



Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital

Susana de la Casa Quesada

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

El tiempo de trabajo forma parte de la esencia de la relación laboral, por lo que su regulación resulta crucial para conseguir un equilibrio entre los derechos y los intereses en juego.

Las innovaciones tecnológicas y organizativas asociadas al mundo digital provocan profundos desafíos al derecho del trabajo, entre ellos, la delimitación de las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo. La deslocalización de la prestación de servicios y el incremento del tiempo de trabajo fuera de la jornada laboral hacen que se desdibujen los límites entre las horas de trabajo y la vida personal y ocasionan que los periodos de descanso o de ocio se vean invadidos cada vez más por periodos de trabajo productivo como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, convergiendo todos estos factores en una mayor exposición a nuevos riesgos profesionales y, por consiguiente, en una amenaza para la salud de la persona del trabajador.

Palabras clave: tiempo de trabajo; digitalización; salud laboral; riesgo laboral.

Fecha de entrada: 29-04-2019 / Fecha de revisión: 20-05-2019 / Fecha de aceptación: 20-05-2019

Cómo citar: Casa Quesada, S. de la. (2019). Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, número extraordinario 2019*, 113-145.



Working time and welfare of workers: a renewed relationship of conflict in the digital society

Susana de la Casa Quesada

Abstract

Working time is part of the essence of the employment relationship, so its regulation is crucial to achieve a balance between rights and interests at stake.

The technological and organizational innovations associated with the digital world causes profound challenges to Labor Law, among them, the delimitation of the boundaries between working time and non-work time. The delocalisation of the provision of services and the increase of working time outside of the working day makes the boundaries between working hours and personal life blur and causes rest periods or leisure periods to be invaded more and more for periods of productive work as a result of the use of new information and communication technologies, all these factors converging in greater exposure to new occupational risks and therefore in a threat to the health of the worker's person.

Keywords: working time; digitization; occupational health; occupational risk.

Citation: Casa Quesada, S. de la. (2019). Working time and welfare of workers: a renewed relationship of conflict in the digital society. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, extraordinary number 2019*, 113-145.





Sumario

1. Sociedad digital y tiempo de trabajo
 2. El tiempo de trabajo como factor de riesgo laboral en la sociedad digital
 - 2.1. Riesgos laborales ligados al tiempo de trabajo
 - 2.2. La respuesta del ordenamiento jurídico
 3. El nuevo registro horario bajo el foco de la seguridad y salud laboral
 4. El derecho a la desconexión digital como garantía de efectividad del derecho al descanso
 5. Tiempo de trabajo y colectivos de trabajadores con especial vulnerabilidad: un análisis desde la seguridad y salud laboral
 - 5.1. Mujeres trabajadoras
 - 5.2. Trabajadores de edad avanzada
 - 5.3. Trabajadores a tiempo parcial
 - 5.4. Trabajadores a distancia
 6. Reflexión final
- Referencias bibliográficas

Nota: investigación realizada en el marco de la subvención concedida por el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales dentro de la convocatoria sobre «Proyectos de investigación innovadores en materia de prevención de riesgos laborales, correspondientes al ejercicio 2018» (BOJA núm. 135, de 13 de julio de 2018), con número de expediente PIII2018SC0004.

1. Sociedad digital y tiempo de trabajo

La digitalización se sitúa hoy día en el centro del debate político, social y económico ocupando un lugar cada vez más importante en la esfera laboral, no solo desde el punto de vista del desarrollo y uso de tecnología de última generación que, supuestamente, abarata costes, disminuye los tiempos de trabajo y/o aumenta la rapidez en la producción y la calidad de los procesos, sino también porque la presencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permite la organización y la realización del trabajo en cualquier lugar y momento.

El uso de internet, la telefonía móvil, el correo electrónico y las aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros, ha otorgado un carácter de normalidad al hecho de que el trabajador se encuentre permanentemente localizable incluso durante su tiempo de descanso, incluidas las vacaciones, evitando la necesaria desconexión del trabajo. En efecto, la conectividad total en tiempo real en el contexto económico digital está en la base de nuevas formas de trabajar y de organizar el trabajo que relativizan la necesidad de ubicación física de los trabajadores en unas instalaciones productivas propiedad de las empresas y en unos horarios fijos y preestablecidos, propiciando tendencias de desubicación o difuminación del concepto tradicional del centro de trabajo.

En aquellos trabajos en los que se utilizan de manera generalizada las TIC es preciso prestar especial atención al tiempo que se dedica al trabajo fuera del centro o lugar de prestación del mismo, cuestión esta que plantea los siguientes interrogantes: ¿qué valor hemos de otorgar a ese tiempo de trabajo?, ¿debe ser trabajo retribuido o compensado por descansos equivalentes por entender que se trata de horas extraordinarias?

Como regla general se suele entender que este tiempo no computa como tiempo de trabajo, si bien este planteamiento ha sido puesto en cuestión por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 –rec. 2229/2015–, que entiende que dicho tiempo ha de ser computado como horas extraordinarias, pues:

[...] solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre el tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre la jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial, pudiera dar lugar a ex-

ceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo. Pero en ausencia de tales pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, no existe razón para no computar las horas dedicadas al trabajo como jornada ni el pago de los excesos como horas extraordinarias.

En esta línea sobre pautas de empresa para diferenciar lo que es tiempo de trabajo de libre decisión del trabajador encontramos la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2018, la cual, a pesar de no estar directamente relacionada con la transformación digital, sí lo está con la necesidad de mantener bien diferenciados los ámbitos de tiempo de vida –trabajo retribuido y trabajo reproductivo–, así como con la utilidad de las políticas de empresa que dejan bien claro el horario y no permiten excesos. En esta ocasión, el tribunal confirma el despido de un trabajador que, obsesionado con la mejora de la productividad, creyendo que hacía un bien para la empresa, iba al centro antes de tiempo y obligaba a trabajadores a su cargo a que lo hicieran. La empresa lo tiene prohibido, por razones de seguridad y salud en el trabajo y por razones de seguridad, sin más –control del centro y de la gente que hay en él en cada momento–.

Es cierto que nos encontramos inmersos en lo que se ha dado en llamar «Sociedad 4.0» o «Cuarta Revolución Industrial» impulsada por la digitalización de la información y de las comunicaciones y por los avances relacionados con la inteligencia artificial, la robótica o la automatización, donde todos los aspectos del trabajo se ven afectados por los avances tecnológicos. De esta manera, la digitalización de la producción de bienes y servicios puede afectar a la propia aplicación de la relación de trabajo asalariado, del contrato de trabajo, a la aparición de formas de empleo novedosas, al contenido de la prestación laboral, al ejercicio de los poderes empresariales de dirección y control, al lugar y al tiempo de la prestación de trabajo, a los salarios, a la formación en el empleo, a la seguridad y salud en el trabajo, al acceso a la protección social, o, en el plano colectivo, a los instrumentos de representación y negociación colectiva (CES, 2017).

En efecto, las nuevas tecnologías traen con ellas nuevas formas de empleo y nuevos modelos de organización, diversos en sus condicionantes de empleo y de trabajo. Uno de los ejemplos más paradigmáticos que revela de manera clara este cambio en el «trabajo productivo» es Amazon. Este coloso del comercio electrónico mundial es el que mejor refleja las dinámicas que caracterizan esta segunda parte del primer cuarto de siglo XXI. Las «cadenas logísticas digitales» buscan maximizar el rendimiento económico-empresarial a través de las nuevas posibilidades de monitorización de la prestación de servicios de los trabajadores que aportan las tecnologías digitales, controlando al minuto tanto al trabajador como al producto y tanto dentro como fuera de sus instalaciones. De ahí la tendencia a que la tecnología digital trate a la persona que presta servicios como la propia mercancía vendida, con el riesgo que ello conlleva no solo de vulneración de sus derechos fundamentales asociados a la privacidad –en este caso centrales–, sino también a su salubridad. El modelo de negocio de Amazon dice mucho sobre la cultura laboral que practica en sus almacenes y la forma como trata a sus legiones de empleados: «cada minuto perdido es dinero perdido». El tiempo se cuenta por segundos. El rendimiento se calcula con escáneres que

establecen objetivos cada vez más exigentes. El escáner cuenta el tiempo entre cada escaneo, de modo que calcula si el empleado ha perdido el tiempo entre un escaneo y otro. Es un modelo de negocio que no permite que los trabajadores, de manera individual, amenacen la productividad general de la empresa. Otro ejemplo que muestra esta tendencia de la que venimos hablando es el «sistema 996» de las empresas tecnológicas chinas, que consiste en trabajar de 9 de la mañana a 9 de la noche durante 6 días a la semana.

