



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Incidencia de WhatsApp en el Derecho a la Desconexión y la Jornada Laboral

José María Beltrán Ayala
Dayana Lizeth Beltrán Ruiz

2021 / 10

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 08 / 09

Difundido: 2021 / 10 / 04

Materias: derecho laboral, derecho internacional público

URL: <https://ssrn.com/abstract=3936148>

Citación sugerida: Beltrán Ayala, José María & Beltrán Ruiz, Dayana Lizeth. “Incidencia de WhatsApp en el Derecho a la Desconexión y la Jornada Laboral”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/10, <https://ssrn.com/abstract=3936148>.

© José María Beltrán Ayala & Dayana Lizeth Beltrán Ruiz

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

**INCIDENCIA DE *WHATSAPP* EN EL DERECHO A LA
DESCONEXIÓN Y LA JORNADA LABORAL**

Impact of *WhatsApp* in the right to disconnect and work time

José María Beltrán Ayala

Juez del Tribunal de Garantías Penales de Santo Domingo de los
Tsáchilas

Profesor de Derecho de la Universidad Autónoma de los Andes

jobel302009@hotmail.com

Dayana Lizeth Beltrán Ruiz

Investigador independiente

Universidad San Francisco de Quito

dayanabeltran_@hotmail.com

Resumen

Con la llegada de la pandemia y el teletrabajo se produjo un cambio que la legislación laboral no estaba lista para implementar. De esta forma, existe un fenómeno de ‘hiperconectividad’ que se trató de regular a través del derecho a la desconexión, y que, sin embargo, no se respeta ni judicializa de la manera correcta haciendo que los trabajadores excedan su jornada laboral sin remuneración adicional e incidiendo directamente en su derecho a la salud y al descanso. Un aliado de este fenómeno son las plataformas de mensajería instantánea, especialmente la aplicación *WhatsApp*, medio a través del cual se comunican entre sí los empleadores y empleados que forman parte de las relaciones laborales y que, a pesar de su incidencia y el peligro que constituye para menoscabar derechos garantizados en la Constitución y el Código del Trabajo, no se ha creado una obligación para el empleador que garantice el derecho a la desconexión ni una regulación legal concreta.

Palabras Clave

Derecho a la desconexión; jornada laboral; *WhatsApp*; plataformas de mensajería instantánea; tiempo de trabajo; plataformas virtuales.

Abstract

With the arrival of the pandemic and the home-office modality, a change that the labor legislation was not ready to implement occurred. On that wise, there is a phenomenon of hyperconnectivity whose regulation was dealt through the right to disconnection, and which, however, is not respected or judicialized correctly, causing employees to exceed their labor hours without remuneration and directly affecting the right to health and rest of the worker. An ally of this phenomenon is social media, especially *WhatsApp*, a medium through which the actors of labor relations communicate in a common way and for which, despite its incidence and the danger it constitutes to undermine guaranteed rights in the Constitution and the Labor Code, an obligation has not been created to guarantee disconnection or any other specific legal regulation for the benefit of the worker.

Key Words

Right to disconnect; working time; *WhatsApp*; social media; virtual platform.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria mundial causada por el COVID-19 puso en alerta al país desde el 16 de marzo de 2020. En este día se decretó un Estado de Excepción para hacer frente a la propagación del virus entre la población¹. Un año después, el Ecuador continúa en una situación crítica a pesar de las medidas decretadas por el Comité de Operaciones de Emergencia (COE) y los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Como consecuencia, la fuerza laboral tuvo que dar un giro inesperado y cambiar la modalidad presencial, en la que hasta el momento se usaba por una modalidad virtual no prevista ni regulada en la legislación.

De esta manera, las medidas correspondientes a la implementación del teletrabajo eran insuficientes al momento en el que se suscitó la pandemia. El 26 de junio de 2017 el Ministro de Trabajo expidió el Acuerdo Ministerial No. 90 correspondiente a una norma técnica para regular el teletrabajo en el sector público, normativa que si bien es cierto contiene normas que delimitan y disciplinan el mismo, está prevista para una aplicación voluntaria, en donde medie el acuerdo entre las partes. Aquello es contrario a la situación de fuerza mayor que devengó de la pandemia y obligó a la aplicación del teletrabajo. Asimismo, el 07 de abril de 2020 se expidió, por parte del Ministro de Trabajo, el Acuerdo Ministerial 76 en el que se implementaron las directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la emergencia sanitaria. Por último, el 22 de junio del 2020, se reformó el Código del Trabajo añadiendo el artículo innumerado posterior al artículo 16 en el que se define al teletrabajo, se prescribe la manera en que se podrá pactar esta modalidad de trabajo, las formas en las que se reviste, etc. De esta forma, se creó una regulación más concreta al tema.

