

El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital

Priscila Martín Vales
Universidad de Salamanca

Fecha de presentación: noviembre 2022

Fecha de aceptación: diciembre 2022

Fecha de publicación: octubre 2023

Resumen

La irrupción de las tecnologías de la información y de la comunicación en las relaciones laborales, unido a la descentralización productiva y de personas, la autonomía de las personas trabajadoras, la hiperflexibilidad, la fragmentación y la reducción de las horas de trabajo, ha conllevado el surgimiento de nuevas modalidades de relaciones laborales y, con ellas, nuevas controversias que han de ser paliadas por el legislador y la negociación colectiva y, en su defecto, por los juzgados y tribunales. Una de sus características es que se han visto difuminados los conceptos de horario y jornada laboral, y, en consecuencia, su afectación en el disfrute real y efectivo del derecho al descanso, a través del derecho a la desconexión digital. Tal transgresión puede producir, a su vez, consecuencias negativas en la conciliación de la vida familiar y laboral, la seguridad y salud laboral y, en definitiva, al trabajado decente. Cuestión que conlleva la necesaria y correcta aplicación del control del registro horario por el empleador para garantizar el disfrute del derecho al descanso efectivo. Por ello, el objetivo del presente estudio es el análisis de la configuración legal, tanto internacional como nacional, y así intentar dar respuesta a los diversos interrogantes que se plantean en las nuevas relaciones laborales de la sociedad 4.0, y, en mayor medida, en relación con el registro horario como instrumento garantizador del derecho a la desconexión digital.

Palabras clave

registro horario; teletrabajo; desconexión digital; tiempo de trabajo; seguridad y salud laboral

Time registration as a control mechanism of the right to digital disconnection

Abstract

The irruption of information and communication technologies in labour relations, together with the decentralization of production and people, the autonomy of workers, hyper-flexibility, fragmentation and the reduction of working hours, has led to the emergence of new forms of labour relations and with them new controversies that must be mitigated by the legislator and collective bargaining and, failing that, by the courts and tribunals. One of their characteristics is that the concepts of hours and working hours have been blurred, and, consequently, so has their impact on the real and effective enjoyment of the right to rest through the right to digital disconnection. Such a transgression can in turn have negative consequences for the conciliation of work and family life, occupational health and safety and, ultimately, decent work. This is a matter that entails the necessary and correct application of the control of the time record by the employer to guarantee the enjoyment of the right to effective rest. Therefore, the objective of this study is the analysis of the legal configuration, both international and national, in order to try to answer the various questions that arise in the new labour relations of society 4.0, and, to a greater extent, in relation to the time record as an instrument of guarantee of the right to digital disconnection.

Keywords

time registration; telecommuting; digital disconnection; working time; occupational health and safety

Introducción

La digitalización de las relaciones laborales conlleva la introducción de mecanismos e instrumentos que dotan de una mayor inmediatez y productividad al capital humano de la empresa. No obstante, tal introducción supone la disminución de la efectividad de los derechos de las personas trabajadoras, además de la aparición de nuevos riesgos relacionados con la seguridad y la salud laboral. Por lo que tanto el legislador como los jueces y tribunales tienen la ardua tarea de compensar tal situación, que ya desde su origen se establece en una desigualdad de partes, en la que la empresa o empleador posee una posición de preeminencia.

Una de las controversias emanada del uso de instrumentos digitales en las relaciones laborales y, en mayor medida, en los supuestos en los que coexista con el horario flexible y con la jornada irregular es que resulta aún más necesario delimitar conceptos claves como «tiempo de trabajo efectivo», «jornada laboral» y «horario laboral», para así garantizar el derecho al descanso efectivo. Por su parte, el significado de tiempo eficaz no es el mismo que el de tiempo efectivo. En un primer momento, podemos afirmar que la eficacia está íntimamente ligada con la productividad o el rendimiento esperado por la empresa. No obstante, el concepto de eficacia hemos de relacionarlo con «la obtención del resultado esperado con un ahorro o economización bien de recursos materiales o bien de tiempo empleado en el desarrollo de la labor» (Quílez Moreno, 2022, pág. 18). En consecuencia, el término eficacia es el que se relaciona con la persona trabajadora, dejando a un lado la idea de eficiencia, que se relaciona con otros medios materiales de la empresa.

1. Aproximaciones al concepto de derecho a la desconexión digital

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales, a través de su artículo 88, se regula por primera vez en nuestro país el derecho a la desconexión digital. Este fue traspuesto al Estatuto de los Trabajadores como artículo 20 bis. Sin embargo, y con posterioridad, tal derecho fue sacado a colación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, del trabajo a distancia, que se encarga, a través de su artículo 18, de desarrollar el derecho a la desconexión di-

gital en el ámbito de las personas teletrabajadoras. Dicho precepto establece una definición más completa de este que el contemplado en el artículo 20 bis LET, siendo esta la «limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables». No obstante, solo se beneficiarán de esta mayor concreción aquellas personas trabajadoras que realicen su prestación de servicios exclusivamente o de forma mayoritaria a través de medios telemáticos. Una cuestión que obedece a las características de la prestación laboral y a la actualidad de la norma.

