

CAPÍTULO VII. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Arturo Montesdeoca Suárez

Doctorando Universidad de Las Palmas De Gran Canarias

1. LOS ANTECEDENTES CONVENCIONALES A LA LEY ORGÁNICA 3/2018 DE 5 DE DICIEMBRE

Con anterioridad a la aprobación de la LOPD, España no contaba con una normativa específica sobre la desconexión digital en el ámbito de las relaciones laborales. Remisión genérica que podemos encontrar en los arts. 34, 37 y 38 del ET relativos al descanso diario, semanal o anual del trabajador. Es cierto que el derecho al descanso ya viene recogido en nuestra normativa laboral y que el empresario debe observar estos periodos de tiempo reservados al ámbito privado del trabajador. En este sentido, el debate que genera la desconexión digital no debe hacernos creer que sin su reconocimiento jurídico expreso fuera admisible jurídicamente¹. Aceptar esta premisa supondría dejar a un lado el principal motivo de nacimiento de este derecho, eso es, la interconectividad permanente del trabajador a través de las herramientas digitales.

Ante estas circunstancias, lo primero es congratularnos de que, por fin, la digitalización y su afectación a las condiciones de trabajo hayan sido objeto de debate político y reflejo normativo, con mayor o menor acierto, pero esa es otra cuestión. Y, lo segundo, adentrarnos en el recorrido, en el proceso de creación de este avance normativo² para, solo entonces, abordar el análisis de su contenido. Por ello, a continuación se inicia un análisis de los primeros acercamientos convencionales y de políticas de empresa a la integración y consolidación de la desconexión ex ante a la nueva LOPD. Para a continuación en sucesivos apartados, se pasa a comentar el tratamiento acometido por la negociación colectiva en su regulación convencional.

Una de las primeras aproximaciones a este bloque de normas convencionales que han implementado la desconexión digital es el caso de AXA SEGUROS. Se le ha otorgado el crédito de ser pioneros en este aspecto ya que entendieron que la realidad de las relaciones laborales está siendo fruto de una transformación que requiere adoptar una serie de decisiones. A este respecto y siendo conscientes de este hecho, se decantaron por regular convencionalmente la desconexión digital. Concretamente en el art. 14, estableciendo que “salvo fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”.

Posteriormente la empresa PHILIPS IBÉRICA SAU³, incorporó la desconexión digital como medida complementaria a la conciliación de la vida personal y profesional y garantizar en aras de facilitar el derecho al descanso de los empleados. En su art. 46 atribuye al trabajador su derecho a la desconexión una vez finalizada su jornada.

1 FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2018) “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421, p. 15.

2 Véase BARRIOS BAUDOR, G.L. (2019) “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1.

3 Resolución de 23 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Philips Ibérica, SAU. BOE nº 296, de 8 de diciembre de 2018.

Ahonda un poco más y concreta exactamente en la facultad de “no responder emails, mensajes y llamadas profesionales fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor”. En consonancia con las empresas que regulan la desconexión digital en su vinculación con la conciliación de la vida personal, laboral y familiar es oportuno traer a colación el caso de VUELING AIRLINES⁴ que ha incorporado en la disposición adicional décima la exclusión concreta de la obligación de “revisar el correo en los periodos de vacaciones, enfermedad, permisos y días libres”. Como puede comprobarse, ni se fijan las condiciones ni las modalidades de ejercicio por el trabajador fijando únicamente la indisponibilidad digital durante tales periodos, ni se regula el modo de actuar en este tipo de situaciones, que para el trabajador podría suponer una mayor carga de trabajo al volver a su puesto de trabajo, incitándole a seguir respondiendo a los mails. Su mero reconocimiento, sin mayor detalle, deja bastantes dudas, por tanto, en cuanto a la efectividad del disfrute de este derecho por el trabajador.

Interesa en este punto del estudio poner de relieve el Convenio Colectivo del Ciclo del Agua de Barcelona⁵. Se antoja interesante porque a diferencia del resto de convenios propuestos utiliza otra terminología para garantizar la desconexión digital. Así pues, es cierto que “el respeto al tiempo de descanso y en la vida personal de todos los trabajadores y trabajadoras” y, prosigue declarando, lo que me genera cierto asombro, que “por ello procurará que no sea necesaria la respuesta a mensajes y llamadas o bien realizar conexiones telemáticas fuera del horario laboral del trabajador”.

Por otro lado, también se hace eco del desarrollo tecnológico y su posible afectación negativa en la conciliación de la vida laboral y personal, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2018-2020. Refleja a tal efecto que “los trabajadores tienen el derecho, a una vez concluida su jornada laboral, que se respete el tiempo de descanso y vacaciones, así como su vida familiar y personal, lo que conlleva no atender comunicaciones telefónicas, mensajes o correos electrónicos, valorando las diferentes casuísticas y tratamientos diferenciados que puedan existir.”

