

LA RELACIÓN LABORAL Y EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

WORKING RELATIONSHIP AND THE RIGHT TO DISCONNECT

A RELAÇÃO LABORAL E O DIREITO A ESTAR DESCONECTADO

*José Burneo**

Recibido: 27/09/2020

Aprobado: 02/12/2020

Resumen

El derecho a la desconexión es la representación actual de la garantía constitucional al descanso y ocio del trabajador. Porque las relaciones laborales se han visto enormemente modificadas por las Tecnologías de la Comunicación. Además, es impensable que un trabajador esté permanentemente a disposición de su empleador por medio de la conexión digital, aunque así lo permita la tecnología actual. Ya que todo trabajador tiene garantizado su derecho al ocio y, también, porque su salud mental –específicamente sus niveles de estrés– debe ser cuidada mediante una correcta armonía entre sus labores profesionales y su vida personal y familiar. En definitiva, el trabajador tiene derecho a desconectarse de sus actividades laborales para ejercer su derecho al ocio y preservar su salud.

Palabras clave: Subordinación laboral; Disposición del trabajador; Descanso; Derecho al ocio; Libre desarrollo de la personalidad; estrés laboral

Abstract

The right to disconnect is the current representation of the constitutional guarantee to the right to rest and leisure for the worker. This is mainly due to the changes in work relations derived from the development of ICTs. It is unthinkable that a worker is permanently available to his employer, even if the current technology permits. The balance between family and work life has to be preserved. Henceforth the worker has

the right to disconnect from his work activities in order to exercise his right to rest and leisure, allowing him to preserve his health.

Key words: Labor subordination; Worker's disposition; Rest; Right to leisure; Free personality development; Work stress

Resumo

O direito a estar desconectado é a representação atual da garantia constitucional ao descanso e lazer do trabalhador. Porque as relações laborais se vem imensamente modificadas pelas Tecnologias da Comunicação. Além disso, devido a que é indispensável que um trabalhador esteja permanentemente a disposição do seu empregador por meio da conexão digital, ainda assim, é o que permite a tecnologia atual. Já que todo trabalhador tem garantido seu direito ao lazer e, também, porque a saúde mental –especificamente seus níveis de estresse– deve ser cuidada mediante uma correta harmonia entre os seus labores profissionais e sua vida pessoal e familiar. Definitivamente, o trabalhador tem direito a se desconectar de suas atividades laborais para exercer seu direito ao lazer e preservar sua saúde mental.

Palavras chave: Subordinação laboral; Disposição do trabalhador; Descanso; Direito ao lazer; Livre desenvolvimento da personalidade; Estresse laboral

* Abogado por la Universidad de las Américas, Ecuador; Máster en Derecho empresarial, por la Universidad de Palermo, Argentina; Candidato a doctor en Administración de negocios en la ESEADE. Correo electrónico: jaburneo_94@outlook.es

INTRODUCCIÓN

La era digital y de las tecnologías de la comunicación (TIC) son parte del marco de referencia del Derecho del Trabajo. Por tal razón, en el presente texto revisaremos uno de los derechos que más generan controversia en la nueva concepción del trabajo, por su adecuación a una sociedad constantemente conectada de forma digital. Hablamos del derecho a la desconexión.

Para responder a las interrogantes sobre cuándo es aplicable la desconexión laboral, cómo funciona su operatividad y su exclusividad para los teletrabajadores, este ensayo será dividido en tres secciones.

En la primera, se revisarán los fundamentos básicos de la relación laboral, porque únicamente quienes trabajan bajo relación de dependencia tienen derecho a la desconexión, en un sentido técnico del Derecho del trabajo; pues, aunque los trabajadores autónomos puedan aplicar el teletrabajo, su independencia les permite desconectarse sin necesidad de notificar a quien prestan sus servicios. Se expondrán los aspectos referidos a la relación laboral en dependencia, como fundamento básico del derecho a la desconexión. Siempre con el fin de dar explicación a la pregunta

de cuánto tiempo debe estar disponible un trabajador para con su empleador.

En la segunda sección, abordaremos el teletrabajo a partir de una pequeña reseña histórica, para continuar con su concepto legal en el Derecho ecuatoriano y, así, terminar con una pertinente apreciación sobre la regulación del teletrabajo en nuestro país.

Con esta base se examinará el derecho a la desconexión en base a las cuestiones planteadas inicialmente. Por un lado, serán verificados los elementos de la desconexión digital con respecto al principio de subordinación en la relación de trabajo, para responder a la pregunta ¿cuándo es aplicable? Por otro, expondré un análisis entre el derecho a la desconexión y el teletrabajo, para extraer un concepto válido con relación a su operatividad, y comprobar si es que en realidad se trata de un derecho exclusivo de los teletrabajadores bajo relación de dependencia.

