

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: ALCANCE Y SIGNIFICADO DE UN DERECHO EMERGENTE EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA*

Guillermo García González**

Resumen

La crisis ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que el legislador ha obligado a los empleadores tanto del sector público como del sector privado a implementar fórmulas de trabajo remoto, ha situado en primer plano del debate público los efectos negativos que sobre la salud de los empleados públicos puede representar el uso inadecuado de los dispositivos tecnológicos en el desarrollo de su actividad. Entre los escasos instrumentos jurídicos existentes para combatir estos efectos, uno de los más importantes es el derecho a la desconexión. Reconocido por el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el derecho a la desconexión digital de los empleados públicos se presenta como una figura jurídica con límites difusos y alto nivel de abstracción, cuyas lagunas y déficits se han evidenciado en toda su extensión durante la crisis sanitaria. El presente estudio tiene como objetivo principal examinar el alcance y contenido de este derecho digital en su proyección sobre el empleo público, señalando sus dificultades aplicativas e interpretativas y proponiendo vías de resolución para los conflictos que suscita nuestro impreciso sistema regulatorio.

Palabras clave: desconexión digital; crisis sanitaria; derechos digitales; empleo público; COVID-19.

PUBLIC EMPLOYEES' RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION: SCOPE AND SIGNIFICANCE OF AN EMERGING RIGHT IN THE CONTEXT OF THE HEALTH CRISIS

Abstract

The crisis brought about by the COVID-19 pandemic, in which the legislator has compelled employers in both the public and private sectors to implement remote working formulas, has brought to the fore of public debate the negative effects that improper use of technological devices in the course of public employees' activities can have on their health. Among the few legal instruments that currently exist to combat these effects, one of the most important is the right to disconnect. Recognised by Article 88 of Organic Law 3/2018, on Personal Data Protection and Guarantees for Digital Rights, the right of public employees to disconnect is a highly abstract legal concept with unclear limits, the legal loopholes and shortcomings of which have been fully revealed in the course of the health crisis. The main aim of this study is to examine the scope and content of this digital right in relation to public employment, pointing out the difficulties of interpreting and applying it and suggesting ways of resolving them in the conflicts that our imprecise regulatory system gives rise to.

Key words: digital disconnection; health crisis; digital rights; public employment; COVID-19.

* El presente estudio se enmarca en el Proyecto de la Generalitat Valenciana AICO/2019/205: "La implementación del RGPD en España: impacto de las cláusulas abiertas en la nueva LOPD, normativa de desarrollo y legislación sectorial".

** Guillermo García González, profesor titular de derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Investigador principal del Grupo de Investigación TR3S.i Trabajo líquido y riesgos emergentes en la sociedad de la información. UNIR, c. Almansa, 101, 28040 Madrid. guillermo.garcia@unir.net.

Artículo recibido el 22.08.2020.

Citación recomendada: García González, Guillermo. (2020). El derecho a la desconexión digital de los empleados públicos: alcance y significado de un derecho emergente en el contexto de la crisis sanitaria. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 54-71. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3505>.

Sumario

- 1 Introducción
 - 2 La compleja arquitectura del derecho a la desconexión digital
 - 2.1 El derecho a la desconexión digital y su íntima vinculación con la seguridad y la salud laboral
 - 2.2 La naturaleza jurídica del derecho a la desconexión
 - 3 La integración del derecho a la desconexión digital por la negociación colectiva en el empleo público
 - 4 La política interna de desconexión digital como obligación preventiva de las Administraciones públicas
 - 5 El (emergente) derecho a la desconexión de los empleados públicos en tiempos de crisis sanitaria
 - 6 A modo de reflexión final
- Referencias bibliográficas

1 Introducción

La consolidación de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) como elementos nucleares en la sociedad contemporánea ha supuesto la transformación digital de las tradicionales estructuras sociales analógicas. El proceso de digitalización vivido en las últimas décadas ha culminado en una sociedad interconectada, conformando nuevos escenarios sociales a los que se ha tenido que adaptar, en ocasiones de forma excesivamente forzada y fragmentada, nuestro ordenamiento jurídico.

Este cambio global afecta, sin ninguna duda, al modo en el que se articulan las formas de trabajo. La introducción de las TIC en el ámbito productivo ha generado numerosas ventajas, principalmente en términos de reducción de costes, eficacia y flexibilidad. Sin embargo, la interconectividad digital también conlleva numerosos riesgos para el empleado. La aplicación de los dispositivos informáticos como herramientas principales de trabajo ha posibilitado que los empleados puedan desarrollar su actividad sin acotarla a un tiempo y a un espacio determinados; cualquier lugar puede servir como puesto de trabajo y cualquier momento del día puede convertirse en jornada laboral. En este contexto, los contornos entre la vida personal y profesional se van difuminando, facilitando la aparición de riesgos psicosociales ligados al uso de las TIC: adicción al trabajo; tecnoansiedad; síndrome de fatiga informática; merma del sentimiento de pertenencia al grupo; incremento del aislamiento; estrés; sentimiento de esclavitud, de obligatoriedad de disponibilidad constante y de un deber de contestar, e hiperpresentismo tecnológico, entre otros muchos (Fernández, 2017; Macías, 2019; Meléndez, 2016).

La crisis ocasionada por la pandemia de la COVID-19, en la que el legislador ha obligado a los empleadores tanto del sector público como del sector privado a implementar fórmulas de trabajo remoto, ha situado en primer plano del debate público los efectos negativos que sobre la salud de los trabajadores y de los empleados públicos puede representar el uso inadecuado de los dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral. Durante el transcurso de la pandemia, las iniciales ventajas percibidas del trabajo remoto forzado impuesto —flexibilidad, ambiente personalizado de trabajo y conciliación— fueron mutando y evidenciando los inconvenientes que la interconectividad digital plantea en el ámbito productivo: hiperconectividad, sobrecarga de trabajo, elevado nivel de exigencia en la realización de tareas, problemas de conciliación de la vida familiar y profesional, presión de plazos de entrega o disponibilidad horaria total con largas jornadas de trabajo; aspectos, todos ellos, desencadenantes de estrés y agotamiento emocional. El último informe de progreso sobre la Agenda 2030 en España recoge perfectamente esta idea: “Uno de los pocos aspectos potencialmente positivos que nos deja esta pandemia es el salto cualitativo que ha supuesto la extensión de la experiencia del trabajo a distancia en una realidad laboral como la de nuestro país, en la que la implantación de esta modalidad aún mostraba resistencias. El teletrabajo puede servir para facilitar la conciliación de la vida laboral con la personal, así como para generar una mayor autonomía y libertad en la persona trabajadora en cuanto a la organización de su jornada laboral. Pero también tiene importantes riesgos que es preciso regular para salvaguardar los derechos laborales, entre otros el derecho [...] a la desconexión” (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020: 122).

En último término, los efectos negativos que el uso de los dispositivos tecnológicos suscita en el ámbito laboral refieren problemas que, *servata distantia*, no han sido extraños en las relaciones de empleo público desde sus inicios, y que se vinculan esencialmente con el derecho al descanso y con la limitación de la jornada laboral. Sin embargo, el novedoso contexto en el que estos viejos problemas se incardinan genera numerosos desajustes de difícil resolución por un ordenamiento jurídico analógico. La realidad digital que se ha venido imponiendo socialmente en las últimas décadas no se ha visto acompañada de una acción legislativa de acomodación, lo que ha dibujado un escenario de relativa inseguridad jurídica; la crisis de la COVID-19 y la opción política por el trabajo remoto forzado no han hecho sino constatar los déficits de nuestro modelo regulatorio en esta materia.