Así, el reto principal para el Derecho Laboral ha sido el normar este abrupto e imprevisto cambio, garantizando los derechos del trabajador y proveyendo plataformas e insumos adecuados para la efectiva ejecución del trabajo. Ahora bien, en la práctica, se ha evidenciado que más allá del uso de plataformas establecidas por las empresas o el servicio público para realizar el trabajo de manera virtual, se ha hecho muy común el uso de redes sociales, especialmente del servicio de mensajería instantánea *WhatsApp* debido a que ofrece un servicio de comunicación inmediata, constante, fácil y accesible para la gran mayoría de empleadores y trabajadores. Así, los grupos creados en esta

¹ Decreto Ejecutivo 1017. Presidencia de la República. Registro Oficial Suplemento N°163 de 17 de marzo de 2020.

plataforma se convirtieron en el principal mecanismo a través del cual se intercambia información entre el empleador y trabajador con el objetivo de coordinar reuniones, asignar tareas, realizar avisos, entre otros.

Este hecho genera una primera vertiente positiva, como es la inmediatez a la hora del mencionado intercambio permitiendo que el trabajo se ejecute de manera proactiva. Y una segunda vertiente negativa en la cual se puede violentar de manera continua el derecho a la desconexión garantizado en el inciso sexto del artículo innumerado posterior al art. 16 del Código del Trabajo, haciendo que la jornada laboral se extienda significativamente, y, poniendo a los trabajadores en una situación compleja en la que no pueden desobedecer órdenes o dejar de asistir a capacitaciones virtuales aun cuando ya no se encuentran dentro de su jornada, con la única opción de obedecer o arriesgarse, en muchos casos, a ser despedidos de su trabajo.

En consecuencia, a pesar de que se ha regulado el teletrabajo de distintas maneras, se ha garantizado el derecho a la desconexión y aunque las plataformas de mensajería instantánea proveen una comunicación efectiva e inmediata es evidente que el mal uso y la falta de establecimiento de una obligación al empleador de asegurar la desconexión digital violenta los derechos garantizados en el Código del Trabajo prolongando la jornada de manera significativa lo cual puede afectar la salud, bienestar y vida privada de los trabajadores.

2. TELETRABAJO

2.1 Problemas del teletrabajo

Es evidente que la tecnología ha consentido un acercamiento de las personas en el ámbito laboral permitiendo que el trabajo se realice en cualquier lugar y en cualquier momento, lo que en principio ha constituido un beneficio para que las actividades y la economía no sufran una paralización completa. Sin embargo, este crecimiento tecnológico ha conducido a que se evidencie el primer problema del cambio a la modalidad de teletrabajo: una jornada laboral que se prolonga en muchos de los casos, excesivamente, lo que implica que los trabajadores deban asistir a reuniones, capacitaciones y estén a disposición de sus empleadores en horarios que sobrepasan su jornada laboral. Como consecuencia se ha producido una ‘hiperconectividad’ que no puede ser vista solamente desde una vertiente puramente jurídica, sino que en la práctica afecta a la salud y bienestar integral de los trabajadores. Ahora bien, es importante también hacer un análisis

enfocado a las consecuencias que derivan de dicha hiperconectividad e irrespeto por los horarios de trabajo. En primer lugar, como ya se mencionó, se afecta a los empleados; sin embargo, el empleador puede verse igualmente perjudicado debido a un decrecimiento en la productividad de sus trabajadores, quienes, a más de sobrellevar las consecuencias psicológicas del aislamiento y el encierro, así como la continua preocupación referente a la economía, deben también encontrarse disponibles a cualquier hora, incluso en sus días de descanso. También debe hacerse referencia al hecho de que pasan un tiempo excesivo frente a aparatos tecnológicos para cumplir con lo que se les exige y de esa manera no perder sus trabajos.

Asimismo, el espacio que tiene la vida privada de los trabajadores se ve consumido por la vida laboral, afectando los derechos fundamentales al descanso, el ocio y principalmente la salud garantizados en la Constitución². La Organización Internacional del Trabajo (OIT) al respecto ha mencionado que “la regulación del tiempo de trabajo también puede contribuir a resolver problemas sociales, incluido, en particular, el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada, y a preservar la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores”³, así, es evidente que en la modalidad virtual en la que se lleva el trabajo actualmente no contribuye a que los trabajadores gocen efectivamente de una vida privada, y, más allá de eso, de tiempo libre en el que no se encuentren a disposición de su empleador y puedan estar lejos de dispositivos móviles para su consecuente descanso. Todo lo mencionado anteriormente no conlleva consecuencias solamente unilaterales respecto al trabajador, sino que de manera indirecta afecta al empleador traduciéndose en una productividad disminuida.