Sin embargo, pese a ser un derecho regulado por el legislador, este ha dejado en manos de la autonomía colectiva su desarrollo en las empresas. Lo cual ha privado de la efectividad esperada tal derecho, ya que este se ve recogido en unos pocos convenios colectivos, pero con una mayor presencia en los protocolos internos y acuerdos de empresa específicos (Morato García, 2020). Por lo que se puede entender que el citado derecho «no tiene forma», quedando a la espera de su definición y regulación a través de la negociación colectiva (Serrano Argüello, 2022, pág. 194).

El Parlamento Europeo, por su parte, ha señalado que el derecho a la desconexión digital no opera únicamente para aquellas personas trabajadoras que realicen su prestación de servicios exclusivamente a través de medios digitales, sino que se ha de garantizar dicho derecho a todos los trabajadores que utilicen herramientas digitales con fines laborales.

En consecuencia, podemos definir el derecho a la desconexión digital como aquel por el cual las personas trabajadoras pueden desatender comunicaciones, tanto del empleador como de clientes o proveedores, de índole laboral más allá de su jornada laboral, así como a no recibirlas. Por lo que aquellas órdenes o instrucciones realizadas por el empleador, una vez finalizada la jornada laboral del trabajador, deberán considerarse ilícitas, así como las comunicaciones que pudieran emanar de sus superiores o compañeros (Pérez de los Cobos Orihuel, 2019). El mencionado derecho goza de un carácter subjetivo de ejercicio individual, ya que este se traduce en el descanso efectivo del trabajador, tan necesario para su seguridad y salud laborales. En consecuencia, es necesario establecer

cuáles son los parámetros de la jornada laboral y hasta dónde se puede extender, respetando, en todo caso, los descansos contenidos en la norma laboral y que gozan de fuerza de derecho necesario (Serrano Argüello, 2022) mínimo indisponible. Con este se intenta evitar o, en su defecto, reducir en todo lo posible el riesgo laboral de la hiperconectividad y la fatiga informática (Morato García, 2021). Ya que en la faceta privada de la persona trabajadora se producen conexiones digitales que incluso, en algunos casos, pueden llegar a la dependencia, lo que se ha visto agravado tras la pandemia.

2. El tiempo de trabajo y el registro horario

Se entiende como jornada laboral la forma de medición del tiempo durante el cual el trabajador debe estar realizando su prestación de servicios en un determinado periodo de referencia (Igartua Miró, 2018, pág. 43). Por este motivo, la jurisprudencia se ha decantado por entender como horario de trabajo la «distribución en las horas del día de la jornada de trabajo o cantidad abstracta de horas de trabajo a realizar en unas u otras unidades temporales».¹

El legislador europeo, por su parte, se ha pronunciado sobre lo que debe entenderse como «tiempo de trabajo», esto es, «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales».² Mientras que dicho precepto establece una definición negativa del concepto de periodo de descanso: «todo período que no sea tiempo de trabajo».

Las organizaciones internacionales, por su parte, también han delimitado lo que ha de considerarse como jornada de trabajo. Ejemplo de ello lo encontramos en la Guía para establecer una ordenación del Tiempo de Trabajo equilibrada, promulgada por la OIT, en la cual se hace referencia a la noción de tiempo de trabajo decente en relación con cinco dimensiones: tiempo de trabajo saludable; tiempo de trabajo productivo; tiempo de trabajo conveniente

para la familia; igualdad de género a través del tiempo de trabajo; y elección e influencia del trabajador en su tiempo de trabajo (2019). De esta manera, la OIT intenta aunar a las dos partes de la relación laboral, enfocándolas en un beneficio común.

Todo esto nos lleva, inexorablemente, a la relación del concepto de trabajo decente y de «tiempo de» y «tiempo en» el trabajo con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8 de la Agenda 2030. Para ello, se ha de partir de una máxima defendida por la OIT; el trabajo no es una mercancía. No obstante, podemos observar que la definición de dicho concepto no se encuentra delimitada, sino que va a ser diferente según la percepción de los Estados o regiones en función de sus características socioeconómicas y culturales. Empero, lo que se establece como criterios uniformadores de la delimitación del concepto de trabajo decente son los denominados derechos humanos, teniendo como objetivo último la defensa de la dignidad de la persona trabajadora y, por ende, del trabajo digno

