

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El derecho a la desconexión en la normativa ecuatoriana: análisis frente
al derecho comparado**

Nicolás Bejarano Torres

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Nicolás Bejarano Torres

Código: 00203164

Cédula de identidad: 1717059941

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA NORMATIVA ECUATORIANA: ANÁLISIS FRENTE AL DERECHO COMPARADO¹

THE RIGHT TO DISCONNECTION IN ECUADORIAN LEGISLATION: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS

Nicolás Bejarano Torres²
nbejarano2017@gmail.com

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo efectuar un análisis comparativo de la configuración del derecho a la desconexión en la legislación ecuatoriana, frente al tratamiento de esta institución jurídica en el derecho comparado. En el marco ecuatoriano, se tomará como referencia para este análisis, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, la cual reformó el Código de Trabajo, y el Acuerdo Ministerial NRO. MDT-2020-181. En el derecho comparado, se analizará la legislación francesa, española y la propuesta del Parlamento Europeo, para de esta forma concluir que existen vacíos jurídicos e imprecisiones normativas dentro de la legislación ecuatoriana que limitan el pleno ejercicio de este derecho. Bajo esta conclusión se proponen cambios en la normativa ecuatoriana. Primero que se derogue el artículo 5 del Acuerdo Ministerial NRO. MDT-2020-181, segundo que se reformen los artículos 16, 42 y 44 del Código de Trabajo con la finalidad darle una configuración adecuada a este derecho.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la desconexión, descanso, vacíos jurídicos, derecho comparado, tecnologías.

ABSTRACT

The purpose of this research is to carry out a comparative analysis of the configuration of the right to disconnect in Ecuadorian legislation, compared to the treatment of this legal institution in comparative law. In the Ecuadorian framework, the Organic Law of Humanitarian Support, which reformed the Labor Code, and the Ministerial Agreement NRO. MDT-2020-181 will be taken as a reference for this analysis. In comparative law, French and Spanish legislation and the proposal of the European Parliament will be analyzed in order to conclude that there are legal gaps and normative inaccuracies within Ecuadorian legislation that limit the full exercise of this right. Under this conclusion, changes in Ecuadorian legislation are proposed. First, that article 5 of Ministerial Agreement NRO. MDT-2020-181 must be repealed, and second, the articles 16, 42 and 44 of the Labor Code must be reformed in order to give an adequate configuration to this right.

KEYWORDS

Right to disconnection, rest, legal loopholes, comparative law, technologies.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Leopoldo González Ruiz

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. - 2 MARCO NORMATIVO. -3. MARCO TEÓRICO. - 4. ESTADO DEL ARTE. - 5. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN. - 6. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. - 7. DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN LA NORMATIVA ECUATORIANA. - 8. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN ECUADOR FRENTE AL DERECHO COMPARADO. - 9. CONCLUSIONES. - 10. RECOMENDACIONES.

1. Introducción

El mundo cada día evoluciona a pasos gigantescos, en este momento estamos a la puerta de la cuarta revolución industrial entendida esta como una verdadera revolución digital donde las tecnologías están cambiando la forma de trabajar, interactuar y vivir. Los cambios en estos campos cuentan con una velocidad y alcance nunca antes visto³.

Estos cambios ya se están presenciando y el ámbito laboral no es la excepción. De hecho, a raíz de una pandemia que paralizó al mundo, el teletrabajo se convirtió en una modalidad común. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, en la crisis derivada por el COVID-19, veintitrés millones de personas pasaron a modalidad de teletrabajo solamente en América Latina⁴. En Ecuador, de catorce mil personas bajo tal modalidad en febrero de 2020, en mayo del mismo año este número llegó a los 375,861 teletrabajadores⁵. En febrero de 2021 el registro oficial del Ministerio del Trabajo muestra a 448,776 personas bajo esta modalidad⁶.

En tal contexto, las personas laborando bajo la modalidad de teletrabajo están expuestas a largas horas conectados a dispositivos tecnológicos, los que permiten que los teletrabajadores puedan ser contactados de manera inmediata por sus empleadores. Pudiendo así provocar una afectación a sus horas de descanso, borrándose lo que en una concepción tradicional hubiere sido la delimitación física de la ejecución de una relación laboral (conceptualizada por ejemplo en el

³ Klaus Schwab, *La cuarta revolución industrial* (Barcelona: Editorial Debate, 2016), 8-9.

⁴ Organización Internacional del Trabajo. Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_811301.pdf, último acceso el 24 de octubre de 2021

⁵ El Comercio. Día de Trabajo: 361 361 personas en teletrabajo en dos meses en Ecuador. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/coronavirus-teletrabajo-confinamiento-emergencia.html>, último acceso el 24 de octubre de 2021.

⁶ Ministerio del Trabajo. Indicadores Laborales. Disponible en: <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/02/cifras25.pdf?x42051>, último acceso el 24 de octubre de 2021.

ejercicio del derecho de control del empleador mientras el trabajador se encontraba en las instalaciones del empleador únicamente).

La desconexión nace como un derecho destinado a respetar las jornadas laborales de los teletrabajadores, enfocado para que el teletrabajador no tenga la obligación de conectarse a ningún dispositivo tecnológico para fines laborales fuera de su jornada respectiva. Esto con el fin de prevenir los riesgos de salud y psicosociales que pueden sufrir como consecuencia del uso excesivo de tecnologías en el ámbito laboral.

¿Es adecuada la forma en que se legisló el derecho a la desconexión en normativa ecuatoriana? El presente trabajo se centra en analizar la manera en que está normado este derecho en la legislación comparada, con el objetivo de identificar el alcance y los potenciales vacíos del derecho a la desconexión en la legislación ecuatoriana y analizar si estos aspectos limitan el pleno ejercicio de este derecho.

La metodología empleada en este trabajo será desde un estudio comparado, el cual consiste en hacer una comparación entre diferentes legislaciones con el fin de ver que tratamiento se le está dando a una misma institución jurídica. En el presente trabajo, esta metodología se utilizó con el objetivo de investigar como está legislado el derecho a la desconexión en la normativa comparada y de este modo identificar que aspectos no están regulados en la legislación ecuatoriana o ameritan ser precisados.

2. Marco normativo

2.1 Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en su disposición reformativa primera, agregó un artículo innumerado al Código de Trabajo referente al teletrabajo⁷. En esta adición normativa se determina por primera vez que los empleadores deberán respetar el derecho a la desconexión de los teletrabajadores, el cual consiste en no responder comunicaciones, órdenes u requerimientos que provengan por parte del empleador y a no ser contactado mientras cumple su tiempo de desconexión. También se determina cuantas horas de desconexión se

⁷ Disposición Reformativa Primera, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario [LOAH], R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

relacionan al ejercicio de este derecho. En su disposición reformativa tercera, la ley introduce un artículo similar en la Ley Orgánica de Servicio Público⁸.

2.2 Código de Trabajo

En lo que respecta al Código de Trabajo, al ser reformado por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, contiene las mismas disposiciones acerca de este derecho⁹. Es pertinente nombrar al Código de Trabajo, ya que esta norma regula las relaciones laborales en el país.

2.3 Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181

Este Acuerdo Ministerial, expedido el 14 de septiembre de 2020, dictó directrices para la aplicación del teletrabajo conforme a lo que se establece en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Entre las directrices, el artículo 5 es el referente al derecho a la desconexión, el cual contiene directrices sobre el funcionamiento de este derecho. Lo importante de este artículo es que prevé una excepción al ejercicio de este derecho por parte del teletrabajador, la cual será discutida más adelante¹⁰.

3. Marco teórico

La desconexión se define como el derecho que tienen los teletrabajadores a no responder correos electrónicos, mensajes de texto, llamadas o cualquier tipo de comunicación a través de medios tecnológicos por fuera del horario laboral¹¹. Nace como una herramienta necesaria para garantizar un respeto a la jornada laboral en un escenario digital, al tiempo de descanso, a la intimidad y la prevención de riesgos laborales causados por la conexión excesiva a herramientas tecnológicas.

El derecho a la desconexión en teoría debe ser un mecanismo para que los trabajadores puedan gozar de su tiempo efectivo de descanso. Es por eso que se concibe que la desconexión no es en realidad un nuevo derecho creado, sino que es una evolución del derecho al descanso, algo ya existente en el ámbito laboral.

⁸ Disposición Reformativa Tercera, LOAH.

⁹ Artículo Inumerado después del Artículo 16, Código de Trabajo [CT], R.O. Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

¹⁰ Acuerdo Ministerial 2020-181, Ministerio del Trabajo [Por medio del que se expiden directrices para la aplicación del teletrabajo en el Código de Trabajo, conforme por lo establecido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario] Registro Oficial 318 de 14 de septiembre de 2020.

¹¹ Fundació Factor Humà. Desconnexió Digital. Disponible en: <https://factorhuma.org/attachments/article/14089/desconnexio-digital-cast.pdf>, último acceso el 24 de octubre de 2021.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas las personas tienen derecho al descanso y de igual forma a una limitación de la duración de la jornada de trabajo¹². En el marco de la legislación ecuatoriana, la Constitución en su artículo 66 reconoce que se debe garantizar y respetar el derecho a una vida digna, el cual incluye el descanso¹³.

En este contexto, el artículo 326 de la Constitución consagra los principios en que se ampara el derecho al trabajo y el numeral 5 establece que el derecho al trabajo se debe desarrollar en un ambiente adecuado y propicio, que garantice la salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar¹⁴.

En materia laboral, el Código de Trabajo de igual forma contempla que los trabajadores deberán gozar de tiempos de descanso obligatorios¹⁵. Estos tiempos actúan como una limitación al tiempo de trabajo, ya que la distribución de la jornada de trabajo debe respetar las disposiciones legales acerca del descanso de los trabajadores, buscando un balance entre el trabajo y el descanso¹⁶.

Es interesante invocar el artículo 62 de dicho Código, que confirma la noción del descanso puntualizando que, en los días y horas de descanso obligatorio, el empleador no podrá exigir ningún tipo de labor al trabajador, a menos que se verifique una de las circunstancias previstas en el artículo 52 del mismo Código¹⁷.

Entonces, es posible concluir que la desconexión es una nueva derivación del derecho al descanso, que ha surgido debido a la nueva realidad tecnológica que vivimos¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede dejar de distinguirse que el reconocimiento de este derecho es un paso importante para esta nueva era digital, pero es fundamental que esté acompañado con mecanismos efectivos para hacerlo realidad, ello además en mira a uno de los caracteres propios del Derecho Laboral en cuanto está en constante evolución. Así, por ejemplo, se debe tener un control de la carga laboral, se debe establecer mecanismos efectivos de fiscalización, se

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/217(III), de 10 de diciembre de 1948.

¹³ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁴ Artículo 326, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁵ Artículo 50, CT.

¹⁶ Juan Gorelli Hernández, "Elementos delimitadores del derecho a vacaciones", *Themis: Revista de derecho* 65 (2014), 59-80.

¹⁷ Artículo 62, CT.

¹⁸ Cristóbal Molina Navarrete, "Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: "desconexión digital", garantía del derecho al descanso", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 138 (2017) pág. 249-283.

debe obligar al empleador a no contactarse con el trabajador y de igual forma obligar a los trabajadores a no contactarse entre ellos por temas laborales durante sus horas de desconexión¹⁹.

Por otro lado, el derecho a la desconexión tiene que ser visto desde dos perspectivas distintas. Primero está la perspectiva normativa, que es de suma importancia, ya que al tener una normativa positiva clara que regule este tema, los empleadores podrán respetar este derecho y los trabajadores podrán materializarlo de forma efectiva. Sin embargo, igual de importante es la perspectiva sociológica de este derecho, pues en esta segunda perspectiva se toman en cuenta varios aspectos importantes como por ejemplo seguridad, prevención de riesgos, capacitaciones, desarrollo de habilidades por parte de los trabajadores y un cambio organizacional de las empresas²⁰.

4. Estado del arte

La desconexión es un derecho en desarrollo que está siendo incorporado en diferentes legislaciones alrededor del mundo, causando así varias discusiones en las esferas jurídicas de los países pioneros en este derecho. Existen diferentes posturas acerca de este derecho en análisis, pero la mayoría de las discusiones se centran en cómo entender el funcionamiento de este derecho dentro del marco legislativo de los países que primero lo incorporaron.

El punto de partida sobre esta discusión comienza en Francia. El informe llamado “Informe Mettling sobre transformación digital y vida laboral”, hecho en 2015, contiene un análisis desde diferentes perspectivas sobre este derecho. Este informe fue clave en la reforma laboral que consagró la desconexión en la legislación francesa²¹.

Los aportes más importantes de este informe según Pierre-Henri Cialti, es que configura el derecho a la desconexión como una corresponsabilidad entre trabajador y empleador. También analiza que el uso de tecnologías en las

¹⁹ Antonio Folgoso Olmo, “El derecho a la desconexión digital y su especial incidencia en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados”, *Congreso Internacional «Retos Interdisciplinarios en el Entorno de la Industria 4.0»*, (2021), pág 113-122

²⁰ Consuelo Ferreyra, Carolina Vera Campo, “El derecho a la desconexión digital. El teletrabajo: una necesidad”, *Revista de estudio de Derecho Laboral y Derecho Procesal Laboral 2*, (2020), pág. 131-144.

²¹ Ministerio de Trabajo y Economía Social. Transformación Digital y Vida Laboral: Las Propuestas del Informe Mettling. Disponible en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/mundo/revista_ais/194/135.pdf, último acceso el 24 de octubre de 2020,

modalidades de teletrabajo no deben ser las causantes de problemas de salud y de carga laboral, sino que estas herramientas tecnológicas deberían mejorar la calidad de vida de los teletrabajadores. Este informe es relevante, ya que propone la regulación del uso de las tecnologías en las empresas, para que de esta forma estas puedan adaptarse a la nueva era tecnológica y brindar un bienestar a los trabajadores²². Es decir, las tecnologías por si solas no son negativas, sino que pueden ser incluso enfocadas para que estas mismas garanticen el derecho a la desconexión de los trabajadores.

Posterior a la entrada en vigencia de la reforma laboral francesa del año 2016, se comenzó a discutir cómo se iba a materializar este derecho en la práctica. Francisco Alemán Páez afirma qué, aunque la ley francesa instituye un periodo de negociación con los representantes de los trabajadores, al final depende en el poder directivo del empleador en asumir los aspectos definitorios y la materialización última de esta institución jurídica²³.

La doctrina española entiende que la desconexión digital tiene que ser interpretada como una obligación por parte del empleador. Según Juan Antonio Altes, es importante que el empleador tenga la obligación de cumplir este derecho, ya que de esta forma se va a limitar el poder de dirección de estos sobre los trabajadores²⁴. Al configurar el derecho de tal modo, el trabajador va a tener más garantías para poder ejercer su derecho. Bajo esta óptica, si se pone la obligación en el trabajador, no va a existir una garantía real del derecho porque pueden existir situaciones donde aquel pueda sentirse obligado a responder por un tema de jerarquía o subordinación. Es por eso que el trabajador puede sentirse obligado a responder, ya que las comunicaciones provienen de un sujeto frente al cual jurídicamente está subordinado en el contexto de la relación laboral.

Francisco Trujillo Pons habla de la esencialidad de la voluntad propia del trabajador²⁵. Esto quiere decir que el trabajador deberá tener voluntad propia de cumplir su obligación de no conectarse fuera de su jornada laboral. Además de

²² Henri-Pierre Cialti, “El derecho a la desconexión digital ¿mas de lo que parece?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, No. 137, (2017), pág. 163-181.

²³ Francisco Alemán Páez “El derecho de desconexión digital, una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la "Loi Travail N° 2016-1088", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 30, (2017), pág. 12-33.

²⁴ Juan Antonio Altes, Sergio Yagüe Blanco, “A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de la lege lata”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol 1, (2020), pág. 61-87.

²⁵ Francisco Trujillo Pons, “La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo”, *La Harremak-Revista de relaciones laborales* 45, (2021), pág.1-18.

existir esta voluntad por parte del trabajador, las empresas deberían dotar de cierta autonomía al trabajador para que gestione sus tiempos. Esto implica que el trabajador, siendo consciente de los efectos de los dispositivos tecnológicos, gestione un horario y tiempos de descanso.

Cristóbal Molina Navarrete sostiene una visión distinta acerca del derecho a la desconexión, la cual establece que este derecho no es una garantía nueva para los trabajadores, sino una adaptación al derecho al descanso en esta nueva era digital²⁶. De igual forma analiza que la desconexión nace como una garantía del derecho al descanso y se integra con el respeto a la intimidad de los trabajadores²⁷. Es importante enfatizar que los tiempos de desconexión deben tener el mismo respeto que los tiempos de descanso que se vienen practicando por años respecto de trabajadores en modalidad presencial. Además, la integración con el respeto a la intimidad es esencial, debido a que las nuevas tecnologías pueden llegar a ser invasivas tanto en el aspecto personal como familiar.

A criterio del autor de esta investigación, es acertada la postura de Cristóbal Molina Navarrete, ya que la esencia de este derecho tiene como objeto garantizar los tiempos de desconexión de los trabajadores que dependen de las tecnologías para realizar su jornada tal como se garantizaría el descanso para quienes ejecutan sus actividades de forma presencial. Es decir, si bien en el caso de los teletrabajadores al estar sujetos a una modalidad en donde las tecnologías son su herramienta de trabajo, su descanso se materializa de modo distinto. No es menos cierto que tal descanso tiene que ser respetado de la misma manera que los trabajadores presenciales, pues los teletrabajadores gozan de los mismos derechos.

5. Análisis del derecho a la desconexión

El mundo en estos últimos años ha sufrido cambios drásticos en muchas materias. La tecnología ha evolucionado a un ritmo inesperado, llegando a afectar la mayoría de actividades diarias que los humanos efectúan. Este es el caso del mundo laboral, el cual se está volviendo dependiente de las herramientas

²⁶ Cristóbal Molina Navarrete, "Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital", garantía del derecho al descanso", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 138 (2017) pág. 249-283.