Continuando este listado no exhaustivo, sino meramente ejemplificativo de convenios colectivos con referencias expresas al derecho que se aborda en esta aportación, toca el turno del grupo MARÍTIMA DÁVILA⁶ que, en pro de potenciar la modalidad del teletrabajo, pretende fomentar la productividad del trabajador en cuanto a la atención del cliente, pero siempre respetando “la desconexión y los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar de los trabajadores”. La lectura de este convenio muestra una mera declaración de intenciones en cuanto al desarrollo de la modalidad del teletrabajo, pero sin detallar cómo se materializará este ejercicio, por ejemplo, en el uso de herramientas tecnológicas de trabajo.

Por otro lado, adentrándonos en los convenios colectivos más comprometidos del derecho a la desconexión digital se destaca el de REPSOL⁷. Conocida mundialmente,

4 Resolución de 22 de marzo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Vueling Airlines, SA. BOE nº 80, 4 de abril de 2017.

5 Resolució de 19 de març de 2018, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball de l'empresa Barcelona Cicle de l'Aigua, SA (BCASA) per al període 13.11.2017-31.12.2020. Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 18 de abril de 2018.

6 Resolución de 27 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Marítima Dávila, SA. BOE nº 246, 11 de octubre de 2018.

7 Resolución de 4 de mayo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. BOE nº 119, 16 de mayo de 2018.

es una empresa que cuenta con presencia en 35 países y con empleados de 89 nacionalidades distintas. Se caracteriza por ser una empresa multicultural y con presencia internacional, contando con tiempos de trabajo diferentes en función del país. Centrándonos en España, en torno a 17.000 empleados⁸ se benefician de las medidas colectivas adoptadas en lo que se refiere a descanso diario o semanal, entre otros. Así, con fecha 31 de octubre de 2017, se firma el IX Acuerdo Marco⁹ que, en su art. 16.9 relativo a los principios del derecho a desconectar fuera del tiempo de trabajo, establece que será la Mesa de Igualdad la encargada de analizar en el seno de la empresa esta materia e identificar, en su caso, posibles buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales. Repárese en que se trata de un ejercicio proactivo y consciente en el desarrollo de este derecho que supone la encomienda de la tarea concreta de regular un compendio de “buenas prácticas y recomendaciones acerca del uso de herramientas digitales” a la Mesa de igualdad del acuerdo marco que ha tenido, después, reflejo directo en los convenios de otras empresas del mismo grupo; por un lado, en Repsol Química, S.A.¹⁰. y; por otro lado, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.¹¹. No es en modo alguno una apreciación baladí, dado que, primero, se hace una encomienda concreta a un órgano determinado, de tal suerte que se avanza en la concreción última del derecho en cuestión.

Al igual que el Grupo Repsol, la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) plasmó el derecho a la desconexión digital integrado en el plan de igualdad de la entidad, consagrándolo como medida de garantía y respeto de la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar. Entre las áreas de intervención señaladas para la consecución de los objetivos del plan de igualdad señala que “las Partes valoran, como medida que promueve la efectiva conciliación de la vida personal, laboral y familiar, la denominada «desconexión digital» aplicada a herramientas de índole tecnológica e informática, como teléfonos y tablets con conexión de datos y ordenadores portátiles”. De hecho, puntualiza que la utilización de las nuevas tecnologías no deber ser un argumento que justifique la extensión de la jornada laboral ni mucho menos la interrupción de los tiempos de descanso de los trabajadores.

Otro de los acuerdos que ha despertado mucho interés, en este sentido, es el de IKEA. La empresa amplía el conjunto de derechos reconocidos en el Convenio Colectivo de GRANDES ALMACENES para lograr la armonización de derechos laborales en cuando a las nuevas necesidades organizativas de la empresa, entre otros, el impacto del consumo a través de la compra online. Adopta en el punto decimotercero¹² la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital previendo que sea la comisión de seguimiento el órgano encargado de vigilar la implantación de esta medida. Como medida de impulso de este derecho, las personas trabajadoras tienen derecho a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, WhatsApp, redes sociales, etc.) fuera de su horario de trabajo, salvo fuerza mayor.

En definitiva, como se ha podido comprobar las previsiones utilizadas tanto en

8 Recuperado en <https://www.repsol.com/es/conocenos/nuestro-equipo/empleados/index.cshtml>

9 Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol. BOE nº 4, 4 de enero de 2018.

10 Resolución de 12 de junio de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. BOE nº 158, 30 de junio de 2018.

11 Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XIV Convenio Colectivo de Repsol Química, S.A. BOE nº 158, 23 de noviembre de 2018.