2.1. La regulación europea sobre el tiempo de trabajo

Ya en la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se recogen tres elementos contemplados por la doctrina, que son: el elemento locativo, el elemento de subordinación y el elemento del desempeño o rendimiento. Entre estos, el trabajo efectivo -elemento del desempeño o rendimiento- es el que ha evolucionado en mayor medida, al incluir, por ejemplo, los supuestos de disponibilidad de la persona trabajadora, en los cuales no hay prestación de servicio efectiva, sino una mera puesta a disposición de su tiempo en favor de las necesidades de la empresa. Cuestiones de notoria relevancia a la hora de determinar el descanso, los efectos negativos de la falta de este en la salud de la persona trabajadora y la conciliación de la vida familiar y laboral, y, en consecuencia, las medidas que ha de adoptar la empresa (Quílez Moreno, 2022). No obstante, el creciente uso del teletrabajo como modalidad prestacional ha incrementado la difuminación de los tres elementos incluidos en la Directiva 2003/88/CE. Sin embargo, el contenido de tal norma no ha sufrido adapta-

1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2003, recurso 88/2003.

2. Artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo.

ciones a las nuevas realidades laborales, por lo que ha recaído en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea su interpretación y adaptación.³ Por su parte, el elemento locativo es el que se ha difuminado en mayor medida respecto a los otros elementos, debido a la descentralización de las personas trabajadoras y el uso de medios digitales para la prestación laboral (Martínez Yáñez, 2021; Serrano Argüello, 2022). En consecuencia, se ha determinado por la jurisprudencia europea que el sistema elegido por la empresa para llevar a cabo el registro horario deberá ser, en todo caso, objetivo y fiable, teniendo como fin último proteger el derecho a la seguridad y salud laboral.⁴

A raíz de la incursión de las nuevas formas de trabajo y la digitalización en las relaciones laborales, se abrían dos escenarios para la Unión Europea; por un lado, la modificación de la Directiva 2003/88/CE, para adecuarla a los nuevos escenarios laborales, y, por otro lado, la creación de una nueva norma que los regule. En función de lo cual, la Unión Europea se decantó por esta segunda opción al promulgar la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuya fecha máxima de transposición expiró en agosto del año corriente. Y por la cual se sustituye y deroga la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. En consecuencia, cualquier manifestación realizada acerca de las condiciones laborales de una persona trabajadora irá en relación con el contenido de la Directiva 2019/1152.

Dicha directiva tiene como finalidad «mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral» (artículo 1.1); y dar así respuesta y, por ende, desarrollar el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual se señala el derecho de las personas trabajadoras a realizar su prestación de servicio en unas condiciones laborales que res-

peten «su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidos» (Considerando 1). Una cuestión que el legislador europeo enlaza con la obligación de evitar que las condiciones emanadas de la relación laboral den lugar a que estas sean precarias, para lo cual se prohibirá la utilización de modalidades contractuales atípicas y el periodo de prueba de forma abusiva, contenida en el principio número 5 del pilar europeo de derechos sociales.

En el considerando 8, podemos encontrar la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación al concepto de trabajador europeo,⁵ excluyendo a los trabajadores autónomos del ámbito de aplicación de esta directiva. No obstante, sí han de incluirse en dicho ámbito de aplicación los falsos autónomos.

Con la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1125, no solo se refuerza el derecho a la información de las personas trabajadoras, sino que se mejoran sus condiciones de trabajo a través de una mayor transparencia, seguridad y previsibilidad, sobre todo en lo relativo al tiempo de trabajo. No obstante, dichas consecuencias se verán limitadas habida cuenta de la posible exclusión de las personas trabajadoras cuya duración de su contrato de trabajo «sea igual o inferior a tres horas semanales en un periodo de referencia de tres meses» (artículo 1.3). Se ha de tener en cuenta que esta exclusión podrá ser modulada o, incluso, no puesta en virtud de la autonomía de los Estados miembros. No obstante, el Estado miembro no se podrá acoger a dicha opción en los supuestos en los que «no se haya predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que empiece el empleo» (artículo 1.4). Tal disposición se encuentra relacionada con los contratos de cero horas, los trabajos a demanda, a la carta o a llamada, y los contratos de trabajo *if and when*. Los primeros y los últimos se caracterizan por la disponibilidad de la persona trabajadora en favor de la empresa, sin conocer realmente cuál va ser su jornada laboral ni su horario, de manera que «el empleador se pone en contacto con el trabajador y solicita la prestación de sus servicios cuando surge una necesidad empresarial» (Cairós

3. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre 2000, asunto C-303/98 (caso SIMAP); de 9 de septiembre 2003, asunto C-151/02 (caso Taeger); de 10 de septiembre 2015, asunto C-266/14 (caso Tyco); de 21 de octubre 2010, asunto C-227/09 (caso Accardo); de 30 de mayo 2013, asunto C-342/12 (caso Worten); y de 21 de febrero 2018, asunto C-518/15 (caso Matzak), entre otras.

