio al estudio jurisprudencial más reciente sobre el derecho laboral, dos años después de la regulación del derecho por la LOPDPGDD, en la senda de las guardias domiciliarias, se manifiesta la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2020 (rec. núm. 628/2020) que, de forma significativa, analiza el caso de un trabajador de sistemas (tareas informáticas) que firmó con su empresario un pacto de “sistema de gestión de la disponibilidad”. Según dicho pacto, se había establecido un sistema fuera del horario habitual de prestación de servicios, con el objeto de proporcionar asistencia y soporte informático a los empleados y profesionales de la empresa que puedan requerirse en horarios distintos al habitual, por el cual el trabajador, se comprometía durante los periodos de guardia en que sea designado a tal efecto por el responsable del departamento, a permanecer fuera de su jornada ordinaria a la expectativa de las posibles llamadas o avisos que pueda recibir para realizar cuantos servicios le sean requeridos dentro de su actividad habitual, procediendo a atender y solucionar los mismos, encontrándose en situación de guardia 1 de cada 4 semanas distribuidas de modo alterno. Esta eventual disponibilidad constante del trabajador no significa que las horas realizadas no sean laborales y, por ende, retribuidas. Desde esta perspectiva, existen ciertas profesiones como las sanitarias, las cuales es común pensar en trabajadores contestando llamadas o correos electrónicos desde su casa fuera del horario laboral, tal y como se conoce, por ejemplo, durante las conocidas guardias domiciliarias. Durante las mismas, el trabajador tiene que estar en su casa, pero disponible (con medios telemáticos proporcionados por su empresa encendidos y cargados) para atender cierta situación cuando se le requiera. Este tipo de guardias se abonan, convencionalmente, como tiempo de trabajo puesto que el trabajador tiene que estar disponible y difícilmente puede dedicarse a hacer otro tipo de cosas. Así pues, en general, cuando un trabajador perciba un plus o complemento salarial de “disponibilidad” o se encuentre en un “sistema de guardias”, tal y como se pueda regular en su Convenio Colectivo de aplicación o en el protocolo interno de desconexión digital, no se le aplicaría el derecho; como contrapartida, puede sufrir la sobrecarga digital durante dicho tiempo de disponibilidad.

Dicho lo cual, con la Sentencia del TSJ de Madrid queda acreditado un pacto remunerado que respondía a que, una semana del mes, el trabajador debía estar atento fuera de su jornada a cualquier eventualidad por requerimiento de atención por problemas del sistema por parte de algún trabajador de la empresa. Como es obvio, este tipo de trabajador puede sufrir incluso los fines de semana una sobrecarga digital, y ello debido a su especialidad por la que no puede negarse a trabajar un domingo al tener que estar disponible por eventuales colapsos del sistema informático de la empresa que necesitan ser atendidos de forma urgente e inmediata. En estos casos, en los que existe un pacto de sistema de gestión de disponibilidad, si el trabajador no presta servicios puede ser sancionado por ello. Con todo, la STSJ de Madrid determina que el pacto firmado de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador era retribuido (500 euros por la semana de guardia) por lo que no pudo negarse a prestar servicios los domingos alegando una vulneración del derecho a la desconexión digital. En suma, la reclamación del trabajador en la que exigía el cobro de horas extraordinarias por vulneración del derecho a la desconexión tecnológica, fue desestimada.

El análisis de esta sentencia sirve para afirmar que un régimen de trabajo de estas características choca de frente con la garantía de la empresa de velar por la seguridad y salud de los trabajadores en casos de fatiga informática. Estos pluses, complementos o sistemas de guardia (también disponen de ellos los conductores de ambulancia o vigilantes) invalidan la normativa sobre desconexión digital en el trabajo que, como es sabido tiene como finalidad, entre otras, el garantizar el respeto a “su tiempo de descanso, permisos y vacaciones”. Para evitar más conflictos judiciales sobre la definición de tiempos de trabajo y descansos, se exigen mayores concreciones de la consideración de los mismos, ya que la desconexión digital solamente opera en los tiempos propios de descanso (de ahí que si el trabajador cuenta con pluses de disponibilidad o sistemas de guardias, durante ese tiempo considerado como de trabajo, no opere el derecho laboral).

El contenido de esta doctrina judicial resulta interesante además porque sirve de ayuda para recordar la positivización del derecho laboral en España y para reincidir en normativa y pronunciamientos comunitarios sobre estos tiempos. Así, según su contenido es de significar la siguiente literalidad: “(...) Ello implicaría, en una interpretación literal del párrafo primero, el derecho a la desconexión durante el “tiempo de descanso, permisos y vacaciones”, esto es, durante todo el tiempo que no sea de trabajo, conforme a la definición de la Directiva 2003/88/CE, lo que determinaría la ilegalidad pura y simple de todo sistema de guardias de localización que obliguen a la conexión durante esos periodos. Esa interpretación extrema se suaviza por los párrafos siguientes del mismo artículo, que se remiten a la negociación colectiva y al establecimiento de políticas de empresa, pero la solución dista de estar clara, por cuanto implica la redefinición del concepto de tiempo de

trabajo con arreglo a la Directiva 2003/88/CE, la extensión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con el Reglamento UE 2016/679 de 27 de abril de 2016) y la extensión del derecho fundamental a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que es de aplicación directa e incondicionada conforme a sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 (TJCE 2018, 246) y 570/16, *Wuppertal*, 6 de noviembre de 2018, C-684/16 (TJCE 2018, 251), *Max-Planck- Gesellschaft* y 13 de diciembre de 2018 (TJCE 2018, 298), C-385/17, *Hein*). Esta redefinición conceptual exigirá muy posiblemente de una interpretación uniforme para la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el órgano competente”.