²⁷ *Ibid*, pág. 249-283

tecnológicas. Por esta razón nace la desconexión, como respuesta a estas nuevas modalidades de trabajo que involucran una conexión permanente.

5.1 Funcionamiento

El derecho a la desconexión debe funcionar para beneficio de los trabajadores que cumplen jornadas laborales ya sea completas o parciales de modo digital. Hoy en día, los trabajadores que cumplen su jornada en modalidad virtual, están expuestos a largas horas (continuas o discontinuas) conectados a dispositivos tecnológicos, a órdenes y disposición de sus empleadores.

En el caso del trabajo presencial, es más simple poder llevar un cómputo del tiempo de trabajo efectivo ejecutado por el trabajador. Así, el artículo 61 del Código de Trabajo ecuatoriano define las reglas para tal cómputo del trabajo efectivo, señalando que es aquel donde el trabajador esté a disposición del empleador cumpliendo órdenes suyas²⁸. Es evidente que, bajo la modalidad presencial, el trabajo efectivo se realiza mientras el trabajador cumple su jornada en las instalaciones del empleador, conllevando a que sea más fácil delimitar el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición de sus superiores o empleador.

El problema surge cuando en la modalidad de teletrabajo, el trabajador puede estar a disposición del empleador en todo momento, inclusive fuera de su jornada ordinaria y aún mientras cumple su tiempo de descanso. Las herramientas tecnológicas permiten a los empleadores contactarse y dictar órdenes en todo momento a sus trabajadores, por lo que estos podrían esperar que sus trabajadores también las acaten en igual sintonía.

Por este motivo la desconexión se viene desarrollando para que, una vez acabada la jornada laboral, el trabajador no tenga la obligación de contestar ninguna comunicación a través de medios tecnológicos, garantizando así y en la práctica su auténtico descanso. Para que esto se dé, se deben establecer ciertos mecanismos que coadyuven para poder tener una desconexión plena. Esto se complementa con la responsabilidad y conciencia del empleador en obligarse a respetar los tiempos de desconexión de los trabajadores.

5.2 Antecedentes de la aplicación del derecho a la desconexión

²⁸ Artículo 61, CT.

Diferentes empresas alrededor del mundo han aplicado mecanismos para garantizar la desconexión de sus trabajadores. Algunas desde hace varios años han aplicado esta cultura de desconexión para sus trabajadores e incluso muchas de ellas lo implementaron previo al reconocimiento del derecho a la desconexión en la legislación comparada. Es relevante ver estos ejemplos, ya que nos dan una perspectiva de cómo se puede garantizar de forma efectiva este derecho y qué mecanismos son útiles para la práctica del mismo.

La empresa automotriz, Volkswagen, por iniciativa propia, implementó en 2011 un sistema para poder garantizar una desconexión efectiva. Este sistema consistía en que los servidores de la empresa tenían un *software* que los desconectaba en ciertas horas específicas en las cuales los trabajadores cumplían su tiempo de desconexión²⁹. De igual forma algunas comunicaciones de los celulares que pertenecían a la empresa eran desconectadas durante esas horas de descanso³⁰.

Mercedes Benz, en el año 2016 implementó un sistema llamado *Mail on holiday*. Este sistema ayudaba que los trabajadores que estuvieran en vacaciones, no reciban correos electrónicos provenientes de cuentas de la empresa. El objetivo de esta política también era que los trabajadores, al volver de sus vacaciones, no tengan una sobrecarga de correos electrónicos.³¹ Así, el funcionamiento de este sistema consistía en que la persona que decidía enviarle un correo electrónico a un trabajador en vacaciones, le aparecía un aviso con tres opciones, a saber: primero se le avisaba que el correo enviado será eliminado; segundo, se le daba la opción de enviar el mensaje solo si este es de emergencia; y, por último, se le notificaba que puede mandar el mensaje una vez que el trabajador regrese de vacaciones³².

De igual forma en el año 2016, Michelin puso en marcha un sistema que consistía en un mecanismo que registraba el número de veces en que un trabajador

²⁹ Bárbara Torres García, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, (2020), pág.239-261.

³⁰ Francisco Pérez Amorós, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol.14, (2020), pág. 258-275.

³¹ Francisco Pérez Amorós, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday”, (2020), pág. 258-275.

³² CNBC. This Company has an ingenious way to free employess from email on vacation. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2017/08/17/one-companys-genius-way-to-free-employees-from-email-on-vacation.html>, último acceso el 8 de noviembre de 2021. (Traducción no oficial)

se conectaba a los dispositivos digitales de la empresa. Este sistema emitía una alerta al trabajador al momento que realizaba más de cinco conexiones fuera de su jornada laboral³³.

En el caso de las empresas españolas, estas se rigen por la figura de los convenios colectivos. En España existe una cultura amplia de organizaciones sindicales que representan a los trabajadores y de la misma forma protegen sus derechos. Por ejemplo, el Grupo Axa acordó en 2017, un convenio colectivo, cuyo artículo 14 destinado al derecho a la desconexión, parte del postulado que la conectividad permanente tiene efectos tanto en el ámbito familiar como personal de los trabajadores y reconoce el derecho a que las partes no respondan correos o mensajes profesionales una vez concluida la jornada laboral³⁴. De igual forma reconocen que este derecho se ve limitado por situaciones de fuerza mayor o circunstancias excepcionales.

En otro ejemplo, también en España, la empresa de telecomunicaciones Telefónica, firmó un acuerdo en 2019 con la Unión General de Trabajadores y las Comisiones Obreras respecto a las políticas internas que iba a regular el derecho a la desconexión digital en esta empresa. Se dispone que el derecho a la desconexión aplica tanto para los trabajadores presenciales como para aquellos que estuvieren cumpliendo jornada total o parcial a distancia³⁵. El texto del acuerdo reconoce que los trabajadores tendrán el derecho a no responder comunicaciones fuera de la jornada laboral, independientemente el medio que se use, con el objetivo de garantizar la desconexión efectiva de los trabajadores y generar un pilar fundamental para lograr un orden en los tiempos de las jornadas laborales³⁶. Dicho acuerdo también contempla el establecimiento de un sistema telemático de registro diario de la jornada laboral. El acuerdo no especifica precisamente qué sistema se debe utilizar, pero se contempla que este sistema debe ser fiable, invariable e imposible de manipular o alterar³⁷.

5.3 Limitaciones al derecho a la desconexión

³³ Bárbara Torres García, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, (2020)

³⁴ Resolución 11622, Dirección General de Empleo [Por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Axa], B.O.E 244 de 10 de octubre de 2017.

³⁵ Francisco Pérez Amorós, “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday”, (2020).

³⁶ UGT. UGT firma un acuerdo de desconexión digital y registro de jornada con Telefónica. Disponible en: <https://www.ugt.es/ugt-firma-el-acuerdo-de-desconexion-digital-y-registro-de-jornada-en-telefonica>, último acceso el 8 de noviembre de 2021.

³⁷ Ibid.

La consagración de este derecho es un gran avance para garantizar el tiempo de desconexión de los teletrabajadores en la época que vivimos. Sin embargo, cuenta con situaciones que limitan su ejercicio. Estas situaciones van desde la aplicación de controles adecuados para medir la carga laboral y tiempo efectivo de trabajo, hasta situaciones donde los empleadores no respetan los tiempos de desconexión de sus trabajadores.

Los empleadores deben ser conscientes de su obligación de respetar el tiempo de desconexión de los teletrabajadores, algo que en muchos casos no sucede, máxime cuando los medios tecnológicos permiten al empleador estar en permanente contacto con el teletrabajador. Al poder estar en permanente contacto, los empleadores pueden extender abusivamente la aplicación de su poder de dirección sobre sus trabajadores. Cabe resaltar que no es extraño que el trabajador sienta la presión de no ejercer su derecho (a la desconexión) por miedo a sufrir algún tipo de repercusión en su contra.

Otra limitación existente en este derecho es la implementación de mecanismos que ayuden a, por ejemplo, registrar las horas efectivas de trabajo y conexión. Muchas empresas no cuentan con el avance tecnológico y apoyo económico para implementar sistemas avanzados que registren el tiempo efectivo de trabajo u obliguen a éste a desconectarse. Al implementar estos mecanismos, se podría obtener un control real sobre las jornadas y tiempos de desconexión de los teletrabajadores. Sin embargo, no solo existe una barrera tecnológica para este tipo de controles, sino también, seguramente en la práctica existe falta de interés de los empleadores en desarrollar sistemas de control que pudieren jugar en contra de ellos mismos.

Por último, el incumplimiento de este derecho no contiene una sanción especial, que esté acorde con las necesidades del mismo. En el caso ecuatoriano se prevé sanciones generales cuando exista violaciones a las normas del Código de Trabajo, pero la sanción para el derecho a la desconexión debería contemplar supuestos acordes a la realidad práctica de este derecho³⁸.

³⁸ Artículo 628, CT.

6. Análisis del derecho a la desconexión en la legislación comparada

6.1 El derecho a la desconexión en Francia

En el año 2016, Francia aprobó la Ley 2016-1088, la cual tenía como objeto reformar el Código de Trabajo³⁹. El artículo 55.1.2 de esta ley, reformó la redacción del artículo 2242-8 del Código de Trabajo francés, el cual trata sobre la obligación que tienen las empresas de emprender negociaciones anuales con los colectivos de trabajadores para garantizarles una igualdad y calidad laboral⁴⁰. Al artículo 2242-8, se le agregó un nuevo numeral, el cual reconoce que el derecho a la desconexión deberá ser parte de tales negociaciones anuales obligatorias⁴¹.

La reforma contempla que en las negociaciones anuales se incluirá las modalidades para el pleno del derecho a la desconexión por parte del trabajador. También se incluirá la forma en que el empleador implementará dispositivos que regulen el uso de dispositivos digitales, con el fin de garantizar el tiempo de descanso del trabajador. En caso de que no se llegue a un acuerdo en las negociaciones anuales, es obligación del empleador, con autorización previa del comité de empresa, elaborar políticas internas para este asunto, que deberán contener las modalidades para el pleno ejercicio del derecho a la desconexión, al igual que establecer acciones de formación y sensibilización dirigidas a tanto a trabajadores como al personal directivo⁴².

Cabe resaltar que en la legislación francesa no existe una definición concreta acerca de qué es el derecho a la desconexión, más bien lo que hizo el legislador francés fue otorgarles el poder a las negociaciones anuales para que a través de este mecanismo se defina dicho derecho. A criterio de este autor esta aproximación es interesante, ya que, incorporándose a través de negociaciones colectivas anuales, obligatoriamente esto se acopla a las realidades de cada empresa y trabajadores.

Pero de igual forma existen críticas sobre el hecho de que el derecho a la desconexión sea dependiente de las negociaciones anuales. Las negociaciones anuales, previstas por el Código de Trabajo francés, son obligatorias solo para las

³⁹ Article 55.1.2, Loi 2016-188 [LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels], JORF 0184, du 8 août 2016, (Traducción no oficial).

⁴⁰ Article 2241-8, Code du Travail, du 3 janvier 1973. (Traducción no oficial)

⁴¹ Article 2241-8, Code du Travail. (Traducción no oficial)

⁴² Article 2241-8, Code du Travail. (Traducción no oficial)

empresas que cuentan con una o varias organizaciones sindicales representativas. De esta forma se deja a un lado a los teletrabajadores que pertenecen a empresas pequeñas que no cuentan con representación sindical⁴³.

Por otro lado, hay otros aspectos innovadores para resaltar en esta reforma que incorporó el derecho a la desconexión en la legislación francesa. Así, la normativa plantea que el empleador debe poner en marcha la implementación de dispositivos de regulación, los cuales van a regular la utilización de dispositivos digitales una vez terminada la jornada laboral⁴⁴. El trabajador no es el único con la obligación de desconectarse después de la jornada laboral, sino que las empresas con estos dispositivos deberán limitar o en su defecto impedir el acceso de los trabajadores a sus herramientas electrónicas usadas para fines laborales. De esta manera la parte empleadora juega un rol importante en garantizar la materialización de este derecho.

El paso que dio Francia en 2016 al contemplar el derecho a la desconexión fue esencial y sirvió de inspiración para otros países que lo han adoptado.

6.2 La desconexión digital en la legislación española

La Ley Orgánica 3/2018 aprobada el 5 de diciembre de 2018, trata sobre la protección de datos personales y derechos digitales⁴⁵. Esta ley nace de un proceso conjunto entre actores políticos y sociales que pedían que se actualice la legislación en materia laboral para que se adapte a la nueva realidad que se estaba viviendo⁴⁶.

Analizando a fondo la Ley Orgánica 3/2018, el artículo 88 de tal normativa reconoce el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, el cual se engloba en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral⁴⁷.

La Real Academia Española define a la intimidad como el “Derecho a disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida persona y familiar y

⁴³ Laëtitia Morel, “Le droit à la déconnexion en droit français La question de l’effectivité du droit au repos à l’ère du numérique”, *Labor & Law Issues, Dipartimento di Scienze Giuridiche 3*, (2020), 1-17. (Traducción no oficial)

⁴⁴ Article 2241-8, Code du Travail. (Traducción no oficial)

⁴⁵ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018 [Protección de datos personales y garantías de los derechos digitales], B.O.E. 294 de 5 de diciembre de 2018.

⁴⁶ Bárbara Torres García, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, (2020)

⁴⁷ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

libre, excluido del conocimiento como de las intromisiones de terceros⁴⁸”. El derecho a la intimidad, en la Ley Orgánica 3/2018, se consagra como la protección (de la intimidad, valga la redundancia) de los trabajadores frente al uso de dispositivos tecnológicos puestos a disposición por parte del empleador. Este derecho contempla que el empleador podrá acceder a información proveniente del uso de dispositivos tecnológicos del trabajador, con el único fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales⁴⁹.

La desconexión digital está englobada en el derecho a la intimidad, ya que los dispositivos utilizados para el cómputo del trabajo efectivo virtual pueden constituir una violación a la intimidad y los datos personales de los teletrabajadores. Es por eso que es acertado que el uso de dispositivos de control tenga un límite basándose en otro derecho, esto con el fin de evitar un control invasivo por parte del empleador.

Continuando con el análisis del artículo 88, este está estructurado en tres numerales. El primer numeral consagra que los teletrabajadores, tanto privados como públicos, tendrán derecho a la desconexión digital fuera de sus horarios de trabajo legal o los establecidos por las partes. El fin de este derecho es garantizar el tiempo de descanso, las vacaciones y la intimidad personal y familiar⁵⁰.

En el segundo numeral regula las modalidades en que se ejercerá este derecho, de forma tal que consagra que las modalidades de ejercicio se acoplan a la naturaleza y objeto de la relación laboral. De igual forma, las modalidades para el ejercicio del derecho a la desconexión se someterán a lo dispuesto en la negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁵¹.

Por último, el tercer numeral establece ciertas obligaciones que el empleador debe cumplir para que se pueda aplicar lo que nazca de las negociaciones colectivas. En ese orden, el empleador deberá crear políticas internas en donde definirá cuáles son las modalidades para poder ejercer el derecho a la desconexión. De igual forma, estas políticas internas deberán

⁴⁸ Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-intimidad>, último acceso 10 de noviembre de 2021.

⁴⁹ Artículo 87, Ley Orgánica 3/2018.

⁵⁰ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

⁵¹ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

contener acciones que formen y sensibilicen a los trabajadores en el uso correcto de herramientas tecnológicas con el fin de evitar riesgos derivados de estas⁵².

El proceso de creación de tales políticas requiere que tienen que ser elaboradas previa audiencia con los representantes de los trabajadores. Nótese que similar a lo previsto en Francia, estas políticas internas engloban a todos los trabajadores e incluyen a aquellos que ocupan cargos de directivos, con la particularidad que en España estas políticas no son una medida sustitutiva en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre esta materia en la negociación colectiva o la negociación entre empleadores y los representantes de los trabajadores.

Posterior a esta ley, se emitió la Ley 10/2021, que trataba sobre el trabajo a distancia. En el artículo 18 de la Ley 10/2021 se regula la desconexión digital, basándose en la disposición previa de la Ley 3/2018. El primer numeral dice que es un deber empresarial garantizar la desconexión digital, lo que implica que como empresa se debe limitar el uso de las herramientas tecnológicas de trabajo durante los periodos de desconexión y que se tiene que respetar la jornada máxima laboral⁵³. Algo relevante, ya que con esta nueva modalidad de trabajo no hay un control objetivo sobre las horas de trabajo de una persona.

Por último, se añade un apartado donde regula que los convenios colectivos negociados, podrán definir cuáles serán los medios y las medidas pertinentes para poder garantizar el pleno ejercicio de este derecho. Complementando lo anterior, estos convenios podrán también acordar una organización adecuada de la jornada laboral para que de esta forma se brinden garantías reales sobre los tiempos de desconexión⁵⁴.

La legislación española recogió ciertos aspectos de la normativa francesa, pero también acopló este a su realidad. Reconocer este derecho fue un gran avance, ya que los legisladores españoles no esperaron a que una situación como la pandemia para darse cuenta de que el mundo laboral estaba evolucionando. En el ámbito social y jurídico se hizo un gran avance. En el ámbito social se protegió la salud de los trabajadores, tanto física como mentalmente. En el ámbito jurídico

⁵² Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

⁵³ Artículo 18, Ley 10/2021 [Trabajo a distancia], B.O.E. 164 de 10 de julio de 2021

⁵⁴ Artículo 18, Ley 10/2021.

se crearon garantías para reconocer los tiempos de desconexión y garantizarle al trabajador que su jornada laboral va a ser respetada⁵⁵.

6.3 Jurisprudencia española

En materia jurisprudencial, se analizará el recurso de suplicación 430/2020 interpuesto por la empresa pública española ENAIRE ante el Tribunal Supremo de Madrid⁵⁶. Este caso trata acerca de un controlador aéreo, al cual se le ordenó realizar un curso de formación en unas fechas establecidas. Este curso se tenía que ejecutar en su tiempo disponible por el hecho de que no podía dejar sus funciones de controlador aéreo a un lado. El trabajador en varias ocasiones se negó a efectuar este curso alegando que este debía ser realizado durante sus horas de trabajo. Posteriormente, decidió realizar el curso, pero fuera del plazo que se le estableció, lo cual conllevó a una sanción por parte de la empresa⁵⁷.

En respuesta a esta sanción el trabajador decidió interponer una demanda en el Juzgado Social de Madrid, el cual luego del trámite correspondiente emitió sentencia declarando nula la sanción por vulnerar, entre otros, el derecho a la desconexión digital. ENAIRE alega que en ningún momento se está vulnerando el derecho a la desconexión digital, ya que ese curso estaba reconocido dentro del tiempo de trabajo efectivo, basándose en el convenio colectivo que tenían con los trabajadores⁵⁸.

Ante esto, el Tribunal Supremo de Madrid analizó que el derecho a la desconexión es aquel que tienen los trabajadores de mantener inactivos sus dispositivos de comunicación tecnológicos para que no puedan recibir ningún tipo de órdenes fuera de la jornada laboral. En el caso de análisis, el Tribunal estimó que el curso que tenía que realizar el operador, tenía carácter de tiempo efectivo

⁵⁵ Bárbara Torres García, “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica”, (2020)

⁵⁶ D.Gerardo c. ENAIRE, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social, Recurso de suplicación de 4 de septiembre de 2020.

⁵⁷ Revista Jurisprudencial Laboral No. 1/2021. El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación online. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2021-00000001185, último acceso el 24 de octubre de 2021.

⁵⁸ Revista Jurisprudencial Laboral No. 1/2021. El derecho a la desconexión digital: contenido, límites y limitaciones. Confirmación judicial de sanción impuesta a un controlador aéreo por negarse a realizar un curso de formación online. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=en&id=ANU-L-2021-00000001185.

de trabajo y además era retribuido por la empresa⁵⁹. En conclusión, al ser reconocido por el convenio colectivo que este curso formaba parte de las horas efectivas de trabajo, nunca se vulneró el derecho a la desconexión digital, debido a que este derecho opera únicamente fuera de las jornadas laborales reconocidas. El Tribunal Supremo decidió desestimar el fallo previo, ya que nunca existió una vulneración a este derecho.

El análisis del Tribunal Supremo de Madrid es correcto a criterio del autor de este documento. Al delimitar qué tiempos constituyen desconexión y cuáles son parte del tiempo de trabajo efectivo, permiten tener un entendimiento práctico acerca de este derecho. El rol del convenio colectivo fue clave para delimitar la diferencia entre aquellos tiempos que son parte de la jornada laboral y aquellos de desconexión. Con este precedente jurisprudencial queda claro que el derecho a la desconexión se ejerce una vez terminada la jornada laboral, por lo que en cuanto a los tiempos que constituyen tiempo efectivo de trabajo, el empleador tendrá la libertad de comunicarse y obligar al empleador a realizar labores.

6.4 El caso portugués

A la par, algunos otros países de la Unión Europea han seguido avanzando en su regulación. Así, el pasado 7 de noviembre del presente año 2021, Portugal aprobó una nueva Ley de Teletrabajo. Esta ley no incluye como tal el derecho a la desconexión para los teletrabajadores, pero sí incluye un artículo en el cual obliga al empleador el deber de abstenerse a contactarse con su trabajador. En caso de que el empleador incumpla, se considera como una falta grave y será sancionado⁶⁰.

6.5 El derecho a la desconexión en el derecho comunitario europeo, una propuesta en marcha

El Parlamento Europeo emitió una resolución en enero de 2021 dirigida a la Comisión Europea. En ella incluía una propuesta de directiva sobre el derecho a la desconexión⁶¹. En el texto, el Parlamento Europeo es consciente que no existe normativa específica sobre la desconexión por parte de la Unión Europea, no

⁵⁹ D.Gerardo c. ENAIRE, pág.7

⁶⁰ Swissinfo. Portugal aprueba la ley de teletrabajo, que regula la desconexión digital. Disponible en: https://www.swissinfo.ch/spa/portugal-teletrabajo_portugal-aprueba-la-ley-del-teletrabajo--que-regula-la-desconexión-digital/47087408, último acceso 12 de noviembre de 2021.

⁶¹ Derecho a la Desconexión, Resolución del Parlamento Europeo, P9_TA(2021)0021, de 21 de enero de 2021.

obstante, el incremento en el número de teletrabajadores llevó al Parlamento Europeo en esta propuesta a considerar que la desconexión es un derecho fundamental de los trabajadores y que tiene que ser parte de los nuevos modelos de trabajo⁶².

La propuesta de directiva consta de 14 artículos referentes al tema de la desconexión, donde lo primordial es establecer pautas para que los teletrabajadores, tanto público como privados, puedan ejercer este derecho. De igual forma estas pautas van dirigidas a los empleadores para que respeten dicho derecho.

Primero, en el artículo tres se declara que los Estados son los responsables por velar que los empleadores garanticen a los trabajadores diferentes mecanismos para ejercer el derecho y posteriormente declara lo siguiente:

Los Estados miembros garantizarán que los empleadores establezcan un sistema objetivo, fiable y accesible que permita medir la duración del trabajo diario de cada trabajador, de conformidad con el derecho de los trabajadores al respeto de la privacidad y a la protección de los datos personales [...]⁶³.

Esta parte del articulado prevé entonces la implementación de un sistema de medición de trabajo diario, lo cual conlleva a que el trabajo ya no va a ser medido por franjas horarias. En su defecto, interpreta que el trabajo va a ser medido por el cumplimiento de las horas efectivas de trabajo independientemente de como se realicen.

Ligado a lo anterior, el artículo cuatro habla acerca de las medidas de ejecución de dicho derecho. Lo importante de este artículo es que establece condiciones mínimas de teletrabajo y entre estas condiciones se encuentran por ejemplo un sistema de computación de tiempo de trabajo, evaluaciones psicosociales y de salud, límites para el ejercicio de la desconexión y medidas de concienciación tanto para trabajadores como empleadores⁶⁴.

Es interesante ver cómo se norma las obligaciones por parte del empleador. Primero que todo es obligación del patrono proporcionar al trabajador información que sea clara, suficiente y adecuada sobre su tiempo de desconexión

⁶² Derecho a la Desconexión, pág 4.

⁶³ Derecho a la Desconexión, pág. 22.

⁶⁴ Derecho a la Desconexión, pág. 22-23.

de manera escrita⁶⁵. De esta forma, tanto el trabajador como el empleador, podrán llevar un control sobre las horas que constituyen trabajo efectivo. Esto conlleva a que se pueda determinar con claridad cuáles son las horas de desconexión de los trabajadores.

Posteriormente, se determina también la obligación del empleador de proveer información acerca de las modalidades para desactivar las herramientas digitales laborales y de vigilancia, sobre las evaluaciones psicosociales y de salud realizadas a los trabajadores, los criterios para excepcionarse en el cumplimiento del derecho al igual que los criterios para determinar cómo se va a calcular la compensación en virtud al trabajo realizado fuera de la jornada laboral⁶⁶.

En lo referente a sanciones, el artículo 8 establece que los Estados miembros de la Unión Europea tendrán que establecer un régimen de sanciones aplicable al incumplimiento de las normas nacionales adoptadas basándose en la directiva o en las normas nacionales ya existentes referentes al derecho a la desconexión⁶⁷. Estas sanciones tendrán que ser efectivas, disuasorias y proporcionales. Integrado con este artículo, se prevé que los trabajadores tendrán derecho a reparación en caso de que se vulnere el derecho a la desconexión.

La directiva propuesta es de suma importancia porque sienta bases sobre el entendimiento y funcionamiento de este derecho. Al ser una propuesta es evidente que va a ser susceptible a cambios que conllevarán a que cubra nuevos aspectos que surjan en la discusión de este derecho.

7. El derecho a la desconexión en la normativa ecuatoriana

7.1 Antecedentes al reconocimiento del derecho a la desconexión

Como parte del análisis del derecho a la desconexión en la normativa ecuatoriana, es pertinente mirarlo frente a la evolución normativa del teletrabajo. Esta modalidad de trabajo fue regulada inicialmente a través de acuerdos ministeriales. En agosto de 2016, se emitió el Acuerdo Ministerial No.MDT-2016-190 el cual expidió las normas para regular el teletrabajo en el sector privado, como primera norma expresa en la materia⁶⁸. Este Acuerdo Ministerial

⁶⁵ Derecho a la Desconexión, pág. 24-25.

⁶⁶ Derecho a la Desconexión, pág. 25

⁶⁷ Derecho a la Desconexión pág. 25

⁶⁸ Acuerdo Ministerial 2016-190, Ministerio del Trabajo [Por la que se expiden normas que regulen el teletrabajo en el sector privado] Segundo Suplemento del Registro Oficial 825 de 24 de agosto de 2016.

se dictó bajo la disposición normativa del artículo 23.1 del Código de Trabajo, la cual le da atribución al Ministro de Trabajo de regular las relaciones laborales especiales que no se encuentran dentro del código⁶⁹.

El acuerdo definía al teletrabajo cómo una prestación de servicios en la cual el trabajador realiza sus funciones fuera de las instalaciones del empleador, haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación⁷⁰. Complementando lo anterior, el Acuerdo Ministerial reguló diferentes aspectos del funcionamiento del teletrabajo bajo la perspectiva de que los teletrabajadores gozaban de los mismos derechos que los trabajadores presenciales en relación con la jornada laboral, pagos, condiciones de trabajo, días de descanso obligatorios, etc⁷¹.

Debe anotarse que en dicho Acuerdo Ministerial no se abordó como tal el derecho a la desconexión, sino que solo se limitaba a establecer el derecho de control, bajo la perspectiva de que los empleadores debían contar con medios tecnológicos necesarios para mantener conexión con los trabajadores, con el fin de ejercer control y supervisión de las labores realizadas⁷².

En ese mismo orden, sí bien el Acuerdo Ministerial establecía que la jornada laboral de los teletrabajadores no podría exceder los límites establecidos en el Código de Trabajo, no se enfocó en ningún mecanismo para responder a la realidad de la forma de ejecución en la modalidad de teletrabajo y cómo debían establecerse tales límites.

Como consecuencia de la pandemia del Covid-19 y ante la necesidad del teletrabajo en respuesta a la situación fáctica de salud pública existente, el Ministro de Trabajo de la época dictó el Acuerdo Ministerial 2020-76, a través del cual se incluían directrices destinadas al teletrabajo emergente durante la emergencia sanitaria⁷³.

Este Acuerdo Ministerial tampoco contempló el derecho a la desconexión para los teletrabajadores, habiéndose limitado a señalar que la modalidad de teletrabajo no afecta las condiciones esenciales de la relación laboral, lo cual

⁶⁹ Artículo 23.1, CT.

⁷⁰ Artículo 2, Acuerdo Ministerial 2016-190.

⁷¹ Artículo 8, Acuerdo Ministerial 2016-190.

⁷² Artículo 8, Acuerdo Ministerial 2016-190.

⁷³ Acuerdo Ministerial 2020-076, Ministerio del Trabajo [Por la que se expiden directrices del teletrabajo emergente] Registro Oficial 178 de 7 de abril de 2020.

implicaba que no existiría un cambio en la duración de la jornada laboral o en los tiempos de descanso del teletrabajador⁷⁴.

7.2 El reconocimiento del derecho a la desconexión en la normativa ecuatoriana

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario que fue publicada el 22 de junio de 2020 contiene varias reformas en el ámbito laboral como respuesta a las situaciones derivadas de la crisis causada por el Covid-19. La disposición reformativa primera es la que ordena que se agregue un artículo inumerado, referente al teletrabajo, en el Código de Trabajo y por primera vez reconoce esta modalidad a nivel de una norma de rango legal⁷⁵.

En el marco del teletrabajo, se consagra el derecho a la desconexión de los teletrabajadores. El sexto inciso del artículo inumerado, referente al teletrabajo, declara lo siguiente:

[...] El empleador deberá respetar el derecho del teletrabajador a desconexión, garantizando el tiempo en el cual este no estará obligado a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas. Igualmente, en ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores⁷⁶.

El legislador, a través de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario configuró el derecho a la desconexión como el derecho que tienen los trabajadores a no responder comunicaciones provenientes del empleador. Más adelante, como lo pasaremos a analizar, se extendió tal definición también como el derecho a que el empleador no pueda contactar a los trabajadores.

Posteriormente, en septiembre de 2020, se firmó el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181, el cual tiene como objetivo direccionar la aplicación del teletrabajo en el Código de Trabajo, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. El artículo 5 de este acuerdo es el referente al derecho a la desconexión⁷⁷.

Primero este artículo comienza diciendo que el empleador deberá garantizar el derecho a la desconexión de los trabajadores, similar a lo que se

⁷⁴ Artículo 4, Acuerdo Ministerial 2020-076.

⁷⁵ Disposición Reformativa Primera, LOAH.

⁷⁶ Disposición Reformativa Primera, LOAH.

⁷⁷ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

dispone en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario⁷⁸. El cambio que se evidencia en el Acuerdo Ministerial es que se configura el derecho a la desconexión como el derecho que tienen los trabajadores a que el empleador no se comunique, ordene ni requiera al teletrabajador durante las horas de desconexión. Es preciso notar que tal configuración en la reforma al Código de Trabajo estaba prevista a que esa imposibilidad de comunicaciones o requerimientos opere durante los días de descanso, permisos o feriados anuales. En efecto, el Acuerdo Ministerial agregó esa limitación de conexión para el caso del derecho a la desconexión, que insistimos no estaba así normado de la simple lectura del artículo agregado al Código del Trabajo que establecía tales preceptos para una situación fáctica diferente.

Una directriz importante sobre el derecho a la desconexión que contiene el Acuerdo Ministerial, es que se prevé excepciones al ejercicio de este derecho. La excepción contemplada establece que este opera si se verifican una o más de las circunstancias previstas en el artículo 52 del Código de Trabajo⁷⁹. Dentro de tal norma, el primer numeral plantea dos casos considerados como accidentales y en los cuales no es necesaria la autorización del inspector de trabajo, pero sí la obligación de notificación a tal autoridad dentro de las 24 horas siguientes al peligro o accidente, a saber: la primera es cuando se necesita evitar un grave daño al establecimiento o explotación por la inminencia de un accidente; la segunda, existan circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que demanden atención impostergable⁸⁰.

Ahora bien, es de anotarse que el artículo 52, previsto como causa de excepción al ejercicio del derecho a la desconexión, plantea también en su segundo numeral una causa en donde la excepción operaría permanentemente, previa autorización del inspector, cuando existe una condición manifiesta que causa que la industria o el trabajo no pueda suspenderse por las necesidades que satisfacen, por razones técnicas o porque su interrupción derive en un perjuicio al interés público⁸¹.

⁷⁸ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

⁷⁹ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

⁸⁰ Artículo 52, CT.

⁸¹ Artículo 52, CT.

El artículo 52 del Código de Trabajo hace referencia a las circunstancias en las cual se podría trabajar los días sábados y domingos, días de descanso obligatorio. Tiene sentido que se contemple esta misma excepción para el ejercicio del derecho a la desconexión, debido a como fue planteado anteriormente, este derecho es una adaptación del derecho al descanso, por ende, puede ser tratado de la misma manera. La pregunta que surge es si es pertinente limitar el derecho a la desconexión bajo la segunda situación prevista por el artículo 52. A criterio del autor, esa situación aplica únicamente para los trabajadores están bajo una modalidad presencial, por ejemplo, dentro de fábricas que no pueden detener su operación y requieren de su presencia ahí.

Siguiendo la misma línea de análisis, el artículo 45 del Código de Trabajo hace referencia a cuáles son las obligaciones del trabajador. En el literal c, se estipula que el trabajador tendrá la obligación de trabajar los días de descanso y de igual forma podrá trabajar por un tiempo mayor al señalado en la jornada máxima, cuando existan situaciones de peligro o siniestro inminente⁸².

Se puede afirmar que los teletrabajadores tienen los mismos derechos y obligaciones que los trabajadores presenciales, ya que lo único que cambia entre estos dos es la forma de ejecutar las labores. De modo que los teletrabajadores tendrán que cumplir dicha obligación en donde podrán trabajar durante sus horas de desconexión, en caso de que se verifique el supuesto previsto. En conclusión, el literal c del artículo 45 del Código de Trabajo confirma la excepción al ejercicio del derecho a la desconexión.

Continuando con el análisis del artículo 5 del Acuerdo Ministerial 2020-181, este establece que se deben mantener los mismos tiempos de descanso que el trabajador tenía en las modalidades presenciales, y se aclara que se incluirá dentro de ello el tiempo de almuerzo⁸³. A criterio del autor, la redacción del artículo en análisis es deficiente, ya que la norma parecería sugerir la obligatoriedad de un tiempo de “almuerzo”, olvidando que: (i) la decisión de dividir la jornada es una potestad del empleador, según los términos del artículo 57 del Código de Trabajo⁸⁴; (ii) que el teletrabajo también podría ejecutarse en una jornada nocturna por ejemplo, donde no habrá almuerzo; y, (iii) que en

⁸² Artículo 45, CT.

⁸³ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

⁸⁴ Artículo 57, CT.

general tampoco hay ninguna norma en donde se obligue al empleador garantizarle al trabajador un tiempo de almuerzo.

En materia reglamentaria, el 2 de octubre de 2020, mediante decreto ejecutivo, se expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario el cual tiene como objetivo desarrollar la aplicación de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario⁸⁵. Lamentablemente, este reglamento no tiene ningún impacto en lo referente al derecho a la desconexión. Como consecuencia deja un vacío, ya que hubiera sido adecuado e importante que el reglamento desarrolle y aclare el funcionamiento del derecho a la desconexión en el marco del teletrabajo.

7.3 Acepciones del derecho a la desconexión dentro de la normativa ecuatoriana

Como ya fue expuesto en el apartado anterior, el derecho a la desconexión en Ecuador es normado tanto por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario como por el Acuerdo Ministerial 2020-181. Dentro de estas dos normas encontramos que se conciben dos variantes al derecho a la desconexión.

Con respecto a Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, esta dispone que el derecho a la desconexión consiste en el derecho del teletrabajador a no responder las comunicaciones y órdenes provenientes del empleador, al igual que el derecho a no ser contactado por el empleador, pero en este caso tal limitación es aplicable a los días de descanso, permisos o feriados anuales⁸⁶. El Acuerdo Ministerial 2020-181, extiende la limitación para los empleadores, incorporando también como parte del tiempo de desconexión, el derecho del teletrabajador a no ser contactado por su empleador (en ese periodo de al menos doce horas continuas en un periodo de 24 horas)⁸⁷.

Analicemos, sin embargo, la razonabilidad de la extensión generada en el Acuerdo Ministerial por ejemplo en el caso de las compañías multinacionales. Asumamos así por ejemplo el caso de una compañía multinacional con sede en China, pero con trabajadores en Ecuador. Así, la aplicación de la norma llevaría al fenómeno de que, debido a la diferencia de horas entre estos dos países,

⁸⁵ Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, Decreto Ejecutivo 1165, Presidencia de la República, R.O Suplemento 303, de 5 de octubre de 2020.

⁸⁶ Disposición Reformatoria Primera, LOAH.

⁸⁷ Artículo 5, Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-181.

probablemente los colaboradores de la sucursal de China no podrían contactar a los de Ecuador durante un período de 12 horas continuas dentro de las 24 horas, lo cual en la práctica se torna ilógico.

Si tomamos únicamente la forma en que el derecho a la desconexión fue contextualizado a nivel del Código de Trabajo, de que este derecho consiste en no responder (pero excluyendo el no ser contactado), dentro del mismo ejemplo, el empleador podría contactarse con el trabajador, pero este último tendría el derecho a no responder estas comunicaciones hasta que comienza su jornada laboral, lo cual en la práctica tiene más sentido. Por ende, a criterio del autor, la definición más restringida del derecho a la desconexión prevista en el Código es más funcional que aquella que generó el Acuerdo Ministerial.

7.4 Legitimidad del Acuerdo Ministerial 2020-181

Como fue analizado en el apartado anterior, el Acuerdo Ministerial 2020-181, dentro de sus directrices, solo contempló una variante del derecho a la desconexión en relación con lo que dispone la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, reformando así el entendimiento y funcionamiento de este derecho.

El artículo 539 del Código del Trabajo establece, a favor del Ministerio del Trabajo, la reglamentación, organización y protección del trabajo⁸⁸. Por su parte, el artículo 425 de la Constitución establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, tales conflictos deberían ser resueltos por las autoridades mediante la aplicación de la norma jerárquica superior⁸⁹.

En este caso, las directrices dictadas por dicho Acuerdo Ministerial carecen de legitimidad jurídica en relación con la modificación de lo previsto en el Código de Trabajo, ya que un Acuerdo Ministerial únicamente debería regular lo que ya está estipulado en la ley, más no reformar o ampliar su contenido. Al extender el entendimiento del derecho a la desconexión y formular que es también el derecho a no ser contactado durante el período de desconexión de doce horas, se está reformando lo establecido por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, ya que esta contemplaba las dos variantes de este derecho (derecho a no responder y derecho a no ser contactado)

⁸⁸ Artículo 539, CT.

⁸⁹ Artículo 539, Constitución de la República de Ecuador, 2008.

En definitiva, en Ecuador la norma está tratando a una institución jurídica de dos formas distintas, lo cual conlleva una confusión tanto en el ámbito jurídico como práctico. El Acuerdo Ministerial 2020-181, en lo referente al derecho a la desconexión, lo único que hace es generar un conflicto con una norma de superior jerarquía, por lo que correspondería aplicarse lo previsto en el Código de Trabajo según fue modificado por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

8. El derecho a la desconexión en Ecuador frente a la legislación comparada

Es evidente que la regulación del derecho a la desconexión en los diferentes ordenamientos jurídicos analizados en este trabajo no es perfecta, pero sí es claro que tienen un avance y cierta claridad en varios aspectos que en Ecuador aún no se regulan. Es pertinente analizar la legislación comparada, ya que de esta forma se podrán identificar aspectos que no están normados en nuestra legislación, los cuales dejan espacio a una incertidumbre acerca de la aplicación de este derecho.

8.1 ¿Cómo se entiende el derecho a la desconexión en la legislación comparada?

Analizando lo que se norma acerca de este derecho en la legislación comparada, podemos encontrar que en España al igual que en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo se entiende al derecho a la desconexión como el derecho del trabajador a no responder. El caso de la normativa francesa no entra dentro del análisis de este apartado, pues no existe una definición sobre el derecho a la desconexión.

En cuanto a la normativa española, esta entiende al derecho a la desconexión como el derecho que garantiza el respeto al tiempo de descanso una vez finalizada la jornada laboral de trabajo⁸⁷. Para entender el alcance de la normativa española, es pertinente analizar la aplicación práctica de la misma. Como fue mencionado anteriormente, el acuerdo firmado entre Telefónica y la Unión General de Trabajadores y las Comisiones Obreras referente a la desconexión, establece que se reconoce el derecho a los trabajadores a que no se atienda ninguna comunicación una vez finalizada la jornada laboral, entendido

⁸⁷ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

también en la concepción de la falta de obligación jurídica de no responder, pero no en una limitación a no contactar.⁸⁸.

Continuando con este análisis comparativo, la directiva propuesta por el Parlamento Europeo sobre el derecho a la desconexión, establece que el empleador deberá respetar el ejercicio de este derecho y el artículo 2 lo define como “[...]el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo”⁸⁹. En sintonía, tampoco la legislación comparada plantea una imposibilidad de contactar al trabajador o no dirigirle comunicaciones, como sí lo hace el Acuerdo Ministerial en Ecuador.

A criterio del autor de esta investigación, la normativa ecuatoriana debería entender únicamente a este derecho a la desconexión en la concepción de no responder, lo cual atendería a las situaciones prácticas que suceden en el teletrabajo. Es ilógico pensar que un empleador bajo ningún motivo pueda contactarse con su trabajador una vez finalizada la jornada, ya que podría tener incidencia en el desarrollo del negocio y no sería práctico en los casos por ejemplo de empresas multinacionales.

Bajo este criterio práctico, sería pertinente que se derogue el artículo 5 del Acuerdo Ministerial 2020-181, el cual pretende darle una definición distinta a este derecho causando así confusión en la práctica. Por la misma línea sería adecuado que se reforme la definición del derecho a la desconexión tanto en el Código de Trabajo como en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario.

8.2 Obligación de contar con políticas internas

El derecho a la desconexión en la normativa ecuatoriana se consagró de una forma básica. En ningún momento el legislador contempló la necesidad de imponer obligaciones al empleador para que este pueda respetar y garantizar este derecho, contrario a lo que sucede en Francia y España.

Sobre la legislación francesa, podemos tomar que el legislador contempló que, en caso de no existir un acuerdo entre empleadores y trabajadores, se tendrá que elaborar políticas internas en donde se definan los términos y condiciones

⁸⁸ UGT. UGT firma un acuerdo de desconexión digital y registro de jornada con Telefónica. Disponible en: <https://www.ugt.es/ugt-firma-el-acuerdo-de-desconexion-digital-y-registro-de-jornada-en-telefonica>, último acceso el 8 de noviembre de 2021.

⁸⁹ Derecho a la Desconexión, pág. 22.

para el ejercicio de este derecho⁹⁰. Con respecto a la legislación española, el empleador deberá elaborar políticas internas, dirigidas tanto a trabajadores como a directivos, que definan las modalidades de desempeño del derecho a la desconexión y de igual forma que contengan acciones de formación y sensibilización para los trabajadores sobre el uso de dispositivos tecnológicos⁹¹.

En Ecuador, sería importante que el legislador contemple la obligación del empleador a elaborar políticas internas sobre cómo se va a ejercer el derecho a la desconexión. De igual forma, estas políticas internas deberán incluir la obligación de crear capacitaciones acerca del uso responsable de las herramientas tecnológicas. El uso de capacitaciones es muy valioso porque tanto empleadores como teletrabajadores serán conscientes acerca del uso estas herramientas de manera responsable. Estas políticas internas, cumpliendo lo dispuesto por el artículo 64 del Código de Trabajo, podrán elevarlas a nivel de un reglamento interno para que de esta forma sean visibles y obliguen tanto al empleador como al trabajador a cumplirlas⁹².

8.3 Implementación de medios de control

Un reto para el pleno ejercicio del derecho a la desconexión es el hecho de que dentro de las empresas existan medios que registren el inicio y culminación de la jornada laboral, medios que computen el tiempo de trabajo efectivo o que limiten a los trabajadores acceder a las herramientas tecnológicas laborales una vez finalizada la jornada. Estos medios coadyuvan al pleno ejercicio del derecho a la desconexión por parte de los trabajadores.

