

# TELETRABAJO: DERECHO A LA DESCONEXIÓN. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DE ARGENTINA, FRANCIA Y ESPAÑA.

PIERI, CAROLINA ALEJANDRA

## ABSTRACT

La pandemia y el aislamiento, dispuesto como medida preventiva en el mundo, aceleraron un proceso de transformación digital que ya estaba instalado. En el ámbito del trabajo, un proceso de transformación digital que al ser humano le hubiera llevado años transitar, tal vez por inercia o rechazo frente al cambio o a lo desconocido, se instaló de un día para el otro. Ha quedado demostrado que el teletrabajo sí funciona y con múltiples ventajas. Se nos presenta entonces el desafío de establecer marcos regulatorios para esta nueva realidad laboral digital que contribuyan al trabajo decente y la seguridad jurídica, evitando abusos y disminuyendo controversias, a la vez que promoviendo el desarrollo económico con protección social. El derecho a la desconexión digital es uno de los tantos desafíos que trajo la regulación del teletrabajo. El presente trabajo analizará la regulación de dicho derecho en la legislación argentina, sus críticas; la regulación en la legislación francesa y la española y sus críticas. Se examinarán también los señalamientos que ha realizado la OIT sobre la materia. Se establecerá una conclusión acerca del contenido del derecho a la desconexión, los bienes tutelados, las modalidades para su ejercicio, explorando políticas activas que el empresario podría implementar dentro de su organización para garantizar su cumplimiento.

## 1. INTRODUCCIÓN:

El 14/08/2020 se publicó en el Boletín Oficial de la Nación la ley 27.555 que establece “el régimen legal del contrato de teletrabajo”. Dicha ley entrará en vigor luego de 90 días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

El teletrabajo como modalidad de prestación deslocalizada físicamente de los servicios, en forma autónoma o subordinada, y como alternativa a la prestación de servicios en forma presencial es una realidad que preexiste a la norma.

Una realidad que ya había sido explorada en nuestro país por muchos trabajadores autónomos denominados “*free-lance*” e implementada en forma esporádica y cautelosa por algunos empleadores en sus organizaciones mucho antes de la pandemia originada por el COVID-19, pero también una realidad rechazada por muchos otros. Es que, concebido desde una óptica organizativa tradicional, el teletrabajo desdibuja “algunos elementos que tradicionalmente conforman el concepto de dependencia laboral (la subordinación técnica, jurídica y económica)” y las facultades de organización.

“Tal es así que, desde el punto de vista del empleador, se ha puesto de resalto que el teletrabajo puede presentar dificultades en orden al ejercicio de

determinadas facultades, como el control del presentismo, la puntualidad y el cumplimiento de las instrucciones, quedando obligado el empleador, a valorar el trabajo solo según sus resultados. También puede configurar una limitación que el lugar de trabajo sea la vivienda del trabajador, ya que los medios utilizados por el empleador para ejercer sus facultades deben respetar los derechos de intimidad y privacidad del trabajador”.

Tal vez, la sensación de cercenamiento de dichas facultades pudo influir en muchos casos en la voluntad de los empresarios de no explorar nuevas formas de prestación de servicios en sus organizaciones, por no poder representarse esquemas de organización diferentes al clásico.

Lo cierto es que la pandemia del coronavirus aceleró un proceso de transformación, en especial la digital que ya estaba instalado pero que al ser humano le hubiera llevado años transitar, tal vez por inercia o rechazo frente al cambio o a lo desconocido.

*Así, se ha señalado que “desde la declaración de la pandemia, se estimó que más de 300 millones de trabajadores del mundo entero trabajarían desde su hogar. El COVID-19 aceleró los tiempos de forma inusitada, haciendo que tanto empresas como trabajadores se volcaran al entorno digital casi de un día para el otro. Ante el contexto y esta nueva modalidad de trabajo, surgen nuevos interrogantes y desafíos por resolver”.*

La pandemia y el aislamiento dispuesto -con diferente intensidad en el mundo-, demostró que el teletrabajo sí funciona para sorpresa de muchos. Múltiples son las ventajas que plantea esta forma de organización de la prestación de servicios.

“Para los empleadores torna más rápidas las comunicaciones y la información, con obvia disminución en los costos tanto de los sistemas de información y redes de comunicación como de infraestructura y no utilización de espacios físicos del establecimiento, con todo lo que eso implica. Para la sociedad representa varios beneficios: disminución del tránsito y de la utilización del transporte público, menor contaminación ambiental al reducirse el desplazamiento de las personas para concurrir a su empleo y mayor posibilidad de dar empleo a sectores de la población con mayores dificultades de inserción laboral. Para el trabajador tiene ventajas evidentes; quizás la más importante sea la mayor disponibilidad y aprovechamiento de su tiempo (lo que le permite atender temas familiares y privados), evitando gastos de dinero y tiempo en transporte, de vestimenta y alimentación. Es de mucha utilidad para el sector de la población que habita en zonas alejadas de las ciudades o rurales, para mujeres embarazadas (o en etapa de posparto) o con niños pequeños, para grupos vulnerables y personas con discapacidad”.

