

tecnología y relaciones laborales: cambios en la jornada y en el lugar de trabajo. aportaciones del derecho comunitario y comparado.

Ferran Camas Roda

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director de la Cátedra de Inmigración, Derechos y Ciudadanía de la Universidad de Girona¹

SUMARIO: 1. MARCO DE SITUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA TECNOLOGÍA EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO; 2. LA REGULACIÓN DE UN DERECHO A LA DESCONEXIÓN; 3. EL REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO.3.1 El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por la falta de un deber empresarial de registrar la jornada diaria efectiva de trabajo; 3.2 La importancia de un registro de las horas trabajadas de forma efectiva por el trabajador. 4. CONCLUSIONES.

1. MARCO DE SITUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA TECNOLOGÍA EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

1. Las tecnologías de la información y comunicación como smartphones, tabletas, ordenadores portátiles u otro tipo de computadores conectados a bases de datos, están afectando como nunca había sucedido anteriormente nuestros comportamientos individuales, sociales y laborales. Un elemento centro de estas tecnologías es la aceleración de las innovaciones que traen consigo, mucho mayor que revoluciones tecnológicas precedentes².

De hecho, en el mundo de las tecnologías con incidencia directa en nuestra cotidianidad vital y empresarial se abre paso ya la denominada como el Internet de las Cosas (*Internet of Things*) es decir, la dotación a objetos, productos o servicios de la posibilidad de estar conectados a internet, a través de dispositivos específicos o plataformas varias que las relacionan con sus usuarios, así por ejemplo, paquetes, pales o contenedores pueden disponer de sensores, transmisores o etiquetas de identificación por radiofrecuencia que permiten a una empresa rastrear sus movimientos a través de la cadena de suministro³.

¹Ponencia presentada a las *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, sobre “Nuevas tecnologías y relaciones laborales”. Barcelona, 8 y 9 de marzo de 2018. Más información en: <http://www.iuslabor.org/>

²*Transformation numérique et vie au travail*. Rapport établi par M. Bruno Mettlin à l’attention de Mme. Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l’Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. Septembre 2015 : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

³ Una explicación sobre las tecnologías y su influencia en los campos de la física, digitales y biología, de la denominada como 4ª revolución industrial puede verse en K. Schwabb: *La cuarta revolución industrial*. Debate,

Pero otro de rasgos de las tecnologías de la información y comunicación es su efecto disruptivo, es decir, la rapidez formidable con la que se expanden en sus usuarios⁴. Dejando al margen el uso que podamos hacer de las tecnologías de la información y comunicación mencionadas (smartphones, tabletas, etc), para uso particular o laboral dentro de la empresa, debe confirmarse que ya, en la Unión Europea, un 17% de los trabajadores las utilizan para trabajar fuera de las instalaciones de la empresa⁵, es decir, el propio uso de estas tecnologías para ese número de trabajadores es un factor esencial para no realizar su trabajo en el entorno físico empresarial.

En efecto, el uso de medios telemáticos está trastocando las coordenadas clásicas de “espacio-tiempo” en la delimitación de la prestación de trabajo. Como señala el informe de la Organización Internacional del Trabajo y Eurofound “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”⁶, las tecnologías de la información y comunicación habilitan al trabajador para trabajar desde cualquier lugar donde necesiten hacerlo y en el momento que convenga o sea necesario; se habla que tal vez en poco tiempo se pueda datar un futuro en el que todos puedan trabajar remotamente, aunque del dicho al hecho puede haber un trecho, no tanto por la capacidad tecnológica para llevarlo a cabo, sino porque también puede haber otros condicionantes que maten que todo el mundo pueda trabajar de forma remota, entre otras razones, por el rasgo básico humano asociado a la necesidad de las personas de encontrarse con otras, cara a cara⁷.

2016 (p. 29 y ss). También puede verse una explicación pormenorizada de Internet of Things en *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales* (Dir. Salvador Del Rey Guanter. Coord. Guillermo Tena Planas), Instituto Cuatrecasas, Wolter Kluwer España, S.A. 2017 (p. 243-244)..

⁴ Véase *Transformation numérique et vie au travail*, ya citada.

⁵ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeulen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*. Joint ILO-EUROFOUND Report: First published 2017: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf [última consulta: 13 de febrero de 2018]. Pág. 1.

⁶ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeulen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., Pág. 1. Véase un comentario de este informe en *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales* (Dir. Salvador Del Rey Guanter. Coord. Guillermo Tena Planas), Instituto Cuatrecasas, Wolter Kluwer España, S.A. 2017 (p. 243-244), en el que se expresa que la delimitación del tiempo de trabajo por la presencia del trabajador en un lugar determinado y por un espacio temporal acotado se diluye.

⁷ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeulen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., pág. 3.

2. Lo que puede afirmarse es que la revolución digital afecta a todos los trabajadores, tanto en cuanto a los métodos de trabajo y de organización, como también en relación a las coordenadas del espacio de trabajo y el tiempo en el que se presta. Es posible que aquellos trabajos que implican una creación física o la confección de un producto en una cadena determinada, puedan resultar no tan afectados por la realidad del “working anytime, anywhere”, por lo general más visible en ambientes de trabajo orientados a resultados⁸, pero por lo general, las tecnologías telemáticas influyen en todo tipo de trabajadores. Para empezar, los que podríamos denominar como teletrabajadores, es decir, aquellos que disponen de la capacidad para trabajar determinadas horas desde casa con equipamiento digital desde casa; los trabajadores móviles, que con la utilización de las tecnologías de información y comunicación no requieren estar presentes en los locales empresariales; los trabajadores autónomos, entre los que pueden contarse tanto casos específicos de teletrabajadores, como también autoempleados que simultáneamente producen en su propia casa y utilizan las tecnologías para hacer la propia difusión y venta de sus productos.

En España, las encuestas o estudios realizados muestran una sobrerrepresentación en el uso de computadoras por los trabajadores autónomos (casi el 25% trabaja con aquellas). Por el contrario, la implantación de colectivos de trabajadores asalariados con dispositivos digitales que trabajen fuera de la empresa, ya sea como teletrabajadores, ya sea como trabajadores móviles, es reducido, ya que sólo se cuenta el 6.7% de los empleados frente al 17% de la Unión Europea que se ha comentado anteriormente. Entre las razones que explicarían eso se cuenta la derivada de la propia cultura laboral, que como sucede en nuestro país está caracterizada por un elemento nivel de presentismo, y no orientada primariamente a la consecución de objetivos en muchos lugares de trabajo. En todo caso, el porcentaje más elevado de teletrabajadores o trabajadores móviles con tecnología de trabajo fuera del centro de trabajo se da entre los trabajadores del conocimiento o empleados altamente cualificados, a menudo en posiciones directivas), sobre todo en el sector de los servicios, particularmente de las tecnologías, los servicios financieros y los servicios en general, seguidos por la administración pública⁹.

⁸ *Idem*, p.10.

⁹ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeulen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, *op. cit.*, pág. 18.

3. El uso de las tecnologías digitales promueve este tipo de prestaciones de servicios que pueden servir para relanzar la eficacia del trabajo, mayor productividad, eliminación o reducción de los desplazamientos a las instalaciones empresariales, mayor autonomía y flexibilidad en la organización del trabajo, y concretar de menor manera la conciliación de la vida laboral y familiar. De hecho, en este último sentido, conforme a las encuestas realizadas en España respecto a esta cuestión, en el año 2013 se constató que el 70.9% de los empleadores encuestados informaron que entre las principales razones para aplicar políticas de trabajo flexible eran motivaciones sociales, especialmente la mejora del equilibrio entre la vida laboral y familiar¹⁰.

Pero el reverso a estas oportunidades lo constituyen varias desventajas, así por ejemplo, para aquellos trabajadores móviles que ejecutan sus servicios fuera de los locales o sedes empresariales con dispositivos digitales de geolocalización, constituye un problema el conocimiento constante por el empleador del lugar en el que se localiza el trabajador. También el hecho de que en la ejecución de su trabajo se hagan depender los objetivos que tengan asignados de la ubicación en que se encuentran en cada momento, es decir que deban ir modificando sus cometidos laborales en función de las ordenes empresariales basadas en su localización territorial y horaria. Sin lugar a dudas, la geolocalización en función de sistemas GPS son un factor más en la trazabilidad del trabajo¹¹, es decir, de los movimientos, pausas, rendimiento, resultados de los encargos del trabajador, que tienen indudables efectos laborales.

