

DESCONEXIÓN DIGITAL

PASO A PASO

Todas las claves de la desconexión digital en el ámbito laboral
y elaboración de un protocolo regulador

1.ª EDICIÓN 2021

Incluye formularios



DESCONEXIÓN DIGITAL

Todas las claves de la desconexión digital en el ámbito laboral y elaboración de un protocolo regulador

1.ª EDICIÓN 2021

Obra realizada por el Departamento de Documentación de Iberley

Colaborador

José Juan Candamio Boutureira

COLEX 2021

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-235-0
Depósito legal: C 749-2021

SUMARIO

1. ENTORNO NORMATIVO Y ASPECTOS CLAVE	11
1.1. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (LOPDGDD)	11
1.2. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión (art. 20 bis ET)	13
1.2.1. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87 LOPDGDD)	14
1.2.2. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89 LOPDGDD)	15
1.3. Teletrabajo y desconexión digital (art. 18 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia)	16
1.3.1. Derechos relacionados con el uso de medios digitales en el ámbito del teletrabajo.	18
1.3.2. Problemática en la aplicación del registro horario en el caso de los teletrabajadores.	19
1.4. Transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada (arts. 6.6, 7.5 LISOS, 12, 23 y 34-38 ET) y actuaciones de la ITSS	21
1.5. Derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91 LOPDGDD).	22
1.6. Desconexión digital de los empleados públicos [art. 14 j bis) EBEP]	24
1.7. Enfoque preventivo del derecho a la desconexión digital (arts. 14-16 LPRL y 36.5 ET).	25
2. ¿QUÉ ES LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y CÓMO LLEVARLA A CABO?	27
2.1. Limitación del uso de los medios tecnológicos	28
2.2. Elaboración de una política interna definiendo las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión	29
2.3. Acciones de formación y de sensibilización	30
2.4. Organización adecuada de la jornada laboral	31
2.5. Transformación digital y nuevos derechos: derecho a la educación digital y derecho ante la inteligencia artificial	31
2.6. Nuevas herramientas: plan de igualdad y su relación con las medidas de desconexión digital	32
3. REGISTRO HORARIO	39
3.1. Ampliación del registro a la jornada de todas las personas trabajadoras	40
3.2. Sistema de registro horario de la jornada laboral	41
3.3. Incumplimientos y sanciones relacionados con la ausencia de registro horario	44
3.4. Protocolo sobre el registro de la jornada y control horario	46

4. DISEÑO E IMPLANTACIÓN DE UN PROTOCOLO INTERNO DE DESCONEJIÓN DIGITAL	49
4.1. Protocolo de derecho a la desconexión digital	49
4.2. Estructura de un protocolo para la desconexión digital	51
4.2.1. Ámbito de aplicación	51
4.2.2. Negociación (art. 88.3 LOPDGDD).	52
4.2.3. Reconocimiento del derecho a desconexión y buenas prácticas en desconexión digital	52
4.2.4. Excepciones: urgencia justificada	58
4.2.5. Vigencia	58
4.2.6. Acciones de Implantación, comunicación, sensibilización y formación	59
4.2.7. Canal de comunicación para denuncias, quejas, reclamaciones o sugerencias: vulneración del derecho a desconexión.	60
4.2.8. Seguimiento y proceso de Auditoría	61
5. PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES RELACIONADOS CON LA DESCONEJIÓN DIGITAL	63
5.1. ¿Existe el derecho a la desconexión digital dentro del tiempo de trabajo (STSJ Madrid n.º 962/2020, de 4 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:10055)?	63
5.2. Legalidad de la cláusula contractual que obliga al trabajador a dar su número de móvil o correo electrónico a la empresa (STS, rec. 259/2014, de 21 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4086).	65
5.3. Consideración como tiempo de trabajo de las guardias domiciliarias (STJUE, C-518/15, de 21 de febrero de 2018 (Caso Matzak)).	66
5.4. ¿El tiempo de descanso dentro de horario laboral ha de pagarse si no se disfruta (STSJ Castilla y León, rec. 1698/2019, de 23 de enero de 2020, ECLI:ES:TSJCL:2020:158)?	68
5.5. Para la consideración de tiempo trabajo es preciso que se cumplan tres elementos: a) que el trabajador esté en ejercicio de su actividad y funciones; b) que el trabajador esté a disposición del empresario; c) que el trabajador permanezca en el trabajo (STJUE n.º C-266/14, de 10 de septiembre de 2015)	69
5.6. La medida tecnológica implantada para el control de la actividad laboral excede el poder de dirección y organización del trabajo que tiene el empresario afectando a la intimidad y dignidad de los trabajadores (STSJ Cataluña n.º 3613/2013, de 23 de mayo de 2013).	71
5.7. Posibilidad de prestar servicios para otro empresario durante el periodo de vacaciones (STC n.º 192/2003, de 27 de octubre de 2003)	71
5.8. Obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador (STJUE n.º C-55/18, de 14 de mayo de 2019)	72
5.9. Elaboración del calendario laboral (STSJ Galicia n.º 21/2019, de 18 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TSJGAL:2018:5854)	72
5.10. Sistema de guardias de localización con teletrabajo y desconexión digital (STSJ Madrid n.º 628/2020, de 8 de julio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:7899).	74