La directiva propuesta por el Parlamento Europeo y la normativa francesa, contemplan la implementación de estos medios de control de modo mandatoria y no discrecional. La directiva propone que los Estados miembros garanticen que los empleadores cuenten con un sistema que permita registrar la duración de la jornada diaria, este sistema deberá ser objetivo y fiable. Bajo la misma idea, se prevé que los empleadores establezcan como mínimo un sistema que permita computar el trabajo efectivo al igual que las modalidades para poder desactivar las herramientas tecnológicas destinadas al trabajo una vez termine la jornada⁹³.

⁹⁰ Article 2241-8, Code du Travail, (Traducción no oficial).

⁹¹ Artículo 88, Ley Orgánica 3/2018.

⁹² Artículo 64, CT.

⁹³ Derecho a la Desconexión, pág. 22-23.

En Francia, dentro de la negociación anual, se deberá contemplar la incorporación de mecanismos de regulación del uso de herramientas digitales con el fin de garantizar el respeto al descanso⁹⁴.

El derecho a la desconexión en la legislación ecuatoriana no contempla la necesidad ni la obligación de contar con medios de control. Con la ayuda de estos medios se podría tener un control real de la duración de la jornada de teletrabajo, de esta forma se diferenciará con certeza qué tiempos son parte de la jornada laboral y cuáles constituyen tiempos de desconexión. El trabajador tendrá una noción clara sobre en que momento no está obligado a responder las comunicaciones y órdenes que provengan del empleador. Una medida más drástica y eficaz es la implementación de medios que limiten el acceso a las herramientas tecnológicas. Al limitar el acceso, se estaría dando una garantía total a la desconexión del trabajador.

La realidad del ámbito laboral ecuatoriano limita la implementación de estos sistemas, ya que esto significa una inversión tecnológica a la que muchas empresas no están dispuestas o no están en la capacidad económica de hacerlo. Pero sí sería importante que por lo menos la legislación ecuatoriana obligue al empleador a contar con un registro de la jornada telemática que se acople a su realidad y que cumpla con el objetivo de llevar un control sobre las horas de teletrabajo.

8.4 Sanciones

En materia de sanciones, la directiva propuesta por el Parlamento Europeo establece que se debe tener un régimen de sanciones que sean aplicables al derecho a la desconexión. Dichas sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasorias⁹⁵.

Dentro de las normas ecuatorianas, el Código de Trabajo contempla sanciones generales cuando existan violaciones a las normas dispuestas por dicho código. Cabe acotar que estas sanciones se ven afectadas por el Mandato 8 en sentido que este mandato dispone multas de mínimo tres y máximo veinte salarios

⁹⁴ Article 2241-8, Code du Travail, (Traducción no oficial).

⁹⁵ Derecho a la Desconexión, pág. 25

básicos unificado, en cambio el Código de Trabajo disponía multas de máximo doscientos dólares⁹⁶.

La ley en este caso no debería referirse a sanciones en términos generales. Debería existir sanciones pertinentes donde se contemplen diferentes conductas antijurídicas específicas que puedan vulnerar el derecho a la desconexión, para que así los empleadores tengan certeza sobre este aspecto. Por ejemplo, sanciones en caso de que el empleador no cuente con políticas internas referentes al derecho a la desconexión.

Para proponer unas sanciones específicas a la vulneración al derecho a la desconexión, es adecuado tomar en cuenta la Sentencia No. 34-17-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. Dicha sentencia establece que existe reserva de ley en los casos que se quiera tipificar sanciones imponibles a la realización de conductas antijurídicas⁹⁷. Se sustenta en el artículo 132 de la Constitución que dispone el requerimiento de ley para “[...]Tipificar sanciones y establecer sanciones correspondientes⁹⁸”.

Basándose en lo anterior, sería adecuado que se reforme el Código de Trabajo para que de esta forma se pueda incluir un catálogo de sanciones a situaciones donde se vea vulnerado el ejercicio del derecho a la desconexión.

9. Conclusiones

A lo largo de esta investigación se ha podido determinar que la manera en que se legisló el derecho a la desconexión en Ecuador, frente al derecho comparado, no es correcta, ya que contiene vacíos jurídicos e imprecisiones normativas que limitan su ejercicio. Partiendo por el hecho que dos normas contemplan este derecho de modo distinto, por un lado, el Código de Trabajo según modificado por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, lo concibe como el derecho a no responder dentro del período de doce horas continuas dentro de un período de 24 horas y a no ser contactado durante los días de descanso, permisos o feriados. Por otro lado, el Acuerdo Ministerial 2020-180 extiende tal

⁹⁶ Mandato Constituyente 8, Decreto Legislativo 8, Asamblea Constituyente, R.O. Suplemento 330, de 6 de mayo de 2008.

⁹⁷ Causa No. 34-17-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de julio de 2021, pág. 6.

⁹⁸ Artículo 131, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

definición señalando que también durante el período de desconexión propiamente dicho, tampoco el trabajador podría ser contactado por el empleador.

En este mismo sentido, el legislador ecuatoriano tampoco contempló dentro del derecho a la desconexión la obligación de contar con políticas internas, la implementación de medios que controlen el registro de la jornada laboral, medios que computen el tiempo efectivo de trabajo, herramientas que limiten el acceso a dispositivos tecnológicos laborales y un catálogo de sanciones específicas que contemplen conductas antijurídicas determinadas que puedan vulnerar el ejercicio del derecho a la desconexión.

Estos aspectos limitan el funcionamiento y el pleno ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores. Si se hubiera legislado y tomado en cuenta estos temas determinados en esta investigación, el derecho a la desconexión sería una realidad para muchos teletrabajadores en nuestro país.

Es de gran importancia suplir estos temas identificados en la presente investigación, ya que el mundo a raíz de la situación que vivimos, está evolucionado a un punto donde las tecnologías van a ser actores principales en el ámbito laboral. Si se pasa por alto estos aspectos, los teletrabajadores se verán inmersos en una situación de desprotección que conllevará a una degradación de sus condiciones mínimas de trabajo, salud, familiares, física y mentales.

Cabe recalcar que el derecho comparado en esta materia no es perfecto ni ideal, pero sí cuenta con bases más avanzadas que la legislación ecuatoriana en los temas anteriormente mencionados.

El legislador ecuatoriano será el actor principal para generar un cambio en este aspecto, que se reflejará en una mejora de las condiciones de los teletrabajadores. El derecho tiene que evolucionar y suplir las nuevas realidades que surgen a raíz de los cambios constantes que sufre el mundo. Es por eso que Ecuador no se puede quedar atrás y tiene que preocuparse por las condiciones de los teletrabajadores debido a que cada vez más personas son contratadas bajo esta modalidad de trabajo.

10. Recomendaciones

Basándose en la investigación realizada, se proponen las siguientes recomendaciones:

- I. Se recomienda que se derogue el artículo 5 del Acuerdo Ministerial 2020-181.

- II. Se recomienda que se reforme el sexto inciso del artículo innumerado después del artículo 16 del Código de Trabajo en los siguientes términos;
 - a. Reforma a la definición del derecho a la desconexión, se sugiere la siguiente: “Es deber del empleador garantizar y respetar el derecho a la desconexión del trabajador, en el cual el trabajador tendrá derecho a no responder las comunicaciones, órdenes u requerimientos del empleador mientras goza de su tiempo de desconexión. El tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, para lo cual el empleador deberá tomar todas las medidas necesarias a fin de que se garantice plenamente este derecho. Igualmente, el trabajador tendrá derecho a no responder las comunicaciones, órdenes u requerimientos del empleador en sus días de descanso obligatorios, vacaciones, permisos o feriados. El derecho a la desconexión podrá verse limitado en caso de que se configuren una o más de las excepciones previstas en el numeral 1 del artículo 52 del Código de Trabajo”.
- III. Añadir dos numerales a las obligaciones del empleador previstas en el artículo 42 del Código de Trabajo que establezcan;
 - a. Contar con medios que le permitan registrar el inicio y la culminación de la jornada telemática, medios para computar el trabajo efectivo del teletrabajador y medios que puedan limitar el acceso a los dispositivos tecnológicos laborales una vez culminada la laboral. Este mecanismo debe ser transparente, no manipulable y deberá estar a disposición del teletrabajador. En caso de que no se cuenten con los recursos para implementar estos medios, por lo menos se deberá establecer una forma, acorde a la realidad del empleador, en que se permita llevar registro de la jornada telemática.
 - b. Mantener políticas internas referentes a las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión dentro de las empresas. Estas políticas deberán incluir la creación de jornadas de capacitaciones sobre el uso responsable de herramientas tecnológicas y deberán ser elevadas para conocimiento y aprobación de la autoridad competente como parte del Reglamento Interno de Trabajo de cada empleador.
- IV. Añadir como parte de las prohibiciones del empleador, contenidas en el artículo 44 de Código de Trabajo, un catálogo de conductas antijurídicas

sancionables que puedan vulnerar el pleno ejercicio del derecho a la desconexión.