Siguiendo el camino del famoso caso *Matzak*, este tipo de “sistema de gestión de la disponibilidad” choca y pugna con la normativa específica española de desconexión digital y con el riesgo laboral nuevo y emergente de fatiga informática. En estos casos, hay que considerar que existe obligación presencial cuando al trabajador se le requiere la presencia en el lugar de trabajo en un tiempo tan mínimo (ocho minutos en aquel caso) que, de hecho, queda obligado a permanecer en los alrededores del lugar de trabajo durante el tiempo de disponibilidad. Así mismo, profundizando en este sentido, el Tribunal de Madrid señala que “esa normativa y doctrina presenta serias dificultades de adaptación a los supuestos de teletrabajo, que son cada vez más relevantes y más en las circunstancias históricas que vivimos. El concepto de teletrabajo puede comprender supuestos muy diferentes unos de otros, puesto que incluye tanto los casos de trabajo en el propio domicilio del trabajador, como los casos de trabajo en lugares preestablecidos por la empresa y dotados de infraestructura para ello, siempre que no sean fijos y el trabajador pueda elegir entre ellos, como los casos en que el trabajador puede elegir libremente el lugar desde donde presta los servicios, usando para ello medios electrónicos portátiles para su conexión y/o prestación”. Así mismo, continúa señalando que “el régimen de flexibilidad horaria puede ser variable entre el extremo de que el trabajador haya de estar conectado y/o prestando servicios en un horario concreto hasta el otro extremo en que tenga plena libertad para decidir los momentos en que se conecta y/ o presta sus servicios”. Con todo, es de reseñar que “la controversia se centra en las horas extraordinarias realizadas fuera de los periodos de guardia. En esos periodos, las horas realizadas podrían resultar del tiempo de trabajo presencial (teniendo consideración de tiempo de trabajo todo aquel tiempo de obligación presencial en un lugar determinado a disposición de la empresa), pero también del tiempo prestado en régimen de teletrabajo. No cabe la menor duda de que el tiempo de prestación de ser-

vicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial (por ejemplo, atendiendo llamadas laborales u otro tipo de trabajo a distancia por correo electrónico u otros sistemas de mensajería o mediante aparatos portátiles conectados a la red), debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada”.

Ahora bien, en concordancia con lo señalado respecto a los posibles pactos que invalidan la desconexión digital o los sistemas de guardias, cabe referirse a los periodos de formación que se puedan desarrollar, total o parcialmente, fuera del horario normal de trabajo que pueden difuminar el derecho y sobrecargar digitalmente a los trabajadores; estos periodos de formación, en la actualidad, se han visto potenciados en su modalidad *on-line* o a distancia. En este sentido, cabe señalar que no es relevante para clasificar dicho tiempo como de trabajo dado que, la Directiva, no realiza distinción alguna según que dicho tiempo de formación se preste o no dentro de las horas de trabajo normales (STJUE 28/10/21, C-909/19). Esta última argumentación, precisamente coincide con el criterio de la STSJ de Madrid 962/2020, de 4 de noviembre de 2020 (núm. rec. 430/2020), por el que particularmente, relaciona el tiempo de trabajo y la desconexión digital aclarando qué tiempos son los que afectan al derecho, si los propios de descanso o los propios de trabajo. La Sentencia resuelve un caso determinado en el que se pone de relieve cómo las dos horas de realización de un curso *on-line* son reconocidas por la empresa como tiempo de trabajo y, por tanto, “no existe derecho a la desconexión tecnológica dentro del tiempo de trabajo, sino solamente dentro del tiempo de descanso”. Como sigue la sentencia, el derecho laboral está preservado cuando se obligue a la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se obligue al trabajador a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas. “Se trata de un mínimo legal insoslayable por la negociación colectiva y aplicable *ex lege* y que debe ser garantizado, en virtud del desarrollo que en este punto realiza la Ley Orgánica 3/2018 del art. 18.4 de la Constitución, aunque estemos fuera del marco del teletrabajo hoy (“para entonces”) regulado por el Real Decreto-ley 28/2020 (“el antecesor de la vigente LTD”)