La relativa inacción legislativa en este ámbito se vio corregida, si bien de forma extemporánea y deficiente, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP), que en sus artículos 87 a 91 regula determinados derechos digitales de aplicación directa al ámbito del empleo público. Entre ellos, el artículo 88 LOPDP consagra para los empleados públicos el derecho a la desconexión digital, derecho con límites difusos y alto nivel de abstracción, cuyas inconsistencias

y déficits se han visto evidenciados en toda su amplitud con la crisis de la COVID-19. A analizar el alcance y contenido de este derecho en el ámbito del empleo público se dedica el presente estudio.

2 La compleja arquitectura del derecho a la desconexión digital

El artículo 88 LOPDP positiviza en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la desconexión digital, al establecer en su primer apartado que “[l]os 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”.

Sin perjuicio de los debates doctrinales en relación con su naturaleza jurídica que más adelante se expondrán, conviene en este punto, ante el silencio del legislador, adelantar una definición del derecho a la desconexión digital desde una doble perspectiva. Desde la óptica del empleado público, el derecho a la desconexión implica la no recepción de comunicaciones o instrucciones fuera de su jornada de trabajo, así como la no realización de tareas laborales fuera de su jornada legal o convencionalmente pactada en virtud de las posibilidades que le proporcionan las TIC. Desde la perspectiva de las Administraciones empleadoras, este derecho impone a estas la prohibición de comunicarse o controlar a los empleados mediante instrumentos digitales en su tiempo de descanso (Altés y Yagüe, 2020).

La necesidad de regular el derecho a la desconexión digital ha suscitado un intenso debate dogmático. La doctrina mayoritaria ha considerado que era innecesario un reconocimiento expreso a la desconexión digital, puesto que la normativa general sobre tiempo de trabajo y sobre prevención de riesgos laborales ya amparaba este derecho, garantizando la no obligatoriedad a la permanente conexión o disponibilidad (Molina, 2017; Vallecillo, 2017). El hecho de que la regulación específica del derecho a la desconexión digital no se produjera hasta el año 2018, con su positivización en el artículo 88 LOPDP, no quiere decir que ya con carácter previo no existieran en nuestro sistema jurídico previsiones normativas sobre el derecho de los trabajadores a desconectar de su trabajo fuera de su jornada laboral. No nos encontramos, por tanto, ante un nuevo derecho laboral, sino ante una nueva y expresa manifestación de algunos de los derechos laborales ya existentes (Serrano, 2018). Con todo, ha de valorarse positivamente el reconocimiento legislativo expreso del derecho a la desconexión digital en nuestro ordenamiento jurídico, al constituir su regulación un ejemplo de adaptación de las estructuras normativas a las nuevas realidades surgidas en el marco de la sociedad de la información (Alemán, 2017; De la Puebla, 2019; Taléns, 2018).

Con independencia de las anteriores consideraciones, lo cierto es que el legislador interno incorpora por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico de forma específica el derecho de los empleados públicos a la desconexión digital en el artículo 88 LOPDP. La propia norma, en sus disposiciones finales 13.^a y 14.^a, introduce modificaciones en el 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 (ET), y en el EBEP para reconocer expresamente este derecho a los trabajadores y a los empleados públicos.

En el ámbito del empleo público, el derecho a la desconexión digital queda recogido en el artículo 14.j bis EBEP, que configura el derecho de los empleados públicos “[a] la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. Se remite de este modo el alcance y contenido de este derecho a la regulación que del mismo realiza la propia LOPDP en su artículo 88; ordenación esta que, como se verá, resulta inconcreta y plagada de numerosas lagunas, lo que ha abonado la articulación de múltiples constructos doctrinales dirigidos a concretar la naturaleza y finalidad del derecho a la desconexión digital.

2.1 El derecho a la desconexión digital y su íntima vinculación con la seguridad y la salud laboral

El derecho a la desconexión digital se presenta como una realidad multidimensional con innumerables aristas y connotaciones, lo que dificulta la delimitación del alcance y contenido de los bienes jurídicos a cuya garantía

se dirige. Si se atiende al literal del artículo 88 LOPDP, el derecho a la desconexión digital parece proteger especialmente distintos bienes jurídicos de los trabajadores y empleados públicos: el “tiempo de descanso, permisos y vacaciones”, la “intimidad personal y familiar”, el “derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar” y el “riesgo de fatiga informática”. Así, el derecho a la desconexión se encuentra relacionado con el derecho a la intimidad, el derecho de conciliación de la vida personal y familiar y el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo. La pluralidad de bienes jurídicos a los que afecta ha llevado a considerar al derecho de desconexión como un derecho escoba, “en el sentido que tiene un contenido amplio y envolvente y que arrastra consigo a un grupo de derechos a los que representa” (Muñoz, 2020: 114).

Sin menoscabo de la indudable incidencia que sobre todos estos bienes jurídicos tiene la desconexión digital, en último término este derecho ha de anudarse necesariamente al artículo 40.2 CE, precepto que impone a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad y la salud en el trabajo, garantizando “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. Así, tutelar a través del derecho a la desconexión digital unas condiciones laborales y un tiempo de trabajo determinado lleva inmediatamente a enlazar este derecho con los reconocidos constitucionalmente por el artículo 40.2 CE, y singularmente con la seguridad y la salud laboral.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, la doctrina más autorizada ha vinculado estrechamente el derecho a la desconexión digital con la prevención de riesgos laborales, y específicamente con la tutela de los riesgos psicosociales derivados de la digitalización del trabajo. En este sentido, cabe afirmar que la regulación contenida en el artículo 88 LOPDP constituye en buena medida una norma preventiva descontextualizada (Arrieta, 2019; Igartua, 2019; Miñarro, 2019; Muñoz, 2020; Serrano, 2019). Así, y pese a que lo deseable hubiera sido que el derecho a la desconexión digital se insertara en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), el alcance y significado del mismo lo anuda indefectiblemente a la prevención de los riesgos psicosociales. La inadecuada disposición sistemática de la regulación del derecho a la desconexión no obsta su consideración como norma preventiva; y ello, por cuanto el carácter preventivo de una norma no depende “de su ubicación sistemática ni de su plasmación en la LPRL”, conforme a lo que dispone el artículo 1 de esta última norma (Igartua, 2020: 336).¹ Acogiendo esta perspectiva preventiva, el derecho a la desconexión se presenta como un derecho instrumental que protege a los trabajadores y empleados públicos frente a los riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad laboral y se inserta de lleno en el complejo y disperso derecho de la prevención de riesgos laborales.

La incardinación del derecho a la desconexión en el ámbito preventivo, como a continuación se argumentará, resuelve muchas de las lagunas que de forma aparente presenta la exigua regulación legal de la LOPDP. Así, además de clarificar la naturaleza jurídica del derecho y su dinámica, permite instrumentalizar la tutela del derecho a través del complejo sistema de responsabilidades que conforma nuestro ordenamiento jurídico en relación con la seguridad y la salud laboral. Por otra parte, la consideración del artículo 88 LOPDP como una norma preventiva *ex* artículo 1.1 LPRL determina una necesaria relectura de las obligaciones preventivas que resulta “especialmente significativa habida cuenta de la falta de desarrollo reglamentario en materia de riesgos psicosociales” (Altés y Yagüe, 2020: 66).

2.2 La naturaleza jurídica del derecho a la desconexión

La inconcreta configuración normativa del derecho a la desconexión ha suscitado múltiples dudas sobre su naturaleza jurídica. La pluralidad de bienes jurídicos implicados y la deficiente técnica legislativa empleada han generado numerosos constructos doctrinales que, en no pocas ocasiones, han contribuido a acentuar la inseguridad jurídica en lugar de clarificar el alcance y contenido del derecho a la desconexión.

¹ Dispone el artículo 1 LPRL que “[l]a normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producir las en dicho ámbito”.

Si se parte de que la finalidad esencial del derecho a la desconexión es garantizar la seguridad y la salud de los empleados, en particular en lo que se refiere a los riesgos psicosociales, su naturaleza jurídica resulta compleja, pudiendo delimitarse con base en tres dimensiones que conforman una única realidad jurídica:

- Derecho de todos los empleados públicos. El derecho a la desconexión se configura como un derecho de todos los empleados públicos (art. 14.j bis EBEP), sin que a los efectos de la titularidad del derecho afecte la naturaleza del vínculo que una al empleado con la Administración correspondiente (Marín, 2020; Pazos, 2019). El empleado público tiene derecho a no atender sus obligaciones derivadas de su contrato o relación administrativa mediante dispositivos electrónicos fuera de su jornada laboral, sin que el ejercicio del derecho a la desconexión le pueda suponer ningún tipo de perjuicio económico o profesional. Consecuencia lógica de lo anterior, resultan ineficaces aquellas instrucciones o resoluciones de la entidad empleadora que impongan a “todos los empleados, sin distinción, el deber de estar conectados al correo electrónico sin límite temporal alguno o de horario, para recibir comunicaciones de todo tipo en cualquier tiempo”.² El derecho a la desconexión digital es oponible *erga omnes*, lo que implica que el empleado podrá esgrimir su derecho a desconectar no solo frente a la acción directa de la entidad empleadora, sino también frente a la indirecta desarrollada por compañeros o terceros relacionados con la prestación de sus servicios. En este último caso, parece lógico que sea también la Administración empleadora la obligada a tutelar el derecho a la desconexión de los empleados frente a injerencias de terceros, implementado las medidas adecuadas *ex* artículos 88.2 y 88.3 LOPDP (Lanzadera y Megino, 2020). Dos últimas consideraciones que, aunque parezcan obvias, conviene siquiera mencionar en este punto: en primer lugar, el derecho a la desconexión es un derecho subjetivo perfecto, sin que requiera desarrollo convencional colectivo o individual para su invocación (Igartua, 2019); en segundo lugar, el derecho a la desconexión “no es un derecho absoluto y el funcionario no puede invocarlo de manera ilimitada frente a decisiones que impongan otros principios y valores constitucionalmente dignos de defensa. En estos casos de colisión, lo que la doctrina del TC aplica es la ponderación bajo el prisma del juicio de proporcionalidad de las medidas: necesidad, utilidad y proporcionalidad en sentido estricto”.³
- Deber de todos los empleados públicos. Un sector doctrinal considera que el derecho a la desconexión digital resulta de ejercicio potestativo, un “derecho de libertad”, decidiendo cada empleado “cómo y cuándo desconectar” (Lanzadera y Megino, 2020: 70). Desde esta perspectiva, el empleado público es libre para decidir si, fuera de su jornada laboral, envía o no correos electrónicos, los contesta, recibe o realiza llamadas, o se conecta con su trabajo fuera de la jornada legal o convencionalmente establecida. Esta construcción doctrinal, sin embargo, no resulta compatible con la perspectiva preventiva del derecho a la desconexión digital; y ello, por dos motivos fundamentales. En primer lugar, el derecho a la seguridad y la salud se configura como un derecho esencialmente irrenunciable (arts. 2 y 3 LPRL y art. 14.1 EBEP), no pudiendo en consecuencia el empleado público disponer válidamente sobre el mismo salvo en los términos recogidos por el propio artículo 88 LOPDP. En este sentido, el derecho a la desconexión digital se puede considerar como irrenunciable en su titularidad, aunque relativamente disponible en su ejercicio; y ello, en tanto en cuanto el artículo 88.2 LOPDP atribuye a la autonomía colectiva la capacidad para acomodar el ejercicio del derecho en función de la naturaleza y objeto de la prestación. En segundo lugar, constituye una obligación de los empleados observar las normas de seguridad y salud laboral (art. 54.9 EBEP y art. 29 LPRL), lo que implica que el empleado habrá de respetar las normas sobre desconexión pactadas de forma colectiva o, en su caso, el protocolo de desconexión establecido por la entidad empleadora. De acuerdo con este razonamiento, la desconexión digital no se conforma como un derecho de ejercicio facultativo por el empleado, sino como un derecho-deber de este.

2 Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santander 16/2020, de 3 de febrero de 2020 (procedimiento n.º 315/2019).

3 *Ibidem*.

- Obligación de las Administraciones empleadoras. Cualquier derecho atribuido legalmente al empleado público implica necesariamente un correlativo deber por parte del empleador (Taléns, 2019). Así, el derecho a la desconexión digital del empleado supone necesariamente la atribución a las entidades empleadoras de obligaciones dirigidas a garantizar el pacífico disfrute del derecho reconocido legalmente desde una doble perspectiva (Lanzadera y Megino, 2020). Desde una óptica negativa, el derecho a la desconexión comporta implícitamente un deber de abstención del empleador, que tiene su necesario reflejo en la obligación que le corresponde de evitar o impedir las comunicaciones de contenido laboral fuera de la jornada legal o convencionalmente establecida (Herraiz, 2019). Si no se considerara incluido el deber de abstención del empleador en el derecho a la desconexión digital, este derecho quedaría vacío de contenido (Gutiérrez, 2020; Igartua, 2019). Desde una perspectiva positiva, y como posteriormente se examinará, las entidades empleadoras deberán implementar la política interna de desconexión en los términos recogidos en el artículo 88.3 LOPDP, erigiéndose este protocolo como una auténtica obligación preventiva.

3 La integración del derecho a la desconexión digital por la negociación colectiva en el empleo público

Como ya ha sido apuntado, el artículo 88 LOPDP regula el derecho a la desconexión digital de forma vaga e imprecisa. Más allá de su reconocimiento, el precepto apenas concreta su alcance y contenido, y atribuye a la autonomía colectiva la función de delimitar las condiciones y términos de su ejercicio efectivo. A esta finalidad obedece el artículo 88.2 LOPDP cuando dispone que “[l]as 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”.

El ejercicio del derecho a la desconexión digital se anuda de esta forma a lo que se pacte colectivamente, sin que la norma prevea una regulación de carácter supletorio en defecto de convenio o acuerdo colectivo. Este hecho permite, sin lugar a dudas, adaptar el derecho a la desconexión digital a la realidad sectorial o empresarial en la cual ha de ser ejercido (Gordo, 2017; Pérez, 2019). Sin embargo, la ausencia de regulación supletoria legal que resulte aplicable en defecto de convenio o acuerdo colectivo puede generar que el derecho a la desconexión digital quede sin contenido efectivo, convirtiéndose en un derecho meramente programático (Vallecillo, 2017). Con el fin de evitar este eventual vacío, parece que hubiera sido deseable que el legislador hubiera establecido un régimen jurídico supletorio en defecto de regulación convencional. Además, y teniendo en cuenta el esencial papel de la autonomía colectiva en la materia, el derecho a la desconexión digital se debería haber incluido entre los contenidos mínimos que necesariamente han de integrar la negociación colectiva en los términos del artículo 85 ET y del artículo 37.1 EBEP (Terradillos, 2019). Ello no obsta para que, como ya ha sido advertido anteriormente, nos encontremos ante un derecho subjetivo perfecto que puede ser invocado por el empleado aun en ausencia de desarrollo convencional (Igartua, 2019).

Respecto al contenido de la regulación convencional, el literal del artículo 88.2 LOPDP se limita a establecer que ha de contemplar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital en atención a la naturaleza y objeto de la relación laboral o funcionarial, y que, en esta labor normativa, la negociación colectiva ha de potenciar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Con esta dicción tan genérica y ambigua el legislador opta por no ejemplificar acciones o medidas concretas dirigidas a hacer efectivo el derecho a la desconexión digital, apelando a la creatividad de los negociadores colectivos (Altés y Yagüe, 2020); creatividad que, en los escasos ejemplos que la negociación colectiva nos ofrece, es más bien escasa (Miñarro, 2019).

Entre otros contenidos, la autonomía colectiva podrá regular el tipo de herramienta tecnológica que se va a emplear para garantizar el derecho a la desconexión digital, las compensaciones que se han de abonar a los trabajadores que hayan de permanecer conectados por razones justificadas, o el régimen disciplinario de aquellos trabajadores que vulneren el derecho a la desconexión digital de sus subalternos o de otros compañeros. Además, la función de acomodación atribuida legalmente posibilita que la negociación colectiva restrinja el derecho a la desconexión digital a ciertos empleados en atención a la naturaleza y objeto de la relación

laboral o funcionarial, pero únicamente cuando el tipo de prestación por ellos desarrollada así lo justifique. En este sentido, parece lógico que el derecho a la desconexión digital se module, por ejemplo, en relación con aquellos empleados cuya prestación implica un régimen de localización, en aquellos trabajos en los que prima la flexibilidad horaria, o en los supuestos de teletrabajo. Ahora bien, esta modulación en ningún caso podrá tener un alcance tal que implique que todo un colectivo de empleados públicos, por la naturaleza de la tarea que realicen y sin distinción alguna, tengan “el deber de estar conectados al correo electrónico sin límite temporal alguno o de horario, para recibir comunicaciones de todo tipo en cualquier tiempo”; y ello, aunque los servicios que presenten sean esenciales. Así, y en relación con el colectivo de la policía local, los órganos jurisdiccionales han resuelto que el hecho de que el servicio de policía sea un servicio esencial “que se presta las 24 horas del día los 365 días del año” y que no pueda detenerse “no significa que toda la plantilla trabaje o esté de servicio las 24 horas del día 365 días al año [...]. Y para ello se regulan periodos de guardia, ya sea de presencia o de localización. Esta implica el deber de estar comunicado, ciertamente, y ello no infringe el derecho a la desconexión digital. Pero tal deber se impone no a todos los miembros a la vez (salvo circunstancias excepcionales), ni para todo tipo de asuntos, ni sin límite temporal”.⁴

La relevante función que el artículo 88.2 LOPDP atribuye a la autonomía colectiva en la integración del derecho a la desconexión digital se ve reforzada con lo dispuesto en el artículo 91 del mismo cuerpo legal, que faculta a los convenios colectivos para “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”. Este precepto permite no solo incrementar la intensidad de protección de las garantías legales, sino conformar nuevas garantías adicionales no previstas en la escasa regulación legal (Sepúlveda, 2019).

Esbozado someramente el esencial papel que desempeña la negociación colectiva en la integración del derecho a la desconexión digital, procede en este punto cuestionarse la forma en que se instrumentaliza la autonomía colectiva en el empleo público en esta materia. Teniendo en cuenta la dualidad de régimen jurídico que coexiste en el empleo público en relación con la negociación colectiva, resulta preciso distinguir dos escenarios en atención al carácter laboral o funcionarial del personal afectado.

Respecto al personal laboral, el artículo 32 EBEP establece que, con carácter general, la negociación colectiva de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, a excepción de los preceptos específicos del EBEP que les resulten aplicables. Así, el derecho a la desconexión digital podrá formar parte de los convenios colectivos de esta clase de empleados públicos, en virtud del artículo 85.1 ET en relación con los artículos 88.2 y 91 LOPDP.

Mayores problemas plantea la negociación convencional del derecho a la desconexión digital de los funcionarios. Entre las materias objeto de negociación que el artículo 37.1 EBEP relaciona, no se realiza ninguna referencia a los derechos digitales de los funcionarios. Por otra parte, el artículo 91 LOPDP se refiere exclusivamente a los convenios colectivos como instrumentos reguladores de los derechos digitales en el ámbito laboral, sin aludir a los pactos y acuerdos colectivos de funcionarios. A ello cabría añadir que, entre las materias sobre las que no existe la obligación de negociar del artículo 37.2 EBEP, están aquellas relativas a las potestades de organización y a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica (apartados *a* y *d*, respectivamente), categorías en las que podrían subsumirse en cierto modo los derechos digitales laborales. Todos estos elementos podrían conducir a pensar que el derecho a la desconexión digital carece de amparo legal para poder ser negociado colectivamente en el ámbito funcionarial. Sin embargo, y lejos de acoger esta interpretación estricta, una exégesis sistemática del ordenamiento jurídico lleva a adoptar una tesis contraria; y ello, con base en los siguientes argumentos (Lahera, 2019; Sepúlveda, 2019):

- Con carácter general, existe en nuestro ordenamiento jurídico una tendencia legislativa asentada y decidida de aproximar entre sí los distintos regímenes jurídicos de todos los empleados públicos con independencia de su condición laboral, funcionarial o estatutaria. Junto a ello, también se aprecia en los últimos años una política legislativa relativamente definida dirigida a homogenizar las condiciones de trabajo en el ámbito público y en el privado.

⁴ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santander 16/2020, de 3 de febrero de 2020 (procedimiento n.º 315/2019).

- Toda la regulación de los derechos digitales laborales que realiza la LOPDP (arts. 87 a 90) se extiende tanto al sector privado como al sector público, sin que se distinga dentro de este al personal laboral del que ostenta la condición de funcionario. Resulta lógico, por tanto, entender que la referencia que el artículo 91 LOPDP efectúa a los convenios colectivos como instrumentos de garantía adicional de los derechos digitales ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo los instrumentos negociales propios del ámbito funcional (pactos y acuerdos colectivos *ex art. 38 EBEP*).
- El artículo 88 LOPDP determina que el derecho a la desconexión digital corresponde a “los trabajadores y los empleados públicos”, sin diferenciar dentro del sector público al personal laboral del funcionario.
- El derecho a la desconexión digital de los empleados públicos queda recogido en el art. 14.j bis EBEP, introducido por la disposición final 14.ª LOPDP, “en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. Se remite de este modo el alcance y contenido de este derecho a la regulación que del mismo realiza la LOPDP en su artículo 88, sin realizar ningún tipo de distinción entre el personal funcionario y el laboral.
- La propia conformación legal del derecho a la desconexión digital requiere para su plena efectividad de su concreción mediante la negociación colectiva. Como ya se ha apuntado, el propio tenor literal del artículo 88.2 LOPDP atribuye a la autonomía colectiva un papel esencial en la labor de delimitar los contornos y dintornos del derecho a la desconexión. En estas circunstancias, considerar que la autonomía colectiva carece de sustento legal para regular el derecho a la desconexión digital de los funcionarios equivale, *de facto*, a vaciar de contenido el derecho para este tipo de empleados.
- El derecho a la desconexión digital, por los múltiples bienes jurídicos que implica, puede tener encaje mediante una interpretación extensiva en diversas materias objeto de negociación de las contenidas en el artículo 37.1 EBEP. Así, podría entenderse incluido en su apartado *m*): “[l]as referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”, y, principalmente, en su apartado *j*): “[l]as que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

Los argumentos anteriormente expuestos fundamentan el papel de la negociación colectiva en la ordenación del derecho a la desconexión digital tanto del personal laboral como del funcionario. La regulación convencional en esta materia debería ser homogénea, pues difícilmente se puede justificar un tratamiento diferenciado del derecho a la desconexión digital en atención al tipo de vínculo que una al empleado con su empleador.

Esta necesidad de convergencia de la regulación convencional se puede articular sin excesivos problemas si se reconduce el derecho a la desconexión digital a su finalidad última, garantizar la seguridad y la salud de los empleados públicos, en particular en lo que se refiere a los riesgos psicosociales. En este sentido, el EBEP establece que deberá constituirse una mesa general de negociación que negocie las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de la Administración de que se trate (art. 36.3 EBEP). Entre las materias que se atribuyen a esta mesa general están recogidas en el art. 37.j) “las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales”. Se presenta de este modo esta mesa común como el marco óptimo para ordenar convencionalmente el derecho a la desconexión digital de los empleados públicos de una forma homogénea, evitando que se generen regulaciones diferenciadas en consideración a la condición laboral o funcional del empleado público (Lahera, 2019; Sepúlveda, 2019). La idoneidad de la mesa común para la regulación de la materia ha quedado evidenciada en los escasos instrumentos colectivos existentes sobre la desconexión digital en el ámbito público.⁵

5 Cfr. Acuerdo por el que se establece la posibilidad y se determinan las condiciones para la prestación de servicios mediante

4 La política interna de desconexión digital como obligación preventiva de las Administraciones públicas

El artículo 88.3 LOPDP regula la que a juicio de la doctrina ha sido la mayor aportación normativa al régimen jurídico de la desconexión digital: la obligación de los empleadores de diseñar e implementar una política interna en relación con el derecho a la desconexión (Blázquez, 2019). De acuerdo con el referido artículo: “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”.

La fisonomía del precepto plantea distintos interrogantes que han de ser resueltos a la luz de su fisiología: la garantía de la seguridad y la salud de los empleados públicos. En este sentido, el protocolo de desconexión no deja de ser una concreta obligación de contenido preventivo que, pese a su deficiente ubicación sistemática, ha de seguir el mismo régimen jurídico que el resto de obligaciones que integran el deber de seguridad y salud del empleador de acuerdo con los artículos 1 y 14 LPRL (Miñarro, 2019). Desde esta óptica, el protocolo interno de desconexión ha de ser considerado como una singular medida preventiva dirigida a tutelar a los empleados frente a los riesgos psicosociales derivados del uso intensivo y extensivo de las TIC en el entorno de la prestación de sus servicios, debiendo insertarse en el plan de prevención de riesgos del empleador (Altés y Yagüe, 2020).

Partiendo de lo anterior, cabe señalar las siguientes notas definitorias de la política interna de desconexión digital:

- **Obligatoriedad.** El legislador español ha establecido que la política interna deba realizarse en todo caso y no solo en ausencia de regulación convencional del derecho a la desconexión (Igartua, 2019); y ello, sin perjuicio de que si existiera regulación convencional al respecto la política interna haya de amoldarse a la misma. Esta interpretación resulta la más ajustada si se atiende al literal de la norma y a la finalidad última del derecho a la desconexión, la salvaguarda de la seguridad y la salud de los empleados públicos.
- **Participación.** El artículo 88.3 LOPDP determina que la política interna de desconexión digital se elaborará “previa audiencia de los representantes de los trabajadores”. Teniendo en cuenta la dimensión netamente preventiva del protocolo interno de desconexión, parece lógico entender que los representantes más idóneos para participar en su elaboración sean los delegados de prevención o los órganos específicos que, en su caso, se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 35.4 LPRL. La participación de los trabajadores en este punto debe reconducirse, desde una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, a su consideración como una concreta manifestación de la obligación de consulta que tiene el empleador *ex* artículo 33 LPRL. Así, la audiencia tendrá carácter preceptivo y no vinculante para el empresario, no requiriendo en ningún caso que se llegue a un acuerdo.⁶ La audiencia habrá de realizarse “con la debida antelación” (art. 33.1 LPRL), o, en el caso de los delegados de prevención, “con carácter previo a su ejecución” (art. 36.1.c LPRL). Los tribunales han interpretado que la expresión “con la debida

modalidades no presenciales basadas en el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación para el personal del Ayuntamiento de Valladolid y sus organismos autónomos (BOPV, 21 de julio de 2020); Acuerdo de 17 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz (BOJA, 20 de julio de 2018), y Acuerdo de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Madrid, de 24 de julio de 2020, relativo al borrador del Proyecto de Decreto, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid.

6 Sentencia de la Audiencia Nacional 8/1999 (Sala Social), de 1 de febrero de 1999 (recurso 187/1998).

antelación” conlleva la obligación de consultar a los trabajadores previamente a la instauración efectiva de cualquier acción o medida con implicaciones preventivas.⁷ Respecto a la forma de llevar a cabo la consulta, la LPRL tampoco señala nada al respecto, siendo lo conveniente que se realice tanto la petición como la contestación por escrito, tal como sí que se exige para los delegados de prevención cuando contestan a la consulta, que deberán hacerlo a través de un informe que se elaborará en un plazo de quince días, o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes (art. 36.3 LPRL). Transcurrido el plazo sin haberse emitido el informe, el empleador podrá poner en práctica su decisión (art. 36.3 LPRL).

- **Ámbito de aplicación subjetivo universal.** El protocolo de desconexión resulta aplicable a todos los empleados públicos con independencia del tipo de vínculo que les una con su entidad empleadora; y ello, no solo por los motivos que han sido aducidos con anterioridad, sino también por el propio alcance universal con que el artículo 3 LPRL dota a la normativa preventiva. Específicamente el artículo 88.3 LOPDP acentúa la aplicación de la política de desconexión a dos tipos de empleados públicos, que, por la singularidad de su prestación, resultan más expuestos a los riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad: los que ocupen puestos directivos y aquellos que realicen de forma total o parcial su trabajo a distancia o en fórmulas de teletrabajo. La expresión legal “puestos directivos” en el ámbito del empleo público ha de entenderse referida al personal directivo profesional (art. 13 EBEP).

Respecto al contenido material del protocolo de desconexión, la LOPDP se limita a señalar que deberá incluir “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”. Ha de entenderse que el contenido contemplado legalmente constituye el mínimo exigible, sin que impida que el protocolo incluya otros aspectos de trascendencia preventiva conexos. Por otra parte, el hecho de que el legislador atribuya la ordenación de estos concretos elementos a la política interna de desconexión no supone que la negociación colectiva no los pueda abordar en los términos contenidos en el artículo 88.2 LOPDP. En ese caso, el protocolo de desconexión del empleador habrá de ajustarse a lo previsto convencionalmente.

Como ya se ha apuntado, el protocolo de desconexión ha de incluir necesariamente “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”, sin que, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 88.2 LOPDP, se permita su acomodación en atención “a la naturaleza y objeto de la relación laboral”. De la dicción legal parece deducirse que la negociación colectiva sí que puede proceder a excepcionar o adaptar el derecho a la desconexión en función de la naturaleza de la prestación (art. 88.2 LOPDP), prohibiéndose esta acomodación al protocolo de desconexión. Ello resulta lógico teniendo en cuenta que la política interna de desconexión se presenta como unilateral y no negociada, no constituyendo una fuente normativa válida para modular el disfrute del derecho (Altés y Yagüe, 2020).

De acuerdo con el segundo contenido contemplado legalmente, el protocolo de desconexión ha de incluir “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Sin abandonar la dimensión preventiva, se anuda este elemento a las obligaciones de información y formación de los artículos 18 y 19 LPRL, debiendo el empleador formar e informar a sus empleados sobre los riesgos psicosociales y las medidas preventivas relacionadas con el uso de los dispositivos tecnológicos con fines laborales y, singularmente, sobre el riesgo de hiperconectividad. El alcance y contenido de la obligación de formación e información en este punto han de corresponderse con los previstos por la LPRL para el resto de materias preventivas, siguiendo su mismo régimen jurídico. Ello implica necesariamente que el protocolo de desconexión digital del empleador se fundamente en una labor preventiva previa, pues difícilmente podrán cumplirse las obligaciones de información y formación sin antes haber evaluado y planificado los riesgos ligados al uso de las TIC y, específicamente, el riesgo de hiperconectividad. Se liga de este modo el protocolo interno de la entidad empleadora con su plan de prevención, pues resulta inviable realizar una labor de formación y sensibilización efectiva “sobre un uso razonable de las

7 Sentencia del TSJ de Cantabria (Sala Contenciosa-Administrativa), de 13 de julio de 2001 (recurso 138/2001).

herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática” a los empleados sin previamente haber evaluado y planificado los riesgos existentes conforme a lo dispuesto en el artículo 16 LPRL. Siguiendo este hilo argumental, cualquier entidad que proporcione a sus empleados instrumentos electrónicos para realizar su trabajo deberá evaluar los riesgos asociados al empleo de los mismos y planificar las medidas preventivas para eliminarlos o, en su caso, controlarlos. Solo desde esta labor preventiva previa el protocolo interno de desconexión digital puede resultar efectivo y garantizar la seguridad y la salud de los empleados frente a los riesgos psicosociales derivados de la conexión digital. En atención a la evaluación de riesgos, los contenidos de la formación e información abarcarán aspectos relacionados con el uso racional de medios digitales, buenas prácticas, gestión de la multitarea, autogestión del tiempo de trabajo o prevención del tecnoestrés.

El enlace preventivo de la política interna incide también sobre el propio ejercicio del derecho a la desconexión. En este sentido, ha de tenerse presente que los principios de la acción preventiva son plenamente aplicables al protocolo de desconexión, debiendo, entre otros elementos, anteponer las medidas de protección colectivas frente a las individuales (art. 15.1.h LPRL). Ello ha llevado a parte de la doctrina a defender la prioridad de determinadas medidas de alcance colectivo, como el bloqueo automático de comunicaciones o el desvío de correos y llamadas, sobre “cualquier otra que requiera la voluntad del trabajador para garantizar su propio derecho a la desconexión” (Altés y Yagüe, 2020: 83).

Por otra parte, la inserción de la política de desconexión en el ámbito del plan de prevención hace cuestionarse qué sujetos o entidades resultan capacitados para su elaboración e implementación efectiva. El protocolo de desconexión solo tiene sentido en el marco de una acción integrada de prevención de riesgos laborales, acción que nuestro legislador asocia necesariamente a las modalidades de organización preventiva.⁸ Si se admite que el protocolo de desconexión forma parte del deber de seguridad empresarial, imbricando las principales obligaciones preventivas específicas, es lógico concluir que solo las modalidades de organización preventiva podrán realizar dicho protocolo con fundamento en las funciones que el artículo 31.3 LPRL asigna de forma exclusiva a los servicios de prevención, entendido, este último concepto, en su acepción amplia. Entre las funciones que el artículo 31.3 LPRL atribuye a los servicios de prevención se encuentran el diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención, la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva, la información y formación de los trabajadores, y la vigilancia de la salud en relación con los riesgos derivados del trabajo.

Así, solo las modalidades de organización preventiva previstas legalmente, designación de uno o varios trabajadores para desarrollar funciones preventivas, constitución de un servicio de prevención propio o mancomunado, y el recurso a uno o varios servicios de prevención ajenos, podrán desarrollar las funciones preventivas que el artículo 31.3 LPRL les atribuye de forma exclusiva y excluyente (Luque, 2001; Moreno, 2016).⁹ Todas estas modalidades organizativas pueden considerarse en sentido amplio servicios de prevención, pues así deriva de la propia Directiva 89/391/CEE, que entiende los servicios de prevención no como el órgano en el que se integran los técnicos y desarrollan su actividad, sino como el conjunto de funciones (Moreno, 2016).

Siguiendo el argumento anteriormente expuesto, conforme con el cual el protocolo de desconexión integra el deber de seguridad empresarial imbricando las principales obligaciones preventivas específicas, parece evidente que dicho protocolo solo podrá ser elaborado por el empleador con el asesoramiento y apoyo de los servicios de prevención *ex* artículo 31.3 LPRL, sin que la negociación colectiva pueda introducir nuevas modalidades de organización preventiva al tener las previstas legalmente carácter imperativo; y ello, sin perjuicio de que por medio de instrumentos colectivos se implementen opciones a favor de una u otra modalidad o se especifique su configuración interna, siempre que ello redunde en una mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. En el marco de las modalidades preventivas previstas legalmente, las competencias y habilidades necesarias para realizar el protocolo de desconexión se corresponden con las

⁸ *Cfr.*, *servata distantia*, respuesta de la Subdirección General de Ordenación Normativa de 7 de febrero de 2014 (DGE-SGON-479AV) y respuesta de la Dirección General de Trabajo a la consulta formulada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social de 23 de julio de 2018 (DGE-SGON-943AV-CRA II).

⁹ Capítulo IV, singularmente art. 31.1, y disposición adicional 3.ª LPRL; y arts. 10 y ss. y disposiciones adicionales 1.ª y 4.ª del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

que son propias del técnico superior en prevención de riesgos laborales (art. 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

5 El (emergente) derecho a la desconexión de los empleados públicos en tiempos de crisis sanitaria

La crisis sanitaria originada por la COVID-19 ha situado al derecho de desconexión en el centro de debate público por diversos motivos. Por una parte, la imposición por el poder político de fórmulas de teletrabajo y trabajo a distancia a gran parte de los empleados públicos ha implicado que estos repentinamente se hayan visto obligados a desempeñar sus funciones telemáticamente de forma forzada, sin medios materiales suficientes y, lo que aún es más grave, sin habilidades ni reglas previas que les permitieran desempeñar sus funciones con las debidas garantías de seguridad y salud. Por otra parte, el aluvión de normativa legal y reglamentaria, las dispersas y confusas órdenes e instrucciones y el incremento de trabajo de las Administraciones públicas durante la crisis sanitaria vivida han generado en los empleados públicos situaciones de exceso de trabajo, sobreexposición tecnológica, permanente disponibilidad y situación de hiperconectividad, que reflejan la cara más nociva del trabajo mediante dispositivos electrónicos. Es cierto que la situación vivida resulta excepcional, pero no es menos cierto que refleja de forma indubitada los negativos efectos que puede producir sobre los empleados públicos la ausencia de una política de desconexión digital.

En relación con lo anterior, la crisis de la COVID-19 ha visibilizado en el ámbito de las Administraciones públicas la inexistencia de instrumentos negociados colectivos y de protocolos de desconexión, evidenciando la inactividad que en esta materia ha venido caracterizando al empleo público. Todo apunta a que la situación vivida servirá como punto de inflexión en lo que se refiere al derecho a la desconexión, que a raíz de la COVID-19 ha pasado de ser considerado como un derecho abstracto y secundario a situarse como un derecho imprescindible en la agenda política.

Previamente a la COVID-19, son escasos los instrumentos normativos o convencionales en el ámbito del empleo público que se refieren al derecho a la desconexión. Prácticamente todos ellos se enmarcan en el ámbito de la autonomía colectiva, y consisten en meras reproducciones del artículo 88 LOPD o en simples declaraciones programáticas sin garantías de eficacia.¹⁰

Ante la realidad que la COVID-19 ha exhibido, desde el poder legislativo se han promovido de forma apresurada normas y proyectos con el fin de regular el derecho a la desconexión en el empleo público. Como a continuación se verá, todos ellos vienen caracterizados por varios elementos. En primer lugar, suelen consistir en meras reproducciones del artículo 88 LOPD sin aportar excesivo valor añadido a la ya deficiente regulación legal. En segundo lugar, se anudan normalmente a los fenómenos de teletrabajo, ordenando de este modo el derecho a la desconexión solo en relación con una clase de empleados y dejando al resto sin desarrollo normativo aplicable. En tercer lugar, son normas negociadas y participadas con gran protagonismo de los representantes de los empleados públicos. Por último, todas las disposiciones vienen marcadas por la coyuntura de la COVID-19, lo que anticipa una cierta improvisación y urgencia que se ven reflejadas en su inconcreción y en la escasa depuración de la técnica regulatoria empleada.

En el ámbito de la Administración general del Estado, el trabajo remoto forzado impuesto a los empleados públicos como consecuencia de la situación sanitaria se vio acompañado de un conjunto de resoluciones administrativas en las que, más allá de previsiones generales sobre el respeto a la seguridad y la salud de los

10 Por todos, *vid.* disposición adicional 10.^a del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comarca de la Jacetania (BOPH, 19 de marzo de 2019); acuerdo 8.^o del Acuerdo de 17 de julio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo Marco de 13 de julio de 2018, de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal del sector público andaluz (BOJA, 20 de julio de 2018), y cláusulas 13.^a y 15.^a del II Convenio colectivo de las entidades públicas empresariales Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad (BOE, 16 de julio de 2019).

mismos o sobre los periodos de descanso, no se halla referencia alguna al derecho a la desconexión de los empleados, derecho intensamente comprometido por la realidad que se estaba viviendo.¹¹

Contrasta esta inacción del legislador estatal en lo que atañe al empleo público con la relativa agilidad demostrada en lo que se refiere al empleo privado. En este sentido, el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD) dedica varios de sus apartados a regular la desconexión digital de los trabajadores por cuenta ajena, sin que resulte aplicable esta norma al personal laboral de las Administraciones públicas, “que se regirá en esta materia por su normativa específica” (disp. adic. 2.^a RDLTD).

Pese a que la propia norma excepciona de su ámbito de aplicación al empleo público, algunos de sus contenidos resultan de interés para delimitar el alcance y significado con que el legislador ha querido dotar al derecho a la desconexión digital, coadyuvando su análisis a perfilar los contornos y dintornos de la institución objeto de examen singularmente en lo que se refiere a su estructura y lógica interna. Entre otros aspectos, merecen ser destacados los siguientes:

- El artículo 16 RDLTD dispone que “la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada”. Se entronca de este modo directamente el derecho a la desconexión con el deber de seguridad empresarial y con la tutela de los riesgos psicosociales.
- El artículo 18 RDLTD regula el derecho a la desconexión digital de las personas que trabajan a distancia, “particularmente en teletrabajo”, remitiéndose al contenido del artículo 88 LOPDP. El precepto aleja cualquier duda sobre la naturaleza jurídica del derecho a la desconexión, entendiéndose que el mismo implica un “deber empresarial de garantizar la desconexión”, lo que “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”. Por último, se reitera que la negociación colectiva o acuerdo de empresa constituye el ámbito idóneo para el establecimiento de “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”. Será también la negociación colectiva la que pueda delimitar “las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión” (disp. adic. 1.^a RDLTD).

La regulación que el RDLTD contiene en relación con el derecho a la desconexión no parece, *a limine*, demasiado novedosa si se compara con la ordenación del artículo 88 LOPDP. No obstante, esta supuesta intrascendencia decae si se atiende al decidido posicionamiento que el legislador mantiene en lo que se refiere a dos elementos que han sido objeto de numerosos debates doctrinales. Por una parte, el engarce del derecho a la desconexión digital con el derecho a la seguridad y la salud laboral, y, por la otra, la configuración del derecho a la desconexión como una obligación empresarial específica inserta, por lo anteriormente expuesto, en el genérico deber de seguridad empresarial.

11 Por todas, *vid.* Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública sobre medidas a adoptar en la Administración General del Estado con motivo de la COVID-19, de 10 de marzo de 2020 (complementada por Resolución de 12 de marzo); Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la aprobación del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, de 4 de mayo de 2020, y Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo de la nueva normalidad, de 17 de junio de 2020. Tampoco contiene ninguna referencia al derecho a la desconexión digital el nuevo artículo 47 bis EBEP, dedicado al teletrabajo en el empleo público, y que ha sido introducido por el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre.

En contraposición con la pasividad estatal, el ámbito autonómico se ha mostrado más ágil en la elaboración de normas, proyectos e instrucciones orientadas, siquiera tangencialmente, a integrar el derecho a la desconexión de los empleados públicos en el marco de sus competencias. Especialmente destacable es el Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya y sus organismos autónomos,¹² que se presenta como la primera norma autonómica que aborda el derecho a la desconexión digital complementando la regulación legal. Su propia exposición de motivos destaca la finalidad preventiva del derecho a la desconexión digital: “Con respecto al riesgo de disponibilidad excesiva que puede implicar el uso de las tecnologías de la comunicación, se delimitan claramente las reglas preventivas con el establecimiento de franjas horarias de disponibilidad obligatoria para la interconexión y coordinación, siempre dentro del horario de permanencia obligatoria, lo que permite garantizar, asimismo, el derecho a la desconexión digital”. El ámbito de aplicación que diseña la norma conlleva que el derecho de desconexión digital se reconozca en su artículo 4.5 únicamente para “el personal que preste servicios en la modalidad de teletrabajo”. Este personal tiene derecho a la desconexión digital en los términos establecidos en el artículo 88 LOPDP “y se le tiene que garantizar, fuera de la franja horaria de disponibilidad establecida, el respeto a su tiempo de descanso y a su intimidad personal”. La franja de disponibilidad de cada empleado será fijada en el denominado “plan personal de trabajo para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo” conforme a lo dispuesto en su artículo 6. La redacción del artículo 4.5 reconoce además explícitamente la obligación que tiene la Administración empleadora de respetar el tiempo de descanso y la intimidad del empleado.

Singular mención merece también, aunque por distintos motivos, el Decreto 79/2020, de 16 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Madrid.¹³ El artículo 21.3 del Decreto establece que “[d]urante la jornada dedicada al teletrabajo, la persona que teletrabaje debe estar disponible, por lo que habrá de tener activado al menos su correo corporativo y el teléfono de contacto indicado a tal efecto. Asimismo, se podrán fijar periodos mínimos de interconexión para la realización del trabajo, e incluso que estos periodos se hagan coincidir con unas franjas horarias determinadas en las que las necesidades del servicio aconsejen o hagan necesaria la intercomunicación [...]. En todo caso, esta forma de trabajo ha de ser compatible con la preservación del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”. Poca novedad ofrece esta disposición respecto a la regulación del artículo 88 LOPDP, perpetuándose la inconcreción y la abstracción de las que adolece el precepto legal. Se incide en la preservación del derecho a la desconexión digital, pero no se proponen vías para instrumentalizar el derecho más allá de principios programáticos.

Junto a Madrid y Cataluña, otras comunidades autónomas como la Comunidad Valenciana, Navarra, Aragón o Cantabria han iniciado el trámite de consulta pública para la elaboración de proyectos que regulen el teletrabajo en el ámbito de la función pública autonómica, adelantando en este trámite algunas de ellas el derecho a la desconexión como uno de sus objetivos esenciales.¹⁴

Por último, y para finalizar este somero examen, en el ámbito de la Administración local distintos ayuntamientos también han regulado el derecho a la desconexión digital en el marco del teletrabajo y en el contexto de la crisis sanitaria para sus empleados públicos. Particularmente destacable es la ordenación del Ayuntamiento de Valladolid, que inserta el derecho a la desconexión en el precepto que dedica a la prevención de riesgos laborales de los teletrabajadores, extendiendo el derecho a la desconexión de sus empleados públicos no solo en relación con el empleador, sino también en lo que se refiere a las comunicaciones “de su supervisor/a u otros trabajadores de la unidad organizativa a la que se hallen adscritos”.¹⁵ Otros ayuntamientos como los de

12 DOGC, 6 de agosto de 2020.

13 BOCM, 17 de septiembre de 2020.

14 *Cfr.* Resolución por la que se acuerda realizar el trámite de consulta pública respecto del futuro Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de servicios en la modalidad no presencial a través de teletrabajo o trabajo a distancia en la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC, 25 de junio de 2020.

15 Art. 25 del Acuerdo por el que se establece la posibilidad y se determinan las condiciones para la prestación de servicios

Valencia, Getafe y Madrid han anunciado también el inicio de los trabajos preparatorios destinados a regular el derecho a la desconexión de sus empleados.

6 A modo de reflexión final

La sociedad interconectada ha supuesto un cambio en los tradicionales esquemas analógicos que venían cimentando nuestro modelo de organización social. Junto con las innegables ventajas que las TIC han generado, su consolidación como instrumentos de trabajo ha dibujado un escenario plagado de retos y de riesgos. La posibilidad de trabajar en cualquier tiempo y lugar ha difuminado la separación entre el ámbito personal y el laboral, fomentando un modelo de organización social en el que el trabajo se convierte en un fenómeno móvil, acompañando en todo momento al individuo. Entre todos los efectos que esta sociedad del trabajo constante acarrea, son los relativos a la seguridad y la salud de los empleados los que, por la propia esencia de los bienes jurídicos implicados, merecen mayor atención. A esta finalidad se orienta principalmente el derecho a la desconexión digital.

Como se ha venido exponiendo a lo largo del estudio, la regulación de la desconexión digital contenida en el artículo 88 LOPDP contiene numerosas lagunas e imperfecciones que han fomentado proliferos debates doctrinales. La inconsistencia y labilidad de la ordenación legal del derecho a la desconexión digital no representan, no obstante, un hecho aislado en la tarea legislativa; la creciente complejidad y transversalidad de la realidad que precisa de regulación hace que el legislador, cada vez más, opte por emplear normas abiertas y flexibles que se aproximan al *soft law*. En este escenario ambiguo y plagado de inseguridad jurídica, el legislador acostumbra a procrastinar el problema remitiendo su resolución a un plano diferente: reglamentario, convencional o judicial. Se genera, en consecuencia, un contexto óptimo para sesudos constructos doctrinales o pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios que no hacen sino ahondar en las propias indefiniciones legislativas.

La crisis de la COVID-19 ha evidenciado la esencialidad del derecho a la desconexión en el ámbito público. La situación vivida ha truncado definitivamente aquellas teorías que, sin excesivo soporte metodológico y no exentas de prejuicios, apuntaban la irrelevancia de la hiperconexión en el empleo público en comparación con el empleo privado. Ha sido esta realidad disruptiva la que ha evidenciado que la regulación del derecho a la desconexión en el empleo público resulta de todo punto necesaria, presentándose como ineficaz la indefinida e incierta ordenación legal en esta materia.

En este escenario de excepcionalidad, el poder político, más por presión que por convicción, ha iniciado diferentes acciones dirigidas a dotar de contenido efectivo el derecho a la desconexión de los empleados públicos. Las diversas iniciativas legislativas no parece que aporten mucha luz al problema real, extremo que se podía anticipar teniendo en cuenta las circunstancias en las que están siendo elaboradas.

Múltiples son los retos que el derecho a la desconexión digital plantea en relación con el empleo público: ha de desligarse el derecho a la desconexión del teletrabajo, pues la sociedad interconectada es una realidad global y afecta a todo tipo de empleo y no solo a los que reglamentariamente son considerados teletrabajadores; ha de reconducirse decididamente el derecho a la desconexión al ámbito de la seguridad y la salud laboral, garantizando la efectividad del mismo a través de los mecanismos propios de la prevención de riesgos laborales; ha de ponderarse adecuadamente por la autonomía colectiva la relevancia de la hiperconectividad y superar la mera reproducción de la abstracta dicción legal, y, por último, y lo más esencial, se hace precisa la implementación de políticas públicas transversales de concienciación y sensibilización en el uso racional de las TIC. En toda esta labor, y sin desconocer la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a las nuevas realidades, cualquier proceso de ajuste debe pasar necesariamente por la consolidación y la profundización en los derechos sociales, conquista colectiva que se ha venido presentando como instrumento indispensable de cohesión social, progreso e integración cívica. Así, en una coyuntura como la actual, con una profunda crisis de ajuste del sistema y de los valores que han sustentado el progreso social en Europa, el compromiso con los derechos sociales y sus garantías resulta, más que nunca, inexcusable.

mediante modalidades no presenciales basadas en el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación para el personal del Ayuntamiento de Valladolid y sus organismos autónomos. BOPV, 21 de julio de 2020.

Los retos son, sin duda, ambiciosos, pero su acometimiento resulta ineludible e inaplazable. La innovación tecnológica debe ceder su protagonismo a la innovación social; de lo contrario, la sociedad interconectada corre riesgo de originar una tecnoadicción pandémica.

Referencias bibliográficas

- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 30, 12-33.
- Altés Tárrega, Juan Antonio, y Yagüe Blanco, Sergio. (2020). A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege lata*. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2), 61-87. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5539>
- Arrieta Idiákez, Francisco Javier. (2019). La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia. *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 42, 89-126. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21286>
- Blázquez Agudo, Eva María. (2019). Novedades laborales en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 50, 89-102.
- De la Puebla Pinilla, Ana. (2019). El trabajo de las mujeres en la era digital. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 58, 15-29.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 69-101.
- Gordo González, Luis. (2017). El derecho del trabajo 2.0: La necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías. *Revista de Información Laboral*, 12, 171-182.
- Gutiérrez Colominas, David. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, 1-13. <http://doi.org/10.7238/idp.v0i31.3208>
- Herraiz Martín, María del Sol. (2019). El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, 91-116.
- Igartua Miró, María Teresa. (2019). El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 432, 61-84.
- Igartua Miró, María Teresa. (2020). La obligación de seguridad 4.0. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 151, 327-342.
- Lahera Forteza, Jesús. (2019). El papel de la negociación colectiva en la regulación de los derechos digitales del empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, 311-318.
- Lanzadera Arencibia, Eugenio, y Megino Fernández, Diego. (2020). El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis. Aplicación práctica en la Administración Pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 64-91.
- Luque Parra, Manuel. (2001). *La organización de la prevención en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Macías García, María del Carmen. (2019). El modelo decente de seguridad y salud laboral: estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7(4), 64-91.
- Marín Alonso, Inmaculada. (2020). Digitalización e innovación tecnológica en la administración pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 151, 373-396.
- Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes. (2016). Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 145-175.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. (2020). *Reconstruir lo común. La implementación de la Agenda 2030 en España. Informe de progreso 2020*. Madrid: Gobierno de España.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2019). La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 440, 5-18.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 249-283.
- Moreno Solana, Amanda. (2016). *El servicio de prevención en la empresa. Modalidades de organización de la Prevención de Riesgos Laborales*. Cizur Menor: Lex Nova - Thomson Reuters.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén. (2020). El derecho a la desconexión laboral: un derecho estrechamente vinculado con la prevención de riesgos laborales. En Manuel Correa Carrasco y María Gema Quintero Lima (coord.), *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (Objetivos de Desarrollo Sostenible 3, 5, 8, 10)* (p. 112-126). Madrid: Universidad Carlos III.
- Pazos Pérez, Alexandre. (2019). El derecho a la desconexión digital en el empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, 261-284.
- Pérez Campos, Ana Isabel. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 52, 101-124.
- Sepúlveda Gómez, María. (2019). Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 54, 138-167.
- Serrano Argüeso, Mariola. (2019). Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral. *Iuslabor*, 2, 8-31. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i02.02>
- Serrano Olivares, Raquel. (2018). Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. *Iuslabor*, 3, 216-229. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2018.i03.06>
- Taléns Visconti, Eduardo Enrique. (2018). La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, 4, 193-208.
- Taléns Visconti, Eduardo Enrique. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 17, 150-161.
- Terradillos Ormaetxea, Miren Edurne. (2019). El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica. *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, 42, 50-88. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21250>
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 408, 167-178.