

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y SUS LÍMITES EN EL TRABAJO A DISTANCIA

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

NET21 NÚMERO 2, ABRIL2021

El desarrollo espectacular de los dispositivos portátiles y las tecnologías *wireless* para el acceso y el envío de datos *on line* han hecho posibles formas de ejecución del trabajo antes impensables. Entre ellas, la posibilidad de que este se lleve a cabo desde cualquier lugar y en cualquier momento sin merma de su efectividad ni elevación de sus costes. El espacio y el tiempo se han convertido, de este modo, en factores *líquidos*, moldeables a voluntad. Las consecuencias son conocidas. No solo una mayor ubicuidad espacio-temporal del trabajador, sino una mayor intercambiabilidad y un cierto derrumbamiento de las fronteras entre el trabajo presencial y el trabajo a distancia.

Fruto de estos cambios ha sido la aparición de formas nuevas de trabajo a distancia habilitadas por las tecnologías de la información y las comunicaciones. En particular, el teletrabajo *de alta movilidad o flexible*, que puede desarrollarse sin un referente espacial y temporal, y el teletrabajo *ocasional o en régimen de alternancia*, en el que se suceden prestaciones a distancia y presenciales sin que exista un criterio predefinido. Pero no solamente. A su lado ha surgido una menos deseable forma de teletrabajo *adicional o suplementario*, compuesta por tareas añadidas a las que corresponden al trabajador, que le son requeridas fuera de su tiempo de trabajo, por vía telefónica o email, tanto por el empleador por los compañeros de trabajo o la clientela, y que este asume informalmente desde donde se encuentra muchas veces sin compensación.

La importancia asumida durante la pandemia por este tercer tipo de prestaciones, unida a sus negativas consecuencias, percibidas por todos, han determinado que el legislador se haya cuidado de incluir en el Real Decreto-ley 28/2020 una regulación *ad hoc* del "derecho a la desconexión digital", reconocido con carácter general entre nosotros por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018.

La regulación de este derecho, contenida en el artículo 18, se caracteriza por introducir, al lado del derecho a la desconexión digital de los trabajadores a distancia, y en particular de los trabajadores, un verdadero “deber empresarial de garantizar la desconexión” de estos. Cosa que no hacía, al menos de forma expresa, su precedente.

Dicho esto, es preciso indicar también que este artículo se encuentra lejos de imponer una enérgica prohibición de entablar contacto con el trabajador fuera de su jornada, como hubiera podido esperarse. Antes bien, se conforma con indicar que el citado deber empresarial “conlleva una *limitación* del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos 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 convencional aplicables”.

Esta referencia a la limitación –en lugar de la proscripción– del uso de esos medios durante el tiempo de descanso del trabajador, bien que respetando las fronteras que enmarcan su prestación, es lo suficientemente ambigua como para prestarse a diversas interpretaciones, incluyendo las más favorables al reconocimiento de una variedad de excepciones y matizaciones a la aplicación del derecho en cuestión.

Es evidente que a través de esta fórmula el artículo 18 desecha la posibilidad de definir de manera precisa el contenido de este derecho, las modalidades que su ejercicio puede revestir y las cautelas que deben ofrecérsele. Así como, en su caso, sus excepciones. Por el contrario, esta tarea es encomendada a los “convenios y acuerdos colectivos”, que son los llamados a establecer, sin ninguna orientación adicional, los “medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo” de este derecho. Este es un reenvío que viene acompañado de la indicación, contenida en la Disposición adicional primera, de que esos instrumentos podrán regular igualmente “las circunstancias extraordinarias de *modulación* del derecho a la desconexión digital”, nuevamente sin proporcionarles una guía.

El resultado es, como salta a la vista, un llamativo doble juego de remisiones en virtud del cual corresponde a la negociación colectiva tanto la garantía del derecho a la desconexión de los trabajadores a distancia como la exceptuación de su aplicación. Es decir, la definición de las situaciones en las que cabe imponerles su *reconexión* fuera de la jornada de trabajo.

