

TIEMPOS DE VIDA Y DE TRABAJO: EL IMPACTO DE LAS TICs*

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: nuevas tecnologías, tiempo de trabajo, descanso, registro de jornada, desconexión digital

Information and communication technologies are tools for the exercise, at the end of the working day and remotely, of the managerial power of business which allow working at anytime from anywhere. In this context, of confusion and overlapping of life and work times, the effectiveness of the tools devised by the internal legislator for the containment of working time and the safeguarding of rest time is analyzed.

ABSTRACT

KEYWORDS: new technologies, working time, rest period, records of working hours, digital disconnection

Las TICs se erigen en instrumento para el ejercicio, ya finalizada la jornada laboral y a distancia, del poder empresarial de dirección y permiten, así mismo, trabajar a cualquier hora desde cualquier lugar. En dicho contexto, de confusión y superposición de tiempos de vida y de trabajo, se analiza la eficacia de las herramientas ideadas por el legislador interno para la contención del tiempo de trabajo y la salvaguarda del tiempo de descanso.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto DER2017-83488-C4-3-R "Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital" financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

ÍNDICE

1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA CUESTIÓN, ENTRE OTRAS, DE TIEMPO DE TRABAJO
2. VIEJAS Y NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA DELIMITACIÓN DE TIEMPOS DE TRABAJO Y DE NO TRABAJO
 - 2.1. “Tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: la reinterpretación de los conceptos clásicos
 - 2.2. Las herramientas de control y protección
 - 2.2.1. El registro de jornada
 - 2.2.2. El derecho a la desconexión digital
3. PONDERACIÓN CRÍTICA: ¿SON EFICACES LAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL TIEMPO DE NO TRABAJO?

1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA CUESTIÓN, ENTRE OTRAS, DE TIEMPO DE TRABAJO

El surgimiento y proliferación de las nuevas tecnologías operan una profunda transformación del tejido productivo y de las relaciones de trabajo. El impacto se aprecia en varios y muy significados frentes. Por medio de las nuevas tecnologías se acomete, ya hoy, la ejecución de tareas antaño realizadas por trabajadores -tareas sencillas, pero también de cierto grado de dificultad-, con la correlativa destrucción de puestos de trabajo. Las tecnologías de la información y la comunicación –en adelante, TICs-, en particular, han revolucionado los hábitos de consumo –que requieren ya respuestas en tiempo real-, imponiendo nuevos modos de producción y de prestación de bienes y servicios, lo que, a su vez, implica dinámicas organizativas y empleos nuevos –unas y otros, flexibles-. En la práctica totalidad de las profesiones, finalmente, irrumpen nuevos métodos de trabajo, a menudo en línea o a distancia, bien de modo preponderante –con el consiguiente surgimiento del denominado teletrabajo-, bien con carácter accesorio respecto de una actividad principalmente desempeñada en el centro de trabajo.

En cualquier caso, tanto en nuevos como en viejos empleos, sobresale la incidencia en el factor “tiempo de trabajo”, fruto, en particular, del recurso universal a las TICs. Toda vez que estas facilitan la prestación de servicios en cualquier lugar y a cualquier hora, el control del tiempo de trabajo –jornada pactada- y la correlativa protección del tiempo de no trabajo –descansos y vacaciones- se tornan sumamente complejos. Lo primero, porque la presencia en un espacio físico concreto –el puesto de trabajo- conlleva, conforme a la concepción clásica aún hoy recogida por el ET –art. 34.5 ET-, el inicio del cómputo de la jornada, cuyo fin, a su vez, marca el abandono de ese mismo puesto de trabajo. Lo segundo, por trascender de las regulaciones al uso en la materia –también de

la interna- una concepción lineal del tiempo de prestación de servicios, ordenado conforme al número de horas, en principio, consecutivas, pactadas, a su vez, conforme a un esquema clásico, diariamente. De modo que las TICs pulverizan aquellas coordenadas –lugar y tiempo- sobre las que se edificaron las normas de control y protección, respectivamente, de los tiempos de trabajo y de no trabajo.

Sin duda, la modulación y ajuste del tiempo de trabajo –la flexibilidad temporal- son susceptibles de una lectura en clave positiva: en cualquier caso, para los empresarios, que hallan en las nuevas tecnologías una herramienta de respuesta y adaptación a las constantes y/o cambiantes necesidades del mercado; en ocasiones, para los trabajadores, al erigirse el trabajo en línea en valioso instrumento para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, distribuyendo su jornada laboral en función de sus responsabilidades de cuidado y de sus necesidades personales. Con todo, la flexibilidad temporal, en este caso fruto del recurso a las TICs, presenta también, para los trabajadores, un lado oscuro: el riesgo de injerencia empresarial en los tiempos de descanso. Las instrucciones empresariales, emitidas y recibidas *on line*, proyectan el poder de dirección más allá de la jornada pactada, invadiendo descansos –entre jornadas o semanales- y vacaciones.