Varias han sido las sentencias que han resuelto cuestiones en las que se encontraban involucrados dispositivos de GPS, en primer lugar la del *Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 3 de octubre de 2017*(Rec. 1908/2017)¹², que resuelve el despido de un comercial por falta muy grave consistente en la comisión de faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, al imputársele que a partir de una hora determinada del mediodía no realice visita alguna y apenas desempeñe actividad laboral de ningún tipo,

¹⁰En el Informe *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work* se hace referencia en concreto a la encuesta llevada a cabo por IDC en 2013, *op. cit.*,pág. 9.

¹¹Muro, Ignacio: “Trazabilidad del trabajo: el futuro ya está aquí”,en: <https://economistasfrentealacrisis.com/trazabilidad-del-trabajo-el-futuro-ya-esta-aqui/>

¹² Véase en la página web del Poder Judicial (aparado Jurisprudencia):<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8173816&links=%221908%2F2017%22&optimize=20171023&publicinterface=true>

complementado por el hecho de haberse detectado no haber iniciado nunca su trabajo antes de las 8,40 h/am. La sentencia considera acreditado el despido con la base del informe elaborado por la empresa en función de la geolocalización del actor. En todo caso, el trabajador no cuestionó ni en la instancia ni en sede de recurso de suplicación la licitud de la prueba de geolocalización utilizada por la empresa para llevar a cabo el registro y seguimiento de su actividad laboral, lo que deja sin respuesta que hubiera sucedido en sentido contrario, es decir, si se hubiera impugnado en función de la utilización del GPS como sistema de control o fin de la jornada, como mecanismo de seguimiento de las actividades del trabajador, o en cuánto dispositivo que puede tenerlo controlado incluso fuera de su horario laboral.

Hay que recordar que el art.20.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) puede fundamentar la adopción de un sistema tecnológico como el de la geolocalización como medida de vigilancia y control del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Ahora bien, este precepto únicamente ampararía la utilización del GPS en atención a dichas finalidades. Además, la adopción de este dispositivo debería ir acompañado de la disposición de otras medidas complementarias como la atribución al trabajador de la información necesaria para su utilización. Además, se debería garantizar la imposibilidad de recoger datos relativos a la localización de un empleado fuera del horario de trabajo, por lo que deberá existir algún método para que el trabajador pueda desactivar dicho dispositivo, o en caso de disponer de un equipo propio de Internet of Things después de su tiempo efectivo de trabajo¹³.

Caso aparte fue lo resuelto por la *STSJ de Andalucía (Granada) Sala de lo Social, 18/09/2017 (rec. 770/2017)*, en el que no se pronuncia en un caso de no desactivación del GPS, sino todo lo contrario, por la falta de activación de un Gestor GPS por una trabajadora móvil conforme a las órdenes que en dicho sentido le había trasladado la empresa. De hecho, el TSJ valida la decisión extintiva empresarial por incumplimiento continuado y reiterado de la obligación de la trabajadora de activar el dispositivo GPS de seguimiento y control de rutas e inicio y fin de jornada, así como por la omisión del deber de atender las peticiones de explicaciones de la empresa de porque no activaba dicho dispositivo. Tampoco en este caso es cuestionada la

¹³*Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales* (Dir. Salvador Del Rey Guanter.Coord. Guillermo Tena Planas), *op. cit.*,p. 246.

utilización de este sistema de geolocalización, que indica la posición del dispositivo en cada momento durante la jornada laboral, así como el tratarse de un mecanismo que calcula el rendimiento del trabajador y establece los objetivos que debe cumplir. La sentencia valida, en todo caso, que la empresa pueda despedir en función de la falta de colaboración del trabajador en la activación del dispositivo electrónico.

4. Junto a lo anterior, las tecnologías digitales coadyuvan a la prolongación de la horas de trabajo, el solapamiento entre el trabajo retribuido y la vida personal (es decir, la creación de interferencias entre el trabajo y el hogar), y en general, una intensificación del trabajo¹⁴.

Los estudios que se han realizado sobre esta cuestión alertan del efecto que las tecnologías digitales tienen respecto al aumento de horas de trabajo, a diferencia de los que trabajan en la empresa, que trabajan menos horas que aquellos. Así, en el Informe “Working anytime, anywhere”, se expresa que en España, el 19% de los trabajadores que trabajan en las instalaciones empresariales trabajan más de 40 horas a la semana, mientras que así lo hacen el 24% de los que trabajan en casa, y el 33% en otras localizaciones¹⁵.

La capacidad de las tecnologías de superar el entorno empresarial físicamente para trabajar, y hacerlo en cualquier momento, explicarían ese aumento de horas empleadas en el trabajo. Ahora bien, también incluso de los trabajadores que ejercen sus labores en los locales empresariales, es un factor de mayor dedicación laboral la disponibilidad que las tecnologías atribuyen al empleado para realizar gestiones relacionadas con el trabajo fuera de su jornada laboral contractual, empezando ya por la propia conectividad de aquél a través de las tecnologías para tratar asuntos propios de sus funciones (en España, el 68% de los trabajadores confirman que reciben e-mails o llamadas telefónicas más allá de las horas normales de trabajo¹⁶).

En todo caso, el aumento de horas suplementarias de trabajo, detectado particularmente por los estudios realizados a quienes no trabajan total o parcialmente en las instalaciones

¹⁴ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeylen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, op. cit., pág. 1.

¹⁵ *Idem*, pág. 21.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 23.

empresariales en virtud del uso a distancia de las tecnologías digitales, no suele ser retribuido y es de carácter informal, es decir, no resulta computado o plasmado en documento, servicio o registro alguno, dejándose en manos del trabajador el control del tiempo que puede dedicar a asuntos relacionados con su trabajo. Al margen de cómo conceptualizar o configurar los modos de conectividad relacionados con asuntos laborales a los efectos de medir el tiempo de trabajo, sino solo centrando la óptica en el aspecto técnico, las continuas innovaciones llevarían a pensar que sería sencillo hacerlo, dada la trazabilidad que tiene el uso de servidores, redes, smartphones u ordenadores”¹⁷, pero también los propios avances del proceso de *Internet of Things*, supone una mayor posibilidad de determinar el tiempo de trabajo utilizado con equipamientos digitales. A tal efecto, los datos suministrados por cada elemento o equipo conectado a internet, de forma debidamente especificada por su uso, no solo pueden servir para saber el tiempo de su utilización, sino que pueden realizar determinaciones cuantitativas de conductas, derechos u obligaciones laborales, que aparecen actualmente en la legislación de forma genérica, de tal manera que pueden acabar especificándolos o graduándolos desde una perspectiva cuantitativa¹⁸.

En todo caso, la consecuencia de ello es que la digitalización lleva consigo, entre otros efectos, hacia una tendencia hacia el trabajo en todo momento y en todo lugar, ejecutándolo más que de forma flexible, de modo elástico¹⁹, lo que implica necesariamente el propio espacio de vida personal y privada del trabajador. Lo cierto es que con las tecnologías de la información y la comunicación ha tenido un impacto simultáneo en la esfera privada y en la de trabajo, afectando a todas las gestiones de vida ordinarias que se llevan a cabo cotidianamente, pero sin duda alguna, la intersección entre los ámbitos laboral y personal es uno de los efectos más rotundos.

En este marco, el principio de la conciliación de la vida laboral y familiar resulta especialmente alterado por el impacto de las tecnologías digitales, hasta el punto de poder

¹⁷ Así lo dice en relación al sector tecnológico M. Luz Rodríguez Fernández ; D. Pérez del Prado. *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*. Informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social. Diciembre de 2017, p. 57.

¹⁸ *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales* (Dir. Salvador Del Rey Guanter. Coord. Guillermo Tena Planas), *op. cit.*, p. 280).