Una vez más, la realidad nos sacó de nuestra zona de confort, nos mostró que el teletrabajo si funciona, y nos obliga a “tomar cartas sobre el asunto”.

La pregunta es: ¿estamos dispuestos a hacernos cargo? A darle paso al cambio de era que nos impone la transformación digital y procurar, en este nuevo contexto, que el derecho esté a la altura de las circunstancias, adaptándose a las nuevas realidades que nos imponen las no tan “nuevas tecnologías” (e-mails, internet, redes sociales, servicios de mensajería

electrónica, etc.); estableciendo marcos regulatorios que contribuyan al trabajo decente y la seguridad jurídica, evitando abusos y disminuyendo controversias, a la vez que promoviendo el desarrollo económico con protección social.

Uno de los tantos desafíos que trajo la regulación del teletrabajo es el derecho a la **desconexión digital**. Es decir: delimitar la jornada laboral y los descansos en el marco de una nueva realidad laboral digital.

Procurar delinear aquellos espacios (el laboral por un lado y el personal/familiar por el otro) que, a causa de la tecnología, en el teletrabajo se encuentran difusos, porque la oficina se ha trasladado al hogar.

Se plantea así la necesidad de ponerle límites a la posibilidad de estar “a disposición” siempre y en todo momento con nuestras responsabilidades laborales. Límites que no solo deberían cumplirse por el trabajador sino también por el empleador a los fines de preservar la salud y la intimidad de sus colaboradores.

Nos encontramos ante la colisión de la facultad de dirección del empresario (tal como la concebíamos desde un punto de vista tradicional) vs. el derecho al descanso y a la intimidad del trabajador. Se nos plantea el desafío de jerarquizar y armonizar dichos derechos.

El objetivo de esta ponencia es brindar un panorama legal del derecho de desconexión en nuestro país y en el derecho comparado (con foco en las legislaciones de España y Francia), la necesidad o no de su regulación y definir cuál es el contenido de este derecho y el bien tutelado.

## **2. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA:**

El derecho a la desconexión se incluye en el Artículo 5° de la reciente ley de teletrabajo y establece que:

*“La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.*

*El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral”*

Algunos autores sostienen que dicho texto colisiona con otros artículos de la LCT, cuerpo normativo al que se inserta la ley de teletrabajo y que debe interpretarse en forma integral. En este sentido, se sostiene que el nuevo articulado “no se ajusta a las nuevas formas de organizar el trabajo en las que el lapso de ejecución es referencial o se utiliza el llamado *flex time*”.

Numerosas fueron las observaciones desde sectores empresarios a este punto de la norma. Así,

1. La Cámara Argentina de Comercio (CAC) emitió un comunicado de prensa

en el que sostuvo respecto de este punto que: *“Las jornadas de trabajo con horarios rígidos, en tanto no permiten, adaptarse a los diversos husos horarios de los países de destino de las exportaciones de servicios, mientras que dejar las particularidades de la modalidad por fuera del ámbito de la negociación colectiva de cada sector- cuando es sabido que la realidad de las diversas actividades no es uniforme- introduce una dificultad adicional”.*

2. La Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME) envió una nota al Presidente de la Nación y al jefe de Gabinete de Ministros manifestando su preocupación por la sanción de la ley de teletrabajo y sostuvo respecto de este punto *“que se trata de un esquema rígido que no permite adaptarse a la nueva flexibilidad laboral que necesitan en la práctica diaria los trabajadores y que no habilitará la conciliación de su actividad personal con la laboral. Por ello, habilitar mecanismos que permitan el acceso por fuera de la jornada, con previo acuerdo y las autorizaciones correspondientes, puede constituirse en una solución”.* Además, en cuanto a la prohibición del empleador de exigir la realización de tareas y remitir comunicaciones fuera de la jornada laboral, la Confederación propuso *“que se contemple cada situación extraordinaria que pueda surgir y que, en todo caso, la no exigencia sea para contestar dichas comunicaciones”.*

Adicionalmente, desde la óptica del empleador se sostiene que “en la reglamentación del derecho a desconexión habrá que fijar pautas que permitan la flexibilización del concepto por el cual se fijaron las reglas en la ley sin tener la posibilidad de modificar su letra y espíritu. Por ende, habrá que afrontar en este tema seguramente una reforma legislativa. Por lo pronto, habrá que prever lo siguiente:

- Se deberá admitir la jornada partida o fraccionada en parcelas.
- Se deberá contar con la disponibilidad colectiva de crear mecanismos flexibles siempre cuando respeten las reglas de orden público en materia de jornada y descansos.
- El deber de concurrencia en situaciones de emergencia habrá que reglamentarlo.
- Lo mismo ocurre con el teletrabajo en lapsos de descanso diario o semanal.

La norma soslaya el derecho a las horas extras u horario extraordinario, que puede ser voluntario en la mayoría de los casos, pero que también existe en forma obligatoria, conforme lo establece la LCT en casos como por ejemplo de riesgo grave o inminente u ocurrido”.

El sector empresarial se ha pronunciado en oposición a este punto tal cual como está redactado, pero que debería ser analizado e interpretado con el conjunto de las normas de la LCT y de la materia, de las que forma parte integrante.