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18.

5. «Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices».

Barreto, 2021b, pág. 142). Por su parte, la persona trabajadora puede decidir si acepta o no prestar sus servicios cuando lo demande la empresa -cuestión altamente similar lo encontramos en los *riders*-, sin embargo, este derecho de opción se ve mermado ante la imposibilidad del conocimiento previo de las horas totales de su jornada y horario, y, por ende, de su retribución. Lo cual dificulta enormemente el registro horario y el cumplimiento del derecho a la desconexión digital contenido, este último establecido en virtud de la aplicación del artículo 88.1 del Reglamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Así pues, el legislador europeo considera esencial la determinación de lo que considera «horas y días de referencia»⁶ y «patrón de trabajo»⁷ (artículo 4). Lo cual atisba unas consecuencias de calado en nuestro ordenamiento en relación con las horas extraordinarias y las horas complementarias (Fontinopoulo Basurko, 2016), así como en lo concerniente a la distribución irregular de la jornada, ya que lo que realmente contrata la empresa es la disponibilidad de la persona trabajadora.

No obstante, en lo relativo a las personas trabajadoras en plataformas digitales, esta directiva no ha sido capaz de abordar tal cuestión, ya que supone uno de los grandes desafíos, presente y futuro, de la regulación laboral (Carós Barreto, 2021b), y en mayor medida respecto a la delimitación del tiempo de trabajo y, con ello, al derecho a la desconexión digital y al descanso efectivo. Respuesta diferente la encontramos dentro de nuestro interno, con la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores, con la inclusión de las personas trabajadoras en plataformas digitales y con el establecimiento de las garantías derivadas las singularidades de su prestación de servicios.

2.2. El registro horario como mecanismo de control del descanso efectivo

La obligatoriedad empresarial de llevanza del registro horario de las personas trabajadoras es un instrumento

necesario para comprobar las horas de trabajo efectivo realizadas por estas, tanto ordinarias como extraordinarias, siendo la determinación de estas últimas más complicada,⁸ ya que, únicamente cuando se determinan los límites de la jornada ordinaria, se pueden señalar qué horas efectivamente realizadas corresponden a las horas extraordinarias (Morales Váñez, 2016). No obstante, el Tribunal Supremo⁹ (con votos particulares) señaló que no constituía una obligación la llevanza del registro horario de todas las personas trabajadoras para determinar si se cumplían los horarios marcados por la empresa, siendo las horas extraordinarias las únicas que deben ser registradas por esta. Este supuesto se vio modificado con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, en el que se introduce el deber de la empresa de incluir el horario concreto de inicio y fin de la jornada de trabajo a través del registro diario de la jornada, debiéndose conservar este durante los cuatro años siguientes; sin perjuicio, claro está, de aquellos supuestos en los que la persona trabajadora se acoja al horario flexible. De manera que,

«el registro de jornada se configura como una obligación de carácter documental, sirviendo como instrumento útil para garantizar el cumplimiento de elementos fundamentales del contrato de trabajo: a. - el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de salario (art. 4 f) E. T) y cotización [...]; b. - el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos laborales relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, en garantía de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 4 d) E. T); c. - y finalmente, el cumplimiento por parte del trabajador de su prestación laboral, (art. 5 E. T), máxime en el supuesto habitual en que el salario base se fije por unidad de tiempo con arreglo al art. 26.3 del E. T [...]».¹⁰

Asimismo, en los supuestos en los que la persona trabajadora disfrute de un horario flexible, sería conveniente que se indicara previamente al inicio de dicha jornada cuál es el horario que va a realizar con «carácter orientativo» (Selma Penalva, 2022), para, con ello, garantizar el derecho a la desconexión digital. Por lo cual, en estos supuestos gozaría de una mayor relevancia el registro horario a

6. «Los tramos horarios en días específicos durante los cuales puede tener lugar el trabajo previa solicitud del empleador».

7. «La forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador».

8. Por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección primera, núm. 25/2016, de 19 de febrero. ECLI:ES:AN: 2016:389.

9. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 246/2017, de 23 de marzo. ECLI: ES:TS: 2017:1275.

10. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 104/2021, de 10 de mayo. ECLI:ES:AN: 2021:1855. Fundamento de Derecho 4.º.

través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que fue efectivo para lograr dicho objetivo.

De la determinación del tiempo de trabajo y, por consiguiente, de la jornada laboral dimanan diferentes controversias sobre su inclusión o no dentro de dichos conceptos. Para lo cual, ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando, caso por caso. Así, por ejemplo, se establece como tiempo efectivo de trabajo el empleado en la realización de reconocimientos médicos;¹¹ o «el tiempo de desplazamiento diario entre el domicilio del trabajador y los centros del primer y del último cliente cuando dichos trabajadores carecen de un centro de trabajo fijo o habitual»¹² (Quílez Moreno, 2022, pág. 11). En contraposición, encontramos diversas sentencias de fallos opuestos donde se ha establecido que no han de considerarse tiempo de trabajo efectivo los tiempos empleados en el transporte al centro de trabajo,¹³ entre otros. No obstante, el Tribunal Supremo sí ha considerado como tiempo de trabajo los desplazamientos de los trabajadores desde su domicilio hasta el domicilio del cliente, siempre y cuando utilizase el vehículo de la empresa.¹⁴

Dicha situación da un giro de ciento ochenta grados con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2019, de 8 de marzo, y posteriormente la Ley 10/2021, por la que el legislador erradica cualquier disparidad de opiniones, y recoge la obligación del empleador del registro diario de jornada, incluyendo los supuestos de jornada flexible. De manera que se ha de diferenciar entre lo que se entiende por jornada de trabajo y por jornada diaria, siendo esta última «la suma del tiempo de trabajo efectivo más el tiempo de descanso» (Igartua Miró, 2019, pág. 133). Sin embargo, la Ley 10/2021 dota de una mayor autonomía a la negociación colectiva, en la que recae la mayor parte del peso de la regulación del registro horario, mientras que el Estatuto de los Trabajadores aboga por que dicho registro horario se pueda realizar por decisión unilateral del empleador,¹⁵ previa consulta de los representantes de las personas trabajadoras. En esta situación debemos plantearnos si se debe acudir a la negociación colectiva únicamente cuando nos encontremos en el ámbito de aplicación de la Ley

10/2021 y dejar a voluntad del empresario en el resto de los supuestos. En aras de acudir a la interpretación más favorable a la persona trabajadora y al texto literal del precepto estatuario, podemos indicar que, en primer lugar, tendría presencia la autonomía colectiva y, en su defecto, la decisión unilateral del empleador, previo periodo de consultas con la representación de los trabajadores.

En consecuencia, podemos afirmar que el registro horario constituye una medida de prevención de riesgo laboral en el marco de las relaciones laborales (Luque Parra, 2021), siendo en el teletrabajo y en el horario flexible donde su relevancia sea mayor.

3. El registro horario como instrumento esencial para la protección del derecho a la desconexión digital

Por su parte, el derecho a la desconexión digital se ha de relacionar con la obligación empresarial de efectuar el registro horario de las personas trabajadoras que realizan su prestación de servicios en esta, con la finalidad de constatar el tiempo efectivo de prestación de servicios que esta ha dedicado a la empresa (Selma Penalva, 2022). No obstante, tal derecho al control de la jornada de la persona de la trabajadora no es ilimitado, sino que este está limitado al ejercicio del derecho a su intimidad. Hemos de tener en cuenta que el registro horario puede ser utilizado como instrumento probatorio¹⁶ del posible incumplimiento por parte del empleador y desplegar así sus efectos (Velasco Portero, 2020). El legislador español le dota de una posición de preeminencia en los supuestos en los que la persona trabajadora afectada sea teletrabajadora (Sanguinetti Raymond, 2021).

Selma Penalva va más allá y considera la inobservancia del derecho a la desconexión digital como una «forma *sui*

11. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 26/2020, de 2 de marzo. ECLI:ES:AN: 2020:147.

12. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Secc. 1.ª, núm. 617/2021, de 9 de junio. núm. 617/2021. ECLI:ES:TS: 2021:2419.

13. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 784/2019, de 19 de noviembre, recurso núm. 1249/2017. ECLI:ES:TS:2019:3880.

14. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 605/2020, de 7 de julio, recurso núm. 208/2018. ECLI:ES:TS:2020:2330.

15. Ver Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, núm. 144/2019, de 10 diciembre, núm. de recurso 232/2019, ECLI:ES:AN:2019:4555.

Por la cual la Sala estimó el método escogido unilateralmente por el empleador para llevar a cabo el registro horario.

16. Ver Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo social, núm. 82/2019, de 20 de junio, núm. 115/2019, ECLI:ES:AN:2019:2570.

géneris de realización de horas extraordinarias a favor de la empresa» (Selma Penalva, 2022, pág. 9). Para paliar tal cuestión y dar, por ende, respuesta a tal controversia, podemos utilizar a la representación de las personas trabajadoras como mecanismo de control dichas situaciones. Tal mecanismo cobra una mayor importancia en los supuestos en los que la distribución de la jornada laboral sea irregular, o se haya pactado una jornada flexible. Ya que la falta de delimitación de la jornada laboral unido a la trasgresión del derecho a la desconexión digital conlleva la disponibilidad absoluta de la persona trabajadora y, con ello, la inobservancia de los derechos al descanso efectivo, la seguridad y salud, de un trabajo digno y de una adecuada remuneración, entre otras causas.

Por su parte, la Ley 10/2021, a través de su artículo 18, establece la obligación de la empresa de, en primer lugar, garantizar el cumplimiento de la normativa relativa al tiempo de trabajo y al descanso efectivo, y, en segundo lugar, en relación con el deber de seguridad y salud laboral, los empresarios estarán obligados a elaborar políticas internas, incluyendo al personal directivo (Morato García, 2021; Luque Parra, 2021), orientadas a acciones de formación y sensibilización del uso de las herramientas tecnológicas, así como de las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital. De manera que dicho protocolo deberá incluirse en su plan de prevención, siendo su incumplimiento constitutivo del deber de seguridad y salud (González Labrada, 2019).

La autonomía colectiva goza de especial preeminencia a la hora de salvaguardar el derecho a la desconexión digital, tanto por su ejercicio como por su efectividad. Por este motivo, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, se procede a regular a través de la negociación el ejercicio de este derecho.¹⁷ El Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro, en su artículo 107, dedicado al registro de la jornada, establece que

«las empresas pondrán a disposición de las personas trabajadoras una aplicación, que podrá descargarse en todas o algunas de las herramientas tecnológicas propiedad de la entidad puestas a disposición de la persona trabajadora (...) con el fin de que la propia persona trabajadora pueda registrar su jornada diaria de trabajo».

No obstante, este convenio no es el único que establece la obligatoriedad de respeto, por parte de la empresa, del derecho a la desconexión digital de la persona trabajadora, sin embargo, esta se realiza una forma más simplificada y genérica.¹⁸

Por su parte, el convenio colectivo de Autotransporte Turístico Español S. A. reconoce el derecho a la desconexión digital, así como las diferentes medidas que adoptar por la mercantil:¹⁹ derecho de las personas trabajadoras a no responder a ninguna comunicación fuera de su jornada; las comunicaciones se realizarán, con carácter preferente, fuera de su jornada laboral; la convocatoria de las reuniones se deberá realizar teniendo en cuenta su duración; y «se garantiza el derecho a la desconexión digital durante el período de vacaciones, asuntos propios, libranzas, licencias e incapacidades».²⁰ Sin embargo, en situaciones extraordinarias que «puedan suponer un grave perjuicio para la empresa o para el negocio», continúa el citado precepto, dichas medidas quedarán sin efecto, así como aquellas personas trabajadoras que disfruten del plus de disponibilidad. El convenio colectivo de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, por su parte, añade que del ejercicio de tal derecho no podrá derivarse ninguna sanción.

Otros convenios, en cambio, dotan de una mayor protección a dicho derecho a la desconexión digital, y crean una comisión de seguimiento para velar, plantear, analizar y valorar la política de protección, como, por ejemplo, el Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles. Empero, ello no es óbice para que nos encontremos con

17. Se han seleccionado una serie de convenios colectivos para ejemplificar la aplicación de la norma en la negociación colectiva. Este apartado responde a un análisis más exhaustivo y extenso del derecho a la desconexión digital y la obligación de registro horario como medidas preventivas en el teletrabajo, centrada en la negociación colectiva.

18. Como ejemplo de ello encontramos los siguientes: el II Convenio colectivo de la empresa Canal de Isabel II S. A. y el Colectivo de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio.

19. En nuestro análisis encontramos otros convenios en los que se establecen una serie de medidas para garantizar tal derecho, como son: el Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles; el Convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos; el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2022; y el Convenio colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas, entre otros.

20. Artículo 65 del Convenio colectivo de Autotransporte Turístico Español S. A.

convenios colectivos en los cuales se contempla como un derecho y no como una obligación el derecho a la desconexión, indicando que

«todos aquellos empleados que realicen comunicaciones fuera de su jornada laboral podrán hacerlo libremente. Igualmente, los destinatarios internos de dichas comunicaciones podrán atenderlas durante su jornada laboral no estando obligados a responderlas fuera de dicha jornada».²¹

Lo cual se puede llegar a considerar una disminución de libertad de la efectividad y del contenido del derecho. No obstante, a continuación, establece una serie de buenas prácticas en relación con este.²²

Como se ha expuesto con anterioridad, la voluntad del legislador ha sido la de dejar en manos de la autonomía colectiva el desarrollo y la aplicación del derecho a la desconexión digital, lo que conlleva un debilitamiento de dicho derecho. No obstante, no hay que olvidar que el derecho a la desconexión digital se encuentra íntimamente ligado al derecho al descanso efectivo y a la seguridad y salud de las personas trabajadoras (Cairós Barreto, 2021a). Por lo cual, nos encontramos con una controversia en la regulación y aplicación de tales. Tanto el derecho al descanso efectivo como el derecho a la prevención, seguridad y salud de la persona trabajadora son considerados en nuestro ordenamiento jurídico como derecho mínimo indisponible, no obstante, podemos afirmar que en su vertiente tecnológica esta se encuentra desarrollada en la autonomía colectiva. Dicha situación conlleva inexorablemente que, en multitud de empresas, sobre todo en pymes y microempresas, no se encuentre regulado este derecho a la desconexión digital. Así como que este derecho pueda quedarse sin protección o vacío de contenido dicha norma imperativa.