Finalmente, a manera de conclusión, se plantearán reflexiones sobre el derecho a la desconexión digital y; además, se ofrecerá una propuesta para su regulación en el Ecuador.

LA RELACIÓN LABORAL

El mundo del trabajo está fundamentado en la interacción entre trabajadores y los empleadores: en la confluencia de intereses conexos, mas no opuestos, que giran en torno a la relación de la oferta y demanda de la fuerza de trabajo. Los trabajadores ofrecen, bien sea su fuerza de trabajo o su intelecto, a determinados sujetos que demandan dichos servicios: los empleadores. Por diversos elementos históricos y sociales, las relaciones de trabajo no pueden considerarse, actualmente, como la libre contratación entre sujetos económicos; más bien se trata de una materia regulada por normas generales y obligatorias que sirven de modelo *típo*, y que forman, de esta manera, una estructura legal rígida más que una sistematización de intereses

entre dichos agentes económicos (Mendez 2009). No obstante, las relaciones de trabajo no dejan de ser una coordinada disposición de intereses entre trabajadores y empleadores.

El contrato individual de trabajo es, según el artículo 8 del Código de Trabajo, “aquel convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración (...)”. Mediante esta convención, se regulan y establecen los derechos y obligaciones entre un trabajador –por sí mismo y de forma individual– y un empleador, quienes han entablado entre sí una relación laboral –que

no es un símil al contrato de trabajo, como explicaré más adelante— para coordinar sus intereses. Además, bajo el principio constitucional de remuneración del trabajo, éste siempre será considerado oneroso. De tal modo, los intereses, tanto del empleador como del trabajador, en la relación laboral no son contrapuestos, porque siempre tenderán al desarrollo económico de las partes, principalmente porque el trabajo es la fuente de realización personal y base de la economía, tal como —acertadamente— se indica en el artículo 33 de la Constitución Nacional de la República (C.N.R.).

La relación laboral no equivale al contrato de trabajo, al ser este último tan solo un elemento o componente de la primera (Ackerman 2007). Esta incluye tres pilares para catalogar una prestación de servicios “bajo relación de dependencia”: la subordinación, es decir que exista relación de dependencia técnica y económica, la prestación efectiva de servicios lícitos y personales; y la retribución o remuneración (Orellana Briones 2016, 18-23). Si el trabajador es un agente económico que presta sus servicios de forma subordinada, es lógico que se encuentre a disposición del empleador para cumplir con las órdenes que él le dicte y con las directrices que le entregue para el cumplimiento de determinadas actividades.

Relación de dependencia del trabajador

La prestación de servicios no necesariamente es bajo relación de dependencia de otro agente económico. Puesto que existe una diversidad de figuras contractuales, tanto civiles como comerciales, que posibilitan el cumplimiento del interés de un agente económico de beneficiarse del conocimiento o de la fuerza de trabajo de otro. El interés del Derecho del Trabajo radica únicamente en aquellas prestaciones de servicios bajo una modalidad subordinada (Ackerman 2007), un asunto que, en la legislación ecuatoriana, se menciona como “en relación de dependencia”.

El principio de laboralidad o de subordinación del trabajador no obedece a la existencia de un contrato

de trabajo. Porque bien puede este último no existir y aun ser entablada una relación laboral subordinada¹. Así, la relación laboral es una situación jurídica y fáctica con posibilidad de verificación objetiva; no así el contrato de trabajo, que bien puede ser simulado y moldeable de forma negativa y no correlativa con la realidad de la prestación (Orellana Briones 2016). En otros términos, el contrato de trabajo puede ser correctamente redactado conforme a la normativa vigente, pero no corresponder en nada con las labores o la realidad económica de la relación de trabajo, algo bastante usual en ciertos empresarios abusivos. De tal modo, la lógica del asunto nos direcciona a concluir que solo cuando existe una prestación de servicios subordinada estamos ante una relación laboral o de trabajo, en el sentido técnico-jurídico laboral. Es vital comprender esta relación jurídica; porque el derecho a la desconexión es verificable únicamente en una relación laboral, conforme lo explicamos más adelante.