### **3. EL DERECHO DE DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO COMPARADO:**

Frente al diseño local, resulta oportuno realizar un análisis de cómo se ha regulado este instituto en otros países y los señalamientos efectuados por la

Organización Internacional del Trabajo (OIT), y cuáles han sido las repercusiones de la regulación en los sectores empresarial y sindical; sectores cuyo consenso va a ser necesario para poder implementar el teletrabajo en las organizaciones y a quienes se les podría reclamar como premisa principal: el máximo equilibrio en sus negociaciones, que permita “procurar trabajo decente logrando desarrollo económico con protección social”.

Es decir, garantizar la protección a los trabajadores, asegurando también que el teletrabajo sea viable y fructífero tanto para ambas partes del contrato de trabajo.

### **3.1. El derecho de desconexión para la OIT:**

La OIT ha planteado desde sus inicios la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo como uno de los temas de mayor importancia para mejorar las condiciones de trabajo a nivel local.

Esta prioridad para la OIT se refleja tanto en el Preámbulo de la Parte XIII (Trabajo) del sistema de tratados de paz de Versalles como en numerosos convenios, estudios generales, deliberaciones y recomendaciones que la organización ha dictado a lo largo de los años. Pues, el debate sobre el tiempo de trabajo sigue presente, hoy más vivo que nunca producto de la introducción de nuevas tecnologías en materia de comunicación.

En este sentido, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han hecho surgir nuevas formas de organización del trabajo y con ellas nuevos problemas en relación con el tiempo de trabajo. En efecto, como señala el Informe de la OIT, *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, si bien las tecnologías de la información y la comunicación aumentan las posibilidades de trabajar a distancia y permiten conciliar mejor las responsabilidades familiares y personales, “la desaparición de las fronteras espaciales y temporales entre las esferas laboral y privada suscita inquietudes en diferentes ámbitos, y evoca formas de organización del trabajo del período preindustrial”.

Cabe recordar también que, la OIT en uno de sus convenios del año 1919, tras fijar la jornada laboral máxima y los descansos, precisa la obligación del empresario de fijar “*las horas en que comience y termine el trabajo*”. Queda claro que, desde hace años, existe la obligación de que el empresario “*registre día a día*” las horas extras de cada uno de los trabajadores. Su incumplimiento es una infracción a las normas laborales, reprochable y sancionable administrativamente.

Resulta factible establecer cierta relación entre el comentado derecho de desconexión digital del trabajador y la obligación empresarial de implantar el registro establecida por la normativa citada. Es decir: promoviendo la desconexión digital, el empresario estaría combatiendo la violación de las normas sobre los límites en materia de la jornada. A tales fines es que se establece el registro de jornada diario.

En definitiva, el derecho a la desconexión digital de los trabajadores se complementa con la obligación del empresario de disponer de registro de la jornada. Así, trabajar fuera de registro por *seguir conectado* no se ajusta a derecho.

### 3.2. Francia:

El derecho a la desconexión digital se consagró inicialmente en Francia, siendo uno de los “Estados pioneros en reconocer la necesidad de promover una gestión inteligente de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) al servicio de la mejora de la competitividad empresarial y el respeto de la vida privada de los trabajadores”.

La llamada ley El Khomri (en homenaje a la ministra de trabajo, Myriam El Khomri, quien promoviera su sanción), fue aprobada el 8 de agosto de 2016 y entró en vigor a partir del 1° de enero de 2017. La norma reformó la ley laboral y otorgó a los empleados el derecho a desconectarse digitalmente.

Sin embargo, la idea de permitir que un empleado se desconecte completamente fuera de su horario laboral surgía anteriormente en 2004, cuando la Corte Suprema de Francia ya había resuelto que un empleado no podía ser despedido por falta grave debido a que no había respondido a solicitudes profesionales durante su hora de almuerzo (Cass. Soc. 17 de febrero de 2004 n° 01-45889).

Además, varios acuerdos de negociación colectiva aplicables en diferentes sectores de la industria en ese país ya habían previsto el derecho a desconectarse (por ejemplo, Syntec).

Asimismo, la regulación del derecho a la desconexión ha sido precedida del informe METTLING en el que el Director General adjunto de ORANGE y redactor del informe que ha servido de base a la normativa francesa (Transformation numérique et vie au travail, septiembre de 2015) señalaba que la utilización de equipos informáticos por el trabajador fuera del horario laboral podía producir, en ocasiones, una sobrecarga de información y comunicación dañina para su vida privada por el riesgo de incumplir los tiempos de descanso diarios o semanales.

De acuerdo con la ley El Khomri, corresponde a los empresarios y sindicatos negociar este nuevo derecho para determinar sus modalidades de aplicación y de control. Dicha negociación debe tener lugar en empresas que tengan al menos 50 empleados y debe prever la implementación de mecanismos de regulación sobre el uso de las nuevas tecnologías a fin de asegurar el cumplimiento de los tiempos de descanso y vacaciones y la vida familiar y personal de los empleados.