12 Acuerdo del comité intercentros de IKEA en fecha 27 de junio de 2018.

los acuerdos de empresa como en los convenios seleccionados se basan en un mero reconocimiento del derecho a la desconexión digital. Si bien es cierto que en buena parte constituyó un adelantamiento al cumplimiento legislativo que se impondría posteriormente con la nueva LOPD, se marcó la senda de la integración de la desconexión digital en la regulación convencional. Con un mero reconocimiento del goce y disfrute de la desconexión y sin determinar nada más concreto en lo que respecta al modo de ejercitarlo, cómo solicitarlo o el deber de respeto impuesto a la empresa para garantizarlo. Aunque, considero que es un primer paso titubeante, temeroso, sumamente prudente y que, conforme pasa el tiempo y avanza la tecnología, pone en evidencia la insuficiencia de tal reconocimiento y la necesidad urgente de acometer el desarrollo de sus condiciones de ejercicio y garantía para despejar ciertas lagunas jurídicas generadas en su redacción actual.

2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Con la aprobación de la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales se abre la puerta a la regulación de derechos laborales adaptados a la era digital. Parece ser que la referencia expresa a los descansos diarios, semanales y anuales es insuficiente y el legislador ha dotado de mayor seguridad al trabajador por la intromisión de las nuevas tecnologías en el trabajo. En este sentido, la desconexión digital viene a dar una respuesta a la interconectividad permanente del trabajador a través de las herramientas digitales. Y es que dejar de la mano del trabajador la distribución irregular de la jornada podría ocasionar una mala gestión de la flexibilidad laboral. La principal consecuencia sería una prolongación de la jornada extendiéndose a la franja horaria destinada a la desconexión y descanso del trabajador.

Dicho brevemente, es el propio trabajador quien de forma voluntaria y atendiendo a la normativa vigente quien debe observar y respetar su obligación de no conectarse fuera de la jornada laboral. Por lo cual, disfrutaría plenamente de su derecho a la desconexión digital pudiendo conciliar su vida personal y familiar con la profesional. Si se lleva a cabo una interpretación positiva del art. 20.2 ET, con el fin de alcanzar la plena eficacia del derecho a la desconexión y el principio de buena fe, el trabajador debe actuar con una diligencia y colaboración mínima. Así mismo y siguiendo la teoría de Alemán Páez, se considera oportuno adoptar fórmulas concretas que permitan mitigar la “debilidad tecnológica” en la que se encuentra inmersa la fuerza laboral en este proceso de digitalización.

A este respecto el legislador en un acierto dota a la negociación colectiva de un papel central y ordenador de las relaciones laborales. En este sentido el segundo apartado del art. 88 LOPD establece que las modalidades del ejercicio 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. Con carácter reforzado, reitera concretamente en el art. 91 LOPD que a través del convenio colectivo podrán “establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”. De forma que deberán valorarse tanto los aspectos positivos como los negativos a la hora de convenir y redactar el convenio, teniendo en cuenta las características de cada puesto de trabajo y la incidencia que pudiera generar el uso desmedido de las herramientas

tecnológicas en cada trabajador.

El propio Reglamento general europeo de protección de datos en su considerando 155 determina tanto el alcance como la eficacia que puedan alcanzar los convenios colectivos respecto a la protección de datos en el ámbito laboral. Por otro lado, el art. 88 del RGPD desarrolla el contenido de este considerando al establecer que los estados miembros podrán utilizar como cauce de regulación a los convenios colectivos, en aspectos como, “el ejercicio y disfrute individual o colectivo de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo” o la “salud y seguridad en el trabajo”.

Por lo tanto, se ha podido constatar que a la negociación colectiva se le atribuye el papel instrumental de articular a través de los convenios colectivos la regulación de la desconexión digital adaptada a la idiosincrasia empresarial correspondiente. De forma que, debe primar la innovación y la articulación de aspectos que permitan su plena integración y efectividad, máxime en las circunstancias actuales de pandemia en la que se ha consagrado con carácter prioritario el teletrabajo.

3. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Trasladándonos a nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de regulación por la negociación colectiva está contemplada en la Constitución Española, ex art. 37, que les otorga fuerza vinculante. Por otro lado, la ley que garantiza el derecho a la negociación colectiva es el propio ET- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores- el cual habilita en el art. 85.1 al convenio colectivo a regular materias de índole económica, laboral, sindical 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.