En síntesis, según esta sentencia, el derecho a la desconexión digital y, por tanto las medidas que favorecen y promueven el buen uso de las herramientas tecnológicas para evitar la fatiga digital, no afectan cuando la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal. En consecuencia, no solo puede quedar invalidado el derecho al descanso tecnológico del trabajador cuando el empresario alegue circunstancias excepcionales y de urgente necesidad que requieran la disponibilidad del trabajador pese a estar fuera de su tiempo de trabajo, también puede quedar invalidado el derecho cuando la empresa obligue a los trabajadores obligar a realizar actividades con carácter preceptivo fuera del horario ordinario. Desde luego estas actividades preceptivas serán

consideradas como de tiempo de trabajo efectivo y retribuidas y podrán ser tanto de carácter presencial como a distancia. Así, la STSJ de Madrid concluye en los siguientes términos: 1) el trabajador sí tiene derecho a la desconexión digital en su tiempo de descanso. Es decir, se le reconoce a aquél el derecho “a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales”; 2) el hecho de que empresa ordene realizar trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal no supone automáticamente la afectación del derecho a la desconexión digital y, por tanto, a la intimidad personal y familiar; 3) las horas que rebasen la jornada habitual y ordinaria del trabajador tendrán la consideración de horas extraordinarias. Estas últimas solo tienen carácter obligatorio cuando así se haya pactado individual o colectivamente (art. 35.4 ET); 4) si la realización de trabajo efectivo (presencial o a distancia) fuera del horario normal conlleva un cambio del mismo o de la jornada ordinaria, estaremos ante una más que posible modificación unilateral de las condiciones de trabajo.

Al calor de lo señalado, conviene puntualizar que, además de los derechos que recoge (intimidad, descanso, seguridad y salud y dignidad personal), la desconexión digital en el trabajo también se vincula con el señalado artículo 18.4 de la CE relativo a las protecciones frente al uso de la informática para los ciudadanos y, por extensión, para los trabajadores. De cualquier forma, como se ha afirmado, habrá que estar a la expectativa si la cuestión asciende al Tribunal Supremo (TS) o, directamente, si se aclara todo en un futuro desarrollo reglamentario del derecho laboral.

Después, el ejercicio del derecho a la desconexión digital en el trabajo por parte de los trabajadores no conlleva, en principio, medidas sancionadoras, ni tampoco podrá influir de manera negativa en los procesos de promoción, evaluación y valoración. Acorde con esta cuestión, es importante otro pronunciamiento judicial que, versa especialmente, sobre los sistema de evaluaciones que, a nivel interno, pueden existir en determinadas empresas a fin de aumentar el nivel salarial de sus trabajadores. Es el caso de la relevante (por ser innovadora y pionera en este tratamiento) de la SAN 4217/2021 de 18 de octubre de 2021 (Nº de Recurso: 182/2021). Esta sentencia destaca el conflicto colectivo generado entre empresa y comité de empresa al considerar, éste último, que el sistema de evaluación llevado a cabo (en los exámenes para subir de categoría según Convenio) era ineficiente. Especialmente, la empresa ponderó la evaluación para subir de nivel salarial el cumplimiento de los prerequisites para el acceso y la consecución de una nota mínima de 7 sobre 10 puntos. Esta prueba según la empresa consistía en dos aspectos evaluables diferenciados: por un lado se medían los “Conocimientos Técnicos” y, por otro, los “Comportamientos Observables”. Los primeros se evaluaban a través de un test presencial de 100 preguntas y, los segundos, aspecto más conflictivo, se evaluaban una serie de valores

(un total de cinco) de los trabajadores conocidos como: “Valores *Babcock*”: *Health & Safety* (seguridad y salud), *Deliver* (operativa), *Challenge* (mejora continua), *Respect & Trust* (trabajo en equipo y liderazgo), *Relationship & Reputation* (relaciones y reputación) y *Complexity* (compromiso e implicación). Este último valor, fue considerado como abusivo por el comité de empresa, porque la disponibilidad fuera de horario de trabajo no debería ser un valor por considerar, puesto que todo trabajador tiene un claro derecho al descanso y a la desconexión digital, por lo que no tiene obligación alguna de estar disponible y, por tanto, no debería ser penalizado en sentido alguno por ello. Así, la representación de los trabajadores considera que la empresa ha vulnerado el derecho a la desconexión tecnológica de aquellos que se encontraban descansando. Una sentencia que, en suma, destaca que el aumento de la conectividad en el trabajo no debe dar lugar a ningún tipo de discriminación o consecuencias negativas en lo que respecta a la contratación o la promoción profesional (en particular, también cabe afirmar: para padres de familias monoparentales, mujeres, personas de edad avanzada y personas con discapacidad).

En otro orden, también se debe analizar otra situación de conflicto que puede ser reincidente a futuro sobre la aplicación del derecho laboral. Así, acorde a la sentencia del TSJ de Madrid, de 24 de octubre de 2021 (núm. rec. 605/2021), se expone sobre debate el “*dies a quo*” para el cómputo de plazo de caducidad de veinte días (ex art. 59.3 ET) a contar desde una fecha determinada en la que se realizó una comunicación vía correo electrónico corporativo. A mayor abundamiento, la parte demandada que llevó a cabo esta comunicación a la actora (sobre un cambio en el sistema de retribución variable) argumentó que para el cómputo de plazo de caducidad debió ser considerado una de las dos fechas siguientes: bien el 30 junio 2020 (fecha en que remitió por correo electrónico a todos los comerciales, incluida la actora, la información sobre la retribución variable) o el 14 julio 2020 (en que tal comunicación volvió a remitírsele a su correo electrónico), siendo que la demanda se presentó el 12 enero 2021. La parte actora, en cambio, consideró que el plazo de caducidad solamente podría computarse desde el 15 diciembre 2020, que es cuando la actora abrió el correo electrónico que le fue remitido el 10 diciembre 2020 (en esta fecha además se añade un carácter de urgencia en el siguiente sentido textual: “Hola Eva, esta es la carta que te envíe y que ya necesito con urgencia firmada, la necesita ya. Si no vas a venir. La firmas y la haces una foto con el móvil y me la envías”). Claramente existe un sesgo de la urgencia del *e-mail* que sufre el receptor del mensaje; tal y como está redactado, en ningún momento el emisor añade explícitamente una expectativa de respuesta ni al principio del mensaje ni en el cuerpo del mismo.