ANEXO. FORMULARIOS

Modelo genérico de protocolo para la desconexión digital en la empresa77

Acuerdo empresa - trabajador para el reconocimiento del derecho a la desconexión digital85

Solicitud por parte del trabajador a la empresa del reconocimiento del derecho a la desconexión digital por escrito87

Formulario de acuerdo empresa - trabajador para el reconocimiento del derecho a la desconexión digital de teletrabajador (art. 18 RD Ley 28/2020 trabajo a distancia)89

Formulario de solicitud por parte del trabajador a distancia a la empresa del reconocimiento del derecho a la desconexión digital por escrito (art. 18.1 RD-Ley 28/2020 de trabajo a distancia)93

Acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo (actualizado Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre)95

Documento de control empresarial de la actividad ejecutada a distancia por parte del trabajador (teletrabajo)103

Acuerdo empresa - trabajador para la utilización de medios informáticos durante el trabajo a distancia105

Acuerdo empresa - trabajador para la utilización de medios informáticos109

Carta de sanción leve al trabajador por uso de medios telefónicos, telemáticos, informáticos, mecánicos o electrónicos de la empresa, para asuntos particulares, sin la debida autorización.113

Carta de sanción grave al trabajador por utilización del ordenador de empresa para uso privado o personal115

Comunicación genérica de la empresa estableciendo el uso de herramientas informáticas de la empresa para exclusivos fines profesionales117

Acuerdo de flexibilidad horaria entre trabajador y empresa por voluntad del empresario119

1.

ENTORNO NORMATIVO Y ASPECTOS CLAVE

El fenómeno de la «interconectividad digital» han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. En el ámbito laboral la LOP-DGDD ha reconocido hasta 5 derechos en este ámbito, contenidos en los artículos 87 a 91. Estos artículos a su vez se complementan con las disposiciones finales 13ª y 14ª que modifican el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público.

1.1. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (LOPDGDD)

Los cambios tecnológicos producidos en las últimas décadas han provocado modificaciones estructurales en el ámbito de las relaciones laborales. Es innegable que hoy en día el fenómeno de la “*interconectividad digital*” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo mudando los escenarios de desenvolvimiento de las ocupaciones laborales hacia entornos externos a las clásicas unidades productivas: empresas, centros y puestos de trabajo. En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras (“*Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid*”).

En este contexto, el lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras (Convenio colectivo del Grupo Axa. Artículo 14 (BOE núm. 244 de 10/10/2017)).

Esta es la situación que ha impulsado al legislador a reconocer el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral, como un derecho de las personas trabajadoras a no responder mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo, con la finalidad de garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores.

Tras varias proposiciones no de Ley para su regulación, en la transposición al ordenamiento jurídico español del Reglamento general europeo de protección de datos (RGPD), con efectos de 6 de diciembre de 2018, la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre (LOPDGDD) ha introducido medidas para garantizar el derecho a la desconexión digital fuera de horario laboral. Con anterioridad a la LOPDGDD encontrábamos: III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, donde se recomienda que *“los convenios, especialmente los de empresa, deben promover la racionalización del horario de trabajo”* para *“mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida personal y laboral”*. Esto dejaba abierta la posibilidad de introducir por medio de negociación colectiva un control del uso fuera del trabajo de los dispositivos electrónicos de comunicación con empresa o clientes, pero lo cierto es que existen escasos ejemplos en los que se haya introducido este derecho. En la regulación colectiva actual si encontramos referencias al trabajo efectivo, el tiempo de presencia, regulación de las guardias, etc.; pero muy pocas al “cierre” de las comunicaciones empresa-trabajador (Con la entrada en vigor de la LOPDGDD (art. 91), se hace obligatoria la regulación en la empresa de las medidas de desconexión digital).