Es necesario, para evitar realidades de este tipo, garantizar una transición justa hacia el empleo digitalizado teniendo en cuenta sus visibles consecuencias sobre las relaciones de trabajo y la salud de los trabajadores. Es cierto que la tecnología puede liberar a los trabajadores de un trabajo arduo, de la suciedad, la monotonía, el peligro y la penuria de determinados trabajos. Sin embargo, los procesos impulsados por la tecnología también pueden hacer superflua la mano de obra y, en última instancia, alienar a los trabajadores y frenar su desarrollo. La automatización puede mermar la capacidad de control y la autonomía de los trabajadores, así como la riqueza del contenido del trabajo, lo que podría dar lugar a la pérdida de cualificaciones y a la disminución de la satisfacción de los trabajadores, con la consiguiente repercusión que esta situación puede provocar sobre la salud del trabajador (OIT, 2019a, p. 45). Todos estos cambios son un potencial generador de riesgos laborales, por lo que se hace necesario adoptar, una vez más, una posición preventiva y vigilante que sirva para anticipar los posibles nuevos riesgos asociados al uso de las nuevas tecnologías y a estas nuevas formas de trabajo emergentes para así garantizar el equilibrio entre la seguridad y salud de los trabajadores y la adecuada implantación de los nuevos cambios organizativos demandantes de una mayor flexibilidad laboral, el uso de internet, la virtualización de las relaciones laborales, etc. (Manzano, 2017, p. 23).

El reto, por tanto, es garantizar un equilibrio entre la seguridad y salud de los trabajadores y la adecuada implantación de los nuevos cambios organizativos que demandan, como hemos visto, una mayor flexibilidad laboral. Es por ello que el Marco estratégico europeo de seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 insta a «evaluar los cambios en la organización del trabajo derivados de la evolución de las nuevas TIC (conectividad constante) y su impacto a nivel organizacional e individual». De igual manera, la Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020 considera que:

Las condiciones económicas y sociales están repercutiendo en la evolución de los lugares de trabajo y en la aparición de nuevos riesgos vinculados al modo en que se organiza el trabajo frente a los que avisa, habrá que actuar, teniendo en cuenta a su vez, la aparición de riesgos emergentes derivados de las nuevas tecnologías de la información y comunicación e instando a su estudio, sus causas y su impacto en la seguridad y salud de los trabajadores.

La situación está alcanzando tales niveles que hay quien ya habla del riesgo de que este tipo de trabajador, normalmente con cierta cualificación, llegue a convertirse en «el nuevo esclavo tecnológico del siglo XXI» (Mella, 2016, p. 32).

2. El tiempo de trabajo como factor de riesgo laboral en la sociedad digital

Como hemos visto, la presencia de la digitalización en todas partes y en todo momento tiene implicaciones en la seguridad y salud en el trabajo, algunas de ellas positivas, como puede ser la sustitución de personas por dispositivos tecnológicos para la realización de trabajos peligrosos o degradantes, y otras de carácter negativo, como la sustitución de trabajadores por máquinas o herramientas tecnológicas afectando a la salud psicológica del trabajador que se ve invadido por sentimientos de inseguridad laboral y temor al desempleo.

Con la aparición de las nuevas tecnologías, las ordenaciones del tiempo de trabajo, como el teletrabajo, el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo con horario flexible, se han convertido en habituales. Los empleadores necesitan una fuerza de trabajo más flexible, pero los estilos de vida y estructuras familiares cambiantes han hecho que muchos trabajadores también necesiten ordenaciones flexibles del tiempo de trabajo que pueden ayudar a conciliar mejor la vida laboral y la vida familiar, en particular las mujeres y los hombres con familia, y a que trabajadores, que de otro modo no podrían, permanezcan económicamente activos, como los trabajadores de más edad o los trabajadores con discapacidad. No obstante, estas ordenaciones a menudo provocan una erosión de los límites entre el trabajo, el ocio y otras actividades, y pueden intensificar el estrés relacionado con el trabajo y ocasionar riesgos de salud de tipo psicosocial. El teletrabajo provoca con frecuencia niveles más altos de intensidad laboral y más probabilidades de conflicto entre trabajo y familia. También puede afectar al bienestar de los trabajadores o aumentar sus niveles de estrés. De hecho, el 41 % de los trabajadores con trabajo móvil basado en las TIC registra altos niveles de estrés, frente al 25 % de los trabajadores que desempeñan sus tareas en las instalaciones del empleador. Esto reviste especial importancia cuando los trabajadores tienen que trabajar desde casa más horas de las que les corresponden (UGT, 2019, p. 6).

Como acertadamente se ha señalado «las nuevas tecnologías tienen las dos caras de Jano»; vistas desde un perfil pueden favorecer el incremento de los niveles de productividad del trabajo humano, pues permiten, entre otras cosas, mayor rapidez y ahorro de tiempo de trabajo; posibilidades de comunicación sincrónica y asincrónica; abaratamiento de las comunicaciones; deslocalización de las prestaciones de servicios y ahorro en costes de espacios físicos de trabajo (al menos para el empleador); ampliación de las posibilidades de inserción laboral de los trabajadores con movilidad reducida; aprovechar los tiempos muertos en el trabajo; posibilitan el denominado teletrabajo y el teletrabajo móvil (incluso «nómada»); pueden contribuir notablemente a la flexibilización de los tiempos de trabajo, por lo que, al menos en teoría, podrían servir para mejorar la conciliación de la vida laboral y la personal/familiar, por su potencial para favorecer la autogestión del tiempo de trabajo. Pero las nuevas tecnologías tienen «otra cara» que genera más incertidumbres y que se traduce en nuevos retos para la salud y el bienestar en el trabajo (Fernández, 2017, p. 72).

La digitalización ha supuesto un cierto desplazamiento en la preocupación por la seguridad y salud de los trabajadores relacionada con el tiempo de trabajo. Si bien en un principio dicha preocupación se centraba en evitar excesos en las jornadas de trabajo, el uso de las nuevas tecnologías aplicadas al ámbito laboral ha trasladado el punto de mira a facetas relativas a la organización del tiempo de trabajo y a la invasión de la vida privada del trabajador, con el surgimiento de nuevos problemas ligados a la flexibilidad y al incremento de poder de disposición por parte del empresario (López-Quiñones, 2017). También, como veremos más adelante, puede verse afectada la intimidad de la persona a través del control y la localización del trabajador.

Tradicionalmente, el derecho del trabajo ha buscado preservar el derecho del trabajador a disfrutar de su tiempo de descanso. De esta manera, se ha establecido, por un lado, la protección de los derechos básicos de los trabajadores como son la vida, salud y seguridad, y, por otro, el progresivo reconocimiento del derecho de los trabajadores al tiempo de ocio en busca de un equilibrio entre el tiempo de trabajo y el personal.

No hemos de olvidar que el uso de la tecnología no supone que el trabajo que se lleve a cabo no pueda resultar aburrido, monótono e insatisfactorio. La tecnología no da sentido a nuestro trabajo, es más, su uso puede originar en el trabajador una sensación de soledad y aislamiento provocada por el mundo de la «hiperconexión» y de las redes sociales, a lo que hemos de unir que el uso intensivo de estas tecnologías y la inadecuada gestión del tiempo de trabajo que las mismas ocasionan hacen que resulte relativamente fácil caer en la «auto-explotación» pensando que se es libre. El uso de herramientas que permiten una conectividad permanente ha posibilitado la confusión entre dos términos, que son bien diferenciables en el plano conceptual, pero que no siempre se delimitan con claridad en la realidad de las relaciones de producción: conectividad vs. disponibilidad. La conectividad constante dificulta la desconexión mental y la propia recuperación física y psíquica del trabajador, pues favorece las prolongaciones de la jornada laboral, tanto por la realización del trabajo en horarios inadecuados, como por la realización de tareas en periodos de espera o tiempos muertos entre viajes.