Como se recoge en la sentencia, los envíos de estos correos electrónicos a la dirección corporativa de la actora adquirieron una connotación más relevante al encontrarse ésta, en situación de baja médica (incapacidad temporal) e incluida en ERTE. La actora señaló

que no quedó acreditado que accediese a su correo corporativo, por lo que no cabe presumir que rehusase voluntariamente la notificación (según jurisprudencia, el rehusé de la comunicación debe equipararse a la notificación de ésta). He aquí la importancia de la sentencia al interés del monográfico: según la actora, se le vulneró su derecho a la desconexión digital en el trabajo dada la señalada circunstancia tan especial de se encontraba en situación de baja médica, por lo que no venía obligada a abrir y leer las comunicaciones que por correo electrónico le dirigió la empleadora. Así las cosas, como se concluye en la sentencia, “no concurre caducidad, pues la fecha de comunicación a la actora de la modificación afectante a su retribución variable debe entenderse que fue el 15 diciembre 2020 (fecha en que consta que, hallándose ya de alta médica, abrió el correo electrónico remitido el día 10 anterior). Y entre 15 diciembre 2020 y 12 enero 2021 (fecha de presentación de la demanda) transcurrieron solamente once días hábiles. Por tanto, se estima el motivo”. En síntesis, aprovechando esta sentencia cabe recordar que, en situaciones donde los trabajadores se encuentran en situación de incapacidad temporal (que por extensión se puede equiparar a situaciones de ERTE, desempleo, excedencias, reducciones de jornada, vacaciones, descansos diarios, semanales, vacaciones, permisos, festivos, etc.), obviamente, no tienen obligación de contestar correos electrónicos corporativos, ni cualquier otro mensaje o incluso llamadas, por vía diferente. Máxime cuando según el caso analizado, se entiende que la empresa era conocedora de esta situación y se le imponía una “urgencia” en la respuesta. Así, de forma lógica se valida la posibilidad del trabajador de contestar estos mensajes una vez reincorporado de la baja y, encontrándose en su puesto de trabajo, accede a su cuenta de correo electrónico de la empresa para apreciar los mensajes en su bandeja de entrada. En resumen, la sentencia determina que, estando la trabajadora en situación de baja por incapacidad temporal y de acuerdo con el derecho a la desconexión digital en el trabajo el plazo de caducidad frente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (con afectación al sistema de retribución variable) comunicada a través de un *e-mail* comienza desde el instante que se ha producido la reincorporación una vez finalizada la baja (no hay constancia de que la trabajadora haya abierto el correo corporativo).

Esta sentencia del TSJ de Madrid, de 24 de octubre de 2021 hay que ponerla de relieve por el valor que tiene y cómo relaciona los marcos que la norma aplica a los plazos de caducidad de la acción en derecho laboral, los cuales, deben interpretarse de acuerdo a los tiempos en que se aplican. La desconexión digital y la obligación de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores o, como se ha detallado, en los tiempos de recuperación durante bajas laboral, se convierte en un elemento determinante para decidir el momento en el que la trabajadora debe darse por notificada respecto de una comunicación de la empresa remitida a su dirección de correo electrónico corporativo. Así pues, reincidiendo

en lo ya señalado, nunca comenzará el plazo de caducidad de la acción hasta que el trabajador abra dicho *e-mail*, por lo que la fecha del envío deja de ser determinante para serlo la fecha de apertura del mismo que, por aplicación del artículo 88 de la LOPDPGDD, puede ser realizado en tiempo de trabajo al no estar el trabajador obligado a atender o responder a esas comunicaciones fuera de su jornada laboral, bien porque haya finalizado, bien porque se encuentre de permiso o vacaciones o bien porque se encuentre de baja médica independientemente de su origen. En consecuencia, el tiempo que coincida con aquél en el que puede invocarse el derecho a la desconexión tecnológica debe considerarse inhábil a efectos del cómputo de los plazos de caducidad.

A continuación, conviene detallar un ejemplo de existencia de modificación sustancial tal y como se muestra en la STSJ de Galicia, 5240/2020, de 29 diciembre de 2020 (Rec. 3/2020) que trata el acuerdo de desconexión tecnológica y registro de jornada en la empresa BBVA. Según su contenido, se da la razón al sindicato gallego CIG y condena a la empresa a reponer a los trabajadores en sus condiciones anteriores al entender que la compañía, en este caso en concreto, llevó a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo encubierta dentro de la implantación de una herramienta informática para cumplir con el registro de jornada y en materia de desconexión digital.