Con respecto a la relación de dependencia del trabajador, la doctrina ha sido bastante homogénea al considerar dicha dependencia bajo una óptica bipartita. Por un lado, la dependencia económica del trabajador. Esta puede o no existir dentro de la relación laboral; ya que, si el empleador decide no imponer exclusividad al trabajador con respecto a sus habilidades, este puede ofrecer sus servicios a otros empleadores sin alterar la relación con el primero. Es comprensible, entonces, que la dependencia económica se da cuando los ingresos del trabajador provienen únicamente de un solo empleador. Por otro lado, como elemento fundamental e inexorable de la relación laboral en dependencia, encontramos la subordinación técnica del trabajador. En ese sentido, la subordinación técnica es constatada por la existencia de planteamientos objetivos de organización y direccionamiento del empleador (Nieto Salazar 2013), que bien pueden ser por medio de Tecnologías de la Comunicación (TIC). La razón es que este último provee los procesos, mecanismos, directrices y órdenes para la realización de las actividades; de modo que el trabajador es el encargado de

¹ Cierta doctrina especializada, como en el caso de Sudera o Mchiavello Contreras (2009), defiende la idea de la no existencia del contrato de trabajo como elemento definitorio de una relación de trabajo. De modo que las partes pueden establecer convenciones durante la relación laboral ya creada para fijar sus elementos esenciales sobre la marcha; ya sea la remuneración o los horarios de trabajo. Sin olvidar que, en el caso de oscuridad o duda respecto a algunos elementos, la ley deberá favorecer al trabajador.

ejecutarlas, en combinación con sus propias aptitudes y conocimientos.

La doctrina especializada ha conceptualizado la subordinación como la “sujeción personal del trabajador, en la actividad laboral, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico-productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señala este bajo sus poderes técnicos empresariales” (Macchavello Contreras 1986, 174).

La subordinación técnica es primordial para comprender la dependencia del trabajador y, consecuentemente, su disponibilidad para con el empleador. Esta subordinación radica en el derecho del empresario para dirigir, a su arbitrio, su empresa. Por esta causa, corresponde al empleador el control y direccionamiento de los medios humanos que tiene a su disposición; es decir, de los trabajadores en situación de subordinación laboral. Pero este es un estado provisional y momentáneo; debido a que el trabajador en relación de dependencia no puede, ni debe, estar a disposición de su empleador de manera ininterrumpida y permanente (Mercader Uguina 2017). Y no por motivos de ahorro de recursos ni mucho menos, sino por su propia salud. Así pues, es razonable concluir que limitar la disposición del trabajador para con su empleador tiene como objetivo la protección de la salud del trabajador; este razonamiento es igualmente aplicable a la modalidad de teletrabajo.

Disponibilidad del trabajador

Para que un trabajador tenga la obligación de estar disponible para su empleador, y cumplir con sus órdenes, necesariamente deberá haber entre ellos una relación laboral. Además, para que exista relación laboral

será condición necesaria la implementación de procesos de subordinación técnica; es decir prerrogativas y condiciones organizativas que representen actividades de dirección por parte del empleador (Nieto Salazar 2013). Cuando tal planteamiento legal sea parte de la prestación de servicios, entendemos que el trabajador en modalidad de teletrabajo deberá estar disponible para su empleador mientras dure su jornada de trabajo. Esta es una posición pasiva del trabajador: que esté en plena apertura de recibir órdenes y ejecutar actividades, sin perjuicio de que, en ciertos momentos, no existiese ninguna actividad pendiente.

Bajo la precaria concepción fordista –locución que hace referencia al modelo de trabajo de las fábricas Ford a inicios del siglo XX– de la prestación de servicios, el trabajo efectivo era aquel que únicamente se realizaba en el establecimiento del empleador (Hidalgo Andrade 2009). Sin desmerecer su lógica en las actividades manuales, en la sociedad del conocimiento en que vivimos actualmente, y peor aún en prestaciones de servicios donde predomina el intelecto, la idea del trabajo efectivo tiene que pasar por dicha concepción de pasividad alerta del trabajador. Porque, al estar disponible para el empleador durante su jornada de trabajo, es evidente que la está cumpliendo; y esta disponibilidad, irremediamente deberá ser medida en horas de trabajo. Tal situación se halla considerada en la normativa legal. De este modo, en el artículo 61 del Código del Trabajo, se define el cómputo efectivo de las horas de trabajo, con inclusión de todas aquellas en que el trabajador se encuentre a disposición del empleador o de sus superiores directos. Así pues, la jornada de trabajo del empleado será medida según el principio de disponibilidad del trabajador; mas no por las actividades que son realizadas. Esta idea también es aplicable dentro del teletrabajo, como veremos a continuación.

EL TELETRABAJO EN EL ECUADOR

El teletrabajo no es una modalidad nueva. Porque la tendencia global de la aplicación de las tecnologías de la comunicación (TIC) a las relaciones de trabajo ya tienen una larga data desde la segunda mitad del

siglo XX, especialmente desde los años 90 (Civit Alaminos y March Merlos 2000). El Ecuador no fue ajeno a este proceso de avance tecnológico, si bien no en el mismo grado que países como Francia o EE.UU., el

teletrabajo se abrió paso dentro del sector servicios, especialmente en el campo privado.