Asimismo, la implantación de las nuevas tecnologías en el trabajo favorece la mayor dedicación laboral que necesita el adicto al trabajo, debido a la facilidad para mantener el vínculo virtual con el entorno laboral, en todo tiempo y lugar (Molina y Vallecillo, 2018). Puede generar una presión «extra» sobre los trabajadores en su tiempo libre, la imposibilidad de «desconectar», dado que las nuevas tecnologías permiten la «reconexión permanente» con el trabajo, la conectividad puede favorecer la flexibilidad laboral, pero también obstaculizar la conciliación de la vida laboral y familiar y ser un riesgo para la salud laboral (Fernández, 2017, p. 72).

2.1. Riesgos laborales ligados al tiempo de trabajo

Actualmente, aproximadamente un tercio de la fuerza de trabajo en el mundo (36,1 %) trabaja un número excesivo de horas, entendiéndose por horas excesivas de trabajo las

que superan de forma habitual las 48 horas por semana. Las horas excesivas de trabajo guardan relación con los efectos crónicos de la fatiga, que pueden provocar problemas de salud como enfermedades cardiovasculares y trastornos gastrointestinales, así como estados de salud mental más delicados, incluidos niveles más altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño. Aunque hay otros factores como la autonomía, la presión para trabajar horas extraordinarias y las remuneraciones bajas que inciden en los factores de riesgo, por lo general, la reducción de las horas de trabajo excesivas puede servir para obtener mejores resultados en materia de seguridad y salud laboral. El informe de 2019 de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT señala que: «el establecimiento de límites a jornadas de trabajo excesivamente largas reducirá los accidentes del trabajo y los riesgos psicosociales asociados a dichas jornadas» (OIT, 2019a, p. 40).

En este sentido, la digitalización es uno de los factores que más está contribuyendo al incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral, lo que repercute directamente en la seguridad y salud de los trabajadores que manejan en su trabajo las nuevas TIC dando lugar a una serie de riesgos que afectan a la salud física y psicológica de los trabajadores.

De esta manera, podemos encontrar numerosos riesgos ligados a la organización del tiempo de trabajo como son la tecnofobia, la tecnoadicción, la tecnofatiga, la tecnoansiedad o el tecnoestrés o, inclusive, si el problema se vuelve crónico, el síndrome de *burnout* o la adicción al trabajo. Al margen de ello, van a concurrir también riesgos de tipo físico, más o menos tradicionales, como los trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares y riesgos ligados al excesivo sedentarismo o nuevos riesgos emergentes, como los inciertos ligados a las ondas electromagnéticas u otros componentes propios de los dispositivos utilizados.

Los efectos negativos del estrés sobre la salud de los trabajadores son sobradamente conocidos: falta de motivación y disminución del rendimiento, fatiga, insomnio y trastornos del sueño, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, ansiedad, irritabilidad, etc. Pueden inducir también a una reducción de hábitos saludables como el ejercicio físico, el ocio y las relaciones sociales, así como al abuso del consumo de alcohol y otras sustancias.

El término tecnoestrés hace referencia a los efectos psicosociales negativos que proceden del uso masivo e inadecuado de las nuevas tecnologías en el tiempo de ocio y en el de trabajo y que suele estar originado por diferentes factores como el continuo cambio de las tecnologías y la dificultad del trabajador para adaptarse a dichos cambios, el uso intensivo de las mismas, la dificultad para demarcar el trabajo de la vida privada, e incluso, en numerosas ocasiones, viene provocado por falta de conexión o problemas de red (Mella, 2016, pp. 32-33).

La tecnofatiga puede estar originada por el exceso de información al que dan acceso las nuevas tecnologías. La fatiga es capaz de provocar mareos, insomnio, dolores de cabeza, problemas digestivos y otros análogos. Además, a la larga podría desembocar en problemas relacionados con la insatisfacción laboral, depresión, estrés y otras patologías del mismo tipo.

La intimidad de la persona del trabajador también puede verse afectada por el excesivo control y la localización del trabajador ejercida por el empresario, con el consiguiente efecto negativo sobre la salud física y psicológica del trabajador.

A falta de una específica regulación legislativa, han debido ser las fuentes extralegales las que han proporcionado algunas pautas de organización y conducta. La utilización de medios tecnológicos en el ámbito laboral por parte del empresario puede representar un conflicto entre los derechos e intereses del empleador de organizar los recursos productivos de la forma más eficiente posible, enmarcado en la libertad de empresa (art. 38 Constitución española –CE–), y los derechos y libertades fundamentales reconocidos al trabajador, especialmente en lo que concierne a su dignidad (art. 10.1 CE), intimidad (art. 18.1 CE), a la vida e integridad de la persona (art. 15 CE) y, junto a esos, al derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), a la protección de datos (art. 18.4 CE) o al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

En este sentido encontramos algunos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de las injerencias del trabajo en la vida íntima y personal del trabajador que provocan los dispositivos móviles y de geolocalización. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21 de septiembre de 2015 –rec. 259/2014– resuelve un caso en el que el empleador incorpora en el contrato una cláusula que obliga al trabajador a facilitar a la empresa determinados datos personales como su número de teléfono o la dirección de correo electrónico con la finalidad de que la empresa pueda realizar «cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo pudiendo ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico [...]». Como vemos, dicha cláusula determina la posibilidad de que el empresario pueda requerir al trabajador en cualquier momento, incluso fuera del horario de trabajo. El riesgo de este trabajador de sufrir tecnoestrés laboral provocado por la permanente situación de incertidumbre es evidente. Estamos pues ante un ejemplo claro en el que el uso de las nuevas tecnologías plantea un claro conflicto entre el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE) y, más concretamente, al derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), y la libertad de empresa (art. 38 CE). Si bien, como es sabido, el poder de dirección del empresario no es ilimitado. La empresa no puede obligar a sus trabajadores a que proporcionen datos personales como una cláusula contractual potestativa, voluntad unilateral del empresario que faciliten dichos datos personales como una cláusula condicional potestativa que remite a la voluntad unilateral del empleador. La libertad de empresa no es un poder absoluto, está limitado por las reglas de la buena fe contractual (arts. 5 c) y 20.2 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y por los derechos básicos de los trabajadores (arts. 4 y 5 ET) a los que el empleador se encuentra supeditado a la hora de celebrar un contrato de trabajo. El empresario, por tanto, debe velar por la seguridad y la promoción de la salud física y mental de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluidos los posibles factores de riesgos psicosociales (art. 14, párr. 2, Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–) (González, 2015, p. 20).

Es necesario, por tanto, establecer un «equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC–186/2000, de 10 de julio).

2.2. La respuesta del ordenamiento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación del tiempo de trabajo se recoge en los artículos 34 a 38 del ET. El artículo 34 del ET establece como jornada máxima la de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, dejando a la negociación colectiva el establecimiento de la distribución irregular de la jornada y, en defecto de pacto colectivo en este sentido, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo, precisión esta última introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que no ha estado exenta de críticas por su clara tendencia flexibilizadora en favor del empleador y la incertidumbre que suscita en el trabajador. Es incuestionable que esta tendencia incrementa la disponibilidad del trabajador y al mismo tiempo acrecienta el sentimiento de alienación, dando lugar a graves dificultades de armonización entre vida privada y vida laboral, con especial incidencia en determinados colectivos como pueden ser las mujeres (Grau, 2017) –como veremos más adelante–, engrandeciendo la incidencia de los riesgos psicosociales (Igartua, 2018, p. 334).

Conforme a la doctrina del TC (STC 62/2007, de 27 de marzo) y siguiendo la línea que en su día marcó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 15 de noviembre de 2001, C-49/00), al igual que el TS español (STS 101/2016, de 16 de febrero), la LPRL incluye la tutela eficaz frente a los riesgos psicosociales y su protección efectiva (art. 14 LPRL), que exige evaluar y remover todo factor estresante, como la sobrecarga digital, originada en el entorno laboral y fuera de él como consecuencia del uso y/o abuso de las nuevas tecnologías durante el tiempo de descanso o de ocio del trabajador.

Si bien, la respuesta del ordenamiento jurídico y de su regulación del tiempo de trabajo en materia de política preventiva hasta la fecha no progresa, sino que con dificultad se mantiene frente al retorno de aspectos flexibilizadores que siguen proponiéndose a favor de la disponibilidad continua del trabajador, que afecta no solo a estos, sino también a la productividad de las empresas.