Respecto a la LOPD, el art. 91 habilita a los convenios colectivos para establecer garantías adicionales a los derechos y libertades que puedan verse afectados por el tratamiento de datos en el ámbito laboral. Además, le encomienda la salvaguarda de los derechos digitales en este terreno, mención expresa de ello la encontramos en la encomienda de fijar las modalidades del ejercicio de la desconexión digital ex art. 88 LOPD. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la negociación colectiva cuenta actualmente con un amplio campo de actuación en la regulación específica del tratamiento de datos en las relaciones laborales¹³, en concreto, en el respeto de los nuevos derechos digitales entre los que se incluye el de desconexión digital. A continuación, se procede al análisis de un conjunto de convenios colectivos para lo que se ha decidido agruparlos. En primer lugar, un primer agrupamiento en función de criterios si se ha llevado a cabo un tratamiento mínimo o amplio del derecho y, en segundo lugar, en cuanto a su asignación a ciertas parcelas laborales.

3.1 La distribución de la desconexión digital en diferentes parcelas laborales

En cuanto a mi razonamiento sobre la desconexión digital, considero que como derecho no dejar de ser una reformulación del derecho al descanso del trabajador

13 SIERRA HERNAIZ, E. (2020) “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 152, p.121.

que ha sido adaptada a la nueva realidad digital. Si bien hay quienes lo consideraban innecesario, por incluirse bajo el marco protector de la regulación de los tiempos de descansos, considero que es una victoria en modo alguno desdeñable haber conseguido dotar de regulación jurídica específica a derechos digitales como el de desconexión. Y ello pese al peligro, ya adelantado, de quedar en un simple reconocimiento per se y sin más contenido. Es por todos conocido lo mucho que está costando conseguir la igualdad real, más allá de la formal. Y conviene tenerlo muy presente para que no acabe pasando lo mismo con este nuevo derecho cuya regulación genera casi más dudas que soluciones aporta. De hecho, se plantean dificultades en cuanto a la ubicación sistemática que se le ha otorgado por la negociación colectiva en atención a la finalidad que se pretende atender. Entre otros ámbitos, los que he considerado más relevantes a efectos de concretar aspectos que puedan generar duda sobre su alcance y los efectos que puede desplegar paso a analizarlos siguientes:

a) En la vertiente del teletrabajo

El Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia¹⁴, (en adelante RD-L), es sabido por todos que entró en vigor el pasado día 14 de octubre. El objetivo del legislador no es otro que ofrecer una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma que, de respuesta a diversas necesidades, equilibrando el uso de nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena con un marco de derechos laborales¹⁵. Respecto a la salvaguarda de los derechos digitales en esta modalidad de trabajo dedica su estudio en los arts. 17 y 18. Es innegable que la modalidad del trabajo a distancia puede entrañar más riesgos en los derechos fundamentales del trabajador por la incidencia de las nuevas tecnologías que utiliza durante el desarrollo de la jornada laboral¹⁶.

Y, por otro lado, se celebra la inclusión del deber empresarial de garantizar la desconexión absoluta del trabajador durante los periodos de descanso. En suma, supone reforzar el contenido de los arts. 87, 88, 88 y 89, los denominados derechos digitales consagrados en la nueva LOPD. Y es que de la lectura tanto del art. 18 del RD-L queda claro que el legislador no deslinda este derecho del trabajo a distancia. Acierto de este nuevo real decreto al preservar la desconexión digital en la realización total o parcial del trabajo a distancia cuando el trabajador utiliza herramientas tecnológicas con fines laborales. No es que sea mucho y consideramos que podía haberse hecho más, pero, probablemente, la urgencia y perentoriedad de la situación actualmente vivida ha tenido mucho que ver en el recorte de las expectativas que se habían ido creando.

El nuevo RD-L a lo largo de todo el texto normativo realiza constantes llamamientos a

14 Véase un análisis exhaustivo de la norma en GALA DURÁN, C. (2020) "La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020", *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11, pp. 1473-1493. TOLODÍ SIGNES, A. (2020) "La regulación del trabajo a distancia", *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11, pp. 1493-1504, SIERRA BENÍTEZ, M. (2020) "¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, nº 2, pp. 8-10, DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2020) "Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 452, pp. 171-193.

15 DE LA CÁMARA ARILLA, C. (2000) "El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, nº 17, p. 250.

16 VEGA RUIZ, M^a. L. (2019) "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *Revista IUSLabor*, nº 2, p. 170.

la negociación colectiva¹⁷, fijándola como pilar básico e indispensable en la modulación, desarrollo y perfilamiento de los principios de esta modalidad laboral¹⁸. Lo que en gran medida viene a justificar el acierto del legislador de no regular de forma genérica sino de permitir adaptarla al sector productivo y a tipo de empresa garantizando la eficacia de la norma. Prueba de ello se encuentra en la disposición adicional primera que establece las materias que los convenios o acuerdos colectivos podrán regular en atención de la especificidad de su ámbito.