A pesar de haber sido ya aplicado hacía algunos años en el mercado laboral ecuatoriano, el teletrabajo no tenía una regulación específica. Esta laguna legal dio cabida a ciertas confusiones; por ejemplo, considerar al teletrabajo como una nueva forma del contrato del trabajo o una modalidad distinta de la jornada laboral; ambas ideas totalmente incorrectas.

El teletrabajo no es ni una modalidad del contrato de trabajo ni, peor aún, una forma alternativa de la jornada de trabajo. En realidad, se trata de una manera de prestar servicios lícitos y personales del trabajador, que puede darse en relaciones bajo dependencia o también por trabajadores autónomos; y solo la primera situación es de nuestro interés para nosotros y para el Derecho del Trabajo. El Código del Trabajo no menciona al teletrabajo; principalmente porque, en los años en que fue expedido este cuerpo legal – diciembre 2005 –, la aplicación de esta modalidad de prestación de servicios por parte de las empresas era prácticamente nula. De ahí que el legislador consideró, acertadamente, no regularla dentro de la ley.

Con el pasar de los años, el Ministerio del Trabajo se vio animado a regular el teletrabajo, tras la expedición del Código de la Producción en el año 2018, norma que, en su artículo 23.1, delega al Ministerio de Trabajo la regulación de las relaciones de trabajo, y de sus elementos que no se encuentren normados en el Código del Trabajo. Así, el Acuerdo Ministerial MDT2016-190 norma el teletrabajo como un mecanismo de prestación de servicios dentro de la relación laboral².

Antes de revisar su definición legal, es prudente conocer el fundamento del teletrabajo. Esta modalidad de prestación de servicios empieza a aplicarse a mediados de los años 60 del siglo XX, en plena crisis del petróleo, por parte de empresas estadounidenses que, para manejar la desaceleración económica, instauraron en sus empleados la opción de trabajar de forma remota; así redujeron los costos inherentes a

movilización, transporte, establecimientos, etc. (Osio Havriluk 2010). La definición inicial que podemos sintetizar es como la de cualquier forma de sustitución del desplazamiento, relativo a la relación laboral, por tecnologías de la información (Selma Lajarín 2015). Precisamos de ante mano que la prestación remota de servicios es solo un elemento del teletrabajo, no restrictivo en el trabajo en dependencia.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su reunión sobre condiciones de trabajo y organización del trabajo llevada a cabo en Suiza en el año 1997, considera al teletrabajo como la “forma de trabajo efectuado en un lugar ajeno de la oficina central (...) que implica nuevas tecnologías, que permite la separación y facilita la comunicación”. En la misma línea, Sempere Navarro y San Martín (2002, 113) entienden de manera más restrictiva al teletrabajo, al definirlo como la actividad laboral a través de las nuevas tecnologías. No obstante, a partir de dicha definición, estos dos autores brindan, además, ciertas características que deben verificarse para hablar, ineludiblemente, de teletrabajo. En primer lugar, la realización de labores fuera del lugar físico del trabajo. Segundo, el uso intensivo de las tecnologías de la información como elemento del trabajo; por ejemplo, las redes sociales.

Finalmente, muy aparte de estos elementos evidentes del teletrabajo, encontramos la existencia del vínculo permanente entre empleador y trabajador; es decir, la subordinación laboral que describimos en líneas pasadas (Sempere Navarro y San Martín Mazzucconi 2002). No hay que olvidar que, si esta última característica no es verificable, no es teletrabajo, en la consideración de relaciones laborales, idea que ya hemos precisado en los primeros párrafos. La aclaro de manera insistente; porque, si no existe relación laboral, no hay subordinación y; por ende, no es activada la protección del Derecho del Trabajo sobre la garantía del derecho a la desconexión.

Revisemos ahora la definición legal del teletrabajo. El Acuerdo Ministerial 2016-190 del Ministerio del Trabajo, en su artículo 2 define al teletrabajo como:

² No hay que olvidar que este Acuerdo Ministerial sólo regula el teletrabajo en el sector privado y para aquellos funcionarios públicos que se encuentren bajo la cobertura del Código del Trabajo.

Una forma de prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias y especiales de trabajo, a través de los cuales el trabajador realiza sus actividades fuera de las instalaciones del empleador, siempre que la necesidad y naturaleza del trabajo lo permita, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Sin duda, tal definición incluye todos los elementos descritos por Navarro. No obstante, es imprecisa la acotación de la norma, al momento en que menciona que el teletrabajo podrá llevarse a cabo cuando la necesidad lo permita. Pues, como el mismo acuerdo ministerial lo menciona, esta modalidad de prestación de servicios es de naturaleza voluntaria y convencional; razón por la cual, una necesidad puntual puede no ser el móvil de la celebración de un contrato de trabajo por teletrabajo.