Los efectos, como es evidente, no son menores. Por lo pronto y desde una perspectiva estrictamente jurídica, ello conforma una vulneración de normas dirigidas a preservar la seguridad y salud de los trabajadores, con el consiguiente impacto en el derecho fundamental a su integridad física –no en vano la Directiva 2003/88/CE, cuya transposición operan los arts. 34 y siguientes del ET, “establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”¹-. En clave práctica, mermados los tiempos de descanso –tanto desde una óptica cuantitativa como cualitativa-, la salud del trabajador se resiente considerablemente. Y no debe obviarse el correlativo impacto económico: quien trabaja más por lo mismo, a la postre trabaja por menos. El resultado –afectadas las condiciones esenciales tiempo de trabajo y salario- es un empleo de peor calidad, más precario. Desde otra óptica, finalmente, ha de destacarse el impacto negativo en términos de conciliación, corresponsabilidad e igualdad entre hombres y mujeres, convirtiendo en obstáculo aquello –las TICs- que precisamente debiera contribuir a su desarrollo. Mientras un modelo de trabajo recíprocamente flexible favorece la conjugación de facetas vitales, el desequilibrio a favor del empresario –convertido en beneficiario exclusivo de la flexibilidad temporal-, en cambio, cercena toda posibilidad de conjugación de actividades profesionales y familiares. A la postre, incluso, un modelo de jornada en exceso flexible contribuye a mantener o a ensanchar la brecha laboral de género, pues los varones, menos implicados en el

¹ También en dicho sentido, STJCE de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas y STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco.

cuidado, se hallan en mejor disposición para responder a requerimientos empresariales, vía TICs, en tiempos en principio de no trabajo.

Debe referirse, finalmente, el contexto en que operan las nuevas tecnologías: un tiempo de trabajo ya objeto de intensa flexibilización vía reformas legales o prácticas convencionales fruto de la presión empresarial por adaptar la fuerza de trabajo a los cambiantes –particularmente, en periodo de crisis- requerimientos del mercado. El impacto de las TICs viene, pues, a sumarse a la distribución irregular de la jornada –vía configuración anual de la jornada máxima y conforme al pacto convencional o de empresa o la decisión unilateral del empresario respecto del 10 por 100 de aquélla-, así como a horas extraordinarias y complementarias –estas últimas, en el marco y extramuros del contrato a tiempo parcial-.

2. VIEJAS Y NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA DELIMITACION DE TIEMPOS DE TRABAJO Y DE NO TRABAJO

Para preservar los tiempos de no trabajo, mantienen su utilidad las herramientas clásicas: la regulación del tiempo de trabajo articulada en torno a los conceptos de jornada máxima, descansos y vacaciones, en su caso reinterpretada a la luz del nuevo contexto digital. Incluso, instrumentos concebidos para paliar prolongaciones indebidas de jornadas –en principio, ejecutadas en las dependencias de la empresa- son susceptibles de contribuir al deslinde de tiempos de trabajo y de no trabajo: tal es el caso del registro horario de jornada. Pero la nueva realidad, tal vez precise asimismo de respuestas específicas: así, del reconocimiento del derecho a la desconexión digital, cuya virtualidad práctica también es objeto de ponderación crítica en las páginas que siguen.

2.1. “Tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: la reinterpretación de los conceptos clásicos

Ante los desafíos de la digitalización, recobran protagonismo el mandato a los poderes públicos de garantía del “descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas” –art. 40.2 CE-, así como, en aplicación de aquél, las previsiones legislativas en orden a la fijación de una jornada máxima y de unos descansos y vacaciones mínimos –arts. 34 y 38 ET-. Rigen para todos los trabajadores –también, pues, para aquellos que presten servicios en entornos digitalizados- el límite, infranqueable, de la jornada máxima anual –40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual-, así como aquél, en su caso pactado en convenio colectivo o, en defecto de este, por acuerdo de empresa, de aplicación a la jornada diaria –como es sabido, a falta de los citados acuerdos, de 9 horas diarias-. Y perviven, asimismo, a efectos de cómputo, los conceptos “tiempo de trabajo” y, correlativamente, “tiempo de descanso”. Así,

siendo “de descanso” aquel tramo temporal que no es “de trabajo”², este último, a su vez, ha de ser, desde una perspectiva cualitativa, de “trabajo efectivo” –art. 34.1 ET-, de modo tal que, ya desde una óptica cuantitativa, “tanto al inicio como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo” –art. 34.5 ET-. Puntualizaciones que, aún escasas, han contribuido, en supuestos complejos y a luz de la jurisprudencia europea a continuación analizada, al deslinde de tiempos de trabajo y de descanso: así, excluyendo de la noción de tiempo de trabajo, tanto los periodos invertidos en el desplazamiento desde el domicilio hasta el centro de trabajo –aún con matices, en el caso, por ejemplo, de centros móviles o itinerantes³-, como los empleados, ya en el propio centro de trabajo, a efectos de acceso al concreto puesto de trabajo o con objeto de realizar actos de carácter preparatorio⁴ –en ambos casos, nuevamente, con destacadas excepciones en el caso, respectivamente, de accesos a puestos, por las características del centro, especialmente prolongados y reglados, sin margen de maniobra para los trabajadores⁵ o, por expresa disposición normativa, cuando las acciones, anteriores o posteriores al desempeño de las funciones pactadas, impliquen el cumplimiento de normas de prevención⁶ o sean consustanciales a determinadas actividades configuradas como relaciones laborales especiales⁷-. En cambio, sí son tiempo de trabajo, las denominadas “guardias de presencia”, en que el trabajador se halla, a disposición del empresario, en su puesto de trabajo. Elemento locativo que, en cambio, no concurre en el caso de las llamadas “guardias de localización”⁸, por consiguiente, con carácter general, no constitutivas de tiempo de trabajo.