Ahora bien, a pesar de que la LPRL no regule de manera expresa los riesgos psicosociales, de su articulado pueden derivarse medidas preventivas de gestión de los mismos destinadas a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores respecto a los riesgos originados por el uso de las nuevas tecnologías y la organización del tiempo de trabajo. Así, cuando se define riesgo laboral en el artículo 4.2 del texto normativo podemos entender incluidos en la definición los riesgos psicosociales como un «determinado daño derivado del trabajo». También en la obligación general de seguridad recogida en el artículo 14 de la

LPRL y en los principios de acción preventiva del artículo 15 de la LPRL. Por su parte, el artículo 4.7 de la LPRL entiende por condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador, incluyendo como cláusula de cierre «todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador».

Por lo que se refiere al deber empresarial de evaluar los riesgos psicosociales, no existe duda alguna de que la evaluación de los riesgos inherentes a la organización del tiempo de trabajo encuentra su encaje en la obligación general de seguridad del artículo 16 de la LPRL, afectando a todos los niveles jerárquicos (Molina, 2017).

La flexibilización a la que hacíamos referencia anteriormente y que, por lo que atañe al tiempo de trabajo, favorece la disponibilidad continua del trabajador y la necesidad de una mayor competitividad tiene como contrapartida el aumento de la incertidumbre, la aparición de nuevas formas de contratación, trabajos precarios, una mayor dedicación al trabajo mediante un trabajador disponible a través de las nuevas tecnologías, etc., que repercuten en la salud psicofísica de los trabajadores. La necesaria conciliación entre el uso de las nuevas TIC y la salud psicosocial de los trabajadores es objeto de análisis en la STSJ de Cataluña 3613/2013, de 23 de mayo, según la cual es preciso desarrollar una evaluación de factores de riesgos psicosociales adecuada que cuente con todas las garantías de validez y fiabilidad, identificando y controlando los factores de riesgo psicosocial como un primer paso.

El uso de la tecnología y las nuevas prácticas contractuales basadas en la flexibilización de la ordenación del tiempo de trabajo pueden ser una importante fuente de generación de riesgos psicosociales para los trabajadores, causando un deterioro significativo del bienestar psicológico y de la salud de estos.

A la ausencia en nuestra regulación del tiempo de trabajo de garantías frente a la difuminación de los límites del tiempo de trabajo que venimos exponiendo, y a la que da lugar en muchas ocasiones el uso de las nuevas tecnologías, parece querer responder la reciente reforma legislativa operada por el Real Decreto-Ley (RDL) 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que dedica su artículo 10 al «Registro horario» y a cuyo análisis dedicamos el siguiente epígrafe.

3. El nuevo registro horario bajo el foco de la seguridad y salud laboral

La obligatoriedad de llevar un registro de la jornada laboral siempre ha sido un asunto litigioso y polémico. La excesiva precisión del ET en su artículo 35.5 devino, curiosamente, en múltiples interpretaciones que desembocaron en las SSTS de 23 de marzo y de 20 de abril de

2017 –recs. 246/2017 y 338/2017–. En ambas se exime a las empresas de la obligación de llevar tal registro; aunque el fallo del Alto Tribunal se acompañaba de una reveladora recomendación: «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».

Dos años más tarde, el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, incluye en su capítulo III, dedicado a las «Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo», el artículo 10, destinado al «Registro horario», que viene a modificar el apartado 7 del artículo 34 del ET y a añadir un nuevo apartado 9 al citado precepto.

Dejando a un lado la deficiencia de la técnica legislativa utilizada y que ya ha sido duramente criticada por la doctrina (Molina, 2019, pp. 5-9), nos interesa en este momento centrarnos en el análisis de la norma finalmente resultante y en los posibles efectos de la misma sobre la seguridad y salud de los trabajadores.

En este sentido resulta llamativa, a primera vista, la gran diferencia entre la redacción original propuesta para la reforma del artículo 34 del ET («la jornada de cada persona trabajadora se registrará día a día», sin perjuicio del modo específico de organización del mismo, a cargo del convenio), cuya transgresión sería infracción grave (art. 7.5 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–), y la finalmente resultante en la que el Gobierno se adjudica la facultad para –previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas– «establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran».

Por lo que se refiere a la empresa, la nueva regulación le otorga una posición de garante de la existencia de un registro diario de jornada (art. 34.9 ET). El empleador no puede, por tanto, eludir su obligación de registro de la jornada ordinaria, en la medida en que su posición de garante le impide alegar como justificación de un eventual incumplimiento la falta de acuerdo en su organización, por lo que no tiene efecto diferido de ningún tipo, siendo exigible desde el primer día de entrada en vigor de la norma.

A la negociación colectiva, o por acuerdo de empresa, le corresponde fijar cómo se ha de organizar y documentar ese registro de la jornada. Si bien la norma, en defecto de la actuación de la negociación colectiva, recoge la opción de que sea por «decisión del empresario previa consulta con la representación legal de los trabajadores de la empresa».

El incumplimiento de la obligación empresarial también dista mucho de lo que en un principio se previó, pues si bien se mantiene la infracción grave por incumplir las obligaciones en materia de registro, no se tipifica de manera directa el incumplimiento de la obligación de registro, sino que se incluye como una más de una lista de normas sobre tiempo laboral

(art. 7.5 LISOS), siendo además de relativa poca entidad la cuantía del incumplimiento, pues la infracción es por empresa o centro, no individual (entre 626 € y 6.125 €).

Por lo que se refiere a la repercusión que la obligación del registro horario pueda tener en la seguridad y salud de los trabajadores, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18) parece anticiparse al contenido del nuevo artículo 34.9 del ET, y que trae su origen en el conflicto colectivo promovido por varios sindicatos de trabajadores con el fin de que se declare la obligación de la demandada de implantar un sistema de registro de la jornada de trabajo efectivamente realizada que permita comprobar el adecuado cumplimiento de la jornada laboral fijada por las disposiciones legales y por los convenios colectivos.

En la citada sentencia, conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y la Directiva 2003/88/CE, se impone a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva. Si bien, aunque los Estados miembros tienen libertad para regular la forma en que se establezca este registro horario, la que consideren más adecuada para que este derecho tenga un efecto útil, no pueden ignorar esta exigencia, lo que sería contrario al derecho de la Unión. Los Estados están obligados a legislar adecuadamente para garantizar la protección de la salud y de la seguridad del trabajador a través del respeto efectivo de los límites de tiempo de trabajo, que es responsabilidad del empresario.

Sin un sistema de cómputo del tiempo de trabajo no existe, según el TJUE, garantía de que se respeten efectivamente los límites temporales establecidos por la Directiva 2003/88/CE y, en consecuencia, de que se puedan ejercer sin obstáculos los derechos que confiere a los trabajadores. Tampoco es posible diferenciar entre horas ordinarias y extraordinarias de trabajo. Por otro lado, observa, es un medio necesario para que las autoridades públicas competentes puedan realizar el control de la seguridad en el trabajo.

La inexistencia de un registro horario priva a los trabajadores de un medio de prueba para defender judicialmente sus derechos. En el caso de que el empresario exija la realización de una actividad laboral que exceda los límites del horario de trabajo establecidos en dicha directiva, subraya, será más difícil probar la infracción.

Por último, en cuanto a la entrada en vigor de la medida, en la disposición final sexta del RDL 8/2019 se fija la misma en 2 meses a partir de la publicación de la citada norma en el BOE, siendo, por tanto, la fecha establecida el 12 de mayo de 2019.

Ante las dudas y eventuales críticas sobre la implementación de esta medida y dadas las críticas e interrogantes que buena parte del sector empresarial ha vertido sobre el registro horario y la forma de materializarse, el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS), un día después de la entrada en vigor de la norma, publicó una «Guía sobre

el registro de jornada» en la que se recogen criterios de aplicación de esta medida con el fin de facilitar su aplicación práctica (MTMSS, 2019).

Entendemos que habrá que esperar un tiempo prudencial para saber si la norma tiene o no una aplicación real y efectiva que permita a las personas trabajadoras conocer cuántas horas realmente trabajan, y no porque no lo sepan propiamente, sino porque ello les será de utilidad tanto para controlar el cumplimiento de las condiciones de trabajo, como para posibles reclamaciones salariales en caso de impago, o pago inferior al convencionalmente regulado, de las horas extraordinarias. No debemos olvidar que, cuando el trabajo que se realiza con tecnologías se desarrolla fuera del horario habitual como puede ser los fines de semana o por la noche, normalmente no queda registrado, por lo que esta puede ser la solución para medir el tiempo de trabajo real de las personas que trabajan con herramientas tecnológicas, evitando así que haya un infraregistro del número de horas que se trabajan realmente por cada trabajador.