El art. 88 LOPDGDD (en referencia tanto a trabajadores como a empleados públicos) recoge:

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

Los principales puntos de este artículo radican en que el empleador deberá fijar los criterios de utilización de los dispositivos digitales a través de protocolos internos y deberá contar con la colaboración de los representantes de los trabajadores en la elaboración de dichos criterios. Asimismo, se indica expresamente que se atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, por lo que se deberá atender al sector de actividad, medios tecnológicos, roles, tipos de empleo, etc. Básicamente se podría definir como la limitación al uso de las tecnologías para garantizar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones de los empleados y la intimidad personal y familiar, por lo que, a modo de ejemplo, fuera del horario laboral los empleados no estarían obligados a responder llamadas, SMS, mensajes de texto o correo electrónicos del trabajo.

Además, se exige la **elaboración de una política interna** en la que se definan las modalidades de ejercicio de este derecho y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso de los medios tecnológicos, si bien, solo se exige la previa audiencia de los representantes de los trabajadores, por lo que en base a la literalidad del artículo, el empleador podría redactar una política unilateral. Supuesto diferente será si hay un convenio colectivo (negociación colectiva), pero el artículo en sí no obliga a que este derecho quede regulado expresamente en el convenio colectivo, sino tan sólo que se elabore la política interna, que podrá quedar o no recogida en el convenio colectivo.

Se impone por tanto dos deberes al empresario: el de elaborar una política interna de uso y el de informar a las personas trabajadoras sobre los criterios de uso.

Este derecho tiene que ver con la conciliación entre la vida laboral y la personal o familiar, la salud del empleado y las tecnologías de la información cada vez más presentes en nuestro día a día, como en el caso del teletrabajo. Por tanto, se podría considerar una expresión, en el ámbito laboral, de los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física y psíquica, si bien, según la DF 1ª, este artículo junto con los artículos 79 a 82 y 95 a 97, tendrán carácter de ley ordinaria, configurándose como un derecho de configuración estrictamente legal.

El artículo como vemos se refiere además al caso particular del **teletrabajo**, ya sea total o parcial, exigiendo la preservación de este derecho.

Podemos ver, nuevamente, la importancia en cuanto a la redacción de esta normativa interna en la STS n.º 226/2017, de 17 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1265, en que se desestimó la demanda de revisión interpuesta por una empresa contra su empleada tras encontrar un correo entre esta y su abogado, por haber accedido a su correo electrónico sin haber establecido ninguna instrucción previa al uso de los medios digitales.

1.2. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión (art. 20 bis ET)

En relación con la garantía de los derechos digitales la LOPDGDD también introduce modificaciones en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores al añadir un nuevo artículo 20 bis.

“Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Artículo del texto estatutario en clara relación con el tratado art. 88 LOPDGDD y:

1.2.1. Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87 LOPDGDD)

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado”.

Los principales puntos de este artículo radican en que el empleador deberá fijar los criterios de utilización de los dispositivos digitales a través de protocolos internos y deberá contar con la colaboración de los representantes de los trabajadores en la elaboración de dichos criterios. Además debemos tener en cuenta que se hace referencia tanto a trabajadores como a empleados públicos. Se impone por tanto dos deberes al empresario: el de elaborar una política de uso y el de informar a los trabajadores sobre los criterios de uso.

Este acceso se posibilita en referencia a unas finalidades concretas que la legitiman:

- El control del cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias.
- Garantizar la integridad de los dispositivos.

Muy importante es tener presente que se determina que se deberán **especificar los usos autorizados de un modo preciso**, e incluso, si se permite por el empleador, los períodos en que los dispositivos podrán usarse para fines privados como por ejemplo el uso para el acceso a redes sociales, páginas de ocio, etc. Para ello, se deberá realizar una normativa interna sobre el uso y acceso a los sistemas, uso del correo electrónico de empresa, instalación de programas, almacenamiento de la información, etc. Podemos ver la importancia en cuanto a la redacción de esta normativa interna en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 226/2017, de 17 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1265 en que se desestimó la demanda de revisión interpuesta por una empresa contra su empleada tras encontrar un correo entre esta y su abogado, por haber accedido a su correo electrónico sin haber establecido ninguna instrucción previa al uso de los medios digitales.