Para llegar a tales conclusiones, con todo, las aportaciones del Derecho de la UE han sido decisivas. Entre estas, debe destacarse, en primer término, las definiciones mismas de los conceptos “tiempo de trabajo” y “periodo de descanso”: de modo que es “tiempo de trabajo”, *ex art. 2 de la Directiva 2003/88/CE*, “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del

² Optando expresamente por esta delimitación negativa, *vid.* art. 2.2 de la Directiva 2003/88/CE.

³ STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco. En sentido contrario, con todo, STS de 1 de diciembre de 2015 (rec. núm 284/2014).

⁴ Así, en STS de 4 de mayo de 2016 (rec. núm. 169/2015).

⁵ STSJ de las Islas Baleares de 7 de diciembre de 2018 (rec. de Suplicación núm. 165/2017).

⁶ Así, *ex RD 664/1997 y 665/1997*, ambos de 12 de mayo, que computan como tiempos de trabajo aquellos empleados en el aseo personal del trabajador expuesto, respectivamente, a agentes biológicos (art. 7) o cancerígenos (art. 6).

⁷ Tal es el caso de los ensayos de artistas –art. 8.Uno del RD 1435/1985- y de los entrenamientos de deportistas profesionales –art. 9.1 del RD 1006/1985-.

⁸ La normativa interna contempla alguna definición de estas guardias: así, a tenor del art. 46.1.d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, es “Período de localización”, aquel “período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir”.

empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” y es “periodo de descanso”, en cambio, como ya se ha referido, aquél que no es de trabajo. Conceptos, conviene advertirlo, de Derecho de la UE, por consiguiente –para “garantizar una plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados”⁹-, no susceptibles de interpretación divergente habida cuenta, pese al tenor literal del precepto europeo, las previsiones internas. Y tales conceptos son, así mismo, absolutos y excluyentes de cualquier otra categoría intermedia, amparando, por consiguiente, cualquier modo de prestación de servicios o de descanso: así, periodos de espera, guardias, tiempos de disponibilidad, con o sin presencia física en el lugar de trabajo, etc., o bien conforman tiempo de trabajo, o bien constituyen tiempo de descanso. El concepto “tiempo de trabajo”, dicho de otro modo, se concibe en contraposición al de periodo de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos”¹⁰.

Y resulta especialmente reseñable el esfuerzo de la jurisprudencia del TJUE por subsumir en los conceptos clásicos “tiempos de trabajo” y “tiempos de descanso” nuevos modos de prestación de servicios. Así sucedió respecto de las ya referidas guardias de presencia, en que, como se ha adelantado, el trabajador se estima en tiempo de trabajo. Para llegar a tal conclusión el TJUE procede a una reinterpretación del citado art. 2 de la Directiva 2003/88/CE y retiene como elementos identificativos del tiempo de trabajo dos de los tres requisitos enumerados por la norma europea: por un lado, la puesta a disposición del empresario y, por otro lado, la presencia física del trabajador en el centro de trabajo o en aquel preciso lugar señalado por el empleador –resultando, pues, secundario el efectivo desarrollo de funciones o tareas, al reconducirse estas, de algún modo, a la citada puesta a disposición¹¹-. Correlativamente y en virtud de idéntica argumentación, no es tiempo de trabajo, como también se adelantó, el transcurrido en las denominadas guardias de localización, en que salvo estipulación de periodos de respuesta extremadamente breves¹², el trabajador se halla a disposición del empresario pero fuera de las instalaciones de la empresa, en el lugar escogido, con cierto margen de maniobra, por aquél¹³. De modo que, con la salvedad indicada, de pactarse

⁹ SSTJCE de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas.

¹⁰ Nuevamente, STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco, así como, anteriormente, STJCE de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger. Destacando dicha característica, *vid.*, Segoviano Asturburuaga, M. L., “Jornadas, descanso, trabajo efectivo”, en AA.VV. (Casas Baamonde, M^a. E., Dir.), *Derecho Social Europeo*, Lefebvre, Madrid, 2018, p. 915.

¹¹ Dicho posicionamiento del Tribunal puede consultarse en las SSTJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas.

¹² Tan sólo 8 minutos en el Asunto C-518/15, Matzak, STJUE de 21 de febrero de 2018.

¹³ Circunstancias en que los trabajadores “pueden organizar su tiempo con menos limitacio-

guardias de localización, sólo el tiempo de efectiva prestación de los servicios, tras requerimiento del empleador, constituye tiempo de trabajo.

Conviene así reparar en la virtualidad atribuida al elemento locativo, por un lado, revelador de un tiempo de trabajo y, por otro lado, excluyente de un verdadero y efectivo tiempo de descanso, útil al objetivo último de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Pues, precisamente el elemento locativo se torna irrelevante en el caso de prestaciones de servicios realizadas, por medio de las TICs, a distancia.

En ocasiones, con todo, el Tribunal Europeo atiende aquellas nuevas realidades fruto, precisamente, de la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos de producción de bienes y servicios, reinterpreta los elementos configuradores del “tiempo de trabajo”, lugar de trabajo inclusive. Un ejemplo de ello es el conocido como Asunto Tyco, del que acostumbra destacarse –así se ha hecho también en el marco del presente análisis- la doctrina a cuyo tenor, a falta de centro de trabajo fijo, el tiempo de desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta la sede del primer cliente –y, a la inversa, al finalizar la jornada, desde el lugar de la última intervención hasta su residencia- debe calificarse como tiempo de trabajo, pero del que cabe extraer otras destacadas enseñanzas. Debe así repararse en que el litigio trae causa de un nuevo modo de organización del trabajo –prescindiendo de delegaciones empresariales de carácter local y vinculando a todos los trabajadores a unas únicas oficinas centrales-, a su vez, fruto de la implementación de nuevas tecnologías, en concreto, dos aplicaciones informáticas, a disposición del trabajador vía teléfono móvil, a través de las que la empresa ejerce su poder de dirección: pues, una le permite asignar a cada trabajador la hoja de ruta diaria y la otra le reporta las intervenciones realizadas y las incidencias, en su caso, generadas. Y dichas circunstancias, determinantes de la desaparición de un centro de trabajo fijo o habitual al que vincular el elemento locativo, precisamente conducen a una reformulación de este, de modo tal que el trabajador se halla “en el trabajo” durante el desplazamiento. Por lo que, si bien el Tribunal no lo refiere explícitamente de este modo, al reconducir un requisito de orden físico –la presencia en un lugar concreto y determinado- a un tramo temporal –el tiempo de desplazamiento-, a la postre resta relevancia o matiza, en determinados contextos, el elemento locativo. En el caso de ejercicio, a distancia,

nes y dedicarse a sus asuntos personales”, SSTJCE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-303/98, SIMAP, y de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, así como, en el ámbito interno STS de 27 de enero de 2009 (rec. de Casación núm. 27/2008), cuya doctrina, por cierto, probablemente deba revisarse a la luz del referido Asunto Matzak.

del poder de dirección –alternativa precisamente facilitada por las TICs-, el requisito de presencialidad, por consiguiente, pierde notable virtualidad.

Y tal línea de tendencia parece apreciarse, así mismo, en otro orden de resoluciones: así, al matizarse la hasta entonces inquebrantable doctrina jurisprudencial –más arriba referida- relativa a la configuración de la guardia de localización como tiempo de descanso. Posicionamiento, como se recordará, sustentado, nuevamente, en un elemento locativo: en este caso, la no presencia del trabajador en el centro de trabajo o, desde otra perspectiva, su ubicación, al tiempo de la guardia localizada, en el lugar libremente designado, a menudo, el domicilio. El brevísimo tiempo de respuesta impuesto a un trabajador –al que se exige hallarse en el centro de trabajo en “8 minutos en condiciones de tráfico fluido”-, con todo, ha conducido al Tribunal a introducir una excepción a la referida construcción, en cualquier caso, como destaca la Sala, aún vigente. Así, en dichas circunstancias –sin duda, especialísimas-, más allá del elemento locativo puro, el TJUE atiende, a efectos de calificación de tan peculiar guardia de localización como tiempo de trabajo, a un elemento nuevo: la limitación, objetiva o de facto, de las posibilidades del trabajador de atender, durante el periodo de guardia, a “intereses personales y sociales” como consecuencia de la restricción temporal –y, correlativamente, geográfica- impuesta por el empleador¹⁴. La argumentación, ciertamente, no permite resultados, como hasta ahora, homogéneos y conduce a la necesaria distinción entre guardias de localización sujetas a un grado de restricción compatible con una notable libertad de movimiento del trabajador –supuesto en que se configurarían como tiempo de descanso¹⁵- y guardias de localización, en cambio, de restricción, temporal y/o geográfica, intensa, por el contrario del todo incompatibles con la referida libertad –circunstancia en que la calificación será de tiempo de trabajo-. Pese a ello, debe repararse en el elemento interpretativo ahora enfatizado a efectos de deslinde entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso: el grado de constricción de la libertad del trabajador para determinar en qué, dónde o cómo disfruta de su tiempo de no trabajo. De modo que al igual que el efectivo desempeño de tareas o la intensidad y rendimiento del trabajo prestado, también la presencia física en el lugar de trabajo parece, ahora, intrascendente¹⁶. En última instancia, pues, y si bien otras circunstancias coadyuven asimismo a la calificación, la disponibilidad del trabajador para prestar sus servicios bajo

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2018, Asunto C-518/15, Matzak.

¹⁵ Por ello, la jurisprudencia europea en análisis no es objeto de aplicación a toda guardia de localización: así, manteniendo que esta última es tiempo de descanso –en el caso de trabajadores del sector de prevención y extinción de incendios compelidos a “presentarse completamente equipado[s] en el punto de encuentro en el plazo máximo de treinta minutos desde el momento en que se le comunique”-, *vid.* STSJ de Madrid de 25 de julio de 2018 (rec. de Suplicación núm. 326/2018).

¹⁶ En dicho sentido, Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, TRABAJO Y DERECHO, 43-44/2018, p. 2.

las órdenes e instrucciones empresariales se erige en el criterio clave del test de identificación del tiempo de trabajo. El argumento, por lo demás, si bien de aplicación novedosa a la guardia de localización, no es nuevo: fundamentó asimismo, en esencia, las configuraciones como tiempo de trabajo, más arriba referidas, de guardias presenciales y tiempos de desplazamiento¹⁷.

2.2. Las herramientas de control y protección

2.2.1. *El registro de jornada*

Muestra del interés que sigue despertando la variable “tiempo de trabajo” son las reformas en la materia recientemente implementadas, respuesta a realidades cuando menos preocupantes: así, por RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, por el que se impone a la empresa la obligación de garantizar “el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora” (art. 34.9 ET). Una intervención, por la vía de urgencia, que pretende mitigar vulneraciones masivas en materia de tiempo de trabajo –jornadas que rebasan límites a priori infranqueables o realización de horas extraordinarias no remuneradas, entre otras¹⁸- y que pone fin a un intenso debate acerca del alcance de la obligación de registro contemplada por el art. 35.5 ET¹⁹. Controversia, en última instancia zanjada, aun extemporáneamente, por el TJUE –STJUE de 14 de mayo de 2019-, cuyo novedoso enfoque merece aquí destacarse: interpelado el Tribunal sobre la conformidad de la práctica estatal con la Directiva 2003/88 –en relación con la Directiva Marco 89/391/CE y con el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales-, concluye que la obligación de implantación de un sistema “objetivo, fiable y accesible” de cómputo de la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador se desprende del deber general, de Estados Miembros y empresarios, de velar por la seguridad y salud de los trabajadores –apartado 62-, también comprometidas por prolongaciones excesivas de la jornada de trabajo y correlativas vulneraciones de los derechos de descanso. Una fundamentación, debe destacarse, no exenta de implicaciones,

¹⁷ Así, “En los tres casos, resulta esencial esta limitación de la libertad personal del trabajador en el marco de una relación contractual laboral para descartar el período de descanso y afirmar el tiempo de trabajo efectivo, más allá de la realización de actividad profesional real y la presencia o no el centro de trabajo”, Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, op. cit., p. 2.

¹⁸ Son ilustrativos, en dicho sentido, los datos de la EPA de 2018 señalados por la propia Exposición de Motivos del RD.

¹⁹ Protagonistas destacados del citado debate fueron la AN –SSAN de 4 de diciembre de 2015 (caso Bankia, Proc. núm. 301/2015), 19 de febrero de 2016 (caso Abanca, Proc. núm. 383/2015) y de 6 de mayo de 2016 (caso Sabadell, Proc. núm. 59/20169)- y el TS –STS de 23 de marzo de 2017 (caso Bankia, Rec. Casación núm. 81/2016), cuya doctrina reiteran las SSTS de 20 de abril de 2017 (caso Abanca, Rec. Casación núm. 116/2016) y de 20 de diciembre de 2017 (caso Sabadell, Rec. núm. 206/2016)-.

señaladamente a efectos de determinación del alcance subjetivo de la obligación de registro: sustentada en el “derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal” –apartados 30 y 32-, su aplicación a cualquier sector y modo de prestación de servicios –inclusive, on line o a distancia- parece indubitada.

Tal es, por otro lado, una consecuencia obligada de la sujeción a las normas estatutarias mínimas en materia de tiempo de trabajo de todo asalariado, inclusive de aquel parcialmente deslocalizado y también del trabajador a distancia –igualmente, en la modalidad telemática de teletrabajo-²⁰. Este último, en efecto, tiene reconocido, *ex art.* 13 ET, iguales derechos que los trabajadores presenciales y protección adecuada en materia de seguridad y salud. Por lo que la flexibilidad inherente a tales modos de prestación de servicios en modo alguno puede obstaculizar la limitación del tiempo de trabajo y su correlativo control: toda prestación laboral, por definición, debe ser determinable²¹, a falta de otros módulos de fijación de la cantidad de trabajo debido, temporalmente. La obligación de registro, por consiguiente, se configura con carácter universal, alcanzando, en cualquier sector de actividad, a la totalidad de los trabajadores²², inclusive ““móviles”, comerciales, temporales, trabajadores a distancia o [en] cualesquiera otras situaciones en las que la prestación laboral no se desenvuelve, total o parcialmente, en el centro de trabajo de la empresa”²³. Y al igual que para otros trabajadores, el control del tiempo de trabajo es responsabilidad del empleador, sobre el que recae la obligación de implementación del correspondiente sistema de registro²⁴ del “horario” concreto de “inicio” y “finalización” de la “jornada de trabajo”, de conformidad, en su caso, con los métodos de organización y documentación dispuestos por la negociación colectiva o, en defecto de regulación convencional, previa consulta de estos extremos con los representantes de los trabajadores.

La dificultad estriba, en primer término, en la vinculación del cómputo a la presencia física del trabajador en un determinado lugar: el “puesto de trabajo” *ex art.* 34.5 ET o, habida cuenta la interpretación flexible de este último, el centro de trabajo, sumando, en su caso, tiempos de desplazamientos. Por lo que, como es lógico, también el recurso a dispositivos móviles habrá de determinar una interpretación flexible de la norma que salve el obstáculo del elemento espacial.

²⁰ En dicho sentido, ya la AN señaló que “resulta irrelevante también, que algunos de los trabajadores no realicen su jornada total o parcialmente en los locales de la empresa”.

²¹ Iguartua Miró, M. T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, TEMAS LABORALES, 147/2019, p. 131.

²² Ello sin perjuicio de la introducción de especialidades, respecto de sectores, trabajos y categorías profesionales que así lo requieran, *ex art.* 34.7 ET.

²³ Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (<http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>).

²⁴ Es de reseñar, en dicho sentido, la reforma del art. 7.5 LISOS.

No puede, con todo, dejar de apuntarse la necesidad de una reforma que sustituya este último por un concepto más abierto comprensivo de las nuevas realidades.

Desde una perspectiva práctica, caben, a priori, también en el caso de prestaciones de servicios sustentadas en TICs, múltiples procedimientos de registro, en cualquier caso de carácter “diario”²⁵: sistemas manuales en soportes más o menos sofisticados –hojas o libros de registro o inserción por el propio trabajador de los datos de su jornada- o, como es esperar en el caso de trabajadores que desempeñan toda o parte de su jornada on line, informatizados –registro de encendido y apagado del dispositivo informático o de la conexión a la correspondiente plataforma, programa o aplicación-. De modo que también en el caso de trabajos deslocalizados –en ocasiones, incluso, con mayor facilidad-, la fiabilidad de los sistemas de control puede verse comprometida: bien por la articulación por el empleador de mecanismos de manipulación de los registros o por verse compelido el propio trabajador a confeccionar datos falsos²⁶.

Y la utilidad del registro es más cuestionable aún en el caso de trabajadores formalmente presenciales –sin reconocimiento formal de teletrabajo alguno-, que, no obstante, se hallan compelidos, por el empleador mismo o por clientes de la empresa a responder, al margen de su jornada de trabajo, en muchas ocasiones a cualquier hora, a requerimientos varios. Registrada su jornada en el centro de trabajo *ex art.* 34.9 ET, desarrollan, ya fuera de este y al margen de todo control, una suerte de guardia de localización, sin reconocimiento ni compensación –ni por el tiempo de trabajo efectivo en su caso realizado-. Tal situación –de elevada flexibilidad y disponibilidad, fruto del deber de conexión constante-, pretende atajarse, precisamente, vía reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

2.2.2. *El derecho a la desconexión digital*

Para blindar un mínimo tiempo de no trabajo, que ahora ha de resultar así mismo inmune a nueva suerte de injerencias empresariales –telemáticas, por medio de TICs-, surge, siguiendo tal vez la senda del Derecho laboral francés²⁷, el denominado “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, hoy por hoy, objeto de reconocimiento expreso *ex arts.* 20 bis ET y 88.1 LO 3/2018²⁸. Así, “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente

²⁵ Pues tal es el único requisito expresamente exigido por la norma.

²⁶ Iguartua Miró, M. T., “La obligación de registro de la jornada...”, *op. cit.*, p. 147.

²⁷ *Ex art.* L.2242-8 del Código de Trabajo, reformado por Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 (*Loi Travail*).

²⁸ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales.

establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” –art. 88.1-. Y recuerda, así mismo, el legislador el evidente vínculo con el derecho a la conciliación, instando a que las “modalidades de ejercicio” del derecho a la desconexión “potencien” aquél –apartado 2-. Y es que siendo relevante el reconocimiento legal operado, tal vez el llamado “derecho a la desconexión digital” no sea tal en sentido estricto, conformando, en realidad, la concreción o, según refiere literalmente la norma reproducida, la garantía de otros derechos clásicos en la órbita social²⁹: así, del derecho al descanso y del derecho a la intimidad personal y familiar –expresamente referidos por los citados arts. 88.1 LO 3/2018 y 20 bis ET-, pero también del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, todos ellos, por cierto, a su vez dotados de dimensión constitucional³⁰.

Pero más allá del debate teórico –y sin perjuicio de sus notables repercusiones prácticas-, el análisis de las normas referidas –en el marco del presente estudio, necesariamente breve- permite realizar las apreciaciones básicas que pasan a referirse. Ni la LOPD ni el ET definen en modo alguno el contenido del derecho a la desconexión digital, cuya materialización, en cualquier caso, se intuye plural o diversa. Pues la norma–art. 88.2- refiere expresamente la posible configuración de “modalidades de ejercicio” del derecho, bien por convenio colectivo, bien, en defecto de este, por acuerdo de empresa. Y contempla así mismo el legislador la elaboración por el empresario de una “política interna”, a su vez comprensiva de dos extremos: nuevamente, “modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”, así como “acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Por lo que, sin duda, son válidas múltiples fórmulas de implementación del derecho, requiriendo la norma un resultado –la desconexión-, pero sin imponer –ni sugerir siquiera- mecanismo alguno para alcanzar el mismo³¹. Ciertamente, es comprensible una configuración flexible –que permita la adaptación a las concretas circunstancias concurrentes, siguiendo la letra de la Ley, “a la naturaleza y objeto de la relación laboral”-, pero no lo es, en cambio, el silencio mantenido a falta de regulación convencional o vía acuerdo

²⁹ *Vid.* esta concepción en Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: la ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, TL, 138/2017, p. 249 y siguientes, así como p. 281; Vallecillo Gámez, M. R., “EL derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, RTSS, CEF, 408/2017, p. 167; y, más recientemente, ya aprobada, la Ley 3/2018, Blázquez Agudo, E. M., “Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos”, TyD, 50/2019, p. 9

³⁰ *Ex* arts. 15, 40 o 43 –en el caso del derecho al descanso-, *ex* art. 18 –que expresamente reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar- y *ex* arts. 14 y 39 –en cuanto al derecho a la conciliación, cuya relevancia constitucional ha sido destacada por el TC (STC 3/2007, de 15 de enero)-.

³¹ Iguartua Miró, M. T., “El derecho a la desconexión en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, RTSS, CEF, 432/2019, p. 66.

de empresa. Pues tampoco en este supuesto, ofrece el legislador, ni siquiera con carácter subsidiario, contenido mínimo alguno. Y menos aún prevé la norma un deber empresarial de no intervención o abstención –así, de remisión de comunicaciones-, ni, por supuesto, la articulación de mecanismos verdaderamente garantistas, que, en tiempo de descanso del trabajador, restrinjan su acceso a los dispositivos electrónicos o interrumpan la comunicación con la empresa –mecanismos, conviene remarcarlo, desde una perspectiva tecnológica al alcance del empleador-.

Y si bien determinados colectivos han merecido especial mención –directivos y trabajadores a distancia-, respecto de otros, sin duda en situación más vulnerable, la virtualidad o eficacia de la norma es cuando menos cuestionable: tal es el caso de aquéllos que, bien en el marco de una relación laboral –trabajadores a tiempo parcial-, bien inactivos, se hallan, a la espera de trabajo, permanentemente conectados. Pues, para estos últimos en particular, el derecho a la desconexión digital es, pese a su regulación, una “quimera”, al radicar precisamente en la conectividad sus oportunidades de empleo³².

Finalmente, pese a erigirse la hiperconexión en riesgo para la salud, forzoso resulta constatar la carencia de un enfoque verdaderamente preventivo, lo que obliga a recurrir a las normas generales en la materia (señaladamente, al art. 14 LPRL), como es sabido ideadas para entornos productivos más tradicionales³³. De modo que, reconocido legalmente el derecho subjetivo a la desconexión digital –tal avance es innegable- y encomendada su puesta en práctica a la negociación colectiva –lo que parece una alternativa razonable-, los escasos mimbres proporcionados por el legislador –que ni orienta al negociador, ni proporciona soluciones de aplicación subsidiaria- amenazan la efectividad misma del derecho.

3. PONDERACIÓN CRÍTICA: ¿SON EFICACES LAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL TIEMPO DE NO TRABAJO?

Pese al transcurso de los años y a la consolidación de nuestra disciplina, el tiempo de trabajo, al igual que en los albores de aquélla, se erige nuevamente, bien adentrado el siglo XXI, en una de las grandes cuestiones laborales del momento. Mercado y clientes exigen, hoy por hoy, una atención inmediata que las TICs ponen a su alcance. A través de estas, en efecto, empresas y, consecuentemente, trabajadores se hallan en disposición, respectivamente, de prestar servicios y de trabajar desde cualquier lugar y a cualquier hora. El impacto en la variable tiempo

³² Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación...”, op. cit. p. 282.

³³ Iguartua Miró, M. T., “El derecho a la desconexión...”, op. cit., p. 74.

de trabajo es cuantitativo –habida cuenta la prolongación, recorte o fragmentación de las jornadas propiciados-, pero también cualitativo –al proyectarse los nuevos tiempos de trabajo sobre periodos, diarios o semanales, hasta el momento tradicionalmente dedicados al descanso-, diversificándose los modos de organización de los tiempos de trabajo³⁴. En el nuevo contexto, por consiguiente, el Derecho de Trabajo, en su labor de acompañamiento de las revoluciones tecnológicas, ha de perseguir que las herramientas telemáticas no impliquen una constante o desmesurada puesta a disposición del trabajador, sujeto, vía TICs y sin correlativa compensación, a una permanente dependencia telemática.

Desde una perspectiva jurídico-laboral, la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, antaño marcada por la separación y alejamiento físicos del trabajador de su centro de trabajo, se desdibuja. En el caso de trabajadores sujetos a una alta disponibilidad, el criterio clásico de identificación del tiempo de trabajo efectivo con aquél en que el trabajador se halla en su puesto de trabajo –art. 34.5 ET- resulta insuficiente, pues no garantiza el respeto de los derechos de descanso –ni, por consiguiente, una protección efectiva de su seguridad y salud-, y amenaza con romper la conmutatividad del contrato, ahora más gravoso para el trabajador.