El riesgo que entraña este doble reenvío es fácil de aventurar. Y viene avalado por la práctica negociadora posterior a la introducción del derecho a la desconexión por la Ley Orgánica 3/2018. Los estudios disponibles sobre esta ponen de relieve cómo son muchos los convenios en los que la alusión al derecho a la desconexión digital, por lo general no acompañada de ningún desarrollo o garantía adicional, viene acompañada del reconocimiento de la posibilidad de imponer al trabajador su reconexión, no solo por razones de fuerza mayor, sino para la atención de cualquier tipo de necesidades empresariales, siempre que estas sean urgentes o su aplazamiento perjudique al empleador. Trasladada al trabajo a distancia, esta fórmula podría convertirse en una inesperada vía para la expansión del teletrabajo adicional o suplementario, impuesto al trabajador sin su consentimiento para la atención de lo que no son más que necesidades empresariales, seguramente legítimas pero que deben ser satisfechas dentro de las coordenadas espacio-temporales convenidas o acudiendo a los mecanismos ordinarios de movilización del trabajo más allá de la jornada.

Esto nos alerta sobre la importancia de que los sujetos negociadores mantengan una actitud vigilante y pongan en marcha regulaciones de este derecho que marquen límites claros y fundados a la posibilidad de exigir su reconexión al trabajador.

¿Cuáles pueden ser estos límites?

Para definirlos es preciso tener en cuenta, antes de nada, que el derecho a la desconexión es un derecho de *carácter instrumental*, a través del cual se busca tutelar otros derechos de carácter fundamental para el trabajador, como su derecho al descanso, a la intimidad, a la conciliación de la vida laboral y familiar y a la protección de su seguridad y salud. Esto exige una definición estricta por los convenidos colectivos de sus contornos. Y en particular su configuración como un derecho del trabajador a distancia a no recibir –y en su caso desatender o rechazar sin represalias– cualquier comunicación o requerimiento de información o prestaciones que puedan serle formulados tanto por el empleador como por los compañeros e incluso clientes durante su tiempo de descanso. Y como un deber del empresario, tanto de no utilizar él mismo los medios tecnológicos de comunicación y de trabajo con ese objeto, como de adoptar medidas adecuadas para que tampoco lo hagan los demás trabajadores o la clientela.

Establecido lo anterior, los negociadores tampoco deberían perder de vista que los supuestos de reconexión conllevan la exigencia al trabajador de una prestación de carácter extemporáneo que solo puede ser admitida en situaciones por completo excepcionales, en las que la necesidad de atender de forma prioritaria otros bienes o derechos dignos de protección pueda determinar la imposición al trabajador de un trabajo que no le es debido.

Juega aquí la tutela de los referidos derechos al descanso, a la intimidad, a la conciliación y a la protección de la salud, cuya limitación no puede ser admitida sin un motivo de suficiente entidad, no vinculado con la sola satisfacción de los intereses de la contraparte. Pero también la consideración del tiempo de reconexión como un tiempo que excede el de subordinación pactado por el trabajador en enajenación voluntaria de su libertad personal. Imponérselo es afectar, por tanto, este valor fundamental, dando lugar a una forma de trabajo forzado que solo puede tener amparo en situaciones absolutamente extraordinarias.

La única manera de evitar este riesgo es reconduciendo los supuestos de reconexión susceptibles de ser reconocidos por la negociación colectiva a las situaciones de riesgo para la seguridad de las personas o las cosas. La reconexión debería, así, estar asociada a la necesidad de "prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes", en línea con las llamadas horas "de salvamento" previstas por el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, cuya obligatoriedad ha sido sancionada por la jurisprudencia. Añadiéndose, si acaso, otras situaciones análogas de especial gravedad que afecten a bienes esenciales y no a un puro interés económico de parte. Los demás supuestos en los que esté de por medio exclusivamente un interés de este tipo deberán estar, pues, sujetos a la aceptación del trabajador.