3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN

3.1 Historia y derecho comparado

El derecho a la desconexión ha tenido una aparición reciente y una importancia que va en crecimiento conforme el avance de las nuevas tecnologías. Su primera aparición se suscita con la reforma laboral de 08 de agosto de 2016 que entró en vigor el 01 de enero de 2017, en Francia,

² El artículo 66 numeral 2 prescribe: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.” (Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

³ Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro, Conferencia Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 3.

con la ley N° 2016-1088, que en su artículo 55 introduce un nuevo apartado en el artículo 2242-8 del Código del Trabajo⁴, disponiendo el pleno ejercicio del trabajador al derecho a la desconexión para asegurar su tiempo de descanso y el disfrute de su vida privada.⁵ Asimismo existen dos antecedentes que se pueden tomar como punto de partida para el derecho a la desconexión en esta misma legislación. Ambas son sentencias de casación expedidas por el Tribunal Supremo de Francia en las cuales se menciona que el empleado no está obligado a trabajar en casa fuera de su horario regular llevando consigo herramientas o materiales para el efecto⁶. Por otro lado, en estos fallos se estableció que no constituye un hecho culpable el no poder localizar a un trabajador en su teléfono móvil fuera de su jornada laboral.⁷

Por su parte, Italia adoptó una ley en junio de 2017 en la cual se incluyeron medidas tecnológicas y organizacionales para garantizar el respeto de los periodos mínimos de descanso.⁸ La legislación española incluyó la desconexión digital en el año 2018, en el artículo 88 de la Ley de Protección de Datos,⁹ refiriéndose al mismo en términos muy similares que la Ley francesa antes citada. Por último, como se mencionó anteriormente, en Ecuador el derecho a la desconexión fue un tema de discusión producto de la inesperada llegada del teletrabajo obligatorio, incluyéndolo de manera clara en el Código del Trabajo, artículo innumerado posterior al artículo 16 inciso sexto que prescribe 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

⁴ Pierre-Henri Cialti. “El derecho a la desconexión en Francia, ¿más de lo que parece?” *Dialnet temas laborales* no. 137 (Marzo 2017): 165, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552301>

⁵ Artículo 55 de la ley, codificado en el artículo L. 2242-8 Código del Trabajo de Francia.

⁶ Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 2 de octubre de 2001, Boletín 2001 VN° 291.

⁷ Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 17 de febrero de 2004, No publicado en boletín. Apelación número 01-45.889

⁸ Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro, Conferencia Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2018, p. 295.

⁹ Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. (Artículo 88. Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 06 de diciembre de 2018).

ningún caso el empleador podrá establecer comunicaciones ni formular órdenes u otros requerimientos en días de descanso, permisos o feriado anual de los trabajadores.¹⁰

Este derecho constituye una innovación importante para las legislaciones actuales y responde a un fenómeno tecnológico que poco a poco se ha ido normalizando en la sociedad actual, pero que también ha constituido un cambio abrupto con la llegada de la pandemia causada por el COVID-19, especialmente en el contexto ecuatoriano. Siendo así, es evidente la necesidad de imponer una normativa rigurosa que constriña al empleador a garantizar la desconexión digital y, de la misma manera que se ejerza coacción para que sea una obligación cumplida y justiciable garantizando el bienestar integral del empleado.

3.2 Desconexión y jornada laboral

Entonces, ¿qué es lo que efectivamente busca proteger el derecho a la desconexión?

En primer lugar, se debe tomar en cuenta que, en el derecho laboral es un derecho social, así lo prescribe el artículo 33 de la Constitución¹¹. Es decir, una rama que reconoce usualmente a grupos marginales y necesitados de la población y que ha evolucionado como fruto de revoluciones y luchas sociales en búsqueda de igualdad¹². Esta es la razón por la cual los trabajadores en una posición de desigualdad frente a su empleador deben verse protegidos y con derechos justiciables. En este orden de ideas, en Ecuador, según lo prescribe el art. 47 del Código del Trabajo, la jornada máxima será de ocho horas diarias sin que se excedan las cuarenta horas semanales¹³ sin perjuicio de lo cual se pueda pactar de manera excepcional jornadas que, debido a la naturaleza del trabajo requieran jornadas especiales. Todo esto, debe recalcar, sin menoscabar el derecho al descanso del que gozan los trabajadores, prescrito en el art. 51 *ibídem*.