Con respecto a la jornada laboral, la prestación de servicios por teletrabajo no modifica la jornada de la relación laboral (Osio Havriluk 2010). De modo que, en caso de tratarse de una jornada ordinaria, la prestación de servicios por TIC estará subordinada a lo dispuesto por el artículo 47 del Código del Trabajo sobre la jornada máxima de trabajo. De forma taxativa, la ley dispone que la jornada máxima de trabajo será de 8 horas diarias y 40 a la semana; y la única excepción consiste en las situaciones que la propia ley autoriza para la extensión de la jornada; según su artículo 47.1 y 47.2. Por tanto, un trabajador, en jornada ordinaria, no podrá prestar servicios por un lapso mayor a 40 horas semanales, exceptuando obviamente los casos de horas extras, conforme al horario pactado entre trabajador y empleador o, en su defecto, impuesto por este último³.

El teletrabajo no modifica la relación laboral (Osio Havriluk 2010). Así que las obligaciones y los derechos de las partes del contrato de trabajo se mantienen constantes e invariables, inclusive el derecho a la desconexión; puesto que sólo es modificada la forma en que el trabajador prestará los servicios a los cuales

se comprometió. En tal sentido, el empleador podrá requerir al trabajador el cumplimiento de sus órdenes y actividades designadas durante el lapso en que este se halle obligado a cumplirlas; es decir, durante su jornada de trabajo. Ahora, debido a que el teletrabajo no es llevado a cabo presencialmente, tenemos que identificar el tiempo efectivo de trabajo en esta modalidad de prestación de servicios.

De conformidad con el artículo 61 del Código de Trabajo, se considerará como tiempo efectivo de trabajo aquel en que el trabajador esté a la disposición de sus superiores o del empleador, en acatamiento de sus órdenes. En ese sentido, el teletrabajador cumplirá con su jornada de trabajo al estar disponible para con el empleador: en un estado de alerta pasiva.

Así pues, no es necesario llevar a cabo labores de forma activa y afanosa para estar en cumplimiento de la jornada, sino que basta con estar disponible para recibir indicaciones sobre ellas, en razón del principio de subordinación técnica del trabajador; aún si el empleador no le designare ninguna actividad al teletrabajador, este está cumpliendo con su jornada.

Debido a la complejidad que este tema implica, el empleador suele buscar otros medios de control, esencialmente a través de comunicaciones constantes con el teletrabajador, un proceder que, sin duda, desvirtúa la figura del teletrabajo. Justo en ese escenario se contorna el derecho a la desconexión, ya que el teletrabajador tiene la facultad de negarse a cumplir con órdenes del empleador o a no responder a sus comunicaciones que se emiten fuera de su jornada de trabajo (Taléns Visconti 2019); siempre con el objetivo primordial de preservar su salud y evitar la elevación desmedida de los niveles de estrés por vivir constantemente en un estado alerta pasivo, que puede llegar a ser perjudicial. Por consiguiente, no es justo estar a disposición constante y permanente para con el empleador, porque el trabajador tiene derecho a su descanso y tiempo de disfrute en su ámbito personal (Villalobos Badilla 2012).

³ A sabiendas que la jornada laboral no sufre modificación alguna, podemos inferir que la modalidad de teletrabajo puede incluirse dentro del derecho del *ius variandi* del empleador; siempre basado en un acuerdo expreso sobre sus alcances y actividades que comprenderá; conforme lo ordena el artículo 3 de Acuerdo Ministerial MDT 2019-190.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

El derecho a la desconexión es la representación, adecuada a la sociedad del conocimiento de las tecnologías de la comunicación, de diversos derechos de larga data dentro del Derecho del Trabajo, que tienen un reconocimiento y garantía de rango constitucional ya afianzados dentro de nuestra Carta Magna. En un principio, se refiere al derecho al ocio de los trabajadores (Villalobos Badilla 2012). Porque estamos hablando de seres humanos con intereses, pasatiempos y preferencias propias; que necesitan de un tiempo prudencial para llevarse a cabo. De modo que una disponibilidad desmedida del trabajador hacia el empleador de varias horas en el día va a repercutir negativamente en el desarrollo de dichas actividades; e incluso pueden provocar que el individuo las elimine o postergue.

La OIT comprendió lo importante del ejercicio del derecho al ocio y la recreación de los trabajadores desde sus inicios, porque los empleados no viven para trabajar, sino que deciden voluntariamente entregar cierto porcentaje de su tiempo al trabajo, para obtener una remuneración con la cual hacer frente a sus necesidades personales, familiares, etc. Por tal motivo, en 1919, en el convenio CO001 de la OIT sobre la Jornada de Trabajo, limitó esta jornada a sólo 8 horas diarias y un máximo de 48 a la semana⁴.