¹⁹ M. Luz Rodríguez Fernández ; D. Pérez del Prado. *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*. Informe realizado a instancias de la Fundación para el Diálogo Social. Diciembre de 2017, p. 21.

llegar a ser irreconocible. De interés resulta oportuno destacar en este momento que las encuestas realizadas muestran que en el ámbito europeo hay un porcentaje más elevado de hombres trabajando con tecnologías fuera del centro de trabajo (54% frente al 36% de mujeres), aunque el porcentaje de mujeres es más elevado en el teletrabajo desde casa (57%) que en general en el teletrabajo/móviles fuera de la empresa (34%, siendo los varones el sexo sobrerrepresentado en ésta última categoría)²⁰. De entrada, se da la explicación a la importante presencia de mujeres teletrabajadoras en respuesta a la estrategia de éstas de combinar el trabajo retribuido con su familia otras responsabilidades personales. Esto sería una prueba de que la cuestión de género es importante en relación con el uso laboral de las tecnologías fuera de la empresa. El trabajo con tecnologías fuera del ámbito empresarial estaría siendo remodelado por los roles de género y los modelos de trabajo y familia²¹. Así, los hombres trabajan más con tecnologías fuera del centro de trabajo porque ellos trabajan más horas, pero simultáneamente, eso les lleva a deducir de esas horas el tiempo de conciliación. Las mujeres parecería que no acceden adecuadamente a la categoría de trabajadores móviles por la división social del trabajo entre el retribuido y el que no lo es²²; pero además, su presencia como teletrabajadoras no les evita tampoco tener que trabajar más horas como se ha visto anteriormente.

A ello se le suman otros factores de presión derivados de nuevos modelos de organización social que no deben ser pasados por alto, particularmente los relacionados con la liberalización de horarios comerciales, que incorpora nuevas estrategias de ejecución de la prestación de servicios de forma constante en cualquier franja diurna o nocturna, también en festivos de disfrute común, que cada vez quedan más aparcados; así como también, la propia exigencia social de que determinados servicios, como los tecnológicos funcionen las veinticuatro horas del día, lo que requiere en última instancia de sujetos que supervisen y controlen cómo se presta el servicio también 24 horas. En este sentido, es de interés el informe elaborado en 2017 por Luz Rodríguez y D. Pérez, en el que se señala como en el sector productivo de las tecnologías se están incorporando en los nuevos contratos la obligación de trabajar bajo el turno 24x7 en caso de que sea necesario, frente a los contratos

²⁰ Messenger, J.; Vargas, O.; Gschwind, L.; Boehmer, S.; Vermeylen, G.; Wilkens M.: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, op. cit.*, Pág. 18.

²¹ *Idem*, pág. 19.

²² *Ibidem*, Pág. 20.

antiguos que preveían jornada y horarios estables”²³. Esa cláusula supone una disponibilidad total a la empresa, una vez finalizada la jornada laboral, de respuesta inmediata en caso necesario para atender las incidencias que se produzcan, lo que sin duda tiene un fuerte impacto en la vida personal de los trabajadores²⁴.

A los trabajadores con estas cláusulas les sería de aplicación la doctrina vertida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de febrero de 2018, en el asunto C-518/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Laboral Superior de Bruselas, en el conflicto entre el municipio de Nivelles y el Sr. Matzak. El órgano judicial belga pregunta en esencia al Tribunal Europeo si el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empleador, el Ayuntamiento de Nivelles, en un plazo de ocho minutos, plazo por tanto que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo» conforme al art. 2 de la Directiva 2003/88²⁵.

Para responder a esta cuestión, el TJUE parte de la base de que el objetivo de la Directiva 2003/88 es garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores, de manera que puedan disfrutar de períodos mínimos de descanso y de períodos de pausa adecuados. De ahí, que para pasar el filtro de dicho objetivo, los períodos de guardia deben ser analizados a los efectos de si deben ser considerados o no como “tiempo de trabajo”.

Para empezar, el TJUE señala que de la jurisprudencia sobre el art. 2 la Directiva 2003/88 se desprende que el factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo», es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. Por lo tanto, estas obligaciones, que impiden que los

²³ M. Luz Rodríguez Fernández ; D. Pérez del Prado. *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica, op. cit.*, p. 36.

²⁴ *Idem*, p. 36.

²⁵ El art. 2 establece que “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) *tiempo de trabajo*: 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) *período de descanso*: todo período que no sea tiempo de trabajo».

trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones, es decir, cumplen con uno de los requisitos que el art. 2 conceptúa como propios de un “tiempo de trabajo”. Ahora bien, el TJUE añade que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de “guardia localizada”, que implica que esté disponible permanentemente sin que, no obstante, deba estar presente en el lugar de trabajo. Como desarrolla el Tribunal, en estos casos, “aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios”.

Delimitados de esta manera el régimen de guardias con presencia física, de las guardias localizadas, el TJUE se fija en el caso concreto (recuérdese que a lo atribuido al trabajador podría definirse como unas guardias localizadas, pero con una condicionalidad de presencia en el puesto de trabajo de 8 minutos), y recuerda que “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso», en el sentido de la Directiva 2003/88, constituyen conceptos de Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”. Eso le sirve para observar que la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Eso hace diferente la situación de guardia de este empleado de la de las guardias localizadas, es decir, de estar simplemente a disposición de un empresario a los efectos de que éste pueda localizarle. Ante esta constatación, el TJUE resuelve que el concepto de «tiempo de trabajo», establecido en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que “se aplica a una situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos”.

5. Además del impacto que los efectos de la revolución digital tienen sobre el tiempo de trabajo, acarreado una confusión entre las esferas laboral, personal y familiar de los trabajadores, un factor importante que está emergiendo es que en función de la disolución progresiva del tiempo de trabajo de muchos trabajadores, el uso de las tecnologías es un factor de aumento de la carga de trabajo a realizar²⁶. Se puede afirmar que se trata del efecto “tapado” derivado del uso de las tecnologías en el mercado de trabajo y con la normativa actual.

El uso de las tecnologías permite una organización del trabajo basada en la realización de proyectos u objetivos, pero eso suele ir acompañado de una intensificación del trabajo para los trabajadores tecnológicos o digitales que ejercitan su labor fuera de la empresa, lo que a fin de cuentas también acaba afectando a la conciliación con su vida privada.

Dos tipos de situaciones están en el busilis de la cuestión: por una parte, la de aquellos trabajadores que utilicen herramientas digitales fuera de su horario laboral y, por lo tanto, dentro de su esfera personal. Respecto de estos trabajadores, se debería apostar por medidas que vinculasen la carga de trabajo que asumen con el tiempo de trabajo que disponen.

Pero en relación a los supuestos de sobrecarga laboral, también se da otro supuesto: la de aquellos empleos, oficios o encargos laborales, realizados ya sea dentro de la instalación empresarial, ya sea fuera de ella (por ejemplo, el personal de limpieza de calles), incluso en el marco de un horario determinado, pero que están experimentando una intensificación de su carga laboral en virtud de las posibilidades abiertas por las tecnologías con que se les dota para el cumplimiento de su trabajo. Como se ha afirmado, la intensificación del trabajo permitido por la transformación digital pone en cuestión la medición de la carga de trabajo por el tiempo de trabajo²⁷, es decir, la dependencia de la carga y el cumplimiento de objetivos que pueden resultar desproporcionados o excesivos en relación al tiempo que se dispone para llevarlos a cabo.

²⁶*Transformation numérique et vie au travail, op. cit.*, p. 18 y ss.

²⁷*Transformation numérique et vie au travail, op. cit.*, p. 18 y ss. Se ha subrayado por la doctrina que el Informe pone relación directa entre el tiempo de trabajo con la determinación de la carga de trabajo y recalca su importancia en cuanto a la buena articulación entre vida privada y profesional, por ejemplo, en Pierre-Henri Cialti: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales* núm. 137/2017, p. 171.

La transformación digital no puede suponer una robotización de la persona. Si la referencia a un horario laboral se constituyó históricamente como medida de la carga de trabajo a realizar por el trabajador en sus franjas, que tenía por objeto protegerlo y no llevarle a ejecutarlo más allá de aquél, las tecnologías digitales también podría ser una oportunidad para lograr una medición fiel de la carga de trabajo que puede ser asumida²⁸.

6. Ante este proceso de transformación laboral, la primera cuestión a poner es cómo debe afrontarlas el Derecho del Trabajo.

Por un lado, se está observando como en determinados sectores, como el de alto rendimiento en equipos digitales y electrónicos como es el tecnológico, las normas que regulan el tiempo de trabajo, sean las de origen legal, sean las de origen convencional, son irrelevantes, en el sentido de que apenas se aplican, dejándose sobre todo su ejecución al “arreglo individual”²⁹. La conclusión que se sigue es que el tipo de legislación que actualmente regula la jornada laboral y la determinación del horario de trabajo estarían desfasadas respecto a este tipo de empresas³⁰.

Junto a lo anterior, se dice también que el hecho de que las innovaciones tecnológicas afecten de forma importante a lo que tradicionalmente se considera como jornada laboral, debería impulsarse una comprensión del “tiempo de trabajo” con otras coordenadas con las que ha sido visto hasta ahora. En este sentido, son los mismos dispositivos tecnológicos los que transformarían lo que se entiende como tiempo de trabajo: desde el momento en que pueden hacer una medición exacta de las unidades temporales en los que se presta el trabajo, dentro y fuera de la empresa, dentro y fuera del horario de trabajo, las normas jurídicas también deberían adaptarse a esa realidad estableciendo una mínima claridad en aquel entrecruzamiento de gestiones laborales. De ahí las iniciativas sobre el derecho a la desconexión³¹ que pasan a comentarse a continuación.

²⁸*Transformation numérique et vie au travail, op.cit.*, p.18 y ss.

²⁹ M. Luz Rodríguez Fernández ; D. Pérez del Prado. *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica, op. cit.*, p. 36.

³⁰*Idem.*

³¹ *Proyecto Technos. Internet of Things y su impacto en los Recursos Humanos y en el Marco Regulatorio de las Relaciones Laborales* (Dir. Salvador Del Rey Guanter. Coord. Guillermo Tena Planas, *op.cit.*, p. 244).

En todo caso, antes de pasar a analizar los principales conflictos que sobre el tiempo de trabajo están presionando la normativa española, considero que deberían mantenerse las reglas básicas sobre limitaciones al tiempo de trabajo que aún están en nuestra normativa, particularmente en relación a los límites de jornada y descansos. Se ha visto como las tecnologías de la información y la comunicación tienden a la consideración de un trabajo en todo lugar y tiempo, sin fin, y eso es justamente lo que borra la institución de la limitación de la jornada como derecho básico en la conformación del Derecho del Trabajo. Una jornada permanente no responde a una jornada de trabajo, ya que ésta deja de existir. Los límites propios de la jornada, basados en sus pausas, sus descansos diarios, semanales y anuales, deben seguir presidiendo la óptica a asumir respecto de la afectación de las tecnologías en la prestación de trabajo.

Ahora bien, el proceso de transformación digital también puede ser una oportunidad para adoptar, al modo que insistía el Informe francés Meetling, que ya se ha reseñado, una posición pragmática consistente en limitar las adaptaciones a aquello que sea necesario al éxito de la transición digital³². La legislación debería asumir la inclusión de la tecnología digital en los procesos de trabajo, que cada vez superarán la noción de trabajar en un específico puesto de trabajo. Por ello, la ley laboral debe plantearse la utilización de las tecnologías en las empresas más allá del objetivo que actualmente les ampara para la vigilancia y control de la actividad del trabajador, que pueden abarcar desde la específica ejecución del trabajo, los valores de rendimiento, carga laboral, incluso al amparo del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, a imponer al trabajador dispositivos que pueden suponer una fuente de conocimiento para el empresario de sus habilidades o predicciones de su futuro para su valía laboral. La óptica del Derecho del Trabajo debe tener como finalidad que el uso de las tecnologías en la empresa no roboticen a la persona, y en todo caso, le garanticen sus periodos de descanso y de conciliación de la vida personal y laboral.

Lo que queda por plantearse, también, es que esos ámbitos, cada vez menos compartimentados o estancos, también están siendo influidos por un proceso de cambios sociales, detectado en el hecho del interés de muchos trabajadores en que no solo les reconozca un período de descanso desconectado o al margen del trabajo, sino que tengan

³²*Transformation numérique et vie au travail, op. cit.*, p. 8.

disposición sobre en qué momento utilizarlo. Además de disponer de un período de descanso, en el que afrontar su vida personal y familiar, lo importante está pasando a ser que el trabajador tenga un margen de decisión sobre cuándo llevarlo a cabo.

A esa línea tenderían algunas iniciativas detectadas en el ámbito europeo, por ejemplo, el Libro Blanco Trabajar 4.0, que se plantea impulsar una ley “que permita elegir la jornada laboral”. Ésta tendrá carácter experimental, una vigencia inicial de dos años y su aplicación se limitará a determinados entornos laborales. Los trabajadores obtendrían el derecho a modificar la duración de su jornada, respetando ciertos plazos y requisitos. En caso de que una empresa quiera ampliar su jornada más allá de lo previsto por la normativa vigente, podrá hacerlo siempre y cuando un convenio colectivo tuviera, bien una “cláusula de descuelgue”, bien se llegara a un correspondiente acuerdo a nivel de empresa o a un acuerdo de los trabajadores afectados y las empresas aceptasen que dicha modificación sea evaluada.

En el ámbito español, cabe traer a colación que el Pleno del Congreso de los Diputados acordó en su sesión del 14 de febrero de 2018³³ aprobó con modificaciones la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, por la que se insta al Gobierno a la puesta en práctica de un Plan contra la Explotación Laboral³⁴. En dicha iniciativa, el Congreso insta al Gobierno a garantizar que “la jornada de trabajo se efectúe respetando los límites legales o pactados, bien en el convenio colectivo bien en el contrato de trabajo, y promoverá, previo diálogo con los interlocutores sociales, las medidas que posibiliten que las necesidades adicionales de producción de las empresas se atiendan haciendo una utilización racional del tiempo de trabajo, compatible con la conciliación personal, familiar y personal, y favoreciendo la creación de nuevos puestos de trabajo”.

2. LA REGULACIÓN DE UN DERECHO A LA DESCONEXIÓN

Como se ha dicho anteriormente, se están produciendo en el ámbito europeo diversos impulsos, de carácter legislativo unos, de carácter convencional otros, para desligar en la medida de lo posible el tiempo de trabajo de la esfera personal de los trabajadores, cuándo la

³³ BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 297: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-297.PDF

³⁴ Publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados», serie D, núm. 11, de 12 de septiembre de 2016.

delimitación de ambas aparece cada vez como más difícil con el uso de las tecnologías de la comunicación y las aplicaciones de internet que llevan consigo, como el correo electrónico. En el trasfondo de ello, también se encontrarías razones de salud laboral, por el incremento del estrés profesional que un uso anormal de aquellas puede producir en el trabajador. De hecho, la Conferencia Internacional del Trabajo se ha hecho eco de los estudios realizados que ponen en relación cómo la necesidad de mirar el correo electrónico todo el tiempo genera mucho estrés para los trabajadores y frustra sus períodos de descanso³⁵.

La innovación en este ámbito ha sido la *Ley francesa nº 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 relativa a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales*, que en el marco dado por la negociación colectiva sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad en el trabajo, incluye en su art. 55, con el epígrafe “Adaptation du droit du travail à l’ère du numérique”, un nuevo apartado 7º del artículo 2242-8 del Código de Trabajo, en el que se recoge un “derecho a la desconexión” del trabajador.

Ese derecho se incluye en el marco de un deber de negociarlo colectivamente, es decir, el precepto expresa literalmente (en traducción libre mía), que “las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión es la puesta en práctica por la empresa de dispositivos de regulación del uso de herramientas digitales, con el fin de garantizar el respeto de los tiempos de descanso y permisos, así como la vida personal y familiar”. Y añade, “a falta de acuerdo, el empleador elaborará una carta, tras consultar al Comité de empresa o, en su defecto, del delegado de personal. Esta carta definirá aquellas modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión y preverá además la implementación para los trabajadores y el personal de gestión y de dirección, de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas digitales”.

Por tanto, lo que hace el precepto es establecer un deber de negociación colectiva sobre el derecho a la desconexión, cuya falta de acuerdo en tal sentido abocará a que sea el empleador el que tenga que elaborar una Carta (la cual, se realiza en todo caso en empresas de más de

³⁵ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 107ª Reunión, 2018: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

cincuenta trabajadores). Por lo tanto, la ley lo que hace es remitir la determinación de las modalidades del derecho a la desconexión a la negociación colectiva de empresa en el marco de la obligación anual de negociar. En caso de no alcanzar un acuerdo, el empresario elabora unilateralmente la Carta o estatuto mencionado³⁶. De hecho, según la legislación francesa, la negociación obligatoria se produce por la existencia de delegados sindicales, en empresas de más de 50 trabajadores; en las restantes ya no se tratará de una negociación obligatoria. Para justificar la extensión del derecho a la desconexión, determinada doctrina advierte que, aunque las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión quedan pendientes de su concreción en un acuerdo colectivo, el titular del derecho a la desconexión es el conjunto de los trabajadores, dado su vínculo con el derecho a la salud en el trabajo: la obligación de seguridad y salud que corresponde al empresario y que implica establecer medidas de prevención, incluso en materia de desconexión, no desaparece y podría incentivar al empresario a tomar iniciativas³⁷.

En todo caso, de resultas del precepto que se está analizando, el derecho a la desconexión se reconoce a los asalariados que utilizan tecnologías de la información y comunicación, con el fin de que su uso no les interfiera en sus períodos de descanso³⁸. Además, en la Carta a elaborar por el empleador, se deberán incluir acciones que busquen que los trabajadores usen sus herramientas digitales de modo razonable.

El derecho a la desconexión según este precepto, cuyo ejercicio dependerá del modo en que sea acordado colectiva o empresarialmente, se centra en la no disposición, total o parcial, con tecnologías digitales a efectos laborales, durante determinados períodos en la vida del trabajador. En todo caso, si bien la legislación francesa reconoce un derecho a la desconexión, no lo hace respecto a un deber en tal sentido, cuando a tal efecto se ha advertido

³⁶ Pierre-Henri Cialti: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales* núm. 137/2017, p. 175.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Para Cialti, la remisión de la ley a la negociación colectiva de la determinación de las modalidades del *pleno ejercicio* del derecho a la desconexión es importante en materia de descansos: conduce a no reprochar al trabajador por no contestar una solicitud durante su descanso (véase Pierre-Henri Cialti: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, en *Temas Laborales* núm. 137/2017, p. 178).

que el derecho a la desconexión es una corresponsabilidad del trabajador y del empleador que implica igualmente un deber de desconexión³⁹

Junto a la anterior iniciativa, en el ámbito español hay que traer a colación el Convenio colectivo del Grupo de Empresas AXA SEGUROS, cuyo artículo 14 recoge el “derecho a la desconexión digital”. El precepto empieza por autojustificar su regulación en el hecho de que el fenómeno de la “interconectividad digital” está incidiendo en las formas de ejecución del trabajo, de forma que el desarrollo de los empleos se desplaza a entornos externos a las clásicas unidades productivas como las empresas, los centros y los propios puestos de trabajo. En consecuencia, admite por las partes que el lugar y el tiempo de trabajo se diluyen en favor de una realidad más compleja en la que impera la “conectividad permanente”, lo que afecta al ámbito personal y familiar de los trabajadores. Por esa razón, el precepto expresa que “las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”.

Por lo que está viendo, en España, la negociación colectiva va a ser la fuente que va a jugar un papel esencial en esta materia⁴⁰, en función de la toma de conciencia por la empresa de los riesgos que suponen la posibilidad de estar permanentemente conectados, que por lo visto en AXA seguros tiene que ver más con la quiebra del principio de conciliación de la vida laboral y personal o familiar, que con las propias de seguridad y salud.

Las iniciativas tratadas en este apartado no hacen otra cosa que reflejar los retos sobre el tiempo y el lugar de trabajo a los que se enfrenta el mercado de trabajo derivados del uso de las nuevas tecnologías. De entrada, en la raíz de una “desconexión digital” estaría el deseo de muchos trabajadores y trabajadoras de conciliar plenamente su trabajo y su vida personal y familiar, de forma que en esta última esfera no se entrometa el uso de las tecnologías por motivaciones relacionadas con el trabajo.

³⁹*Transformation numérique et vie au travail, op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ Raquel Aguilera Izquierdo; Rosario Cristobal Roncero: “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el Derecho a la desconexión tecnológica”. Conferencia Nacional Tripartita. 28 de marzo de 2017. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019): *El futuro del trabajo que queremos*. Edita Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2017, p. 340.

No obstante, los derechos a la desconexión que empiezan a abrirse camino ponen al descubierto que muchas de las desventajas detectadas con la integración de las tecnologías en la prestación de trabajo no derivan exclusivamente por los efectos que su uso conlleva, sino que son debidas también a la falta de una regulación específica que limite su campo de acción. Lo que se ha visto sobre la capacidad de la transformación digital para quebrantar la línea divisoria entre lo que es lugar de trabajo y jornada laboral, de forma que el trabajo se inmiscuya en la esfera de la vida personal del trabajador y le someta a presión hasta ahora desconocida en el rendimiento o la carga de trabajo, puede ser debido también de la falta de medidas normativas que establezcan unos límites claros en el uso de las tecnologías y sobre lo que es tiempo de trabajo y lugar de prestación de servicios.

Es en este marco donde deberían arbitrarse soluciones derivada de las propias posibilidades tecnológicas: estas hacen posible la computación de horas de trabajo cuándo éstas superan las franjas previstas por un horario determinado en un puesto de trabajo específico, y su correspondiente plasmación informativa (hágase en forma de registro o de otra manera), para los trabajadores y las empresas.

3. DEBATE SOBRE EL REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO

La falta de una obligación empresarial de registrar la jornada ordinaria de los trabajadores ha resultado consolidada tras tres sentencias del Tribunal Supremo, la de 23 de marzo y 20 de abril de 2017 y la última de ellas, de 20 de diciembre de 2017 (Nº de Recurso: 2016/2016)⁴¹, que recoge de forma condensada la principal doctrina sobre esta cuestión.

a) A partir de la interpretación literal del art. 35.5 de la LET, que establece que “a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día...”, el Tribunal Supremo sostiene que el registro impuesto por el precepto se refiere exclusivamente a las horas extras. En este marco, se desarrolla el precepto anterior declarando que la expresión "la jornada... se registrará día a día" hace referencia a la necesidad de establecer un registro donde se anote, asiente o apunte, pues este es el sentido propio del término "registrará", pero la obligación del empresario de anotar (registrar) se extiende sólo a las

⁴¹ Puede consultarse en la página web del Poder Judicial : <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=8262105&links=%221044%2F2017%22&optimize=20180119&publicinterface=true>

horas extraordinarias realizadas para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad.

b) La finalidad de registrar las horas extraordinarias es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que establece, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga en el art. 34 de la LET, y sí se impone en cambio en otros supuestos especiales (contratos a tiempo parcial en función de aquella misma legislación, y trabajadores móviles, de la marina mercante y de ferroviarios según la reglamentación sobre jornadas especiales de trabajo).

c) En su *obiter dicta*, el Tribunal Supremo hace un reconocimiento expreso que de "lege ferenda" convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero confirma que "lege data" esa obligación no existe por ahora y además, "los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte".

Bajo estas premisas (y alguna más que se verá posteriormente), el TS confirma la ausencia normativa del registro de la jornada ordinaria de los trabajadores ordinarios a tiempo completo. El asunto, en todo caso, no está cerrado por la iniciativa llevada a cabo por la Audiencia Nacional, que pasa a comentarse.

3.1 El planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por la falta de un deber empresarial de registrar la jornada diaria efectiva de trabajo.

La Audiencia Nacional en su Auto de 19 de enero de 2018 ha decidido elevar tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ante la petición de varios

sindicatos de que al amparo de la normativa comunitaria se declare la obligación de un banco de implantar un sistema de registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla⁴².

Partiendo que dicha obligación no puede establecerse con arreglo a la normativa española vigente conforme ha resuelto el TS, la Audiencia Nacional decide elevar varias cuestiones prejudiciales para conocer la sujeción de aquella al derecho comunitario en virtud principalmente de las siguientes justificaciones:

A) El Auto advierte del elevado número de horas extraordinarias que se realizan en España sin registrar, lo cual, sería debido como al efecto se deriva de varios informes de las Autoridades laborales que se aportan en dicho expediente, de que no es posible conocer con exactitud el número de horas ordinarias de trabajo realizadas. Además, según estos estudios, el que las horas extraordinarias sean de carácter voluntario para los trabajadores no es suficiente para garantizar que a partir del momento en que se realiza una, las posteriores sean debidamente computadas, ya que el sistema de cálculo de las realizadas es más complejo de lo que parece, por una parte porque las horas extraordinarias son la diferencia entre el total de horas trabajadas en un cierto periodo y el número de horas ordinarias para ese período (así, hasta que no finaliza el período de cómputo no pueden conocerse si se hacen horas extraordinarias ni cuántas se han hecho, siendo necesario para ello restar del total de horas trabajadas durante el período el número de horas que forman la jornada máxima del período⁴³); segundo, porque esa jornada ordinaria puede ser distribuida irregularmente durante el año, de hecho en determinadas circunstancias la empresa puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo (art. 34.2 de la LET); y tercero, porque incluso horas trabajadas por encima de la jornada ordinaria no tienen que ser contadas como tales si se han compensado con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35.2 LET).

⁴² Véase en la página web del Poder Judicial : <file:///D:/DIGITALIZACIÓN%20ECONOMIA/AUTO%20AN%20repetido.pdf>

⁴³ De ahí que se defienda que el registro, conforme había sido admitido en sentencias precedentes, debería referirse a la totalidad de las horas trabajadas y no solamente a las horas extraordinarias, porque el registro sólo de éstas sería incoherente con el sistema descrito. Véase en Victor de Santos Sánchez: "Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la negociación colectiva. Jurisprudencia de los Tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa". *Tiempo de Trabajo. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva, Madrid, 10 de noviembre de 2016*. Edición preparada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Colección Informes y Estudios. Serie de Relaciones Laborales. Núm. 112. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p.272.

B) Según la AN, de la interpretación que se da a los arts. 34 y 35 de la LET respecto de la falta de registro de la jornada diaria del trabajador a tiempo completo, resulta en la práctica que éste carece de un medio probatorio útil y objetivo para acreditar la realización de horas por encima de su jornada ordinaria; además, los representantes de los trabajadores también quedan imposibilitados para comprobar si el tiempo efectivamente trabajado por los empleados supera o no la jornada necesaria, y si se respetan los descansos semanales y diarios entre jornadas; y finalmente, para la AN tampoco existe ningún instrumento para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social controle si los trabajadores superan o no la jornada ordinaria, o han dado su consentimiento a prestar horas extraordinarias.

En este contexto, la *Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social complementaria a la Instrucción 3/2006, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias*⁴⁴, asume la doctrina del TS sobre la ausencia de una imposición normativa a la empresa para que registre la jornada ordinaria, si bien expresa que pese a ello, el control del tiempo de trabajo –la jornada– “siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo”; en este sentido, “la mera ausencia de registro de la jornada de trabajo no hace claudicar la función de control que tiene encomendada la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”. Es cierto que el control de la jornada y la detección de incumplimientos a los arts. 34 y 35 de la LET sigue siendo función esencial de la Inspección, pero la falta de un instrumento registral complica sobremanera sus funciones, más en un contexto en el que las tecnologías borran los límites clásicos en materia de horas y lugar de trabajo. Como se ha encargado de recordar la Comisión de la Conferencia Internacional del Trabajo que ha evaluado el cumplimiento de las normas sobre tiempo de trabajo en este 2018, la puesta en práctica de un registro eficaz del tiempo de trabajo es uno de los medios más importantes para controlar el cumplimiento de la ley en relación con el tiempo de trabajo y la remuneración de las horas extraordinarias, y que ello es de gran ayuda para que los inspectores hagan cumplir las disposiciones relativas al tiempo de trabajo⁴⁵.

⁴⁴ Véase en la página web de C.E.F.-Laboral-Social : http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Circular_5_017_Instruccion_1_2017_ITSS.pdf

⁴⁵ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 107ª Reunión, 2018: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Interancional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

En todo caso, como resultado de las motivaciones precedentes, la Audiencia Nacional constata que el Derecho interno no garantizaría la efectividad del cumplimiento de los mandatos relativos a ordenación del tiempo de trabajo previstas en los arts. 3, 5, 6 y 22 de la Directiva 2003/88 CE, ni con carácter general en materia de prevención de riesgos laborales por el art. 4.1 de la Directiva 1989/391, privando a los representantes de los trabajadores de las fuentes de conocimiento necesarias para poder ejercer de forma eficaz las facultades que el art. 11.3 de la Directiva 1989/391 les encomienda.

Con esa base, la Audiencia Nacional eleva tres cuestiones prejudiciales, cuyo objetivo viene a ser el siguiente:

1/ En primer lugar, la Audiencia Nacional le pregunta al TJUE si a través los artículos 34 y 35 de la LET, el Estado español ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la efectividad de las limitaciones de la duración de la jornada de trabajo y del descanso semanal y diario que establecen los artículos 3, 5, y 6 de la *Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003* para aquellos trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios.

Estos preceptos de la Directiva 2003/88 atribuyen a los Estados miembros la necesidad de garantizar un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas; de que los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, y finalmente, en virtud del art. 6, a que se limite la duración del tiempo de trabajo semana, así como que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.

En atención a esta pregunta específica, considero que el hecho de no disponer del registro de la jornada de trabajo en régimen diario, no tiene por qué ser, por esa exclusiva razón, una falta en la disposición de medidas necesarias para hacer cumplir los límites de la jornada y de los períodos de descanso, ya que la previsión de otros medios por nuestro sistema normativo si pueden llevar a considerar acreditadas aquellas medidas, como la existencia de una

inspección que también se encarga de velar por el cumplimiento de las medidas (aunque de forma harto difícil por la falta del registro mencionado), o la imposición de sanciones si se detecta la existencia de incumplimientos a esas normas vinculantes, amén de las que puedan contenerse en la negociación colectivas.

2/ En segundo lugar, la Audiencia Nacional le dirige al TJUE la cuestión siguiente: el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional interna como son los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresa elestablecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios.?

En resumen, la pregunta dirigida al TJUE pretender saber si la normativa española sobre jornada establecida en el art. 34 de la LETy las horas extraordinarias, en el art. 35 de dicha norma, que no imponen un registro de la jornada diaria efectiva de trabajo, vulneran preceptos de la Directiva sobre descanso diario y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (principalmente, arts. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88), añadiendo en esta cuestión prejudicial la vulneración por todo ello de lo dispuesto en el art. 22 de dicha Directiva. En este precepto se prevé la posibilidad de que el Estado miembro no aplique aquellas disposiciones sobre descansos siempre que el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo sin aquellos límites. Es decir, de una lectura literal del art. 22 de la Directiva se entiende que podrá exceptuarse por el empresario la aplicación de los límites a la jornada establecidos en la propia norma, siempre que aquél lleve registros actualizados.

En las sentencias del TS que han validado la falta de una obligación de llevar un registro, se ha argumentado que la normativa europea citada permite inaplicar los términos de la jornada máxima, requiriendo para ello que el trabajador preste su consentimiento, sobre el que se

informará a la autoridad competente, y obligando a que "el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que realicen un trabajo de este tipo". Del tenor literal del precepto se deriva, según el TS, "que la obligación de llevar a registros actualizados sólo se impone en los casos que no se aplican las limitaciones del art. 6 sobre la duración de la jornada. Esta disposición es reiterada por el art. 22 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003", lo que le lleva a concluir que, en relación a supuestos de jornada ordinaria, la normativa examinada no impone la necesidad de llevar un registro cuando no se sobrepase la jornada máxima.

De hecho, podría entenderse que las normativas europeas aludidas, incluyendo las aportadas por la Directiva 89/391/CE (arts.4.1 11.3 y 16.3), tendrían su correspondiente transposición en la normativa interna española, sin que de dichos preceptos requieran por si mismos la existencia de un registro de la jornada diaria.

3/ La tercera cuestión prejudicial tiene por objeto conocer si el mandato perentorio derivado de la normativa europea de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores, se asegura para los trabajadores ordinarios con una normativa interna que no hace exigible el establecimiento de un sistema de registro.

En concreto, la pregunta está formulada en los siguientes términos: ¿Debe entenderse que el mandato perentorio dirigido a los Estados miembros, establecido en artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, en relación con los artículos 4.1, 11.3 y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, de limitar la duración de la jornada de todos los trabajadores en general, se asegura para los trabajadores ordinarios con la normativa nacional interna, contenida en los arts. 34 y 35 ET, de los que, según ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial consolidada, no cabe deducir que resulte exigible para las empresas el establecimiento de un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo para los trabajadores a jornada completa que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectiva, a realizar horas extraordinarias, a diferencia de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios?".

Se trata de una cuestión de enjuicio ya que vincula los límites de la duración de la jornada de trabajo con la necesaria existencia de un registro. A mi modo de ver, la clave en esta cuestión está en que asocia las limitaciones a la duración de una jornada (léase, la duración máxima diaria, semanal y los períodos de descanso), con la necesidad de garantizar la seguridad y salud del trabajador.

De hecho, la actual Directiva 2003/88 trae su origen de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que respondía, como al efecto reiteraba el TJUE al interpretarla, a la conexión directa entre la duración y la distribución del tiempo de trabajo y descansos con la materia de seguridad y salud laboral.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 confirma esa vinculación directa entre seguridad y salud laboral y descansos, así como con la imposición de limitaciones sobre tiempo de trabajo, trabajo nocturno, por turnos, y horas extraordinarias. Curiosamente, en aquella resolución anuló del contenido de la Directiva el establecimiento del domingo como período mínimo de descanso, ya que no se demostró por el legislador la conexión de esta disposición con la mejora de las condiciones de seguridad y salud del trabajador. Ahora bien, con respecto a los restantes aspectos del tiempo y organización del trabajo contenidos en la Directiva, el máximo Tribunal europeo admitió su relación con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores tanto porque así resulta confirmada por la legislación social de nivel nacional e internacional en esta materia, como por el hecho de que la acción legislativa de la Comunidad no puede limitarse sólo «a los supuestos que impliquen justificaciones científicamente demostradas» sobre aquella conexión.

Con esa base jurídica, considero que la ausencia normativa de un sistema de registro si cuestiona los derechos de limitación de jornada, y derivado de ello, afecta a la seguridad y salud de los trabajadores. La falta de un instrumento para garantizar un objetivo protector de los trabajadores, como es el de limitar el tiempo de trabajo a través de períodos de descanso, entra en contradicción con la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo, fundamentada justamente en la protección de la salud laboral. La combinación de la evolución del proceso tecnológico en el ámbito laboral con la falta de un instrumento mínimo en el cómputo de la jornada laboral, son aceleradores de la realización de horas más allá de los límites fijados por aquella, en muchos

casos de carácter no remunerado, y con ello, en la producción de niveles de sobrecarga psicológica que no garantizan la salud de los trabajadores.

La sentencia de la Audiencia Nacional debiera haber circunnavegado más por la triple vinculación entre la falta de un registro, el trabajo más allá de los límites de jornada, y la afectación consiguiente de la seguridad y salud de los trabajadores, más cuando aún no está científicamente demostrado esto último. En todo caso, estudios que se han encargado de valorar la ausencia de un registro de la jornada en aquellos países donde sí existe un mecanismo parecido, como es el suizo que después se comentará, señalan que casi el 90% de los empleados altamente cualificados que trabajan de forma flexible sin registrar su tiempo de trabajo hacen más que horas estipuladas en su contrato de trabajo, en comparación con solo el 75% de quienes registran sus horas de trabajo y el 57,6% de las que tienen horas fijas, de lo que resulta que dejar de lado el registro del tiempo de trabajo conduce ante todo a una extensión más o menos voluntaria de la carga de trabajo. Ello conduce a lo que se ha venido en llamar "la auto-puesta en peligro del interesado"⁴⁶, es decir, la asunción por el trabajador de un riesgo a su salud por la falta de un instrumento que limite la duración de su tiempo de trabajo. La existencia de un sistema que evite estas situaciones es un derivado del principio protector de la seguridad y salud anclado como un pórfido en la normativa europea.

3.2 La importancia de un registro de las horas trabajadas de forma efectiva por el trabajador.

La cuestión del registro del tiempo de trabajo es objeto de atención en el ámbito internacional. La Conferencia Internacional del Trabajo ha realizado el Informe titulado *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*, de 2018, en el que valora la aplicación de los Convenios núms. 1 y 30 que establecen que deben llevarse registros de las «horas extraordinarias» trabajadas. En todo caso, es de interés destacar que la Comisión encargada de analizar esta cuestión, ha considerado que, aunque estos Convenios sólo exigen que se lleve un registro de las horas extraordinarias, “ello necesariamente implica que deban

⁴⁶ Véanse estos datos en el artículo de opinión de Klaus Stadtmüller: *La loi sur le travail protege la santé: faits versus idéologie*. En el diario Le Temps, 22 de enero de 2018 : <https://www.letemps.ch/opinions/loi-travail-protege-sante-faits-versus-ideologie>

registrarse también las horas normales”⁴⁷. A juicio de la Comisión, se trataría de que las normas sobre jornada, descansos y otras disposiciones sobre trabajo nocturno, se viesen acompañadas de “herramientas fiables para registrar su aplicación” y que permitan el examen de dicha información por los empleadores, los trabajadores y sus representantes, y los inspectores del trabajo. En este sentido, la Comisión que se ha encargado en el seno de la Conferencia Internacional de analizar el grado de cumplimiento de los Convenios de la OIT en materia de tiempo de trabajo, entiende que los empleadores deberían aprovechar las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías para registrar los períodos de trabajo y de descanso, como los programas informáticos de registro del tiempo, que ofrecen la posibilidad de controlar el tiempo de trabajo de formas más precisas, fiables, sencillas y productivas”⁴⁸

En nuestro entorno, resulta sumamente de interés conocer el debate que se ha instalado en Suiza sobre el registro del tiempo de trabajo. A diferencia del caso español, en el país helvético si existe la obligación empresarial de registrar el tiempo de trabajo, cuyo fundamento histórico ha sido la finalidad de proteger la seguridad y salud en el trabajo. En todo caso, ante los cambios sobrevenidos en el mundo profesional así como por la constatación de que el trabajo se efectúa cada vez más fuera del marco de las instalaciones empresariales y con horarios fijos, el legislador suizo consideró necesario hace varios años adaptar la ley sobre registro del tiempo de trabajo para poder conciliar mejor el trabajo y la vida familiar.

Por esa razón, en virtud del art. 46 de la Ley de Trabajo modificada en el año 2015, y desarrollada por el art. 73 de la Ordenanza sobre dicha legislación, se han establecido tres tipos diferentes de registro:

⁴⁷Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 107ª Reunión, 2018: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Internacional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

⁴⁸ Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo 107ª Reunión, 2018: *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, 2018. Página web de la Organización Interancional del Trabajo : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf

a) Un registro de carácter sistemático, pensado para los trabajadores que no disponen de autonomía en la fijación de su tiempo de trabajo. Este sistema registra el inicio y fin de cada fase de trabajo, así como las pausas y períodos de compensación superiores a media hora. También computa documentalmente los días de descanso compensatorio. En función de la ley antedicha, toda empresa debe disponer de este sistema si no adopta alguno de los otros dos regímenes siguientes.

b) Un registro simplificado de la jornada laboral, pensado para los trabajadores que pueden determinar ellos mismos una parte significativa de sus horarios de trabajo (al menos el 25% de este horario). El sistema registra únicamente el total de horas trabajadas por día. Para aplicar este registro, es necesario que la empresa adopte un acuerdo por escrito con la representación legal de los trabajadores; en aquellas que no disponen de esta representación, que son las que cuentan con menos de cincuenta trabajadores, es igualmente posible acordar colectivamente este régimen con los trabajadores.

c) Finalmente, la renuncia al registro de la jornada de trabajo es posible para los trabajadores que disponen de una gran autonomía en su trabajo y pueden fijar ellos mismos su horario laboral (como mínimo la mitad de su tiempo de trabajo), y donde el salario anual bruto supera los 120.000 €. Esta posibilidad debe estar prevista en un Convenio Colectivo. En este caso, el convenio colectivo debe regular medidas particulares para garantizar la protección de la seguridad y salud en el trabajo y asegurar el respeto a la duración del descanso fijada por ley. Según el Informe que justifica la modificación legal que abre paso a este tipo de renuncia sobre el registro, la negociación colectiva podría tener en consideración dos mecanismos de protección suplementarios: un servicio interno encargado de las cuestiones relativas a la jornada laboral y el derecho de revocar la declaración de renuncia individual.

En consecuencia, de una legislación en la que ya se establecía un registro universal, se ha pasado a otra, de carácter más flexible, en la que se posibilitan determinadas excepciones a dicho régimen, en primer lugar, el de los trabajadores que pueden determinar parte de su horario, y por otro, la posibilidad de una renuncia a que se les registre. En todo caso, los valedores de esta modificación normativa señalaron que los criterios para el registro del

tiempo de trabajo estaban definidos de tal manera que el principio de la obligación de registrar la jornada laboral se mantenía para la mayor parte de los trabajadores⁴⁹.