4. El derecho a la desconexión digital como garantía de efectividad del derecho al descanso

Hasta la aprobación de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), no existía en el ordenamiento jurídico español un tratamiento normativo específico del derecho a la desconexión digital en el ámbito del trabajo.

Las primeras iniciativas legislativas comparadas del derecho a la desconexión digital en el ámbito europeo podemos encontrarlas en Francia, concretamente en la Ley número 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y al aseguramiento de las carreras profesionales (Journal Officiel, núm. 0184, de 9 de agosto de 2016), que introduce un nuevo apartado 7 en el artículo L.2242-8 del Código de Trabajo francés, estableciendo que:

La negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo incluirá: [...] 7.º Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, con el fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y vacaciones, así como de su vida personal y familiar.

Este modelo de regulación supone una «indefinición» legal del derecho con remisión a la negociación colectiva, que deberá realmente asumir esta materia o bien recaer en el ejercicio del poder unilateral de fijación de condiciones de trabajo de la empresa (Vallecillo, 2017, pp. 167 y ss.):

A falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto. Esta política definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y preverá, además, la puesta en marcha de acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de los dispositivos digitales, dirigida a los trabajadores, mandos intermedios y dirección.

Por lo tanto, se reconduce la materia a la prevención primaria en relación con el uso abusivo y problemático de tales dispositivos.

Junto a Francia, también en Italia es posible encontrar referencias legislativas expresas al derecho a la desconexión digital, aunque solo para determinado tipo de trabajadores. En concreto, la Ley número 81, de 22 de mayo de 2017, de medidas para la protección del trabajador autónomo no emprendedor y para favorecer la articulación flexible en el tiempo y en los lugares de trabajo subordinado (*Gazzetta Ufficiale*, núm. 135, de 13 de junio de 2017). También en Alemania en 2014, en el debate sobre la ley antiestrés, los promotores de la misma solicitaban el establecimiento de una norma por la que el empresario no pudiera comunicarse con el trabajador a determinadas horas (González, 2015, pp. 17 y ss.). Ahora bien, como ha tenido ocasión de señalarse:

Las nuevas formas de gestión del tiempo de trabajo y personal, como el derecho a la desconexión de la experiencia francesa o el apagado de servidores de algunas empresas americanas, no parecen alternativas maduras. Empresas y trabajadores parecen preferir la autorregulación, sea entre los miembros del equipo que trabaja en el mismo proyecto, sea la propia autocontención en el uso del tiempo de trabajo (Rodríguez y Pérez, 2017, p. 10).

El hecho de que en España se haya carecido, hasta la aprobación de la LOPDGDD, de una regulación específica del derecho a la desconexión digital no quiere decir que no existieran en nuestro ordenamiento jurídico previsiones normativas sobre el derecho de los trabajadores a desconectar del trabajo fuera de su jornada laboral. Así, el artículo 40.2 de la CE que insta a los poderes públicos a fomentar una política que garantice el derecho al descanso laboral limitando la jornada laboral; o, en materia de seguridad y salud, el artículo 19 del ET y la LPRL; o sobre jornada, horario de trabajo y descanso, los artículos 34 a 38 del ET. Si bien, algunas de estas normas y los límites en ellas recogidos con la finalidad de garantizar el derecho al descanso de los trabajadores adolecen de cierto grado de flexibilidad provocado por los intereses de la empresa. Así ocurre, por ejemplo, con la acumulación de los descansos, la falta de rigidez en los límites horarios, etc.

También en el ámbito internacional –hace ya casi 50 años–, el Convenio OIT núm. 132, de 24 de junio de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas, hacía referencia al descanso del trabajador como fundamento básico de la protección de su seguridad y salud. Más reciente es la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

La regulación del derecho a la desconexión resultante de la LOPDGDD (art. 88 y disps. finales decimotercera y decimocuarta) no está exenta de diversas críticas, empezando por que nos encontramos ante una copia «casi» literal de la regulación francesa y siguiendo por su emplazamiento, ya que la ley donde se recoge no es el lugar idóneo para regular el referido derecho, habiendo sido más adecuada su inclusión en una reforma de la LPRL.

Entrando en el contenido de la regulación, el artículo 88 dispone que para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital se estará a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en cuyo caso el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, definirá las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, modalidades que deberán atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciar la conciliación de la vida laboral y familiar y ceñirse a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. Por último, se señala que el derecho a la desconexión digital se garantizará en todo tipo de trabajo incluido el desempeño total o parcial del trabajo a distancia y abarcará el respeto del tiempo de descanso, permiso y vacaciones con el fin de garantizar la intimidad personal y familiar del trabajador.

Las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta añaden, respectivamente, un nuevo artículo 20 bis al ET y una nueva letra j bis en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para incorporar el derecho a la desconexión digital como derecho de los trabajadores y de los empleados públicos, junto con el derecho a la intimidad en relación con el entorno digital.

Resulta cuanto menos llamativo que el lugar elegido por el legislador para incorporar el derecho a la desconexión en el ET sea el artículo 20, dedicado al poder de dirección del empresario, siendo más acertado, desde nuestro punto de vista, y así ha sido también evidenciado por cierto sector doctrinal, que se hubiera elegido el articulado destinado a la regulación del tiempo de trabajo (arts. 34 a 38 ET) o bien, entendiendo que la finalidad última de este derecho es salvaguardar la salud del trabajador, el artículo 19 del ET, ocupado por la regulación de la seguridad e higiene en el trabajo (Barrios, 2019).

Como podemos advertir, la LOPDGDD no incluye –como ya hiciera en su día la regulación francesa– ninguna definición del derecho a la desconexión, sino que se limita a hacer referencia, por un lado, a las modalidades de ejercicio del derecho, dando cabida a multitud de soluciones según la «naturaleza y objeto de la relación laboral», el sector productivo, el tipo de actividad realizada o las tareas específicas que realice el trabajador; y, por otro lado, a las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso de las herramientas tecnológicas, cuestión esta que entendemos que debería ser una de las principales actuaciones, frente al uso y/o abuso de las nuevas tecnologías y su repercusión, como hemos señalado anteriormente, en la salud de los trabajadores, pero ni define el contenido

de ese presunto derecho ni le atribuye garantías de eficacia, tratándose de una norma más programática que otra cosa, quedando su contenido concreto en cada caso al resultado de la negociación colectiva o, en defecto de acuerdo, a la política que en cada caso, previa consulta colectiva, fije el empleador.

Tampoco establece la ley cuáles serán los efectos que tendrá el hecho de que los representantes legales de los trabajadores se nieguen a aceptar la política de actuación sobre las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión, interpretándose que el derecho es de audiencia y no de veto, por lo que será necesario acudir a mecanismos generales. Esto no impide que los propios representantes en el cumplimiento de su función de vigilancia y control puedan denunciar la inaplicación de políticas internas en la empresa que garanticen el derecho a la desconexión digital.

Se ha apuntado la posibilidad de la aplicación de alguno de los tipos contenidos en la LISOS: el artículo 7.5, que considera infracción grave la transgresión de las normas relativas al tiempo de trabajo; el artículo 12.1, relativo a la evaluación de riesgos o la realización de las actividades de prevención que hicieran necesarios los resultados de las evaluaciones, o el artículo 8.11, que tipifica como muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (Igartua, 2018, pp. 379 y ss.).

Por otro lado, resulta inadmisibles que, siendo la prioridad de la regulación del derecho a la desconexión digital la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, la ley guarde silencio sobre el papel del comité de seguridad y salud o de los delegados de prevención.

En el informe Mettling (Mettling, 2015), el derecho a la desconexión digital se liga al derecho a la tutela de la seguridad y salud del trabajador y al respeto de su vida privada al margen de su vida profesional. Por tanto, si en lo sustancial no aporta contenido protector adicional alguno al derecho que ya reconoce nuestra Constitución (art. 40 CE), solo adquiere sentido si se van a exigir políticas de acción suficientemente eficaces para prevenir el riesgo, llevando al deber empresarial lo que es un mandato a los poderes públicos en la Constitución.