En este sentido, la negociación colectiva ha recogido el testigo asumido tanto en la nueva normativa sobre trabajo a distancia como en la nueva LOPD. A este respecto, el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU¹⁹ en su anexo III, así como el convenio para Software DELSOL, S.A.²⁰, recogen aunque de forma débil la desconexión digital. Ambas regulaciones prevén la desconexión digital tanto para los trabajadores presenciales o a distancia. Todo ello con independencia de si realiza de forma parcial o total la jornada a distancia, ya que la salvaguardia del derecho consiste en paliar el efecto de extensión de la jornada por el uso de herramientas tecnológicas en el trabajo. En la misma línea tanto el Convenio Colectivo del Grupo Endesa²¹, recoge tímidamente en su art. 46 que “el derecho a la desconexión se mantendrá en los mismos términos para quienes estén prestando servicios en la modalidad de trabajo fuera de la oficina”.

Con un carácter mucho más extenso y detallado en el conjunto de medidas que integran la desconexión digital se encuentran el Convenio colectivo de Ahorramas S.L.²² en su Anexo I, Convenio Colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid²³, su disposición adicional III, y el Convenio Colectivo de Cajas y entidades financieras²⁴. En conjunto, regulan aspectos importantes y denotan un auténtico compromiso con los derechos digitales y su ramificación beneficiosa a otros derechos fundamentales como la conciliación laboral y familiar. A tal efecto se pueden encontrar referencias a medidas concretas por las que se concreta el ejercicio del derecho a la desconexión digital. Respecto a su valoración para garantizar su ejercicio

17 Entre otras, se encuentran referencias a la hora de definir las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los mecanismos y criterios por los que se puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, el desarrollo del derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas, la forma de cuantificar la compensación de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como el momento y la forma para realizar la misma, la flexibilización del horario del trabajo a distancia, las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia o las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos.

18 Unión General de Trabajadores (2020) “La nueva regulación del teletrabajo: el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de Trabajo a distancia”, Estudios, nº 6. Recuperado en https://ugtfcabcn.cat/calaix/documentacio/teletreball/La_nueva_regulacion_del_teletrabajo.pdf

19 Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU. BOE nº 6, de 7 de enero de 2020.

20 II Convenio Colectivo de ámbito empresarial para software DELSOL, S.A., BOPJ nº 126, de 3 de julio de 2020.

21 Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa. BOE nº 169, de 17 de junio de 2020.

22 Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ahorramas, SA; Comercial Hermanos Vallejo, SA; Comercial Monte Igueldo, SL; Comercial Sierra, SL; J y M 44, SA; Majuan, SL; Monelja, SL; Rotterdam, SL y Rubio Martín, SL. BOE nº 208, de 1 de agosto de 2020.

23 Resolución de 29 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del Sector de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos de la Comunidad de Madrid, suscrito por la Asociación Española de Cadenas de Óptica (AECO), Asociación Empresarios de Comercios de Óptica (AECOP), Asociación de Ópticas Madrid y por la representación sindical, Industria-CC. OO. y UGT-FICA Madrid. BOCM nº 203 de 22 de agosto de 2020.

24 Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. BOE nº 316, de 3 de diciembre de 2020.

pleno se lleva a cabo una valoración global de todos los dispositivos y herramientas facilitadas por las empresas. Entiéndase entre otras: teléfonos móviles, tabletas, portátiles, aplicaciones móviles propias de las empresas, correos electrónicos y sistemas de mensajería.

Como se puede comprobar, acertadamente y lejos de una mera mención a los dispositivos son conscientes de la evidente incidencia de los dispositivos electrónicos. Por el momento, el reto es importante ya que se intenta alcanzar una regulación lo suficientemente consensuada, transversal y que garantice el equilibrio de derechos entre ambas partes contractuales.

b) Salud laboral

El tratamiento del nuevo RD-L a la prevención de riesgos en el teletrabajo no cuenta con la holgura que merece. La implantación del teletrabajo se ha llevado a cabo a un ritmo frenético por la situación sanitaria actual. Ello ha supuesto que no se pudieran poner en valor las dificultades que pudiera entrañar en la seguridad y la salud del trabajador. Con anterioridad y para evitar el colapso del funcionamiento habitual de las empresas y, evidentemente de disminuir el riesgo de contagio el Real Decreto-Ley 8/2020, Medidas urgentes extraordinarias COVID-19 insta la adopción preferente del trabajo a distancia. En el segundo apartado del art. 5 del texto, curiosamente y de forma excepcional, para cumplir con el art. 16 LPRL, posibilita la realización de una autoevaluación preventiva del trabajador. Esta medida está limitada a aquellos sectores, empresas o puestos en los que hasta entonces, no hubieran previsto esta modalidad alternativa. Esta situación se ha visto totalmente sustituida por la nueva norma del teletrabajo en sus art. 15 y 16 respectivamente.