Ante el reto de la conjugación de variables antagónicas –por un lado, la atención inmediata de la demanda de bienes y servicios y la alta disponibilidad de los trabajadores y, por otro lado, la limitación de la jornada, la salvaguarda de los descansos y la protección de la salud de los trabajadores-, la jurisprudencia del TJUE, con todo, demuestra cierta capacidad de respuesta. Debe así repararse, en primer término, en la elasticidad y adaptabilidad de las categorías “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: aún sin contemplarse categorías intermedias, ambos conceptos se hallan, en efecto, en proceso de evolución. Los elementos identificativos clásicos –la efectiva prestación de servicios (elemento funcional) en el lugar de trabajo (elemento locativo)-, en ocasiones revelados en exceso rígidos, se hallan en retroceso, ganando protagonismo un factor más elástico y acorde a los nuevos modos de prestación de servicios: la situación de puesta a disposición del trabajador para ejecutar, a demanda del empleador y bajo sus órdenes, la tarea o función pactada³⁵, circunstancia, por cierto, consustancial al trabajo por cuenta ajena y dependiente. Tal construcción, en efecto, tal vez permita dar cabida a aquellos tramos temporales, en que, aún sin configurarse formalmente como guardias de localización, el trabajador se halla presto a atender los requerimientos de su empleador, inclusive a distancia –telefónicamente o, como

³⁴ Casas Baamonde, M. E., “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN, 4/2017, p. 5.

³⁵ *Vid.*, en dicho sentido, STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 1249/2017).

es cada vez más frecuente, telemáticamente-. Atendiendo al grado de restricción de la libertad del trabajador para disponer de su tiempo –para atender responsabilidades familiares o personales o para descansar-, tales tramos de disponibilidad o conexión, o bien serán tiempo de descanso –sin perjuicio de la configuración como tiempo de trabajo y de la consiguiente remuneración de la efectiva prestación de servicios desempeñada-, o bien serán tiempo de trabajo –con las consiguientes implicaciones en términos de reformulación de descansos mínimos, así como de carácter retributivo-.

Otra alternativa, ante la complejidad de la construcción, tal vez determinante de una huida del Derecho del Trabajo –hacia el trabajo autónomo, en ocasiones de modo fraudulento-, pasa, según algunos autores, por la implementación de fórmulas intermedias, superando la concepción binaria trabajo/descanso: en concreto, “tiempos de presencia digital”, objeto de cierta compensación económica³⁶. Y es que, tal vez, efectivamente, proceda ampliar la concepción misma de presencia, abarcando esta la tradicional presencia física y, asimismo, una suerte de presencia digital o virtual. Ambas, con todo, deben, a nuestro entender, estimarse constitutivas de tiempo de trabajo y consiguientemente retribuirse –eso sí, no necesariamente de igual modo o en igual cuantía-.

Y deben reseñarse así mismo las limitaciones de las herramientas de control y garantía de tiempos de trabajo y de descanso: respectivamente, el registro de jornada y el derecho a la desconexión digital. Si bien deben, con carácter general, valorarse positivamente al encarar, respectivamente, la contención del tiempo de trabajo y procurar el blindaje de descansos –tal construcción articulada es en sí mismo reseñable-, las lagunas son aún muy notables. Señaladamente en contextos marcados por el recurso a las TICs, la eficacia y fiabilidad de los registros resultan muy comprometidas. Y no pueden obviarse las notables carencias en que incurre la regulación interna del derecho a la desconexión digital, cuyos posibles contenidos o materializaciones prácticas no desvela el legislador.

Por todo ello, parece necesario emprender la regulación de los nuevos tiempos de trabajo, todos ellos ya temporalmente flexibles, pero en gran medida desprotegidos habida cuenta la pervivencia de construcciones arraigadas a conceptos en muchas circunstancias obsoletos –la presencia física del trabajador, el lugar y puesto de trabajo- y, por consiguiente, ya muy alejadas de los nuevos modos de producción y prestación de servicios. Para ello, intervenciones puntuales –implementando la obligación de registro de la jornada diaria o el derecho a la desconexión digital- se revelan insuficientes. Los intereses en juego, sin duda, exigen una profunda y pausada reflexión en la materia, que aboque a una reforma integral y coherente del tiempo de trabajo, de manera señalada

³⁶ Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, op. cit., p. 3.

de los mecanismos de flexibilización de aquél –ya respondan a las necesidades empresariales de adaptación a las demandas del mercado (horas extraordinarias, distribución irregular, acumulación de descansos...), ya persigan, a instancia del trabajador, la armonización de facetas profesionales y personales-, procurando equilibrar los intereses de las partes. De ello pende, en primer término, la salud misma del trabajador, muy comprometida por los riesgos psicosociales vinculados a la hiper-flexibilidad, a menudo consecuencia del recurso intensivo a las TICs. Se opera, de este modo y desde otra perspectiva, una presión a la baja en las condiciones de trabajo: de manera señalada, en dos de ellas de especial relevancia, el tiempo de trabajo y el consiguiente salario vinculado al mismo. Roto el equilibrio del contrato, la calidad misma del empleo es otra de las trascendentes variables implicadas en el debate. A la postre, pues, de lo que se trata es de frenar un potente factor de precarización de las relaciones laborales. Por otro lado, habida cuenta la natural dedicación del tiempo de no trabajo a la atención de responsabilidades familiares y de cuidado, el incremento de jornadas y la intromisión del empresario en tiempos de descanso producen el correlativo impacto negativo en los derechos de conciliación, corresponsabilidad e igualdad entre mujeres y hombres. Derechos, conviene advertirlo más comprometidos si cabe en el caso de fórmulas de trabajo flexibles sustentadas en el recurso a las nuevas tecnologías –de modo paradigmático, el teletrabajo-, enfocadas ya por Ley –art. 34.8 ET- a la conjugación de las facetas personales y profesionales.