Llegados a este punto y evidenciadas las carencias de las que adolece la regulación del «nuevo» derecho a la desconexión digital, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿cuál es entonces el interés de introducir un derecho a la desconexión que, además de no añadir nada a lo que la jurisprudencia ya venía admitiendo una década atrás, parece agotarse en una política programática, de buenas voluntades formativas y reeducativas en el uso correcto de las nuevas tecnologías?

En la práctica, el derecho a la desconexión digital se reduce a la mera libertad del trabajador de no responder a los mensajes profesionales fuera de su jornada, lo que de nuevo nos plantea una serie de cuestiones: ¿verdaderamente nos encontramos ante un derecho nuevo o se trata más bien de una garantía de efectividad de un derecho social fundamental

ya existente como es el clásico derecho al descanso?; ¿sin un reconocimiento normativo o convencional expreso habría existido por tanto una «obligación permanente de conexión»? (Molina, 2017, pp. 270 y ss.).

Para dar respuesta a estos interrogantes podemos valernos de diversas fuentes de la relación laboral distintas a la ley. El convenio colectivo de AXA Seguros establece en su artículo 14 que «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». También la empresa EUI Limited Sucursal España ha recogido en su convenio colectivo un apartado específico en materia de desconexión digital, dentro del espacio dedicado a la jornada laboral (art. 16), y que establece que:

La empresa, consciente de la necesidad de poner límites entre el trabajo y la vida privada, y sin limitar las ventajas del trabajo flexible (FlexiTime) establecido para las áreas de soporte a negocio actuales y cualesquiera que puedan ponerse en marcha en el futuro, reconoce el derecho de todos/as sus trabajadores/as a la desconexión digital y/o a cualquier tecnología de comunicación (teléfono, canales de mensajería, correos electrónicos, videollamadas, y cualquier otro medio implantado en la empresa o al que estén acostumbrados los/as trabajadores/as) para garantizar el respeto al tiempo de descanso y/o vacaciones de todos/as sus trabajadores/as después del final de su jornada de trabajo. Al término de su jornada laboral, Admiral reconoce, alienta y espera la desconexión electrónica de sus trabajadores con la empresa fuera de sus horas de trabajo. La desconexión digital efectiva pretende la dedicación necesaria del tiempo personal a nuestro entorno familiar, amistades, y al desarrollo de nuestros intereses personales, que indudablemente protegen la vida privada de nuestros/as trabajadores/as y favorecen la conciliación de la vida personal y familiar.

¿Hemos de entender estos reconocimientos como algo nuevo en nuestro derecho? ¿No son realmente el reflejo en un convenio colectivo del poder de autodeterminación que otorga a las personas el artículo 18 de la CE, en relación con el artículo 10.1 y 2 de la CE?

No debemos olvidar que el TC en 2003 entendió que toda concepción –por supuesto, toda conducta y/o práctica– empresarial –y social– que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado, de una u otra manera, al interés productivo del empleador es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador (STC 192/2003, de 27 de octubre).

Aunque, como es sabido, esta doctrina constitucional se fijó en relación con el periodo de vacaciones anuales, ha de servir para toda comprensión de los periodos de descanso.

Además de los convenios colectivos, también la doctrina judicial –anteriormente a la LOPDGD– se ha referido al derecho del trabajador a desconectar de las herramientas digitales y tecnológicas como garantía de efectividad del derecho al descanso frente al uso

de determinados dispositivos móviles y su injerencia en la vida privada del trabajador. Es el caso de la STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2013 –rec. 6212/2012–. En este caso, la empresa Schindler instaló un aparato denominado «acelerómetro» en los teléfonos móviles de los trabajadores encargado de captar el movimiento o la ausencia de este que se complementa con un GPS. Este hecho es justificado por la empresa en una rápida intervención en el caso de que se produjera algún accidente, pues en el caso de ausencia de movimiento de más de dos minutos, el acelerómetro envía una señal acústica de 60 segundos y un mensaje que da lugar a una llamada automática de emergencia al centro de control. Es obligado llevar personalmente el acelerómetro, incluso fuera de la jornada, porque lo tienen que poner a cargar en sus casas. El acelerómetro como tal no se puede desconectar, sino que se tiene que hacer con una aplicación, de la que no tienen conocimiento los trabajadores; lo que sí se puede es desconectar el sonido.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción preventiva contra esta práctica y la autoridad laboral dictó resolución sancionadora. Impugnada, la sentencia de instancia la legitimó. En el recurso de suplicación se confirma la sentencia de instancia.

El tribunal entiende que:

[...] la forma de fiscalización del citado acelerómetro, lleva consigo una situación de riesgo psicosocial, pues [...] que utilice la empresa un aparato de última tecnología para controlar el trabajo no puede tener la consecuencia de que, fuera de la jornada laboral, tengan incluso que en su domicilio familiar [...] que es la esfera personal y privada del trabajador [...] continuar en una situación *in vigilando* del citado dispositivo para que esté en condiciones óptimas para su buen funcionamiento en la jornada laboral (FJ 12.º).

En realidad el nuevo derecho a la desconexión digital no se trata de un derecho autónomo o diferenciado, sino que pertenece a una tipología de derechos simbólicos, ya que la ley no hace sino reconocer un derecho que a buen seguro los trabajadores normativamente ya tenían –otra cosa es en el plano de su eficacia práctica–, en virtud del derecho al descanso (hoy incluso de rango máximo, como un derecho social fundamental comunitario ex art. 31 CDFUE). Por lo tanto, la clave no está en su reconocimiento, sino más bien en identificar sus «garantías legales de efectividad» para que conduzca a su ejercicio real, práctico.

De nuevo emerge el simbolismo cuando la regulación legislativa no reconoce un contenido normativo mínimo, sino que se remite a la negociación colectiva, incluida en un sistema regulador que se basa en una sucesión de reenvíos normativos. El artículo 20 bis del ET reconocería en el plano estatutario el derecho, si bien desubicado, al no estar en el artículo 4 del ET –y arts. 19 y 34 ET–, sino en el artículo 20 del ET, lo que no es nada baladí en el plano práctico, ya que lo que domina no es el enfoque del derecho, sino el de límite a un poder, que se reconoce y que, al tiempo, se garantiza de forma amplia. Pero su garantía se remite al artículo 88 de la LOPDGDD, que, a su vez, reenvía a la negociación colectiva.

Dejando de lado algunas deficiencias, por supuesto, como la devaluación del derecho de consulta, que ya tienen los representantes legales de los trabajadores ex LPRL, por un simple derecho de «audiencia previa», el apartado 3 del citado artículo 88 de la LOPDGDD sí formula un auténtico deber de protección eficaz frente al nuevo riesgo laboral que reconoce de forma expresa: la fatiga digital.

Debe entenderse en su sentido más amplio, ligándose al bien jurídico que realmente se protege: la efectividad del derecho al descanso, y este, a su vez, en la clave comunitaria de la seguridad y salud en el trabajo. El Comité Económico y Social Europeo en su informe «Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo» entiende que el uso cada vez más intenso de las TIC puede representar un riesgo para la salud (CES Europeo, 2017).

La vinculación entre el derecho a la desconexión y la salud psicosocial, ya presente en la doctrina judicial, no solo hace recomendable, sino absolutamente obligado, incluir el deber de una política interna de uso responsable de los dispositivos digitales para evitar la fatiga digital en el más amplio deber de protección eficaz del empleador de los riesgos laborales asociados a los modernos modelos de organización del trabajo ex artículo 14 en relación con el 16 de la LPRL. Los artículos 15.1 d) de la LPRL y 36.5 del ET no dejan lugar a ninguna duda. La existencia del riesgo digital, derivado de la nueva organización prevalente en el trabajo, obliga al empresario a medir su magnitud y a planificar las medidas concretas, adecuadas y eficaces que deben adoptarse para garantizar la efectividad del derecho, a medida en que va incorporando ese tipo de organización (art. 16 LPRL). Que las medidas reclamadas tengan una fuente más propia de la negociación colectiva que de la técnica (aun sin descartar el referido protagonismo de las tecnológicas, los sistemas de desconexión automática) no contradice esta lectura integradora, más bien al contrario. Un riesgo eminentemente organizativo requiere medidas colectivas.