En una primera lectura, se puede considerar que el tratamiento de la prevención de riesgos es justo y aborda todos los puntos de evaluación y planificación que impera en la LPRL. Pero, parece rehuir a utilizar el término de los riesgos aparejados al uso de las nuevas tecnologías ya que se limita a “tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos.”

La prevención de riesgos laborales, pese a los avances de la sociedad del trabajo, no ha sufrido remodelación alguna que sugiera adaptar su cuerpo legal al contexto digital. En este sentido, la propia Estrategia Española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020, de 24 de abril de 2015²⁵ y en la línea de lo planteado a nivel europeo²⁶, define como una de las líneas actuación el estudio de riesgos emergentes²⁷, sus causas e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores, en particular los derivados de las nuevas tecnologías. Queda patente, por tanto, la sensibilización con la seguridad y salud en el trabajo al fijar como reto la anticipación a un proceso de evaluación de los riesgos tecnológicos emergentes y los efectos negativos que pueden causar en la salud

25 Recuperado de <https://www.insst.es/documents/94886/599872/Plan+de+accion+2019-2020.pdf/4e97c156-297b-4116-8181-7b8e6a296fbc>

26 Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2015, sobre el marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (2015/2107(INI))

27 MOLINA NAVARRETE, C. (2019) “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, acciones preventivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº extraordinario, p. 14.

del trabajador²⁸.

Este proceso de transformación en la empresa 4.0 genera una “onda expansiva”²⁹ de riesgos digitales que afecta exponencialmente a los trabajadores³⁰. Tienen su origen en buena medida, en las dificultades sobre conciliación de la vida personal y familiar y la prolongación de la jornada laboral más allá de lo estipulado legalmente. Y es que la hiperconectividad a dispositivos digitales como las malas condiciones de la zona³¹ ventilación, luz, respaldo, postura cervical³²) reservada por el trabajador para llevar a cabo el trabajo a distancia son un nicho de patologías asociadas a riesgos ergonómicos³³ y psicológicos (fatiga visual, aislamiento social, inseguridad laboral).

Respecto al tratamiento de la prevención de riesgos laborales en un contexto de desconexión digital, el número de convenios que hacen referencia o asocian los riesgos de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral son mínimo. Tal es el caso del convenio colectivo de exhibición cinematográfica de Barcelona y su provincia para los años 2019-2021³⁴. En su art. 35 menciona expresamente la necesaria “implantación de políticas de desconexión digital que permitan limitar la actividad y disponibilidad de los profesionales fuera de su horario de trabajo a las situaciones perentorias o justificadas admisibles en el marco de la legislación aplicable”. Poca o ninguna referencia a la salud laboral lejos de reconocer que la política de desconexión digital se ha encuadrado en el estanco preventivo dentro del citado convenio. Por otro lado, acertadamente el convenio colectivo del sector de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza³⁵ sí que es consciente sobre tales riesgos. A este respecto, su art. 45 dispone que para garantizar “el derecho a la desconexión digital y evitar el riesgo de fatiga informática, el empleador debe elaborar la política interna dirigida a personas trabajadoras “previa audiencia de los representantes de los trabajadores”.

Continuando y del mismo modo, el convenio de Acepta Servicios en su art. 21.3 por un lado que “la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otros, la fatiga tecnológica o el estrés”. Por lo que asume que uno de los peligros del uso de las herramientas digitales es que puede afectar a la salud de las personas; los efectos más palpables, la fatiga informática o el estrés. Y, por otro lado, en cuanto que prioriza y eleva el papel de la desconexión digital al manifestar que “es además necesaria para hacer viable la conciliación de la vida personal y laboral”. Se puede observar, por tanto, que ha

28 MERCADER UGUINA, J.R. (2018) “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23, p. 104.

29 FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (2020) “Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0”, *Revista Temas Laborales*, nº 153, p. 123.

30 Véase con detalle el estudio que realiza Eurofound sobre los efectos del uso de las tecnologías la salud del trabajador Eurofound (2020), *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, p. 8 y ss.

31 Sobre ergonomía del puesto y ambiente de trabajo en la NTP 139: El trabajo con pantallas de visualización.

32 Véase las recomendaciones del INSH sobre la incidencia del estatismo postural y posturas incorrectas ante la pantalla en la NTP 232: Pantallas de visualización de datos (P.V.D.): fatiga postural.

33 Véase en más profundidad la NTP 602: El diseño ergonómico del puesto de trabajo con pantallas de visualización: el equipo de trabajo.

34 Resolució de 12 de març de 2018, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector d'exhibició cinematogràfica de la província de Barcelona per als anys 2019-2020. Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 11 de junio de 2020.