¹⁰ Artículo innumerado posterior al artículo 16, Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez R. O. 22 de junio de 2020.

¹¹ “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.” (Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

¹² Rodolfo Arango Rivadeneira. Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho. (México: Unam), 1667.

¹³ “La jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario. El tiempo máximo de trabajo efectivo en el subsuelo será de seis horas diarias y solamente por concepto de horas suplementarias, extraordinarias o de recuperación, podrá prolongarse por una hora más, con la remuneración y los recargos correspondientes.” (Ibíd., artículo 47.)

Una vez reconocidas nociones generales referentes a la jornada laboral, es preciso indicar que en el caso del teletrabajo muchos de los empleadores no cumplen las disposiciones previstas, haciendo que los trabajadores se hallen a su disposición en cualquier momento y siendo fácilmente localizables a través de plataformas virtuales, y, principalmente plataformas de mensajería instantánea. Al respecto la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el informe “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro-Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo” se refiere al «trabajo sin fin», relacionado con las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TIC), mencionando el inminente estrés y frustración que genera a los trabajadores el tener la necesidad de revisar cosas referentes al trabajo en sus periodos de descanso, y el peligro inherente del irrespeto a la separación entre la vida de trabajo y la privada, lo cual podría concluir en un síndrome de desgaste profesional¹⁴. La solución recae directamente en el derecho a la desconexión.

Para poder definir de manera más clara este derecho y delimitarlo es necesario referirse lo siguiente:

[...] El tiempo de vida lo es para ejercer la propia personalidad a placer, también, naturalmente, atendiendo a circunstancias de tipo personal, social y familiar (enfoque realista). Pero siempre expresión de libertad y, por lo tanto, no sólo no se le puede exigir que mantenga la conexión productiva, aun digital, sino que incluso cabría extraer un poder de oposición a conductas y prácticas empresariales que lo obstaculizaran, activando la inmensa gama de medidas de tutela efectiva ligadas a la eficacia de los derechos fundamentales, incluidas indemnizaciones disuasorias.¹⁵

Es decir que busca garantizar a los trabajadores un efectivo tiempo de descanso, limitando el uso de TIC en dichos periodos y garantizando que los trabajadores no estén obligados a responder requerimientos de sus trabajadores. Al respecto se hace un análisis interesante sobre la desconexión digital puesto que pone a la desconexión digital bajo la lupa de otra garantía jurídica que opera a favor del trabajador en estos casos, siendo esta simple y llanamente el derecho al

¹⁴ Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro, Conferencia Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2018, 294.

¹⁵ Cristóbal Molina Navarrete. “Jornada Laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital, garantía del derecho al descanso”. *Dialnet Temas Laborales*. N° 138 (Agosto 2017). 274. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>.

descanso¹⁶, derecho que en la Constitución ecuatoriana se consagra en los artículos 66.2¹⁷ y 383¹⁸, y que, en su calidad de tal se entiende debería englobar el derecho a la desconexión. Sin embargo, con el avance de la tecnología y el enorme cambio que ha representado este tema no se ha logrado regular eficazmente de la manera mencionada, siendo necesario la existencia de un derecho autónomo.

Por último, cabe mencionar la amplia gama de otros derechos fundamentales con los que se relaciona la desconexión digital, haciendo una mención especial respecto al derecho a la salud conforme el artículo 32 de la Constitución y el derecho al descanso y ocio conforme el artículo 66.2 y 383 *ibídem*, y los demás artículos respecto a la jornada laboral mencionados anteriormente. A su vez, al realizar un análisis de las implicaciones que tiene el exceso de trabajo en la salud no solo se debe tomar en cuenta factores psicológicos como el estrés y la fatiga, sino que también surgen preguntas interesantes como, por ejemplo: ¿pueden sufrir los teletrabajadores accidentes laborales? ¿podría la sobrecarga laboral del teletrabajo favorecer a que se produzca alguno de estos accidentes, aun cuando no sean estrictamente laborales, sino esencialmente domésticos?