Asimismo, la ley prevé que, en caso de que no se llegue a un acuerdo con los sindicatos que definan los métodos de implementación del derecho de desconexión, el empleador elaborará unilateralmente, previa consulta al comité de empresa o, en su defecto, de los delegados del personal, una política que definirá las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y que deberá contemplar las acciones de capacitación y sensibilización al uso razonable de herramientas y dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.

Adicionalmente, se instauró en un nuevo apartado 7° en el art. L 2242-8 del Código de Trabajo francés, que la negociación anual sobre *“igualdad profesional entre mujeres y hombres y calidad de vida en el trabajo”* deberá

tratar, entre otras cosas, sobre los procedimientos para el pleno ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la desconexión y el establecimiento por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales.

### **3.1.1. Críticas a la regulación francesa del “derecho a la desconexión”.**

La norma francesa fue objeto de numerosas críticas a la luz del principio protectorio del Derecho del Trabajo, por no incorporar el texto legal una definición del “derecho a la desconexión” sino que se limita a señalar que *“las modalidades de ejercicio de este derecho a la desconexión están relacionadas directamente con la organización de la empresa”*, dejando en manos de la negociación de ámbito empresarial y la voluntad unilateral del empleador el tratamiento de las cuestiones que le darán contenido.

En este sentido, los más críticos, han sostenido que la norma dista de ser operativa, siendo más bien programática, enunciando los temas que se deben tratar en una ulterior negociación colectiva o, en su defecto, en una política de empresa que dote de contenido al “derecho de desconexión”.

Ello, por cuanto *“la ley no exige al trabajador apagar el celular al llegar a la casa, ni a la empresa cortar el servicio fuera del horario laboral, no se establece ningún mecanismo expreso de cómo ejecutar esta medida ni tampoco se prevén sanciones para las empresas en caso de incumplimiento, se deja en manos de las empresas la solución más efectiva posible para cumplir con ese derecho”*.

Asimismo, la ley no señala cuáles serían los efectos de la negativa de los representantes sindicales a aceptar la política diseñada por el empleador (en caso de previa falta de acuerdo en la negociación colectiva) dando a entender que el empleador podría avanzar en forma unilateral aún en caso de no aprobación por el sector sindical, a la vez que tampoco impone sanción alguna a aquellos empleadores que no cumplan con la obligación de diseñar una política que regule el derecho a la desconexión.

Al enunciar la norma que, la negociación colectiva sobre este derecho debe darse entre las empresas de 50 o más empleados y las asociaciones sindicales que correspondan, las pequeñas empresas quedarían entonces relegadas o excluidas de la obligación de discutir un derecho a la desconexión o de incorporar la regulación de este tema en sus políticas internas.

Lo mismo ocurriría con los trabajadores que no cuenten con representación sindical, cercenando de esta forma el universo de trabajadores que podrían beneficiarse del derecho a la desconexión digital.

En conclusión, principalmente desde una perspectiva fundada en el principio protectorio, la norma francesa tendría “sabor a poco”. Se queda en el camino. Dista de ser una norma orgánica. Reconoce un derecho que no define con precisión y tampoco establece garantías claras para su cumplimiento.

### **3.2. España:**

En España, el pasado 22 de septiembre se publicó en el Boletín Oficial el Real Decreto ley 28/2020 sobre trabajo a distancia, que en el artículo 18 se

incluye el “derecho a la desconexión digital”.

La norma recoge en gran parte el antecedente normativo en dicha materia que es el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 sobre “Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales” (Ley Orgánica 3/2018).

A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, en los artículos 87 a 90 y con la posterior inclusión del artículo 20 bis al “Estatuto de los trabajadores” se reconocieron los siguientes derechos a favor del trabajador: el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; el derecho a la desconexión digital propiamente dicho, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivo de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

Respecto del derecho a la desconexión digital propiamente dicho, el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/18 garantiza al trabajador:

*“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” y se establece que: “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.”*

El último párrafo agrega que: *“el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a los 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”.*

Adicionalmente, con anterioridad a la norma, en la doctrina judicial española se vislumbraban algunos pronunciamientos interesantes que se orientaban en el sentido de reconocer al trabajador el derecho a la desconexión:

\* Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, que declaró nulas las instrucciones establecidas por una empresa que obligaban a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de sus teléfonos móviles con los de la empresa y los de todos sus clientes una vez concluida la jornada de trabajo.

Para así decidir, la Audiencia Nacional consideró que se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en



todo momento.

\* STSJ, Sala de lo Social, de Castilla y León de 3 de febrero de 2016, que intentó clarificar el control empresarial de la jornada de trabajo en los supuestos de teletrabajo:

1) Se cuestionó en la Sentencia el concepto de hora extraordinaria en aquellos casos en los que el trabajador realiza una parte del trabajo en su domicilio en la modalidad de trabajo a distancia (art. 13 ET) y mediante el uso de medios informáticos (correos electrónicos, conferencias, realización de documentos e informes y remisión de reportes e informes por vía electrónica). En concreto alega la empresa recurrente que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad y la empresa no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago.