Finalmente, no debemos dejar de lado que este artículo habla específicamente del “uso de dispositivos digitales puestos a disposición por su empleador”, dejando por tanto al margen aquellos dispositivos propios del empleado que se usen con fines laborales o durante el horario laboral.

1.2.2. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89 LOPDGDD)

“1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”.

Este artículo aborda tema de la videovigilancia en el lugar de trabajo, permitiendo a los empleadores el tratamiento de las imágenes obtenidas, pero solo *“para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos”* previstas en la ley con los límites inherentes al mismo, prohibiendo la instalación de dichos dispositivos puedan estar instalados en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos *“tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”*. Sobre la colocación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo la resolución judicial más comentada fue la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso López Ribalta) que obligó a indemnizar a cinco cajeras filmadas robando porque no se les informó de las cámaras ocultas y se estimó que la empresa había vulnerado el art. 5 de la LOPD.

El uso requerirá la previa información, *“expresa, clara y concisa”*, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes.

La ley prevé también el caso del descubrimiento casual de la *“comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores”*, en cuyo caso *“se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 de esta Ley Orgánica”*, es decir, a través de colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible (el cartel de videovigilancia o dispositivo que cumpla los estándares previstos en la norma). Este cartel debe colocarse en un lugar visible e informar al menos de que se realizará tratamiento de las imágenes, la identidad del responsable, así como la posibilidad de ejercitar los derechos sobre las imágenes, principalmente de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Además, solo se admite la utilización de sistemas de grabación de sonidos (micrófonos) en el lugar de trabajo en caso de riesgos *“relevantes”* para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y respetando en todo caso los principios de proporcionalidad e intervención mínima. El tratamiento de los sonidos también implica la supresión de los datos en el plazo máximo de un mes salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de 72 horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación (art. 22.3 LOPDGDD).

1.3. Teletrabajo y desconexión digital (art. 18 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia)

El derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado 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 LOPDGDD, el artículo 18.4 de la Constitución, y el reciente Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre. (STSJ Madrid n.º 962/2020, de 4 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:10055).

Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito y los trabajadores bajo esta modalidad tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo (art. 13 ET).

Es decir, el teletrabajo constituye una relación laboral *“propiciada por las nuevas tecnologías que mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse que deben ser reguladas legalmente y amparadas por la legislación vigente, que no puede quedar burlada”*. Debiendo, *“asimilar a la presencia física la “presencia virtual”*”. (STSJ de Madrid n.º 469/1999, de 30 de septiembre de 1999, ECLI:ES:TSJM:1999:10912).

Sin embargo, este tipo de prestación de servicios presenta posibles inconvenientes: protección de datos, brechas de seguridad, tecnoestrés, horario continuo, fatiga informática, conectividad digital permanente, mayor aislamiento laboral, pérdida de la identidad corporativa, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia, dificultades asociadas a la falta de servicios básicos en el territorio, como la conectividad digital o servicios para la conciliación laboral y familiar, o traslado a la persona trabajadora de costes de la actividad productiva sin compensación alguna, entre otros.

Según el estudio *“trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral”*, realizado por la Fundación Eurofound para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, el uso de las tecnologías conlleva una tendencia a trabajar más horas de las pactadas y una clara interferencia trabajo-casa: 61 de cada 100 trabajadores trabaja durante el tiempo libre para atender demandas de trabajo que llegan por vía electrónica -correo electrónico y teléfono inteligente principalmente- generando demasiadas veces una situación de estrés y de incapacidad de desconexión digital. A esto, han de añadirse, el siempre presente uso de las nuevas tecnologías, en relación a la duración de la jornada laboral y el respeto al tiempo de descanso (Eugenia Anoro Urréjola. Artículo *“Teletrabajo y derecho a la desconexión digital”*. 28 de julio de 2019. El Jurista).

Aspectos que no pasaron desapercibidos para el legislador en la LOPDGDD, reforzándose, en el art. 88 transcrito al principio del punto, el derecho a la desconexión digital en los supuestos de trabajo a distancia o teletrabajo, y fueron reflejados en el capítulo IV del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, donde encontramos referencias específicas a las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia, incluyendo la protección de datos y seguridad de la información, el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales y las instrucciones necesarias para preservar a la empresa frente a posibles brechas de seguridad.