3.3 Derecho u obligación empresarial

Ahora bien, existe un tema de discusión relevante respecto a la desconexión que no siempre llega a ser tomado en cuenta. “El aspecto sobre el que conviene detenerse es si la categorización de la desconexión digital como un derecho se ajusta al propósito de la norma, o, en otras palabras, si ofrece más garantías que su conceptualización como obligación empresarial”¹⁹. Es decir que instalar a la desconexión dentro de una u otra categoría podría tener implicaciones muy distintas respecto a su exigencia. Entonces, al designarlo como derecho, que es lo que se ha entendido en la mayoría de las legislaciones que lo evocan, se reconoce la facultad subjetiva del trabajador de

¹⁶ *Ibíd.*, 27.

¹⁷ Art. 66 numeral 2 de la Constitución prescribe: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.” (Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

¹⁸ Artículo 383 de la Constitución menciona: “Se garantiza el derecho de las personas y las colectividades al tiempo libre, la ampliación de las condiciones físicas, sociales y ambientales para su disfrute, y la promoción de actividades para el esparcimiento, descanso y desarrollo de la personalidad.” (*Ibíd.*).

¹⁹ David Gutiérrez Colominas. “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación” *Revista de internet, derecho y política*. N°31 (Mayo 2020): 4, <http://dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154>

ejercer esta potestad conferida, es decir, que existe libre albedrío en ejecutarlo o no hacerlo, lo que implicaría que, más allá del reconocimiento del derecho no existe una obligación por parte de los empleadores de hacerlo efectivo y garantizar a los trabajadores un tiempo de descanso fuera del ambiente laboral. Es evidente, además, que, en la mayoría de los casos, especialmente en pandemia, el reclamar el cumplimiento de este derecho resultaría una desventaja para el trabajador pudiendo ser víctima de un despido intempestivo y poniendo en la balanza el cumplir efectivamente las órdenes del empleador a cualquier hora. Esto, sin importar las consecuencias para su salud y su vida. En conclusión, en un nivel práctico, no cumple el fin último que persigue su implementación.

La contraposición a esto es la postura que mira a la desconexión digital como una obligación que se debe poner a los empleadores, lo que implica que no estaría a disposición el cumplimiento del derecho, sino que constituiría una prohibición sólida para el empleador de ordenar actividades o hacer requerimientos fuera de las horas de trabajo utilizando herramientas tecnológicas. De esta manera, se veda la concepción optativa con la que se observa a este derecho y se le da una calidad impositiva que permitiría su cumplimiento efectivo y, más allá de una dimensión puramente teórica, una garantía a los trabajadores de que sus derechos se respetan y que se resguarda su tiempo de descanso para precautelar su salud aún en tiempos en los que se vive una crisis global.

4. PLATAFORMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA Y EJECUCIÓN DEL TRABAJO

Las redes sociales, específicamente, las plataformas de mensajería instantánea según el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la SI, en España, se definen como: “un sitio en la red cuya finalidad es permitir a los usuarios relacionarse, comunicarse, compartir contenido y crear comunidades”²⁰. Estas redes han adquirido importancia creciente en los últimos años, según estadísticas presentadas por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, hasta el año 2015 el 91% de ecuatorianos que tiene acceso a un dispositivo móvil usa plataformas de mensajería instantánea de manera preferente y principal, esto es un incremento del 21% respecto al año 2011²¹. Aunque no se han presentado estadísticas oficiales para Ecuador

²⁰Alberto Urueña, Coord., *España: Las Redes Sociales en internet* (España: ONTSI, 2011), 12.

²¹Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. “91% de ecuatorianos utiliza las redes sociales en su teléfono inteligente”. Ecuador: Ministerio de Comunicaciones, 2015. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/91-de-ecuatorianos-utiliza-las-redes-sociales-en-su-telefono-inteligente/>

respecto al uso de plataformas de mensajería instantánea provocado por la pandemia, un dato innegable es que el uso de las TIC, de forma general, se ha incrementado exponencialmente, obligando a los trabajadores a permanecer largas jornadas pendientes de sus dispositivos digitales.

Ahora bien, para abordar el tema es necesario referirse específicamente a la aplicación conocida como *WhatsApp*, esta es una aplicación de mensajería instantánea adaptada para funcionar en teléfonos inteligentes, a través de internet. Su lanzamiento se dio en el año 2009; sin embargo, en los últimos tiempos ha tenido un impacto enorme en la sociedad, adquiriendo un aumento masivo de usuarios. Las razones por las cuales se ha producido este fenómeno no son ajenas, puesto que con la proliferación y amplio acceso de la población a teléfonos inteligentes e internet se ha resuelto uno de los más grandes problemas de tiempos antiguos: la lentitud al momento de obtener información y comunicación. Las plataformas de mensajería instantánea presentan un esquema que se basa principalmente en la creación de un mundo completamente virtual en donde el intercambio de información es sencillo, rápido, eficaz y sobretodo inmediato, dejando caer las barreras del espacio físico que separa a las personas. Claramente la introducción de estas plataformas a la vida diaria de las personas ha representado un beneficio, en la mayoría de los casos.

Sin embargo, ¿se puede decir lo mismo al abordar el aspecto laboral? En este caso existe una contraposición respecto a las ventajas y desventajas que presentan. En primer lugar, cabe recalcar que antes de la llegada del teletrabajo obligatorio no existía razón para pensar que *WhatsApp* podía ser un impedimento o un perjuicio al momento de ejecutar la actividad laboral; por el contrario, se consideraba una herramienta útil para la comunicación rápida, no solo entre empleadores y trabajadores, sino entre todas las personas que formaban parte de este ambiente. No obstante, en el contexto actual, aunque esta aplicación continúa siendo la plataforma principal de comunicación, constituye un arma de doble filo al momento de la ejecución del trabajo.

En muchos casos, lo común es que existan grupos en donde estén agregados todos los miembros de una empresa u oficina para poder difundir información más fácilmente. Sin embargo, es igual de común verificar que se envían mensajes a estos grupos por un lado y mensajes directos de empleador a trabajador por otro por fuera de la jornada laboral. Si bien es cierto, algunos de estos mensajes no causan problemas más grandes puesto que no contienen pretensión alguna, en muchos

más casos se observa cómo se exige al trabajador asistir a reuniones, capacitaciones, subir informes, oficios, realizar tareas, entre otros.

Bajo esta premisa, se presenta el siguiente análisis: por un lado, tenemos al mundo real en el que rigen y están vigentes absolutamente todos los derechos y obligaciones para las personas y específicamente para el trabajador. Por otro lado, se tiene al mundo virtual, que, aunque no siempre de forma consciente, ocupa una gran parte de la vida actual. Mundo en el cual las personas siguen siendo las mismas, realizando actividades determinadas, expresándose y compartiendo, pero con la distinción de que todas estas actividades se realizan a través de medios digitales. Por todo lo expuesto se asimilaría que deberían aplicar reglas y estar vigentes los mismos derechos y obligaciones que en el mundo real.

Así, ¿cuál es la diferencia entre exigir a un trabajador presencial cuya jornada termina a las cinco de la tarde que asista a una reunión en la oficina o suba un informe a las ocho de la noche y exigirle lo mismo a la misma persona, pero de manera virtual? La diferencia entre ambas hipótesis es el lugar y el medio a través del cual se realiza el trabajo, más, el hecho de que la jornada haya terminado y que el trabajador tenga el derecho a disponer de su tiempo y no esté obligado a estar bajo las órdenes de su empleador no ha cambiado. No obstante, no se debe confundir esta afirmación con aseverar que el trabajador no tiene el libre albedrío de llevar trabajo a casa o trabajar fuera de las horas que exige su jornada, tampoco se debe confundir con el hecho de que no está en obligación de capacitarse poniendo para el efecto las horas libres de las que dispone. Es notorio que se puede realizar, pero siempre bajo la premisa de que sea por su propia voluntad y decisión antes que por una imposición del empleador.

Bajo la misma perspectiva, otro tema relevante a tratar se refiere a las horas en las que se envían los mensajes o incluso las horas en las que se puede localizar a los trabajadores a través de una llamada en la mencionada aplicación para solicitar u ordenar se realice determinada actividad laboral. Cabe analizar en estos supuestos el artículo 45, letra C del Código del Trabajo prescribe lo siguiente:

Son obligaciones del trabajador:

c) Trabajar, en casos de peligro o siniestro inminentes, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima y aún en los días de descanso, cuando peligren los

intereses de sus compañeros o del empleador. En estos casos tendrá derecho al aumento de remuneración de acuerdo con la ley.²²

Esta es la única manera que prevé el código para que el trabajador exceda su jornada normal, más, es importante resaltar que incluso en estos casos será remunerado. Así, la interrogante queda abierta: ¿No debería actuarse de manera similar en los casos de teletrabajo? Porque evidentemente se puede localizar al trabajador y pedirle que realice tareas, pero, ¿hasta qué punto se define y limita la frase “cuando peligren los intereses (...) del empleador”? Por un lado, podría argumentarse que la situación actual efectivamente constituye un peligro a los intereses del empleador puesto que no es ajeno la pérdida económica o la quiebra de empresas tanto pequeñas como transnacionales fruto de la paralización económica, afectando no solo los intereses del empleador, sino de todas las personas que forman parte de la empresa. Sin embargo, también es importante mencionar que muchos lugares ya se han adaptado a la modalidad de teletrabajo, el mismo se realiza con la mayor normalidad posible dentro de las regulaciones impuestas, por lo cual no podría este hecho subsumirse bajo la categoría de peligro para el empleador, por lo tanto, no se justificaría el trabajo realizado fuera de la jornada.

Ahora bien, para abordar la última frase mencionada en el artículo citado es necesario hacer mención a que el teletrabajo presenta un inconveniente perfectamente entendible para los empleadores y es justamente el tiempo efectivo de trabajo, ¿cómo puede contabilizarse de manera real que los trabajadores hayan cumplido las ocho horas correspondientes a su jornada? La manera de comprobar el tiempo de trabajo efectivo se volvió una prueba muy difícil tanto para los empleadores que lo exigen como para ciertos trabajadores que pueden llegar a alegarlo. Esta afirmación junto con la aseveración de que el hecho de que los trabajadores estén en sus casas realizando el trabajo y que por lo tanto realizan distintas actividades no laborales en la jornada que no les correspondería, es un argumento que podría ser usado por los empleadores para extender los horarios y de esta manera lograr equiparar la balanza entre el trabajo efectivamente realizado dentro de su jornada y el sueldo que recibe el trabajador.

Sin embargo, aunque, como se mencionó, es un tema que puede llamar a un extenso debate, una solución óptima podría ser implementar un sistema o un mecanismo de control por parte del

²² Artículo 45, Código del Trabajo.

empleador para verificar que su trabajador efectivamente realice las actividades encomendadas en la jornada que le corresponde, evitando así menoscabar los derechos del mismo y tampoco generando una pérdida para la empresa. Todo lo mencionado bajo la óptica de que el Derecho Laboral es una vertiente del derecho social, por lo que busca principalmente proteger a la parte más débil dentro de la relación laboral. En el caso concreto, busca que el trabajador labore conforme lo estipulado, de la manera correcta y efectiva sin perjudicar a la empresa, pero que tampoco se le menoscabe su derecho al descanso, a la salud y al goce de su vida privada por la poca regulación que existe respecto al derecho a la desconexión, al manejo de las TIC y específicamente a aplicativos como *WhatsApp* dentro de ambientes laborales.

Por todo lo expuesto se puede concluir que, las TIC, las plataformas de mensajería instantánea en general, así como la aplicación *WhatsApp* en específico son medios que pueden representar un peligro para el menoscabo de derechos del trabajador. Evidentemente la legislación no lo ha regulado de manera expresa, pero dada la creciente importancia y uso de *WhatsApp* como medio principal para la relación entre los actores de las distintas relaciones laborales, es vital prever e imponer ciertas obligaciones al empleador para garantizar la desconexión digital y todos los derechos ligados al mismo.

4.1 El problema de los despidos intempestivos

Un último tema que se debe analizar cuidadosamente puesto que constituye una de las principales razones por las cuales la desconexión digital y el uso de plataformas digitales no se puede ver garantizado es la crisis económica que enfrenta el país y el mundo. Se debe tomar en cuenta que los despidos han sido noticia común para la gran mayoría de empresas y es que el modelo de trabajo que se venía realizando y los sueldos a recibir por parte de los trabajadores se han vuelto insostenibles dadas las regulaciones de los gobiernos y la paralización de las actividades. De esta manera, quienes conservan sus trabajos se ven obligados a soportar una creciente presión en lo que respecta a mantener su fuente principal de ingresos a cualquier coste.

De este modo, los trabajadores, al estar disponibles a cualquier hora para su empleador aseguran que su puesto de trabajo no se vea comprometido, aun cuando tengan que renunciar a sus derechos para el efecto. Es claro que esta afirmación en particular debería ser tomada en cuenta para que se considere una modificación concreta y más fuerte en lo referente a la desconexión digital y el uso de plataformas de mensajería instantánea, más aún si se trata del aplicativo *WhatsApp*.

5. Conclusión

La llegada de la pandemia mundial causada por el COVID-19 ha significado un cambio total para el paradigma laboral mundial, se han requerido nuevos implementos y modalidades de trabajo que se han logrado concretar gracias a la tecnología. No obstante, el uso de estas tecnologías también trae consigo problemas como la hiperconectividad, fenómeno que no ha sido tomado en cuenta con la debida importancia, pero que puede llegar a causar un gran impacto en varios aspectos de la vida del trabajador, empezando por su salud debido al estrés y fatiga que se deriva del pasar excesivo tiempo frente a dispositivos tecnológicos, así como las consecuencias psicológicas propias del aislamiento al que se ven sometidos. En la misma línea, al no tener un correcto descanso y una separación de la vida laboral y la privada, no solo se menoscaba derechos fundamentales prescritos en la Constitución, sino que también se precariza la situación del trabajador.

En este contexto, las plataformas de mensajería instantánea se han vuelto un aliado principal para la realización del trabajo, la experiencia común sugiere que aplicaciones como *WhatsApp* permiten inmediatez al momento de la comunicación haciendo que se faciliten las relaciones de muchas maneras. Esto representa un real beneficio para todos los actores de dichas relaciones. Sin embargo, su uso se ha visto incrementado exponencialmente en el tiempo de pandemia sin que exista una regulación legislativa concreta y creando un ambiente propicio para que los trabajadores sean contactados a cualquier hora fuera de su jornada laboral incidiendo directamente en su derecho al descanso, vida privada y desconexión digital. Por lo que se debe hacer un análisis profundo respecto a la autorización o prohibición de uso de estas redes e incluso proponer algún medio o plataforma para que la comunicación se realice con la misma inmediatez en un caso extremo; o, imponer una obligación, como se hablará más adelante de las horas efectivas hasta las cuales se puede contactar a un trabajador o enviar mensajes y recibir llamadas a través de las mencionadas plataformas de mensajería instantánea.

De esta manera, aunque el derecho al descanso está garantizado en la Constitución, y el derecho a la desconexión digital se prevé en el Código del Trabajo no se puede hablar de una obligación estricta y eficaz impuesta al empleador, colocando al trabajador en una situación compleja en donde no tiene una opción concreta a la cual atenerse, puesto que, en caso de negarse a cumplir con las disposiciones de su empleador, sin importar la hora a la que este se las solicite podría

arriesgarse a ser despedido en medio de la crisis económica que se vive actualmente. No se niega el hecho de que el mismo hecho de que el Código incluya al derecho a la desconexión es un paso importante para equiparar la balanza de poderes entre empleador y trabajador. Sin embargo, es evidente que para que se pueda solucionar el problema de la hiperconectividad y su relación con la extensión de la jornada laboral, la desconexión se debe regular a la desconexión digital como una obligación a los empleadores, y, que además deba ser justiciable.

Asimismo, tampoco se niegan las dificultades que representa para el empleador el controlar el tiempo efectivo de trabajo de sus empleados, pero, es importante crear plataformas, medios y soluciones para que pueda crearse un equilibrio entre ambas partes en la relación. Además de un ambiente propicio que pueda existir una negociación entre empleador y trabajador que no menoscabe derechos y que sea efectiva para que las empresas se puedan mantener a flote en esta emergencia sanitaria.

6. Bibliografía

Alberto Urueña, Coord., *España: Las Redes Sociales en internet*. España: ONTSI, 2011.

Código del Trabajo de Francia. Gaceta No. 16,827 de 15 de julio de 1959.

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Cristóbal Molina Navarrete. “Jornada Laboral y tecnologías de la info-comunicación:

“desconexión digital, garantía del derecho al descanso”. *Dialnet Temas Laborales*. N°

138 (Agosto 2017). 249-283. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552395>.

David Gutiérrez Colominas. “La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación” *Revista de internet, derecho y política*. N°31 (Mayo 2020). <http://dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154>.

Decreto Ejecutivo 1017. Presidencia de la República. Registro Oficial Suplemento N°163 de 17 de marzo de 2020.

Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro, Conferencia Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 2018.

Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, 06 de diciembre de 2018

Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. “91% de ecuatorianos utiliza las plataformas de mensajería instantánea en su teléfono inteligente”. Ecuador: Ministerio de Comunicaciones, 2015. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/91-de-ecuatorianos-utiliza-las-redes-sociales-en-su-telefono-inteligente/>

Pierre-Henri Cialti. “El derecho a la desconexión en Francia, ¿más de lo que parece?” *Dialnet temas laborales* no. 137 (Marzo 2017): 163-181, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6552301> 163-181.

Rodolfo Arango Rivadeneira. Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho. (México: Unam, s/f).

Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 17 de febrero de 2004, No publicado en boletín. Apelación número 01-45.889.

Sala de lo Social del Tribunal de Casación, 2 de octubre de 2001, Boletín 2001 VN° 291.