A su vez, esta falta de desarrollo del mencionado derecho puede acarrear una involución del principio de corresponsabilidad entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares. Ya que, como ha quedado patente, el deber de cuidado de las responsabilidades familiares socialmente ha recaído en las mujeres. Las cuales se han visto avocadas a ejercitar derechos de conciliación familiar y laboral en detrimento de sus carreras profesionales, o, incluso, a cesar completamente cualquier actividad laboral que viniera ejercitando con anterioridad, más allá

del ejercicio del derecho de excedencia. Debido a lo cual el hombre continúa su desarrollo profesional, lo que genera un mayor riesgo de sobrecarga de trabajo y la transgresión del derecho a la desconexión digital, y, con ello, un distanciamiento de los deberes emanados del principio de corresponsabilidad. Tales cuestiones nos llevan a pensar que el legislador español, en su artículo 88.3 de la LOPDPGDD, haya incluido la obligatoriedad de elaborar un plan de igualdad cuando la empresa decida implantar el trabajo a distancia como modalidad prestacional. Sin embargo, nos volvemos a encontrar con la misma limitación anterior: dicha obligación solo se da para las empresas que cuenten con más de cincuenta personas trabajadoras, dejando fuera las pymes y microempresas. En consecuencia, se puede afirmar que la transgresión del derecho a la desconexión digital puede conllevar supuestos de discriminación indirecta e, incluso, en algunos supuestos, directa, por razón de género.

Conclusiones

Es de imperiosa necesidad un cambio de regulación de las relaciones laborales, con el objetivo de adecuación de la normativa a las nuevas relaciones laborales, y dejar en un segundo plano la concepción clásica de las relaciones laborales que defiende el legislador actual. Siempre y cuando esta se pueda adaptar a las características y vicisitudes de las diferentes empresas, sectores y relaciones laborales.

En relación con las definiciones del concepto de tiempo de trabajo, ni la dada por la Directiva 2003/88/CE, ni la contenida en el artículo 34.5 LET, podemos afirmar que son más adecuadas para definir el tiempo de trabajo en la sociedad 4.0. Por este motivo, ha recaído en manos de los juzgados y tribunales, españoles y europeo, la adaptación de tales definiciones a las nuevas modalidades de relaciones laborales. Ya que todo apunta a que no se realicen modificaciones, ni de la Directiva 2003/88/CE ni del artículo 34.5 LET, en un futuro cercano.

El derecho a la desconexión digital no es un derecho nuevo, sino una nueva forma de identificar una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al descanso y el derecho a la prevención, seguridad y salud laboral. Por lo que se ha de garantizar y fomentar el

21. Artículo 53 del VIII Convenio colectivo de Decathlon España.

22. En el mismo sentido encontramos el III Convenio colectivo de Bureau Veritas Inversiones S. L.

derecho a la información de las personas trabajadoras, así como el respecto al derecho a la desconexión por parte de los propios trabajadores.

Las personas trabajadoras afectadas por la hiperconectividad, y con riesgo de la vulneración del derecho a la desconexión digital, no son únicamente las personas teletrabajadoras, el riesgo de tal vulneración de derechos constitucionales recae sobre cualquier modalidad prestacional, y, por tanto, se amplía a cualquier persona trabajadora. Por lo que para estas cobra una importancia notoria la previa delimitación de los conceptos de «tiempo de trabajo», «jornada de trabajo» y «horario de trabajo», y garantizar así el tan mencionado derecho a la desconexión digital.

Asimismo, como medida de desconexión, se puede neutralizar la entrada de correos electrónicos o el uso de la intranet de la empresa, más allá de la jornada laboral de la persona teletrabajadora, en supuestos de suspensión de la obligación de prestar servicios por parte de aquella persona trabajadora que utiliza instrumentos tecnológicos en su prestación de servicios. De manera que únicamente se pueda transgredir

este derecho a la desconexión digital en supuestos de fuerza mayor de la empresa (horas extraordinarias).