En la misma línea del derecho al ocio, la OIT también consideró al descanso del trabajador como un eje fundamental para el correcto y eficiente desempeño de sus labores. Así lo expuso en la convención “Trabajo para un Futuro más Prometedor, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo.

Según el objeto de este estudio⁵, la era digital en la que vivimos nos permite –por no decir obliga a– estar constante y permanentemente conectados. De modo que, si nuestras prestaciones laborales utilizan mayoritariamente las tecnologías de la comunicación, la separación entre vida privada y laboral se torna bastante difusa (Aguilera Izquierdo y Roncero 2017). Ya que la

efectividad de la comunicación en tiempo real exige cierto grado de predisposición o atención: si bien es posible responder a un requerimiento laboral en cualquier momento y lugar, esta posibilidad no es la situación ideal si ella sustrae una parte de la atención que pudiese utilizarse para quehaceres familiares, hobbies, ejercicio físico u otras actividades del entorno privado del trabajador. Por esta razón, podemos concluir que la conectividad permanente es casi inevitable en nuestra sociedad, pero que no es del todo saludable.

La salud del trabajador es el objetivo máximo de la protección del Derecho del Trabajo (Macchavello Contreras 1986). Así lo ordena la Constitución de Montecristi de 2008 en su artículo 33, en el cual se prescribe la garantía a las personas trabajadoras de un trabajo saludable. El peligro a la salud del trabajador es evidente en trabajos donde existe una exposición al riesgo bastante marcada y con altos índices de siniestralidad. Por ejemplo, aquellos trabajos prohibidos a los menores de edad conforme el artículo 138 del Código del Trabajo como la destilación de licores o la preparación de productos tóxicos.

Ahora, en prestaciones de servicios donde es posible aplicar el teletrabajo, o sea donde no predomina el trabajo físico o manual, es más compleja la identificación de los elementos nocivos para la salud del trabajador. Además, la flexibilidad que permite el internet y la telefonía móvil puede producir tecnoestrés, situación cuyos efectos son pequeños, pero altamente nocivos y reiterativos. Éstos implican el desgaste profesional, dada la excesiva exposición a carga de trabajo mediante tecnologías de la comunicación, sin mediar un intervalo considerable de descansos (Aleman Páez 2017). Este fenómeno se conoce como *burnout* o estrés laboral.

En la actualidad hablamos de *burnout* cuando el nivel de trabajo supera en una medida significativa a las horas que normalmente una persona descansaría, a fin

⁴ Posteriormente, el Ecuador decidió ratificar el convenio N.º 47 para reducir la jornada de trabajo a un máximo de 40 horas semanales; modalidad que se mantiene hasta nuestros días.

de separarse de sus actividades laborales. En efecto, el trabajador reduce al mínimo su periodo de descanso y, como consecuencia, eleva sus niveles de estrés a un estado crítico, que repercute negativamente en el desempeño de sus labores. Para evitar esa nefasta situación, los trabajadores, no solo los teletrabajadores, tienen derecho a limitar el tiempo de trabajo al de su jornada laboral. Es decir, estarán a disposición y en un estado de alerta pasiva ante sus empleadores únicamente durante el tiempo convenido dentro de la jornada de trabajo, y se negarán inclusive a responder comunicaciones laborales que ocurran fuera de dicha jornada, sean estas mensajes o llamadas, que no respondan a una emergencia debidamente justificada conforme el artículo 50 del Código del Trabajo. Por esta causa, resalto que el derecho a la desconexión no es exclusivo de los teletrabajadores.

Es posible conceptualizar el derecho a la desconexión como la facultad del trabajador de no estar disponible a comunicaciones de su empleador, por encontrarse fuera de su jornada de trabajo o en el goce de sus vacaciones. Estas comunicaciones, a ser no contestadas, pueden incluir: correos electrónicos, llamadas, WhatsApp, etc. (Naranjo Colorado 2017). Aquella negativa, bajo ninguna circunstancia podría considerarse como desobediencia del empleador, ni mucho menos abandono del puesto de trabajo. La desconexión puede examinarse como el ejercicio del derecho al descanso en la era digital (Aguilera Izquierdo y Roncero 2017). Sin duda, el empleador podrá seguir enviando notificaciones, porque el alcance de la desconexión tiene un trasfondo o campo de acción negativo, que consiste en la no posibilidad de que el empleador exija el cumplimiento de alguna orden hasta el inicio de la siguiente jornada, pero no en que este no pueda seguir ejerciendo su derecho a dirigir su empresa.