En este mismo plano, también debe subrayarse la SJS 3 de Palma de Mallorca de marzo de 2020 por la que se admite el registro horario que ofrecen las conexiones de los ordenadores. Más en concreto, se condena a la empresa por exceso de jornada, habiendo cometido dos infracciones graves (en grado máximo). El fallo se refiere a un caso anterior a la entrada en vigor del señalado registro de jornada, pero introduce una novedad aplicable a la nueva normativa del control de jornada: la jueza admite el registro que ofrecen las conexiones de los ordenadores de los empleados, con lo que la mera constancia de que el dispositivo ha estado encendido un número de horas presume que todo ese tiempo constituye jornada de trabajo. En este caso, se trató de las conexiones realizadas a dos programas que, a juicio de la jueza, demuestran el exceso de jornada.

Al abrigo de lo anterior, así mismo pueden destacarse dos sentencias interesantes que ponen sobre la mesa posibles problemas informáticos de la empresa y con ello de desconexiones hacia el trabajo de sus empleados, como también cursos de formación y su retribución [con similitudes a la señalada STSJ de Madrid 962/2020, de 11 de noviembre (núm. rec. 430/2020)], todo relacionado con el registro de la jornada de trabajo. La obligación de registro y las modalidades de desconexión son dos aspectos básicos y fundamentales que deben ser considerados al unísono.

En esta misma tarea de recorrer la jurisprudencia española, ha de reflejarse el caso tratado en la SJS (núm. 6) de Oviedo, 7649/2021, de 22 de noviembre de 2021 (núm. rec. 774/2021), reafirmada por la SJS de Gijón 7609/2021, de 9 de 12 de diciembre de 2021

(núm. rec. 621/2021). De acuerdo con estas sentencias, la utilización de dispositivos de comunicación mediante teléfono móvil, *WhatsApp* o correo electrónico, para recibir o transmitir noticias, datos o información relativas al trabajo, no constituye vulneración alguna del derecho a la desconexión digital. En particular, se descarta la existencia de una transgresión del derecho a la desconexión tecnológica si el trabajador es incapaz de acreditar que la empresa le envió un *WhatsApp* en su tiempo de descanso. Aquí, el trabajador que pueda sentir fatiga informática ha de recabar todas las pruebas posibles para demostrar el momento temporal exacto en que la empresa le manda comunicaciones a través del programa de mensajería instantánea. En base a esta máxima, existen ciertas actividades que se realizan fuera de lo locales (por ejemplo, conductores) donde las empresas tienen la necesidad de comunicar a los trabajadores circunstancias tales como modificación de horarios, cambio de rutas asignadas, sustituciones por circunstancias especiales como pueden ser bajas laborales, permisos o ausencias por cualquier motivo, o cualquier otra circunstancia de la que sea preciso informar de manera directa y urgente al trabajador; situación que ninguna relación guarda con la utilización de tales medios de comunicación para que el trabajador, fuera de su horario laboral, desempeñe algún tipo de actividad relacionada con su trabajo, que es a lo que se refiere el derecho a la desconexión digital. Dicho de otro modo, no debe confundir el derecho a la desconexión digital con la existencia de una línea o medio de comunicación entre empresa y trabajadores legitimado por ambas partes de la relación laboral. Por ejemplo, correos electrónicos, o *WhatsApp* tan habituales para recibir o transmitir información referida a la actividad laboral y no para el desarrollo del trabajo. De este modo, el trabajador no puede alegar la vulneración del señalado derecho con un medio de comunicación legítimo y del que no ha mostrado oposición alguna a su utilización en el trabajo o fuera de él⁷.

En otro orden, el Juzgado de lo Social número 4 de Santander, declaró como improcedente el despido disciplinario de un teletrabajador (prestaba servicios de “*call center*” desde su domicilio) debido al incumplimiento de las horas de trabajo, desconectarse antes de la finalización de su jornada y no justificar dichas desconexiones. El trabajador basó la impugnación del despido, en múltiples fallos del sistema, los cuales, los puso de manifiesto

.....

7 A estos efectos, la señalada sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo es ilustrativa al sintetizar esta cuestión de acuerdo al siguiente tenor literal: “En una era digital como en la que nos encontramos, las comunicaciones escritas están siendo sustituidas de manera progresiva y generalizada por las de tipo digital, de manera que lo que antes era un buzón de correos donde se depositaban las comunicaciones, ahora hay un buzón digital en el que se depositan las mismas; y del a misma manera que antes el trabajador era libre de abrir o no el correo físico, ahora también es libre de abrir o no el buzón digital, de manera que si la empresa le remite un mensaje por *WhatsApp* o por correo electrónico, y el demandante los abre, implícitamente está admitiendo la legitimidad de tal medio de comunicación; cuestión distinta es el contenido de los mensajes, ya que una cosa es el medio de transmisión y otra distinta el contenido que se comunica, al cual el trabajador puede hacer caso o no; pero lo que se está analizando en este apartado es la legitimidad de la empresa para enviar mensajes por esos medios telemáticos a los trabajadores, lo que a tenor de lo dicho no supone vulneración de derecho fundamental alguno”.