2) La Sentencia desestimó el recurso de la empresa porque el tiempo de trabajo en el domicilio es tiempo de trabajo exactamente igual que el realizado fuera del mismo y el control del tiempo de trabajo es responsabilidad de la empresa, que debe igualmente registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente (art. 35.5 ET). Recuerda la Sala que el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, que es responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos. Por lo que se refiere a la posible vulneración del derecho a la intimidad por la introducción de medidas de control por parte de la empresa en el domicilio del trabajador, señala la Sentencia que será el trabajador el que pueda rechazar los mismos. Por otra parte, en el caso del trabajo desarrollado con conexión a la internet el control del ejercicio laboral a distancia, mediante la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red, no supone en principio y en condiciones normales invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio y además es susceptible de inspección y control por la Administración Laboral.

3) Por tanto, según esta Sentencia en los supuestos de teletrabajo el empresario está obligado también a registrar la jornada del trabajador día a día y totalizarla en el período fijado para el abono de las retribuciones. Esta conclusión plantea la duda de si con esta obligación no se está desnaturalizando esta forma de organización del trabajo, pues, aunque el horario de trabajo puede ser perfectamente verificable en el teletrabajo, por las mismas características del instrumento de trabajo, lo cierto es que el teletrabajador goza de una gran libertad en cuanto a la distribución de su jornada laboral.

### **3.2.1. Críticas a la regulación española del derecho de desconexión:**

Respecto de la regulación española del derecho a la desconexión, se consideró, respecto de la Ley Orgánica 3/2018, que el legislador había utilizado de base, lo instituido sobre la desconexión digital en el año 2016 por el legislador francés.

Ello conllevó a que, la legislación española fuera blanco de idénticas críticas que las realizadas a la legislación francesa con respecto a la insuficiencia en cuanto a lo sustancial del derecho.

El sector más crítico de la norma sostuvo que se habría copiado una legislación defectuosa o por cuanto menos insuficiente.

Así, lo entendieron el catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba, Francisco Alemán Páez y la Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universitat Jaume I de Castellón, Margarita Miñarro Yanini, en el Congreso sobre “Automatización, Videovigilancia y control de los trabajadores”, quienes consideraron a la regulación como una “norma de reconocimiento” del derecho a la desconexión, pero sin definición, ni desarrollo que garanticen su operatividad en la realidad.

Se ha destacado que, el artículo 20 bis del Estatuto de los trabajadores (introducido por la disposición final 13 de la Ley Orgánica 3/2018) es muy breve en relación con el derecho de desconexión y se limita a un simple reconocimiento del derecho sin definirlo, ni regularlo, lo cual no permite deducir un concepto cerrado y suficientemente operativo. Así, dicho artículo establece que:

“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.”

Adicionalmente, se sostuvo que la conjugación de verbos en futuro en el segundo párrafo del art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018 daba la pauta de que se deberían regular en algún momento: *“las modalidades de ejercicio de este derecho”*.

En la ley Orgánica 3/2018, se establece, al igual que en la legislación francesa, que el empleador deberá elaborar una política interna para definir dicha modalidad, previa audiencia con los representantes de los trabajadores. Dicho párrafo ha sido cuestionado por el sector sindical por no implicar un estricto “deber de consulta” para con los representantes de los trabajadores sino más bien un deber de información. Interpretándose entonces que, en caso de falta de acuerdo de partes, primaría el derecho de dirección del empleador, por medio de la elaboración de una política interna.

La norma había sido criticada, adicionalmente, por no aclarar acerca de la naturaleza de dicha “política interna”, plazo para elaborarla ni sanciones para el empleador en caso de no elaborarla. Lo que se traduce para los críticos en un derecho de desconexión líquido, capaz de desvanecerse fácilmente.

Por último, la norma introduce el concepto de **fatiga informática**. Identifica un claro riesgo relacionado con el uso excesivo de las herramientas digitales y dicha incorporación fue plausible a la luz del carácter protectorio del derecho

del trabajo.

En este sentido, se entendió que la legislación española avanzó un paso más que la francesa toda vez que dicho riesgo no se reconoce en la legislación francesa.

De todas formas, está claro que, no es el único riesgo que puede derivarse de la conectividad perpetua o permanente, y en tal sentido, pareciera que el concepto de “fatiga informática” entendido como un riesgo emergente organizativo de tipo psicosocial debería también incorporarse y ratificarse por la ley de prevención de riesgos laborales.

En este sentido, se identifica a la fatiga informática como un síndrome de fatiga informativa o síndrome de fatiga por exceso de información a un cuadro sintomático, no reconocido en los manuales médicos, caracterizado por fatiga y cansancio producto de la exposición, consumo y manejo excesivo de información (sobreinformación) que desborda y agota física y mentalmente. El término fue propuesto por el psicólogo británico David Lewis, en los años noventa en su informe titulado *Dying for information? (¿Muriendo por la información?)*.

En dicha línea es que gran parte de la doctrina española consideró necesario interpretar este precepto preventivo con otras exigencias encontradas en normas del sistema de seguridad y prevención en el trabajo como forma de garantizar la efectividad de la norma.

Es decir: su necesaria vinculación con el sistema de prevención de riesgos a las obligaciones de evaluación, planificación etc. que tiene el empresario. Adicionalmente, desde el sector más crítico de la norma, se ha considerado que se debieran exigir medidas preventivas colectivas a los empresarios tales como que: todos los integrantes de la organización desconecten sus teléfonos o los devuelvan durante el período de descanso, entre otras medidas posibles.

Dado que la regulación española sujeta a la negociación colectiva o, en su defecto a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, cabe entonces, frente a la ausencia de convenios sectoriales sobre la materia, analizar los principales convenios de empresa que trataron este tema en el pasado.

En este sentido, es clásica la cita del Convenio Colectivo del **Grupo AXA** de 2017 porque su pasaje 14 sobre “Derecho a la desconexión digital” establece “salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a **no responder** a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”. Así, precisa que la desconexión posibilita “no responder”, pero sin que tan extenso artículo aporte más.

Por otro lado, el acuerdo para la distribución de la jornada en **Ikea Ibérica S.A.** del año 2017 en su punto 13 “establece que los trabajadores/as tienen derecho a **no responder** cualquier comunicación por cualquier canal (correo electrónico, WhatsApp, redes sociales, etc.), fuera de su hora de trabajo, **salvo causa de fuerza mayor**”.

Ambos convenios tratan la desconexión como un derecho subjetivo, limitado según “fuerza mayor” o “circunstancias excepcionales” y lo identifican con el

“derecho a no responder” del trabajador.

El **Acuerdo de Telefónica** sobre Política interna reguladora del derecho a la desconexión de los trabajadores, acertadamente para parte de la doctrina, vincula la desconexión a la salud laboral, pero, luego implica a los superiores en la protección de este derecho, estableciéndoles el deber de “no exigir respuestas” a las comunicaciones enviadas fuera del horario laboral.

Es decir: una vez más, la norma no impone la obligación al empleador de **no enviar** comunicaciones fuera del horario de trabajo, sino que establece el derecho del empleado a no contestar. A su vez, dicho derecho también se encuentra limitado en este caso por “causas de fuerza mayor”, o “grave inminente perjuicio empresarial o del negocio”.

Este acuerdo, ha avanzado en el tratamiento del tiempo de desconexión indicando que el tiempo que demore un trabajador en atender una llamada o un mensaje y realizar la tarea solicitada dentro del tiempo fuera de su jornada laboral “**podrían** ser horas extraordinarias”. Ahora bien, este último precepto no es más que reconocer la realidad. Toda hora trabajada fuera de la jornada de trabajo es hora extraordinaria por lo que se ha cuestionado la utilización del condicional.

El **Acuerdo interprofesional de Cataluña 2018-2020** firmado por patronales y sindicatos si bien no es imperativo, reconoce que la conexión permanente es un riesgo para la salud y hace una llamada para que se establezcan medidas preventivas frente a esos riesgos y que las empresas negocien con los representantes de los trabajadores un protocolo y medidas de comunicación y sensibilización. El acuerdo pareciera dar una sensación de seguridad de que se va a tratar el derecho y se va regular.

Un paso más allá y con políticas proactivas, la organización **G+J PUBLICACIONES** ha implementado medidas para combatir el stress informático tales como la desconexión intrajornada que consiste en 2 horas de trabajo por 15 de desconexión que cuenta y se abona como tiempo efectivo de trabajo.

Ahora bien, la mayor crítica que recibieron en general todos estos acuerdos -al igual que la normativa española-, es que definen al derecho de desconexión digital del trabajador como “un derecho a no contestar” pero no como una “obligación del empleador a no enviar” comunicaciones fuera del horario laboral.

Y desde este punto de vista, se ha hecho especial énfasis que el riesgo de fatiga digital, stress digital, entre otros no se evita con que el trabajador no conteste el llamado o la comunicación, sino más bien con que no las reciba fuera del horario de trabajo.

Este sector crítico de la norma y de los acuerdos colectivos tales como los nombrados, sostienen que la actividad cerebral se activa desde el momento que el trabajador recibe la comunicación por más que decida dejar para después su respuesta.

Sostienen además que, el hecho de no responder ya produce una alteración a la dopaminérgica del trabajador que tendrá esa respuesta pendiente en su

mente.

Este sector, crítico del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, identifica el derecho a la desconexión digital del trabajador con “el derecho de estar solo” (*right to be alone*) y estar tranquilo. Derecho del trabajador a que no le envíen este tipo de información durante su descanso.

También, ha sido objeto de grandes críticas desde la perspectiva del trabajador, el hecho de que algunas empresas limiten el derecho de desconexión digital a casos de “fuerza mayor”, “circunstancias excepcionales” o casos de “grave inminente perjuicio empresarial o del negocio” pues al no estar definido cuál es la “fuerza mayor” o cuál es la “circunstancia excepcional” o cuál es el “grave inminente perjuicio empresarial o del negocio” hacen que, ante la duda, el trabajador interrumpa su desconexión digital ante la recepción de una comunicación laboral y cumpla con su “obligación” de contestar.

Por otro lado, y a todo evento, se piensa que la definición de estos casos debiera ser en todo caso restrictiva, taxativa y objetiva porque sino muchas causas podrían caer dentro de dichos presupuestos tornando abstracto el derecho a la desconexión por parte del trabajador.