Es válida la aclaración sobre el uso racional de los dispositivos móviles, porque el mismo entra en una esfera subjetiva. Las operaciones laborales, el giro del negocio y la técnica de la prestación de servicio serán las variables a considerar para determinar cuándo se vuelve excesivo el uso de dispositivos electrónicos y

móviles (incluidos en las TIC) dentro del trabajo. Por ejemplo, el operador de un *call center* deberá mantener un uso constante del teléfono para responder a los requerimientos de los clientes. De modo que, la intensidad tecnológica será mucha más acentuada en su profesión. Sin olvidar que el trabajador, de forma general, solo está obligado a mantener esa intensidad durante su jornada de trabajo; y no más allá.

Con respecto a su regulación, el Ecuador no tiene ninguna ley que referencie al derecho a la desconexión⁵. Es correcto que este no sea regulado en su totalidad, más allá de que sí es necesario sentar unas bases para homogeneizar en cierta medida su ejercicio y garantizar su cumplimiento; porque, al no ser conceptualizado de forma rígida y legalista –una tendencia bastante habitual en el campo del Derecho Laboral– podrá delegarse a los empleadores su manejo y cumplimiento, y que entes controladores como el Ministerio del Trabajo establezcan ciertas reglas y principios para evitar su abuso. Además, el Ministerio del Trabajo, al igual que sucedió respecto al teletrabajo, tiene la potestad de manifestarse sobre la operatividad del derecho a la desconexión. En efecto, por tratarse del ministerio del ramo, él puede modificar paulatinamente su tratamiento, mediante reglamentos, sin recurrir a leyes rígidas que necesitan procesos legislativos engorrosos, los cuales suelen estar subordinados a problemas políticos.

A nivel internacional, Francia fue la nación pionera en la regulación del derecho a la desconexión en el año 2016, con la reforma de su Código del Trabajo. En esta, el legislador francés toma parte del derecho a la desconexión en las relaciones laborales como el pleno derecho del trabajador al descanso y al libre desarrollo de la personalidad; y, además, agrega el desarrollo personal y familiar. No obstante, no desconoce la necesidad de las empresas de implementar elementos tecnológicos para su prestación de servicios, así que permite al empresario valerse de ellos, con la obligación de informar y educar a sus trabajadores sobre el cuidado de su salud laboral. El objetivo de la regulación francesa de la desconexión es asegurar el pleno

⁵ La única referencia la encontramos en la mención dentro del Proyecto de ley Humanitaria, aprobado por la Asamblea Nacional el 15 de mayo de 2020, un proyecto que, hasta la fecha de finalización de este artículo, todavía no ha sido publicada en el Registro Oficial; y, por ende, no está vigente.

respeto al tiempo libre, descanso y vacaciones del trabajador, que va en línea con los principios comentados en renglones precedentes.

Por su parte, España decidió regular la figura en cuestión mediante la reforma de su ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En la reforma de diciembre de 2018, incluye a la desconexión digital como un derecho a preservar, especialmente en supuestos de prestación de servicios, de forma total o parcial, desde el domicilio. Así, el derecho a la desconexión digital no es una figura restrictiva de los teletrabajadores, a pesar de que sea más acentuada su preocupación y aplicación en ellos. Se trata de una garantía legal de los trabajadores –que con el tiempo esperemos tenga también rango constitucional autónomo y no como una mera derivación del derecho al descanso del trabajador– bajo la modalidad de un derecho genérico, aplicable a toda prestación de servicios bajo relación de dependencia, donde el trabajador

tenga la obligación de estar disponible para empleador y que, además, sean utilizadas las Tecnologías de la Comunicación (TIC) para la prestación de los servicios. En suma, el derecho a la desconexión digital no es una figura exclusiva ni excluyente del teletrabajo, sino de todo trabajo donde exista un desempeño mental considerable en la prestación de los servicios y sean utilizadas las TIC.

Por otro lado, Italia, en la Ley n.º 81 de 22 de mayo de 2017, menciona, en su artículo 19, que se reconoce el derecho que tienen los trabajadores al respeto a su tiempo de descanso y se ordena acordar la desconexión del empleado de los instrumentos tecnológicos de trabajo que son parte fundamental de esta modalidad de trabajo ágil. Por tal motivo, además es posible entender que, en lugar de incorporarse única y exclusivamente como un derecho de los trabajadores, la desconexión digital tiene que ser concebida también como un deber imperativo para el empleador.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El derecho a la desconexión no es aplicable a prestaciones de servicios de todo tipo. Debido a que es necesario la existencia de una relación laboral entre las partes para que sea activada la protección del Derecho del Trabajo. Además, una relación laboral implicará inequívocamente una subordinación del trabajador para con su empleador. Esta subordinación podrá ser económica y técnica. El teletrabajo no es una nueva modalidad de la jornada de trabajo. Porque se trata de una modalidad de la prestación de servicios de una relación de trabajo. Por esta razón, la jornada de trabajo no se ve modificada; así que toda jornada que utilice teletrabajo, igualmente estará sujeta a la limitación descrita en el artículo 47 del Código del Trabajo de 8 horas al día y de 40 a la semana, si se tratase de una jornada ordinaria.