La decisión del legislador español de seguir manteniendo el criterio de que el desarrollo del contenido del derecho a la desconexión digital, así como de la obligación del registro horario, recaiga en la negociación colectiva tiene ventajas significativas, como, por ejemplo, la adaptación de tal derecho y obligación, respectivamente, a la idiosincrasia de cada empresa o sector. No obstante, también conlleva graves riesgos en cuanto a la posibilidad de dejarlos vacíos de contenido. No solo en relación con el tamaño de la mercantil -falta de representatividad de las personas trabajadoras, entre otras-, sino también a que, en virtud de la redacción dada en el convenio o acuerdo aplicable, este quede vacío de eficacia, tal y como hemos podido observar en el VIII Convenio colectivo de Decathlon España.

En consecuencia, podemos afirmar que tanto la regulación legislativa como la regulación convencional todavía no dan una respuesta satisfactoria a estas controversias emanadas de la relación laboral.

Referencias bibliográficas

- CAIRÓS BARRETO, D. M. (2021). «Tiempo de trabajo, digitalización y teletrabajo». En: *Trabajo y Derecho*, vol. 13, págs. 1-26.
- CAIRÓS BARRETO, D. M. (2021). *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital*. 1º ed. Albacete: Bomarzo, pág. 218.
- FONTINOPOULO BASURKO, O. (2021). «Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial». *Trabajo y Derecho*, núm. 13, págs. 1-28.
- GONZÁLEZ LABRADA, M. (2019). «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance». *Revista de Derecho Social*, núm. 87, págs. 91-102.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2018). *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 390.
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2019). «La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el DRL 8/2019». *Temas Laborales*, núm. 47, págs. 115-149.
- LUQUE PARRA, M. (2021). «Marco jurídico de la prevención de riesgos en el teletrabajo». En: GINÉS I FABRELAS, A. (coord.). *Teletrabajo. Estudio jurídico desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral*. Navarra: Aranzadi, págs. 93-224.
- MARTÍNEZ YÁNEZ, N. M. (2021). «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI». *Trabajo y Derecho*, núm. 78, Sección de Estudios, págs. 19-29
- MORALES VALLÉZ, C. E. (2016). «El registro diario de la jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, págs. 137-144.

- MORATO GARCÍA, R. M. (2020). «Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales». *Trabajo y Derecho*, núm. 11, págs. 1-34.
- MORATO GARCÍA, R. M. (2021). «Desconexión digital y registro de la jornada laboral ante el auge del teletrabajo». En: BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.). *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*. Madrid: Wolters kluwer, págs. 267-312.
- OIT (Oficina Internacional del Trabajo) (2019). *Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, págs 5-12.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2019). «Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador». *Trabajo y Derecho*, núm. 59, págs. 1-17.
- QUÍLEZ MORENO, J. M. (2022). «La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 254, págs. 1-25.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2021). «Teletrabajo y tecnologías digitales en la nueva Ley del Trabajo a distancia». En: BAZ RODRÍGUEZ, J. (dir.). *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*. Madrid: Wolters kluwer, págs. 227-266.
- SELMA PENALVA, A. (2022). «Desconexión digital: protocolo de actuación». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 59, págs. 1-24.
- SERRANO ARGÜELLO, N. (2022). «La desconexión digital y su incidencia en la ordenación del tiempo de trabajo. A propósito de la regulación independiente del derecho a la desconexión propuesta por la Unión Europea». En: FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (dir.). *Relaciones laborales e industria digital: redes sociales, prevención de riesgos laborales, desconexión y trabajo a distancia en Europa*. Navarra: Aranzadi, págs. 169-198.
- VELASCO PORTERO, M. T. (2020). «Impacto sobre el trabajador del registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales». *Temas Laborales*, núm. 151, págs. 343-373.

Cita recomendada

MARTÍN VALES, Priscila (2023). «El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 38. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i38.406530>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autora

Priscila Martín Vales
Universidad de Salamanca
priscilamv@usal.es

Profesora asociada (acreditada como profesora contratada doctora), del Área de Derecho del Trabajo y Trabajo Social. Es diplomada en Relaciones Laborales (2010), graduada en Derecho (2014) y doctora en Derecho (2017) por la Universidad de Salamanca. También posee diferentes másteres: Ejercicio de la Abogacía (2015), Contabilidad Avanzada (2015) y Asesoría Laboral (2015). Es autora del monográfico «Análisis jurisprudencial de los supuestos de subcontratación» (Colex, 2020), así como más de veinte publicaciones en revistas y editoriales de alto impacto, además de diversas comunicaciones y ponencias en congresos internacionales y nacionales. Perteneció al equipo de investigación La construcción transnacional del Derecho del Trabajo: de la pirámide a la red. La contribución española (TRANSLAB), PID2019-104809-I00. Sus líneas de investigación versan sobre el derecho internacional laboral y la transnacionalización de las relaciones laborales, la prevención de riesgos laborales y la aplicación de las TIC en las relaciones laborales.