Con relación a este punto, cabe destacar que el reciente Real Decreto Ley 28/2020 sobre trabajo a distancia, recogiendo los antecedentes normativos en la materia, establece respecto del derecho a la desconexión que:

*“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.”*

El texto del artículo 18 del reciente Real Decreto Ley 28/2020 que regula el derecho a la desconexión recoge el antecedente normativo ya cuestionado por lo que le caben las mismas críticas que las esbozadas anteriormente.

Sin perjuicio de ello, a la luz de la interpretación de aquellos que criticaban la norma por identificar al derecho de desconexión con el derecho del trabajador a “no responder” las comunicaciones laborales durante su descanso; se podría destacar que el segundo párrafo del reciente real decreto ley incluye que: **garantizar la desconexión digital es “un deber empresarial” y que ello “conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso” por lo que de alguna forma se avanza más allá tratando de establecer una obligación al empleador de no enviar comunicaciones fuera del horario de trabajo.**

**Sin embargo, sigue sin explicitarse en la norma cómo el empleador debe cumplir con dicho deber y qué sanciones tendría en caso de no cumplir.**

No se descarta que algunas de las críticas realizadas al reciente Real Decreto Ley sobre trabajo a distancia puedan ser receptadas y modificarse posteriormente la norma, ya que se encuentra pendiente su tratamiento parlamentario.

Entonces, luego de haber analizado la regulación del derecho a la desconexión en Argentina, en Francia, España y su concepción por la OIT, cabe preguntarse entonces, a modo de reflexión: ¿qué es el derecho a la desconexión digital? y ¿qué es lo que tutela dicho derecho?

¿El derecho a desconectarse implica solo acaso que el empleado apague su teléfono y computadora?, o ¿implica solo acaso que no lea las comunicaciones laborales fuera de su horario de trabajo?, o ¿acaso implica también, en gran parte, **el derecho del empleado a no recibir** cualquier forma de comunicación vinculada con el trabajo durante su período de descanso, licencias, vacaciones, etc.?

Lo cierto es que, el derecho a la desconexión tutela nada más y nada menos que la salud del empleado.

Estudios científicos han evidenciado que la conexión constante genera fuertes riesgos psicosociales asociados con la ansiedad, stress, depresión. Así, en el año 2019 la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoció el *Síndrome del Burnout* (“quemarse” o síndrome de agotamiento laboral) por primera vez en su “Clasificación Internacional de enfermedades” y problemas vinculados con la salud.

Adicionalmente, la OMS especificó que el “burnout” no es una “condición médica”, y lo definió como un “síndrome derivado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no fue gestionado con éxito”.

Por lo tanto, si coincidimos en que el fundamento principal de este derecho es la salud del empleado, es correcto compatibilizar el derecho a la desconexión, no solo con el derecho a “*desconectarse de los dispositivos digitales*” sino también, y principalmente, con el derecho “*a no ser contactado*” tal como lo

establece nuestra legislación (en contraposición a la legislación francesa y española que no lo especifican de esta forma).

Ello por cuanto, muchas veces es imposible desconectar los dispositivos digitales fuera del horario de trabajo dado que también son utilizados para el relacionamiento y vida personal.

Se debe concebir al derecho a desconexión como un cambio de actitud social respecto de la hiperconectividad. Un cambio que busca concientizarnos hacia una conducta más razonable y sensible respecto de la utilización de las tecnologías de la comunicación para intentar combatir socialmente el síndrome del burnout, o la llamada "fatiga digital" (acertadamente incluida por la legislación española como riesgo laboral frente a la excesiva conexión digital) y todas las enfermedades vinculadas con la conexión digital en exceso.

Si bien, probablemente una adecuada reglamentación deberá ocuparse de aquellas situaciones excepcionales, lo cierto es que los empleadores debieran contribuir al cumplimiento de este derecho en forma activa, llevando a cabo políticas donde se establezcan obligaciones colectivas para impedir que los empleados se puedan conectar fuera del horario laboral y estableciendo guardas pasivas en aquellos sectores de las empresas que sea estrictamente necesario para el correcto funcionamiento de la organización.

La realidad invita a ser disruptivos en la materia. En esta línea se pueden destacar algunas políticas implementadas por algunas empresas multinacionales en el pasado tales como:

- Volkswagen, ya en 2011 disponía la desconexión de ciertas comunicaciones de los móviles de los empleados durante horas de descanso.
- Michelin, en 2016 desaconsejaba y evitaba conexiones de trabajo en horarios de descanso.
- Mercedes Benz, en 2016, redirigía a otras direcciones, correos electrónicos de trabajadores durante sus vacaciones (*mail on holiday*). Esta posibilidad tecnológica del sistema de correo electrónico de la empresa permite a los empleados que la compañía tiene en Alemania no tener que preocuparse por los e-mails que puedan recibir cuando se van de vacaciones dado que los e-mails que les llegan son borrados automáticamente, quienes los envían reciben una notificación al respecto, y así se evita que los trabajadores cuando vuelvan de vacaciones no tengan la casilla sobrecargada.
- BASF lleva un par de años poniendo en práctica un programa denominado "dieta de e-mails". El objetivo de la iniciativa es que todos los trabajadores de la compañía se interroguen sobre su comportamiento a la hora de redactar correos electrónicos. "¿Obtengo siempre todas las respuestas a través de un clic? Una llamada trae a menudo más resultados que escribir un e-mail aquí y otro allá", según los términos de Margaret Scukale, la responsable del área de trabajo en BASF que implementó la idea.