El derecho a la desconexión no es un derecho exclusivo de los teletrabajadores. Si bien ha salido a flote en estos últimos meses debido a la pandemia del COVID 19 que obligó, prácticamente, a una enorme mayoría de empleadores a aplicar de forma obligatoria el

teletrabajo, esta situación no desnaturaliza al derecho de la desconexión digital como una variante del derecho al descanso del trabajador; por ende, se trata de un derecho genérico que puede ser aplicado a una pluralidad de relaciones laborales bajo dependencia, donde las prestaciones impliquen mayoritariamente desempeño intelectual y, además, donde sean utilizadas TIC.

El derecho a la desconexión, en el Ecuador, no debe regularse por medio de ley. Primero porque la ley tiene un enorme grado de rigidez; razón por la cual, cuando la coyuntura nacional y las circunstancias de la globalización obliguen a una reforma, el caótico proceso de reforma de una ley va a ser retardado –seguramente– por temas políticos. Segundo, porque las relaciones de trabajo se verán modificadas considerablemente dentro de unos pocos años; de modo que, si la regulación del derecho a la desconexión es mediante ley, podrá caer en el anacronismo en muy poco tiempo. Finalmente, porque la delegación de la regulación al ministerio del ramo podría permitir una

mayor maniobrabilidad con relación a la realidad fáctica del país. Un ejemplo claro es el teletrabajo, regulado únicamente por un Acuerdo Ministerial y que, en

cuanto la necesidad apremió, pudo ser aplicado conforme a disposiciones ágiles y pertinentes a las necesidades coyunturales.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Mario. 2007. «El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo». Revista TST. Brasilia 73, n.º 3: 50-78.
- Aguilera Izquierdo, Raquel, y Rosario Cristóbal Roncero. 2017. «Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. El futuro del trabajo que queremos». En *El futuro del trabajo que queremos*, 331-342. Madrid: MEYSS.
- Alemán Páez, Francisco. 2017. «El derecho de desconexión digital». *Trabajo y Derecho*. n.º 30: 13-33.
- Calderón Ibarra, Astrid Johana. 2016. «Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable?». *Revista Academia & Derecho*. N.º 12:123-146.
- Civit Alaminos, Cristina, y Montserrat March Merlos. 2000. *Implantación del teletrabajo en la empresa*. Barcelona: Gestión.
- Hidalgo Andrade, Gabriel. 2009. «Evolución legal del contrato laboral en general a la libertad sindical». Tesis de grado, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Instituto Nacional de Educación Laboral. 1986. *El contrato individual del trabajo*. Quito: INEL.
- Macchavello Contreras, Guido. 1986. *Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Macoretta, Cora Sara. 2017. «Comentario al reconocimiento del derecho a la “desconexión digital” de los trabajadores en el derecho francés». *Revista El Derecho*: 271-281.
- Mendez, Ricardo. 2009. *Derecho laboral, un enfoque práctico*. Mexico: Ed. McGrawHill.
- Mercader Uguina, Jesús. 2017. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Naranjo Colorado, Luz Dary. 2017. «Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral». *Saber, ciencia y libertad* 12. N.º 2: 49-57.
- Nieto Salazar, Diego. 2013. «La subordinación en los diferentes contratos laborales». *Semillero de Investigación Área Laboral*: 1-19.
- OIT. 2016. *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT. 2019. «Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión».
- Orellana Briones, Pablo. 2016. *La noción jurídica de la teoría del haz indiciario de laboralidad a la luz de la simulación y de la apariencia en el ámbito de la contratación laboral*. Tesis de Grado, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. 1919. «Convenio n.º 1 de la OIT sobre las horas de trabajo». Washington.
- Osio Havriluk, Lubiza. 2010. «El Teletrabajo: Una opción en la era digital». *Observatorio Laboral Revista Venezolana* 3, N.º 5 (enero-junio): 93-109.
- Reyes Mendoza, Libia. 2012. *Derecho Laboral*. Mexico D.F.: Red Tercer Milenio.
- Selma Lajarín, Jesús. 2015. «El Teletrabajo, ¿una solución?» Elche: Universidad Miguel Hernández.

Sempere Navarro, Antonio, y Carolina San Martín Mazzucconi. 2002. *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Pamplona: Ed. Aranzadi.

Sempere Navarro, Antonio, y Carolina San Martín. 2002. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*. Pamplona: Aranzadi.

Taléns Visconti, Eduardo Enrique. 2019. «El derecho a la desconexión digital en el derecho laboral». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. n.º 17: 150-162.

Villalobos Badilla, Kevin Johan. 2012. “Derecho Humano al libre desarrollo de la personalidad”. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica.