23/12/2023

Compliance y desconexión digital: 5 años incumpliendo el art. 88 de la LOPDGDD

Cinco años después de su entrada en vigor, las compañías siguen sin establecer el protocolo necesario de desconexión digital.

El art. 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) es ese □□□□□ desconocido A e incumplido masivamente por las empresas. La obligación de elaborar e implantar **un protocolo (política interna) de desconexión digital brilla por su ausencia**, a nivel general, cinco años después de entrar en vigor la LOPDGDD (7 de diciembre de 2018).

Qué dispone el art. 88 de la LOPDGDD

Todas las empresas, sea cual sea su número de empleados y/o sector de actividad, tienen obligación de elaborar e implantar su plan de desconexión digital En este sentido, el art. 88.3 de la LOPDGDD establece expresamente lo siguiente:

□□□ 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".

□□□□ 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".

Y el hecho de que **el convenio colectivo no regule nada expreso** respecto al derecho a la desconexión digital no exime a la empresa de cumplir su obligación de elaborar el protocolo de desconexión.

¿A qué se debe el incumplimiento de la obligación de elaborar el protocolo?

Hay diversos factores. Tal y como expuse el pasado mes de noviembre en mi ponencia en el II Congreso Internacional □□□□□□□ a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial A□ celebrado en la Universidad Jaume I de Castellón y organizado por el profesor Francisco Trujillo Pons, en mi opinión **los principales factores de este incumplimiento** son:

Falta de cultura de compliance laboral en muchas empresas españolas. El incumplimiento del protocolo de desconexión es un ejemplo de que en materia de compliance laboral el margen de mejora de las compañías en España es enorme. Hay otros muchos ejemplos: el plan de igualdad (las empresas a partir de 50 personas trabajadoras ya tendrían que tenerlo registrado en el REGCON), el plan de acoso, la gestión de riesgos psicosociales, el registro diario de jornada, el registro retributivo, la auditoría retributiva en el marco del plan de igualdad...

Falta de una cultura de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en muchas empresas. En este sentido, en las

empresas donde existe un plan de medidas de conciliación bien articulado y asentado, elaborar el protocolo es mucho más sencillo porque la empresa ya parte de una base previa sobre la que desplegar el protocolo que además no deja de ser avanzar en la senda y la cultura de la conciliación.

Falta de cumplimiento de deberes previos. Si por ejemplo una empresa incumple su obligación de realizar el registro diario de la jornada de todos sus empleados, difícilmente puede implantar el protocolo de desconexión digital. Primero debe cumplir la obligación de registrar la jornada. En este sentido, la inexistencia de registro diario de jornada debe llevar a presumir que existe además vulneración del derecho a la desconexión digital.

Falta de claridad del marco normativo. El art. 88 de la LOPDGDD es excesivamente genérico.

Hay pocas denuncias ante la Inspección de Trabajo y pocos pronunciamientos en los tribunales en torno al derecho a la desconexión digital. Eso sí, una de las sentencias más interesante hasta la fecha es la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022 que declara nulas diversas cláusulas incluidas en un acuerdo de trabajo a distancia ;entre ellas, declarando la nulidad de la cláusula donde no opera el derecho a la desconexión por □□□□□□□□□□□□□□□ de urgencia justificada A□ al entender que □□□□ límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPDGDD, 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".

Por parte de los sindicatos y de los representantes de los trabajadores, tampoco parece haber una presión excesiva sobre las empresas para cumplir con el art. 88 de la LOPDGDD. En este sentido, en mi opinión, un ejemplo que debería llevar a la reflexión es por ejemplo la ausencia de regulación del derecho a la desconexión digital (salvo una mera remisión genérica y vinculada al teletrabajo) en uno de los convenios colectivos donde el riesgo (por el tipo de puestos) de vulneración del derecho a la desconexión digital es altísimo como es el caso del Convenio Colectivo de Consultoría publicado el pasado mes 26 de julio en el BOE (Resolución de 13 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública).

Dos ejemplos de convenios colectivos que regulan de un modo más exhaustivo el derecho a la desconexión

Entre los convenios que en mi opinión regulan de una manera más extensa y/o detallada el derecho a la desconexión digital se encuentran estos dos (a modo de ejemplo):

Resolución de 3 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del II Convenio colectivo estatal de acción e intervención social (BOE de 15 de noviembre de 2023)

En su Anexo IV incluye una amplia y detallada regulación del derecho a la desconexión digital dentro del concepto de □□□□□□□□□ digitales".

Además de regular el alcance del derecho a la desconexión digital, establece qué se entiende por □□□□□□□□□□□□□□□ excepcionales A donde no opera el derecho a la desconexión digital y contempla medidas mínimas (de cumplimiento obligatorio) y otras posibles medidas (a modo de buenas prácticas que pueden plantearse implantar las empresas).

En cuanto al alcance, el convenio es muy concreto:

□□□□ **partes firmantes consideran que la desconexión digital es un derecho, cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras** disminuyendo, entre otras, la fatiga tecnológica o estrés, y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo.

Conforme a lo regulado en el artículo 20 bis del ET y en el artículo 88 de la LOPD, se garantiza el derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realicen su jornada de forma presencial como a las que presten servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo a distancia, teletrabajo u otras), adaptándose a la naturaleza y características de cada puesto de trabajo, a excepción de aquellas personas trabajadoras que por la naturaleza de su trabajo permanezcan y así se

establezca, a disposición de la Entidad.

A los efectos de la regulación de este derecho, s**e tendrán en cuenta todos los dispositivos y herramientas facilitadas por las empresas susceptibles de articular comunicaciones relacionadas con el trabajo**, tales como: teléfonos móviles, tabletas, portátiles, aplicaciones móviles propias de las entidades, correos electrónicos y sistemas de mensajería, o cualquier otro que pueda utilizarse".

Convenio Colectivo de empresas de seguridad, publicado el 14 de diciembre de 2022 en BOE

En concreto, el art. 57bis regula el derecho a la desconexión digital (alcance, ejercicio ☀◫ Entre otras cuestiones, establece lo siguiente:

Corresponde a quienes tengan la responsabilidad sobre un equipo de trabajo, fomentar y educar mediante la práctica responsable de las tecnologías, con el propósito de dar cumplimiento al derecho a la desconexión digital.

El ejercicio del derecho a desconexión digital no repercutirá negativamente en el desarrollo profesional de las personas trabajadoras ni influirá de manera negativa en los procesos de evaluación de las empresas

Las empresas incluidas en su ámbito de aplicación no podrán aplicar el régimen disciplinario recogido en esta misma norma convencional sectorial como consecuencia del ejercicio por parte de aquellas de su derecho a desconexión digital.

Además, el convenio incluye **buenas prácticas concreta**s (no imperativas para las empresas) que son éstas:

Procurar que las comunicaciones se envíen exclusivamente a las personas implicadas y con el contenido imprescindible, simplificando la información.

Promover la utilización de la configuración de la opción de envío retardado en los correos electrónicos que se remitan a las personas trabajadoras fuera de su jornada laboral.

Programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando el correo o los datos de contacto de la persona a quien se hayan asignado las tareas durante tal ausencia.

Limitar las convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, información, etc., fuera de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora.

Se incorporará la utilización de videoconferencias y audio conferencias que permitan la realización de tales reuniones dentro de la jornada laboral y eliminen los desplazamientos innecesarios, siempre que esto sea posible.

Si dichas reuniones se han de llevar a cabo fuera de la jornada de la persona trabajadora la asistencia será voluntaria y será considerada tiempo efectivo de trabajo. Esta medida será de especial cumplimiento para todas las personas con reducción de jornada por cuidado de familiares.

Las reuniones incluirán en sus convocatorias la hora de inicio y finalización, así como la documentación relevante que vaya a ser tratada con el fin de que se puedan visualizar y analizar previamente los temas a tratar y las reuniones no se dilaten más de lo establecido.

Otro problema añadido: las acciones de formación y sensibilización

Cinco años después, y aunque tenemos muchos convenios colectivos regulando expresamente el derecho a la desconexión (aunque de forma dispar: unos con una mera remisión a la LOPDGDD y otros sí van más allá incluyendo incluso buenas prácticas para facilitar el ejercicio del derecho a la desconexión digital), el tema de las acciones de formación y sensibilización a que obliga expresamente el art. 88 de la LOPDGDD sigue siendo una «**incógnita por resolver**» y una especie de "agujero negro".

No hay ninguna orientación sobre cuántas acciones formativas deben realizarse ni de qué tipo ni periodicidad de esas

medidas y tampoco se está regulando esto bien en la negociación colectiva (a salvo de lo que se pueda pactar con los representantes de los trabajadores).

En este punto, sería fundamental **un desarrollo reglamentario**, puesto que la formación es un aspecto crucial y realmente sin esa formación y sensibilización, el protocolo de desconexión digital (más allá del cumplimiento formal y del clausulado) puede quedarse en un mero «papel mojado».

Finalmente, es fundamental que las empresas y, en particular, los responsables de personas tomen conciencia de la importancia de cumplir con la normativa y que apuesten por ir más allá y aprovechar la obligación del protocolo para instaurar una cultura de uso saludable de las TIC en las organizaciones.

En definitiva, mucho camino por recorrer y muchos deberes pendientes en materia del ejercicio del derecho a la desconexión digital en las empresas españolas.

Fuente: Economist & Jurist

LINK DE LA NOTICIA