De nuevo, la integración en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales, su lugar más natural, nos ofrece luz para la comprensión del problema y de su solución. En efecto, existente el riesgo, ha de haber una protección adecuada y eficaz en todo caso, si bien la concreción ha de hacerse en el marco de la negociación colectiva ex artículo 88 de la LOPDGDD. De este modo, ambos se alimentan de forma recíproca: la norma de protección de datos con el sistema preventivo, y este con la modernización exigida, tanto en los procesos productivos precedentes, en virtud del cambio digital, cuanto en los instrumentos de política preventiva, de modo que los riesgos vinculados a la organización requieren normas ordenadoras de condiciones de trabajo, no solo técnicas.

Es en esta conexión donde puede encontrar sentido práctico la garantía legal, siempre que se reconduzca desde el sistema normativo de prevención de riesgos profesionales. Desde esta perspectiva, cabría sostener que incluye un contenido maximalista (máxima efectividad de un derecho social fundamental, como es la protección eficaz de la salud psicosocial de los trabajadores ex art. 31 CDFUE y ex art. 15 en relación con el art. 40 CE).

Así, junto al poder de la persona trabajadora de liberarse de cualquier uso obligatorio de los dispositivos digitales aportados con fines productivos en sus tiempos de no trabajo (cualquiera que sea el periodo de descanso), vertiente negativa que no constituye novedad, se integraría también el deber del empleador de abstenerse de toda exigencia de uso productivo de los dispositivos durante los tiempos extralaborales, así como de facilitar y promover esa interrupción de usos productivos, primando los automatizados (incorporado al dispositivo). Se trata de una vertiente proactiva –no reactiva– y preventiva, que sí garantiza un efecto realmente útil de la garantía.

Sin embargo, las leyes y los convenios tienden a olvidar esta doble dimensión. Por tanto, no hay garantía de mejora, pues la ley favorece una regulación convencional tan flexible como incierta, que no solo crea incertidumbre, en la medida en que no hay pauta en la ley para garantizar que sean los más efectivos los que triunfen en la negociación colectiva, sino que podría incluir una fuerte contradicción –antinomía– con el sistema propio de prevención de riesgos laborales, en el que debe insertarse, por imperativo comunitario y de racionalidad jurídica, pues es una medida de protección eficaz de la salud de la persona del trabajador y, como tal, han de primarse siempre las garantías colectivas respecto de las individuales, así como las que pueden evitar el riesgo a las que meramente lo reducen, ex artículo 15.1 de la LPRL.

En suma, la LOPDGDD tipifica un riesgo laboral y, por lo tanto, al margen de sus múltiples vicios técnico-jurídicos, en forma de lagunas y antinomias, exige su integración en el marco de la LPRL.

5. Tiempo de trabajo y colectivos de trabajadores con especial vulnerabilidad: un análisis desde la seguridad y salud laboral

Sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis de cómo afecta el tiempo de trabajo en la sociedad digital a la salud de todos y cada uno de los grupos de los trabajadores, sí nos parece oportuno referirnos a aquellos colectivos en los que, a nuestro juicio y por diversas razones que examinaremos a continuación, esta circunstancia conlleva un especial riesgo para su salud; es el caso de las mujeres trabajadoras, los trabajadores de edad avanzada, los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a distancia.

5.1. Mujeres trabajadoras

Aunque en un principio pudiera pensarse que el uso de las nuevas tecnologías y la posibilidad de realizar la prestación de trabajo en cualquier tiempo y lugar podría facilitar una mejor combinación de la vida profesional y la privada, hemos tenido ocasión de comprobar

como, en la mayoría de las ocasiones, las medidas adoptadas con el objeto de flexibilizar la gestión del tiempo de trabajo aumentan considerablemente la disponibilidad del trabajador y, en consecuencia, reducen su capacidad de organizar la vida extralaboral.

En este sentido, la digitalización y el efecto que sobre la salud de los trabajadores tiene el hecho de que el uso de las nuevas tecnologías permitan trabajar fuera del lugar y del tiempo de trabajo toman un especial cariz en el caso de las mujeres trabajadoras, que siguen siendo las que hoy día –de forma mayoritaria– compaginan el trabajo remunerado con el cuidado de los hijos y las tareas domésticas. La atención a la familia y al hogar produce una segregación muy intensa en la sociedad que genera una barrera de dificultades en el empleo y la ocupación.

La facilidad con la que se diluyen las fronteras de los tiempos de vida y trabajo impide que la conciliación sea una opción sin tensiones, dado que el sentimiento de falta de atención a las necesidades familiares en momentos que son ocupados por el trabajo digital produce sentimientos de culpa y frustración.

Esta situación puede dar lugar a una especial carga mental para la trabajadora, siendo un factor de estrés importante que repercute en la forma de enfrentarse al trabajo y en la salud física y psicológica de la mujer trabajadora.

La cuestión es que la doble jornada o doble presencia –que se asemeja a las jornadas prolongadas, bien por horas extraordinarias o por pluriempleo–, y a la que contribuye el uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada laboral, está causando consecuencias negativas sobre la salud de la mujer trabajadora, como un aumento de la accidentalidad y de los trastornos por estrés y un descenso del rendimiento que convierten el tiempo de trabajo en un conflicto o riesgo psicosocial en la sociedad digitalizada. El aumento de los factores de riesgos genera conductas precipitadas, alteradas y no adaptativas que propician errores, todo tipo de accidentes y una mayor vulnerabilidad de la persona (EU-OSHA, 2006).

Otro de los efectos del uso de las nuevas tecnologías sobre la salud de la mujer se evidencia en el informe de la OIT de 2019 sobre «Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: aprovechar 100 años de experiencia», en el que se atribuye al incremento de la participación de las mujeres en el trabajo digitalizado y las tecnologías de la información un aumento del acoso en línea, el ciberacoso y la denigración que provoca igualmente riesgos psicosociales y estrés laboral a las trabajadoras (OIT, 2019b, p. 40).

A pesar de que desde las instancias comunitarias se viene prestando una atención especial a las cuestiones de conciliación de la vida laboral y familiar y género, la normativa europea sobre tiempo de trabajo no recoge dicha perspectiva. Esta circunstancia se ha querido justificar en el hecho de que tanto la directiva originaria sobre tiempo de trabajo, 93/104/CE, como la vigente, 88/2003/CE, se han dictado en el marco de la Directiva 89/391/CE, sobre salud y seguridad en el trabajo; justificación que no resulta del todo convincente desde el momento en que dichas directivas hacen referencia a las necesidades derivadas de la organización productiva (Cabeza, 2010, p. 59).

Por su parte, la doctrina constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, la STC 3/2007, de 15 de enero, que declaró la existencia de discriminación por razón del sexo derivada de la denegación del derecho a reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de 6 años; o la STC 26/2011, de 14 de marzo, que señaló la necesidad de que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia, prevalezca y sirva «de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar», así como a la hora de determinar la legitimidad constitucional de las prerrogativas empresariales al respecto.

Entre los límites que deberían integrarse en la regulación del tiempo de trabajo debería haber alguno que permitiera un mejor acomodo entre la vida profesional y la familiar. En este sentido podría resultar de utilidad –como se ha defendido por algún autor– atender al concepto o perspectiva de «hora punta de la vida» (*rush hour of life*) como factor de distribución vital del tiempo de trabajo. Este concepto trata de adaptar el tiempo de trabajo a los avatares de la vida privada, en el entendimiento de que hay momentos en el discurrir de la vida en que, por edad o falta de responsabilidades familiares, el trabajador puede estar disponible para realizar un mayor tiempo de trabajo y otros en los que, también por edad y por querer asumir responsabilidades familiares, el trabajador puede estar menos disponible para la prolongación de su jornada laboral (Rodríguez y Pérez, 2017, p. 22).

5.2. Trabajadores de edad avanzada

La sexta Encuesta europea sobre condiciones de trabajo realiza un análisis específico por edad de las categorías de teletrabajo y trabajo basado en el uso de TIC. Los datos que se extraen de dicha encuesta muestran que en España los teletrabajadores (que trabajan mayormente en el hogar) de más de 50 años son ligeramente más numerosos, con un porcentaje de un 3,8 %, que en el resto de franjas de edad (hasta 34 años y de 35 a 49 años), siendo además la forma de organización del trabajo en la que el porcentaje de mujeres y hombres está más igualado. En cuanto a los trabajadores móviles basados en el uso de las tecnologías son ligeramente más numerosos aquellos con una edad comprendida entre 35 y 49 años, con un 8,1 %, dejando a los mayores de 50 años con la proporción más baja (un 7,6 %). En esta última forma de organización del trabajo la proporción de hombres trabajadores es mayor que la de mujeres trabajadoras (tanto en España como en Europa) (Eurofound, 2017).