a su empresa. Una argumentación verosímil en tanto probó con indicios más que suficientes a través de pantallazos y mensajes cómo quedaba evidenciado que el trabajador ponía en conocimiento de la empresa los problemas de conexión. Y no solo ello, una compañera del demandante, que compareció en la vista como testigo, ratificó dichos constantes fallos de conexión. En suma, el juez determina que no queda acreditada la voluntariedad en la desconexión, lo que aboca a calificar el despido como improcedente. Así, la desconexión digital del trabajador en horas de trabajo no puede suponer una represalia empresarial (despido o sanción disciplinaria) si se demuestra que ha sido por motivos ajenos a la voluntad del mismo en tanto que se pueda evidenciar los problemas en la red y en la conexión a *Internet* o a aplicaciones de trabajos como “*call center*”. Adherido a estos problemas de conexión, conviene citar la sentencia número 104/2021 de la AN de 10 de mayo de 2021 que da respuesta a una duda común de los teletrabajadores, esta es, si deben recuperar el tiempo de trabajo perdido como consecuencia de problemas de conectividad, en el suministro de luz, o cualquier otro problema técnico que les impida el desarrollo de su actividad laboral. Así, la sentencia de la AN señala en su fallo “que, caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de *Internet*, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia”. Una sentencia de la que cabe recurso y que puede llegar al Alto Tribunal, mientras tanto, bajo estas circunstancias, siempre que se acrediten estos fallos de conectividad, por lo general se computará como tiempo efectivo de trabajo, aquel en que no pueda prestarse servicios en modalidad de teletrabajo como consecuencia de problemas de conectividad, suministro o mal funcionamiento de los medios de trabajo no imputables a la persona teletrabajadora. Obviamente todo ello no sirve de nada sin la implantación de sistemas de registro de jornada que acrediten de forma fehaciente el inicio y finalización de la jornada, o de sistemas de desconexión digital. En este sentido, como aviso a las empresas obligadas en la implantación de estos sistemas, el registro de jornada que implanten no deberá reflejar descuento del tiempo de trabajo que no se realice actividad como consecuencia de estos problemas.

Desde este mismo marco, más recientemente, el TSJ Madrid (Social), sec. 6ª, de 24 de enero de 2022 (nº 26/2022, rec. 872/2021) declaró como procedente por transgresión de las reglas de buena fe y la diligencia, el despido de un teletrabajador que incumplió el deber elemental básico de realizar la tarea laboral encomendada porque se desconectaba injustificadamente durante su jornada; motivo por el que no se ajustaban a la realidad sus

fichajes horarios. Fue considerada esta actuación como un incumplimiento muy grave por su contenido y reiteración. Según determina la sentencia, resultó irrelevante que la empresa, por un lado, no acreditase los perjuicios sufridos que se presuponía por los salarios abonados sin contraprestación y, por otro lado, no advirtiese al trabajador, pues no había tolerado previamente ese comportamiento irregular. Más en particular, se confirma la sentencia de instancia que calificó de procedente el despido de una teletrabajadora, una profesional de soporte de tecnología. La empresa acreditó en juicio la imputación realizada en la carta de despido, donde se recogía un análisis pormenorizado de los registros de jornada y las desconexiones y conexiones del ordenador de la trabajadora. Figurando importantes períodos de inactividad registrados como de trabajo efectivo, sin justificación. Este incumplimiento muy grave que se reiteró durante el año 2021. Con todo, resulta irrelevante, que no se haya acreditado el daño empresarial, este es incuestionable, pues estaba abonando salarios sin recibir la contraprestación acordada. La STSJ de Madrid, finalmente, recuerda que la empresa no está obligada a imponer una sanción previa, inferior al despido, a modo de advertencia. Solo está obligada a advertir cuando se trata de un comportamiento irregular que había sido tolerado por el propio empresario.

Por otra parte, la STSJ de Madrid 2517/2022, de 21 de febrero de 2022 (núm. rec. 20/2022) subraya que, el derecho laboral en España, opera durante las vacaciones; por consiguiente el trabajador en dicho periodo no tiene la obligación de comprobar su correo electrónico corporativo⁸. En apretada síntesis, de acuerdo con esta sentencia del TSJ, queda justificado sin dudas que, ignorar los correos electrónicos durante los días de descanso, es un comportamiento acorde al derecho a la desconexión tecnológica del trabajador y a la protección de la fatiga digital.

De acuerdo a los hechos detallados en el pronunciamiento judicial, el trabajador, técnico de servicios de asistencia, fue cesado en septiembre de 2020, en la carta, la empresa le recriminó que unos meses antes, en julio, ignorara varios *e-mails* en los que se le instaba a pasar la revisión de la furgoneta de la empresa. En total, recibió cuatro correos: dos en julio y otros dos en agosto. Sin embargo, el trabajador recibió el primer mensaje el día anterior a comenzar sus vacaciones, que se alargaron desde el 10 de julio hasta el 17. Durante ese tiempo, no consultó el *e-mail*. Unos días después, y con el empleado ya reincorporado,

.....