35 Convenio colectivo de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza, de aplicación a partir del 1-1-2020.

reglamentado perfectamente aspectos como la salud y la conciliación del trabajador. Un claro ejemplo que lejos de constituir una regulación pormenorizada no deja de ser una declaración de intenciones. Pero, sin embargo, puede significar un compromiso, un empeño garantista de la negociación garantista de conjugar la desconexión digital con los aspectos multidisciplinares que la integran.

c) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

La conexión permanente e inmediata a la red permite desplazar el centro de trabajo a cualquier parte siendo innecesaria la presencia física del trabajador -de la presencialidad física a la virtual, la cultura del presentismo se consolida on line-. Esta interconectividad laboral está provocada por el uso de teléfonos, tabletas, etc., al responder llamadas, correos, finalizada la jornada de trabajo. Uno de los principales factores negativos es que “las nuevas tecnologías tienen efectos transversales en todos los ámbitos de nuestra sociedad, de la misma forma estas facilidades se han vuelto obstáculos para establecer límites efectivos entre nuestra vida personal y laboral³⁶. Si ya hace algunos años nuestra principal preocupación se enfocaba en generar las condiciones para incentivar la conciliación de la vida familiar y laboral; sin embargo, el día de hoy necesitamos de forma imperativa establecer límites para que ambas situaciones no se superpongan³⁷”. La desconexión digital hace aparición una vez concluida la jornada de trabajo³⁸, sin que sea posible mixturar o confundir los tiempos de trabajo con los de ocio y de conciliación familiar y personal del trabajador. Siendo así, su principal fin ex art. 88 LOPD consiste en garantizar las condiciones de descanso y aislamiento de los trabajadores, preservando los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en planos paralelos³⁹.

Se reconoce el derecho a la desconexión digital, en virtud del principio de derecho a la conciliación de la vida privada y la vida profesional del/a empleado/a.

Como ejemplo, se encuentra el convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU., así como el convenio de la Industria Alimentaria de Granada⁴⁰ que formulan el concepto de desconexión digital como medida que potencia el disfrute de la conciliación laboral y familiar. Ambas fórmulas comparten altas dosis de semejanzas y fijan el punto de mira en la necesidad de la formación y sensibilización con las herramientas tecnológicas utilizadas que pudieran incidir en la prolongación de la jornada laboral. Trasladándose e introduciéndose en la franja horaria destinada a la desconexión digital estudiada.

d) Concreción de las situaciones de fuerza mayor

Una de las cuestiones que más revuelo ha generado en torno a la desconexión digital

36 LOZANO LAREZ, F. (2020) “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2020) *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía, p.294.

37 SÁNCHEZ CASTRO, I. (2019), “El derecho de desconexión digital, el revés de la aplicación de nuevas tecnologías sobre la relación laboral”, *Noticias CIELO*, nº 3, p. 4.

38 MERCADER UGUINA, J. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2016) “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), en *Revista de Información Laboral*, nº 10.

39 BARRIO ANDRÉS, M. “Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD” en LÓPEZ CALVO, J. (2019) *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer, p. 250.

40 Resolución de 5 de octubre de 2020, de la delegación territorial de Granada de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del convenio colectivo de industrias de la alimentación de Granada. BOP nº 172, de 15 de octubre de 2020.

es delimitar en qué periodos de tiempo el empresario sí puede reclamar la disponibilidad inmediata del trabajador. Concretamente, el término elegido comúnmente en la regulación convencional es el término de “fuerza mayor o circunstancias excepcionales”. En este tipo de momentos, el empresario podría infringir la franja horaria de “descanso digital” del trabajador cuando estime que tales circunstancias han tenido lugar. En torno a este tipo de regulaciones surgió la problemática ya que no se ha delimitado qué se puede entender por “fuerza mayor” o “circunstancias excepcionales”. En resumidas cuentas, no se ha concretado de forma más concreta y rigurosa las hipotéticas situaciones en las que el trabajador podría ver difuminado su derecho a la desconexión digital.

Acudiendo de nuevo al estudio convencional se torna diferente el tratamiento de la cuestión. Y es que, existen convenios colectivos como los convenios de Siemens Gamesa Renewable Energy Eólica, del sector del comercio de Valladolid, de la empresa Estrella del Levante y del sector del comercio de la provincia de Segovia que son con un contenido menos pormenorizado o austeros se limitan básicamente a recoger la referencia a una situación de fuerza mayor. Y, en los que se menciona la denominada “circunstancia excepcional” de necesidad o urgencia como Convenio colectivo del Grupo Selecta, Carlson Wagonlit España.