En todo caso, las posturas críticas a esta reforma legal o a las tendencias que se pronuncian aún más para dotar de mayor flexibilidad a este régimen, advierten del hecho de que "si se abandona el registro de las horas de trabajo, el límite entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre se tornaría cada vez más borroso y el trabajo suplementario no remunerado sería la regla"⁵⁰. Por tanto, los críticos a dotar de mayor flexibilidad al régimen de registro afirman que la evolución que se detecta supone, en el fondo, renunciar a la sujeción obligatoria del tiempo de trabajo y la superación de muchas disposiciones sobre descansos, ya que no habría manera de hacerlos cumplir. De hecho, mantienen que la línea entre el trabajo y el ocio tiende a desvanecerse aún más, y por eso se insiste que ello puede suponer ir hacia una multiplicación de las horas extras no pagadas. De este modo, las disposiciones en cuestión perderían su función protectora⁵¹.

Estas afirmaciones se producen en un contexto normativo anclado en el deber empresarial de registrar la jornada, justo lo contrario de lo que sucede en España, y por lo tanto, donde pueden comprobarse como algunas de los efectos que se advierten en Suiza son de sobra conocidos por nosotros. La normativa española adolece de un mecanismo de registro del tiempo de trabajo que resulta imprescindible para controlar la aplicación de la normativa sobre jornada de trabajo, que, no hay que olvidar, tiene una función protectora, sobre todo fundamentada en la garantía de salud para el trabajador. Ese debería ser el espíritu que debiera presidir la introducción de un sistema de cómputo del tiempo de trabajo. Ahora bien, ante el avance de las nuevas tecnologías, la cuestión tal vez no está tanto en establecer "el" registro de la jornada efectiva diaria de trabajo, de forma que ese registro asuma franjas fijas desde el inicio hasta el final del horario establecido, sino en establecer "un sistema de

⁴⁹ Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR. Secrétariat d'Etat à l'économie SECO. *Rapport explicatif. Révision de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) – enregistrement de la durée du travail (nouveaux articles 73a et 73b OLT 1: nouvelles modalités applicables à l'enregistrement et de la durée du travail)*. Octobre 2015.

⁵⁰ Cosima Dorsemagen; Andreas Krause; Mara Lehmann; Ulrich Pekruhl: *Les horaires de travail flexibles en Suisse. Evaluation des résultats d'un sondage représentatif auprès de la population active suisse*. Secrétariat d'Etat à l'économie, 2012 : <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/27889.pdf> [última consulta: 19 de febrero de 2018].

⁵¹ *Idem*.

registro” que atienda tanto las horas dedicadas al trabajo en la empresa, como las ejecutadas fuera de él por el uso de tecnologías móviles.

CONCLUSIONES.

A modo de síntesis, en este artículo se han abordado las siguientes temáticas con la inclusión de propuestas correspondientes de carácter jurídico:

1. Se ha estudiado como el uso de las tecnologías de información y comunicación, así como la nueva *Internet of Things*, está trastocando las coordenadas clásicas de “espacio-tiempo” en la delimitación de la prestación de trabajo, lo cual afecta de una forma u otra a todos los trabajadores. En todo caso, quienes más están expuestos a estas realidades son principalmente los teletrabajadores, los trabajadores móviles y de forma especial en nuestro país, los trabajadores autónomos

Las ventajas que acompañan a las tecnologías digitales, como la eficacia del trabajo realizado, van de la mano de otras que empiezan a emerger en sede judicial, como la atribución de dispositivos de geolocalización de los trabajadores, pero también, de forma muy visible, la prolongación de las horas de trabajo, el solapamiento entre el trabajo retribuido y la vida personal, y en general, una intensificación del trabajo. A ello se suman factores de cambio social que pueden agravar aquellos problemas, como son la liberalización de horarios comerciales o las cláusulas contractuales detectadas en determinados sectores sobre la disponibilidad total del trabajador. Este tipo de cláusulas podrían estar incluidas como tiempo de trabajo, conforme a la doctrina establecida por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de febrero de 2018, en el asunto C-518/15.

En todo caso, este trabajo ha llamado la atención del impacto que la revolución digital está teniendo sobre el aumento de la carga de trabajo. En este sentido, se ha defendido que la transformación digital no suponga una robotización de la persona. Para ello, se aboga por que las tecnologías digitales sirvan para medir fielmente la carga de trabajo que puede ser asumida por el trabajador.

2. En todo caso, ante los efectos que se están produciendo por las tecnologías, este escrito está por el mantenimiento de las instituciones básicas de protección de los derechos del trabajador en relación al tiempo de trabajo, adaptando en todo caso lo necesario ante la transición digital que se está viviendo, donde el principio de conciliación de la vida laboral y personal debe ser una referencia. Ahora bien, lo que también se plantea es que esos dos ámbitos, cada vez menos compartimentados o estancos, también están siendo influidos por un proceso de cambios sociales, detectado en el hecho del interés de muchos trabajadores en que no solo les reconozca un período de descanso desconectado o al margen del trabajo, sino que tengan disposición sobre en qué momento utilizarlo. Además de disponer de un período de descanso, en el que afrontar su vida personal y familiar, lo importante está pasando a ser que el trabajador tenga un margen de decisión sobre cuándo llevarlo a cabo.

3. Una de las iniciativas que está teniendo más empuje deriva de la lanzada por la legislación francesa sobre el Derecho a la desconexión, y admitida en nuestro país por algunos acuerdos empresariales.

Lo que se ha concluido del estudio del derecho a la desconexión es que pone al descubierto que muchas de las desventajas detectadas con la integración de las tecnologías en la prestación de trabajo no son exclusivamente por los efectos que estas conllevan por sí mismas, sino que pueden ser debidas también a la falta de unos dispositivos (también en términos de regulación), que limite su campo de acción. Me refiero a que lo que se ha comprobado sobre las capacidades de la transformación digital para quebrantar la línea divisoria entre lo que es tiempo de trabajo o no, llevando a inmiscuirse el trabajo en la esfera de la vida personal del trabajador, entre lo que es o no es lugar de trabajo conforme a lo que siempre ha sido reconocido, sobre la mayor presión de la carga de trabajo y de los rendimientos o resultados a obtener, puede ser causa también de la falta de sistemas que, amparados por la legislación, establezcan unos límites en cada uno de estos campos. Aquí es donde pensarse que, si se habla en términos de horas de trabajo, que pueden superar los marcos previstos por un horario determinado en un puesto de trabajo específico, puede resultar de interés la computación y su plasmación informativa (llámese registro o de otra manera), para los trabajadores y las empresas.

4. Finalmente, se ha analizado la cuestión de la falta de un deber empresarial de registrar la jornada diaria efectiva del trabajador, y se ha realizado un análisis detallado de la cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Nacional ante el TJUE sobre si dicha ausencia en los arts. 34 y 35 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se opone a la normativa europea. En este trabajo, de las tres preguntas elevadas ante el Tribunal europeo, se ha atendido particularmente la tercera de ellas para defender la necesidad de introducir algún tipo de registro, ya que al no disponer de dicha medida, se estaría vulnerando la legislación europea de limitaciones a la duración de la jornada, que derivan de la necesidad de garantizar la seguridad y salud del trabajador. La falta normativa de un sistema de registro si cuestiona los derechos de limitación de jornada, y derivado de ello, si podría afectar a la seguridad y salud de los trabajadores. La combinación de la evolución del proceso tecnológico en el ámbito laboral con la falta de un instrumento mínimo en el cómputo de la jornada laboral, son aceleradores de la realización de horas más allá de los límites fijados por aquella, en muchos casos de carácter no remunerado, y con ello, en la producción de niveles de sobrecarga psicológica que no garantizan la salud de los trabajadores.

El último apartado del trabajo se dedica a analizar la cuestión del registro de horas en el ámbito internacional, dedicándose una atención especial en aquellos países que como Suiza parten de una realidad opuesta a la nuestra, ya que si cuentan con un régimen de registro de la jornada. Las tendencias en aquél país sobre la flexibilidad en dicho registro para determinados trabajadores con disposición horaria por utilizar tecnologías móviles, están abriendo muchas críticas por los resultados en términos de prolongación de las horas trabajadas, y su no remuneración en muchos casos. Esta situación me sirve para acabar concluyendo que, desde el otro polo, debe reconocerse que la normativa española adolece de un mecanismo de registro del tiempo de trabajo que resulta imprescindible para controlar la aplicación de la normativa protectora sobre la jornada de trabajo. Ahora bien, ante el avance de las nuevas tecnologías, la cuestión no está en establecer “el” registro de la jornada diaria de trabajo, con franjas fijas horarias, sino en establecer un sistema de registro que atendiese tanto las horas dedicadas al trabajo en la empresa, como las ejecutadas fuera de él.