8 Concretamente, el juez ratifica la improcedencia del despido por varios motivos siendo, uno de ellos, el relativo a la vulneración del derecho a la desconexión digital en el trabajo. Con más detalle, “el 29 de julio de 2020, el trabajador tuvo un accidente, permaneciendo en situación de baja médica, hasta el 1 de agosto de 2020 y, del 2 al 17 de agosto de 2020, estuvo de vacaciones. Por lo tanto, el correo del 3 de agosto no tenía que ser atendido, pues se envió en vacaciones, lo que no es acorde al derecho a la desconexión digital del trabajador”. En otras palabras, el trabajador no atendió a un mensaje a través del correo electrónico corporativo durante sus días de descanso. El hecho de no atender al *e-mail* mandado, junto a otros motivos (pasar la revisión de la furgoneta de empresa y ciertos tratos con clientes), provocaron, a ojos de la empresa, un acto de indisciplina y de desobediencia en el trabajo. Particularmente, la Sala de lo Social del Tribunal de Madrid descarta, que dicha conducta del trabajador (no atender al *e-mail*) pueda ser motivo de sanción disciplinaria al estar amparada por el derecho a la desconexión digital en el trabajo.

la empresa le mandó otro mensaje preguntándole si había llevado el coche a revisión, pero el trabajador no llegó a responder porque, al poco de volver al trabajo, tuvo un accidente y estuvo de baja médica hasta principios de agosto, que luego encadenó con otras dos semanas de vacaciones estivales. Volvió oficialmente el 18 del mismo mes. Ese día, la empresa le mandó un mensaje recordándole que tenía que pasar la señalada revisión, lo que finalmente hizo el día 26; más de mes y medio después.

En suma, mediante esta sentencia se declaró improcedente el despido de un trabajador que, según su empresa, faltó al deber de responder a un correo urgente durante sus vacaciones y desobedeció una orden. Según el fallo “el empleado no tenía ninguna obligación de responder a la correspondencia amparado por el derecho a la desconexión digital”.

Con todo, queda patente cómo los *e-mails* recibidos no pueden equipararse a una orden empresarial cuyo incumplimiento justifique el despido. Y particularmente, el enviado estando el trabajador de vacaciones, sobre el que el trabajador no tenía ninguna obligación de responder por no ser acorde al derecho a la desconexión digital del trabajador. Del mismo modo que no son merecedoras de la sanción de despido el resto de las causas alegadas, como no haber mantenido la furgoneta en las condiciones adecuadas para su uso o por haber realizado inadecuadamente su prestación de servicios, provocando quejas de clientes. En la carta de despido disciplinario, la empresa imputa el deplorable estado de conservación en el mantiene el vehículo de empresa puesto a su disposición y que un cliente llamó a la empresa para manifestar que, tras aproximadamente una hora de funcionamiento, después de la reparación, la máquina había vuelto a estropearse, pero ninguna de estas imputaciones es lo suficientemente grave y culpable del trabajador, además, no consta la causa por la que dejó de funcionar la máquina. En cuanto al resto de supuestas quejas de clientes, la empresa no prueba que sean reales y en general, no acredita ningún comportamiento muy grave encuadrable en la relación de conductas tipificadas como faltas muy graves del Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, que resulta de aplicación, ni constituyen tampoco ni transgresión de la buena fe contractual, ni abuso de confianza, ni desobediencia, por lo que el despido se confirma que fue improcedente.

Fruto de la situaciones generalistas que invalidan el derecho laboral a la desconexión digital, alegando cuestiones objetivas y de urgente necesidad, las cuales, todo hay que decirlo, no ayudan a la desconexión digital ni, por ende, a la mayor protección de la fatiga informática en el trabajo, se ha manifestado la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) en su sentencia 1132/2022, de 22 de marzo de 2022 (núm. rec. 33/2022). Con arreglo a sus conclusiones, declara como nula una cláusula incluida en un acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) que determinaba las supuestas “circunstancias excepcionales”. La cláusula del acuerdo en concreto era ésta: “El Trabajador tendrá derecho a no atender

dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurren 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”. Esta cláusula, cumple lo aclarado en líneas anteriores: la falta de concreción de estas circunstancias puede acarrear que el trabajador sufra un agotamiento digital debido a que, las empresas, pueden realizar comunicaciones encomendando tareas fuera del tiempo de trabajo a su personal, simplemente bajo su criterio unilateral de “circunstancias de urgencia” y que requieren ser atendidas de inmediato. En consecuencia, la sentencia declara dicha cláusula nula por abusiva en el sentido siguiente: “obvio es, que ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse, pero 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 LOPDPGDD, 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”. A espera de que se pronuncie el TS, esta sentencia de la AN adquiere una gran relevancia en aras de la formalización de acuerdos de trabajo a distancia. En apretada síntesis, de forma pionera, acentúa un problema que arrastra la normativa vigente española y que justifica la necesidad por parte de las empresas de negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, las circunstancias urgentes por las que los trabajadores pueden ser agraviados en su fatiga informática. Con otras palabras, debido a la gravedad de los riesgos laborales derivados de la conectividad permanente en el uso de las TIC, se ha de dar prevalencia al derecho a la desconexión, y que las posibles limitaciones que puedan establecerse al mismo, además de ser restrictivas han de ser acordadas por vía convencional (no en una suerte de “acuerdos individuales en masa”) por lo que, la sentencia no al haberse cumplido el trámite negociador, declara la nulidad de la mencionada cláusula.