Recientemente, la STSJ Madrid n.º 962/2020, de 4 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:10055 (anterior al RDL 28/2020), ha analizado el derecho a la desconexión digital fijado por el art. 88 LOPDGDD de un teletrabajador, llegando a la conclusión de que cuando sea tiempo de trabajo efectivo no es aplicable el derecho de desconexión digital:

“a) En tiempo de descanso el trabajador tiene derecho a la desconexión digital, esto es, 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;

b) No afecta al derecho a la desconexión digital (y, por tanto, a la intimidad personal y familiar) el que la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal, porque entonces ya no hablamos de tiempo de descanso, sino de tiempo de trabajo. Obviamente ello implica que el tiempo de conexión del trabajador para realizar actividades laborales, también cuando se realiza a distancia y por medios electrónicos, tiene la consideración de tiempo de trabajo, con las consecuencias legales que de ello se derivan;

c) Si dicho trabajo se realiza más allá de la jornada se tratará de horas extraordinarias que con carácter general son voluntarias, salvo pacto en contrario;

d) En otro caso, si la realización de trabajo efectivo (presencial o a distancia) fuera del horario normal implica un cambio del mismo o de la jornada ordinaria, estaremos ante una modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que según los casos puede ser sustancial (regulada por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores) o no”.

1.3.1. Derechos relacionados con el uso de medios digitales en el ámbito del teletrabajo

Derecho a la intimidad y a la protección de datos

La empresa no podrá exigir la instalación de programas en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia, y deberá elaborar una política en la que se regule la desconexión digital.

“Artículo 17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos.

1. La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados.

2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.

3. Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras.

Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

Derecho a la desconexión digital

La empresa podrá poner en marcha las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad, y deberá establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de sus empleados.

“Artículo 18. Derecho a la desconexión digital.

1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso”.

1.3.2. Problemática en la aplicación del registro horario en el caso de los teletrabajadores

Dentro del posible incumplimiento del registro horario, a estas alturas es sobradamente conocida la obligación empresarial de garantizar el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la existencia de flexibilidad horaria (art. 34 ET, sancionado según el art. 7.5 LISOS que tratamos en el siguiente apartado). Del mismo modo, la problemática en la aplicación del registro horario sobre los teletrabajadores, en especial desde el crecimiento repentino de esta modalidad de prestación de servicios originado por la pandemia del COVID-19, fue abordado por la **Guía sobre registro de jornada publicada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social pública**.

Dado que cabe variabilidad de la jornada diaria de trabajo (jornadas diarias superiores compensadas con otras inferiores, por ejemplo), cuyo cómputo a efectos de determinación del tiempo de trabajo realmente realizado por el trabajador requiere períodos o secuencias temporales superiores al día, el registro diario de jornada, exigible en todo caso, deberá ponderarse y globalizarse a efectos de control y contabilización del tiempo de trabajo efectivo en dichas secuencias superiores a la diaria. De suerte que si, por ejemplificar, la flexibilidad horaria exige el cumplimiento de una determinada jornada mensual, libremente distribuida por el trabajador, el hecho de que un registro horario diario compute excesos de jornada no se interpretará como trabajo extraordinario o por encima del pactado si, analizados los registros de los restantes días del mes, queda acreditado el cumplimiento de la jornada mensual ordinaria. En coherencia, cualesquiera otros períodos de referencia a los fines redistributivos seguirán idéntica regla.

DESCONEXIÓN DIGITAL

PASO A PASO

El derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo se conceptúa como la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de las personas trabajadoras.

En nuestro país la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, el impulso del registro horario obligatorio, y el *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, han supuesto un importante avance en la garantía del derecho a la desconexión digital, impulsando nuevas necesidades para las empresas –reflejadas también vía convenio colectivo– como la implantación de un protocolo interno de desconexión digital.

Nuestra obra se desarrolla en seis partes:

- La **primera** aborda el entorno normativo y aspectos clave del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.
- En el **segundo** bloque analizamos qué es la desconexión digital y cómo llevarla a cabo.
- En el **tercer** bloque desarrollamos el registro horario y su importancia para garantizar el derecho.
- Centrándonos ya en el propósito que inspiran esta guía, la **cuarta** trata el diseño e implantación de un protocolo interno de desconexión digital.
- La **última parte** analiza los distintos pronunciamientos judiciales de interés en la materia.

Para dotarla de una mayor practicidad, la obra analiza las sentencias más recientes sobre aspectos controvertidos e incluye formularios de interés.



www.colex.es



PVP 15,00 €

ISBN: 978-84-1359-235-0