En nuestro país se destacan los siguientes acuerdos o convenios colectivos

que regularon el teletrabajo:

1. En el ámbito de los trabajadores de *call centers* de Córdoba Capital, en marzo de 2020 se modificó el CCT 688/2014 (aún no homologado) y su Título Segundo trata sobre el teletrabajo. Lo cierto es que, si bien se establece en el artículo 41 la obligación de la empresa de controlar la jornada de los empleados y 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 y la obligación de tener los registros a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ahora bien, nada se menciona ni se regula específicamente el derecho a la desconexión digital como tal.

2. La Resolución (ST) n° 991/2015 homologó el acuerdo celebrado entre el Sindicato de Empleados Textiles de la Industria y Afines de la República Argentina por el sector sindical, y la Federación Argentina de la Industria de la Indumentaria y Afines (FAIIA), que establece modificaciones al CCT 501/2007 y nuevas escalas salariales y en su punto 15 se lee que las partes acuerdan incorporar la “promoción del teletrabajo” y se enumeran los principios del teletrabajo. A saber: Voluntariedad, ambas partes deben estar de acuerdo; Igualdad respecto de los trabajadores presenciales; Modalidad mixta con distribución del tiempo de trabajo; Requerimientos de prevención en materia de seguridad e higiene, pero nada se establece sobre el derecho a la desconexión.

#### **4. CONCLUSIÓN:**

Lo cierto es que queda mucho camino por recorrer en nuestro país con la implementación del teletrabajo y concientización acerca del derecho a la desconexión digital.

A la luz del principio protectorio laboral, y considerando las críticas esbozadas a las legislaciones: francesa y española, se cree que la regulación del derecho a la desconexión en el marco de la nueva ley de teletrabajo se encuentra “*a la vanguardia*” y que contribuirá a que no se contemple como un simple derecho del trabajador sino más bien como una obligación del empleador de garantizarlo a través de la implementación de políticas activas que busquen la plena concientización del uso razonable de las tecnologías de la comunicación dentro de la organización concebida como uno de los núcleos perteneciente a una sociedad que debe reeducarse en un uso razonable de las tecnologías de la comunicación.

Para esos fines resulta relevante destacar el trabajo del equipo de GNT, mentoría neurodigital, conformado por un grupo de profesionales de las neurociencias cognitivas, del derecho y la informática que se proponen afrontar el desafío que la tecnología nos presenta, creando un espacio de entrenamiento e implementación de las nuevas modalidades laborales aplicando el denominado Método GNT.

Conforme se puede leer en la página web de la organización, “el Método GNT



facilita el trabajo en equipo, como inspirador de líderes y puente entre lo físico, lo digital y lo biológico. Entrena las competencias cognitivas a fin de adaptar nuestra conducta a los escenarios cambiantes que el trabajo 4.0 exige.

La metodología implica el uso de técnicas de respiración, meditación, yoga, mindfulness, programación neurolingüística y pensamiento lateral para la gestión de las emociones, el desarrollo del pensamiento crítico, la empatía y la resolución de problemas.

Se trata de aplicar estrategias para anclarnos en el presente, con mejores condiciones laborales y salud personal.”

Así, el propósito de GNT, mentoría neurodigital es:

- *Diseñar estrategias que faciliten la toma de mejores decisiones e impulsen el cambio.*
- *Fomentar el equilibrio emocional, la confianza y el optimismo como disparadores de la innovación en las competencias cognitivas.*
- *Prevenir la tecnoadicción, potenciando las condiciones de empleabilidad frente a las fluctuaciones del mercado laboral.*

A tales fines, brindan los servicios de:

- *Mentoring & Training* en procesos de transformación digital con programas *incompany* y a la distancia, aplicando el Método GNT a la gestión del talento humano y humanizando la tecnología.
- Capacitación en competencias neurodigitales.
- Servicio de Consultoría en sistemas de Teletrabajo y *Home Office*.
- Servicios de prevención en la salud y seguridad laboral.”

La reflexión acerca del contenido del derecho a la desconexión digital conlleva la conclusión de que el mismo no es ni más ni menos que la expresión en la era digital de un derecho reconocido en nuestra legislación y en la legislación internacional: los límites a la jornada laboral, sus pausas y sus descansos. El derecho a la desconexión entonces es un derecho no solo de los teletrabajadores sino de todos los trabajadores, independientemente de la modalidad en que estos presten sus servicios. La regulación del derecho a la desconexión argentina procuró ir más allá que la legislación francesa y la española estableciendo las modalidades de su ejercicio: “el derecho del trabajador a no ser contactado” fuera de su horario de trabajo y la obligación del empleador a “no exigir la realización de tareas, ni remitir comunicaciones por ningún medio al trabajador fuera de su jornada laboral”. Derecho-Obligación que se inserta en el marco normativo de la LCT por lo que deberá ser interpretado en forma integral con todo el cuerpo normativo.