Mientras que, por el contrario, determinados convenios colectivos sí que se han preocupado por ser más rigoristas. Convenios como Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios que en su art. 95.5 hace referencia a “circunstancias de causa de fuerza mayor o que supongan un grave, inminente o evidente perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal necesita indubitadamente de una respuesta inmediata”. Otro ejemplo sería el convenio para las cajas y entidades financieras de ahorro, en su art. 15 se manifiesta en el sentido de que “concurren circunstancias excepcionales justificadas cuando se trate de supuestos que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas”. Más explícito y concreto es el convenio de Telefónica Ingeniería de Seguridad al pormenorizar el procedimiento. A tal fin, cuando sea preciso contactar con el trabajador finalizada su jornada laboral, se contactará con aquella preferiblemente por teléfono para comunicarle la situación de urgencia que motiva dicha situación. Del mismo modo, el art. 19 del convenio colectivo del Consorcio de Servicios de La Palma determina que se llevarán a cabo dos llamadas, de forma que si en el plazo de dos horas no responde a la misma perderá el plus correspondiente a esa mensualidad. Por otro lado, detalla el convenio de Teleinformática y Comunicaciones que a efectos de calificar el tiempo de trabajo este periodo de tiempo podría calificarse como hora extraordinaria.

En resumidas cuentas, se ha podido observar que la regulación de aspectos difusos con altas dosis de ambigüedad como es el caso de la interrupción del periodo de desconexión digital requiere ser dotado del desarrollo necesario. En consecuencia, se interpela a la negociación colectiva a que determine su concepto, las formas de comunicación del empresario con el trabajador en este tipo de casos y el tratamiento, a efectos de la contraprestación oportuna, del tiempo de trabajo desempeñado por el trabajador en este tipo de situaciones.

Como cierre a este análisis se puede concluir que el término de la desconexión digital debe ser observada con cautela con el fin de dotarla de un contenido sólido y ajustado a la realidad del ámbito de las relaciones laborales para que pueda desplegar todos sus

efectos. Y pese a todos los pormenores señalados, la ilusión despertada por las primeras regulaciones al respecto no puede decaer tras pocos años de vida de la nueva LOPD. Al contrario, debe ser un total revulsivo para la negociación colectiva como para las propias empresas que quieran presumir de una cultura proteccionista y cumplidora en el respeto de los derechos del trabajador. A tal efecto deben abandonarse, puesto que ya ha pasado un periodo de tiempo estrictamente razonable, los meros reconocimientos funcionales del derecho a la desconexión.

Para abordar y cumplimentar políticas de desconexión digital con un rigor y un contenido exhaustivo sobre la materia, sin que en ningún caso la convivencia entre convenio y política interna suponga un perjuicio. De hecho pueden complementarse conjuntamente, fijando el convenio colectivo un contenido amplio y general mientras que la política interna podría encargarse en trasladar a la idiosincrasia corporativa los aspectos con dificultad interpretativa o más difusos.

Por último y puestos a defender una teoría, al tratarse la desconexión digital de un concepto multidisciplinar como se ha expuesto anteriormente, se ruega su tratamiento junto con la conciliación laboral y familiar, la seguridad y salud laboral, derecho al descanso o la propia intimidad del trabajador respecto al conglomerado de herramientas digitales empleadas que pudieran dificultar su pleno ejercicio.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIO ANDRÉS, M. “Garantía de los derechos digitales en la LOPDGDD” en LÓPEZ CALVO, J. (2019) *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Wolters Kluwer.
- BARRIOS BAUDOR, G.L. (2019) “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 1.
- DE LA CÁMARA ARILLA, C. (2000) “El teletrabajo, un indicador de cambio en el mercado de trabajo”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, nº 17.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2020) “Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia”, Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 452.
- Eurofound (2020), *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2018) “Cronoreflexión al hilo de cuestiones actuales sobre tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 421.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (2020) “Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0”, *Revista Temas Laborales*, nº 153.
- GALA DURÁN, C. (2020) “La diversificación del trabajo a distancia tras el Real Decreto-Ley 28/2020”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11.
- LOZANO LAREZ, F. (2020) “Tiempo de trabajo y derechos digitales”, en GONZÁLEZ
- ORTEGA, S. (2020) *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo

Andaluz de relaciones Laborales – Junta de Andalucía.

- MERCADER UGUINA, J. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (2016) “El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo), en *Revista de Información Laboral*, nº 10.
- MERCADER UGUINA, J.R. (2018) “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019) “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, acciones preventivas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº extraordinario.
- SÁNCHEZ CASTRO, I. (2019), “El derecho de desconexión digital, el revés de la aplicación de nuevas tecnologías sobre la relación laboral”, *Noticias CIELO*, nº 3.
- SIERRA BENÍTEZ, M. (2020) “¿Se mantiene el carácter preferente del trabajo a distancia en su nueva regulación”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. 5, nº 2.
- SIERRA HERNAIZ, E. (2020) “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 152.
- TOLODÍ SIGNES, A. (2020) “La regulación del trabajo a distancia”, *Revista derecho de las relaciones laborales*, nº 11.
- VEGA RUIZ, M^a. L. (2019) “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *Revista IUSLabor*, nº 2.