Luego, a caballo de lo señalado con anterioridad al respecto del registro obligatorio de la jornada, en este caso, con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo 1434/2022 (Sala de lo Social) de 05 de abril de 2022 (núm. rec. 7/2020), se aprecia perfectamente de nuevo, el binomio que forman el derecho a la desconexión digital y el registro de la jornada. Ambas cuestiones han de ser tratadas en su conjunto en la empresa, por ejemplo, en la elaboración de la política interna o en la firma de acuerdos de empresa. En la demanda de conflicto colectivo presentada en suplicación por la parte trabajadora, se pretende (sin éxito) declarar nula la cláusula que determina un factor corrector genérico, de 2 horas/día en jornada partida y 30 minutos/día en jornada continuada. Este factor corrector pretende contemplar a título ilustrativo y no exclusivo ni excluyente, descansos, pausa para

la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc. Desde esta perspectiva, se recoge parte del contenido que esgrime la patronal que casa con el binomio arriba señalado: “En línea con el acuerdo, registraremos la jornada forma sencilla calculando como de entrada el acceso a los sistemas a través del ordenador y como hora de la salida, la desconexión a los sistemas al final de la jornada. A la suma diaria del total se le aplicará un factor corrector para compensar las pausas y el horario de comidas, donde no siempre se apagan los dispositivos. Creemos que esta fórmula nos permite seguir disfrutando de la flexibilidad que nos caracteriza, evitando tener que registrar en cada momento las interrupciones que se pueden tener durante la jornada, sin necesidad de modificar el hábito de dejar las desconexiones abiertas durante las pausas y manteniendo a la vez nuestra flexibilidad, incluyendo el *flexwork*. Para el éxito de esta fórmula, será imprescindible siempre dejar apagado el ordenador al finalizar la jornada....”.

En fin, pese a que se pretendía conseguir un factor corrector de mayor duración, creo que la decisión del TS es acertada para conseguir también aunar la flexibilidad con el registro y la desconexión digital, el caballo de batalla más importante en estas materias.

4. CONCLUSIONES

Del examen de lo señalado en este artículo, se refuerza la idea de que es necesaria la puesta en marcha de una norma que regule de forma más desarrollada el derecho a la desconexión digital, con especial atención al teletrabajador y a la consideración de los señalados “sistemas de gestión de disponibilidad”: en estas circunstancias las medidas preventivas y prácticas para evitar la sobrecarga digital deben ser más reforzadas. Y ello porque, sucintamente, el tiempo de prestación de servicios en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial debe ser considerado tiempo de trabajo y adicionarse al tiempo presencial para calcular la jornada realizada. Mientras tanto, con la normativa vigente la política de desconexión tecnológica elaborada por empresa y trabajadores, así como en caso de existir, el Convenio Colectivo, han de contener los cargos, los sistemas de guardias y complementos personales, las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, las acciones de formación y sensibilización (incluidas determinadas píldoras informativas) para que, de forma desarrollada, gestionen eficazmente el derecho laboral y protejan a su personal de los factores de riesgo psicosocial, físico y ambiental (o medioambiental) propios de la fatiga informática en el trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Confilegal (2021): El derecho a la desconexión digital no es absoluto, según las primeras sentencias. Recuperado de: <https://confilegal.com/20211020-el-derecho-a-la-desconexion-digital-no-es-absoluto-segun-las-primeras-sentencias/> [Consulta a 28 de marzo de 2022].
- Lahera, J. (2019): ¿Es solo márketing el derecho a desconectar? Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/29/companias/1548776510_626973.html [Consulta a 28 de marzo de 2022].
- Molina, C. (2017): Jornada Laboral y Tecnologías de la Infocomunicación: desconexión digital, garantía al descanso. *Temas laborales*, núm. 138/2017. Págs. 249-283.
- MONREAL, E.J. (coord.), Thibault, J. (coord.) y Jurado, A. (coord.) (2020): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch.
- Pérez, A.I. (2019): La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII (2019) 101-124 / ISSN: 1133—3677, p. 18.
- Reche, N. (2019): La Desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2019, n.º 3, pp. 31-54, <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/362118> [Consulta: 4-06-2020].
- Salanova, M. et al. (2007): *La adicción al trabajo*, NTP 759, INSHT, 2007.
- Trujillo, F. y Toscani, D. (2020): *La desconexión digital en el trabajo*. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia.
- Trujillo, F. (2021a): *La desconexión digital en el ámbito laboral (2ª edición)*. Tirant lo Blanch.
- Trujillo, F. (2021b): Un comentario a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de noviembre (núm. rec. 430/2020). *Revista Derecho Social*, Bomaerzo, 92.
- Trujillo, F. (2021c): La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. *Revista Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 159, 2021. ISSN: 0213-0750.
- Trujillo, F. (2022a): *La fatiga informática en el trabajo*. Bomaerzo, España.
- Trujillo, F. (2022b): Los plazos de caducidad a ojos del derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Revista Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 162.

UGT (2021): Comentarios. Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Social) 962/2020, de 4 de noviembre (Nº de Recurso: 430/2020). Curso de formación online y desconexión digital. Recuperado de: <https://servicioestudiosugt.com/sentencia-tsjm-sala-de-lo-social-2020-desconexion-digital/> [Consulta a 28 de marzo de 2022].