A estos datos hemos de añadir que la ralentización del crecimiento de la población mundial, con una disminución de la tasa de natalidad y una mayor esperanza de vida, va a provocar que se produzca un envejecimiento generalizado de la población activa. En la actualidad, muchos trabajadores prevén que trabajarán más años y los empleadores anticipan el envejecimiento de la fuerza de trabajo. Se prevé que la proporción de personas de más de 65 años de edad aumente del 9 % actual a más del 11 % en 2030 y a cerca del 16 % en 2050. Por ello aumentará la relación de dependencia económica de las personas de más edad, lo que, a su vez, tendrá consecuencias significativas para el mundo del trabajo, así como para el futuro de la seguridad y salud en el trabajo.

El especial tratamiento que, respecto a la tutela de su seguridad y salud, necesita el colectivo de trabajadores de más edad quedó plasmado en la Estrategia española de seguridad y salud 2015-2020, que dispone que:

La población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada, puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas. Los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media.

En el caso de la implantación de las nuevas tecnologías en el puesto de trabajo, la misma no es uniforme y se distribuye de manera desigual según edad, nivel de formación, género... En buena medida se trata de un problema generacional que está dando lugar a que se prescindan de trabajadores de cierta edad por su dificultad para adaptarse al mundo digital. Esta «brecha digital» afecta especialmente a personas mayores de 44 años.

Las personas mayores son especialmente vulnerables, pues sus condiciones físicas como consecuencia de la edad (agudeza visual, capacidad auditiva, coordinación motora) o mentales (dificultad de atención, memoria) se ven limitadas. Si estas limitaciones se producen en un medio natural, aún más en un medio tecnológico. Efectivamente, las nuevas exigencias del puesto de trabajo derivadas de la implantación de las nuevas tecnologías pueden provocar en el caso de los trabajadores de mayor edad la inadaptación al puesto de trabajo y cambios que dan lugar a menudo a la circunstancia de que se produzca un desajuste entre lo que «sabe» y lo que «debe» hacer, provocando, en los casos más graves, un estancamiento en la carrera profesional o un desplazamiento del mercado laboral. Esta mayor dificultad que, a los trabajadores de edad avanzada, les plantea la adaptación a las nuevas tecnologías puede suponer que se vean en la necesidad de utilizarlas fuera del tiempo de trabajo, ocasionando un uso abusivo de las mismas con el consiguiente efecto nocivo para la salud física y psicológica del trabajador.

Si se quiere que los trabajadores de más edad permanezcan y prosperen en su trabajo mientras envejecen, los sistemas de seguridad y salud laboral deben adaptarse a sus necesidades, lo que incluye invertir en oportunidades de aprendizaje permanente que favorezcan un enfoque del trabajo decente y el bienestar centrado en las personas.

5.3. Trabajadores a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial, debido a la flexibilidad con la que está concebido, se aproxima peligrosamente en su funcionamiento al denominado trabajo «a llamada». Al existir un mayor periodo de tiempo en el que el trabajador no presta servicios, lógicamente también existe un margen mayor para que el empresario pueda ocupar ese tiempo.

En este sentido, merece la pena recordar la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que proclamaba que con la reforma del contrato a tiempo parcial se perseguía «buscar un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social, admitiendo la realización de horas extraordinarias». Es decir, tenía como objetivo ser un instrumento jurídico flexible y adaptado a las necesidades de la empresa por los ciclos productivos, facilitando el establecimiento de factores de riesgos psicosociales que podían dañar la salud de los trabajadores. El objetivo que en su día presidió el origen de esta modalidad contractual, consistente en la incentivación de la conciliación de la vida laboral y familiar, se ve desnaturalizado, ya que la regulación actual se caracteriza por una progresión desmedida de la flexibilidad empresarial para modificar, mediante pacto de la jornada laboral, la ampliación de esta en atención a las necesidades productivas de la empresa en cada momento, por lo que el empleado deberá atenerse, igualmente, a la mejora de la productividad de la empresa. Nos encontramos, por tanto, con una disposición total del trabajador al servicio de la empresa que puede verse agravada con el uso de las nuevas tecnologías fuera del tiempo de trabajo provocando unas nocivas consecuencias sobre el bienestar psicológico y físico de este, viéndose afectado su tiempo de descanso, lo que a su vez entra en contradicción con el primer párrafo del artículo 34.8 del ET (Tascón, 2017, p. 151).

Ante esta situación, deberemos estar atentos –por la dimensión garantista que pueda tener en materia de seguridad, salud y bienestar para este colectivo de trabajadores– a la implementación de las medidas que la reciente Directiva sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles, aprobada por el Parlamento Europeo el 16 de abril de 2019, recoge –por lo que al tiempo de trabajo se refiere– sobre determinados aspectos como la obligación de información del empresario al trabajador acerca de (art. 3):

[...] si el ritmo de trabajo es total o casi siempre previsible, la duración de la jornada o de la semana laboral normal del trabajador, así como las disposiciones relativas a las horas extraordinarias y a su remuneración y, en su caso, a los cambios de turno;

[...] si el modelo de trabajo es total o casi totalmente impredecible, el empleador deberá informar al respecto al trabajador:

[...] el principio de la variabilidad del horario de trabajo, el número de horas pagadas garantizadas y la remuneración por el trabajo realizado, además de las horas garantizadas;

[...] las horas y los días de referencia en los que puede exigirse al trabajador que trabaje [...].

Por su parte, el artículo 9, dedicado a la «Previsibilidad mínima del trabajo», responsabiliza a los Estados miembros de velar por que, cuando el ritmo de trabajo de un trabajador sea total o casi totalmente imprevisible, el empresario no le exija que trabaje a menos que se cumplan dos condiciones, que son: que la obra tenga lugar dentro de las horas y días de referencia predeterminados a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letra l), inciso i bis); y que el trabajador sea informado por su empresario de una misión de trabajo en el marco de un plazo razonable establecido con arreglo a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales a que se refiere el artículo 3, apartado 2, letra l), inciso ii). El incumplimiento de alguno de estos dos requisitos supondrá que el trabajador pueda rechazar el trabajo sin consecuencias negativas para él.

Contiene la directiva en el artículo 9 bis un especial tratamiento de los contratos «a la carta» para evitar prácticas abusivas, cuando los Estados miembros autoricen la utilización de este tipo de contratos o similares, consistente en la adopción de una serie de medidas complementarias entre las que se encuentran: limitaciones en la utilización y duración de los contratos a la carta o similares; una presunción refutable sobre la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas basada en el promedio de horas trabajadas durante un periodo determinado; otras medidas equivalentes que aseguren la prevención efectiva de prácticas abusivas.

5.4. Trabajadores a distancia

Las nuevas TIC han dado lugar al incremento de un nuevo modo de prestación de servicios que tendría su manifestación en el clásico teletrabajo, pero que engloba a cualquier forma de organizar el trabajo de manera remota o a distancia, incluyendo el trabajo «móvil» y el trabajo «nómada», entendiéndose por trabajo «móvil» la forma de organización del trabajo basada en el intercambio de información en «espacios virtuales de trabajo», la disponibilidad y conectividad constante en cualquier lugar y en cualquier momento facilitada por el uso de las nuevas tecnologías; y por trabajo «nómada», un trabajo «móvil» al que se le suman una movilidad geográfica intensiva, el hecho de que el trabajador no esté fuertemente vinculado a ninguna oficina, instalación o lugar de trabajo, trascendiendo la necesidad de acudir a un centro de trabajo físico, así como la necesidad de llevar, gestionar y reconfigurar sus propios recursos, dado que realizan su trabajo en diferentes localizaciones.

La deslocalización que acompaña a estas nuevas formas de trabajo basadas en el uso de herramientas tecnológicas suele llevar aparejada una transformación del tiempo de trabajo que promueve la autogestión del mismo, así como una conectividad permanente o en diversas franjas horarias mundiales en función de las necesidades del trabajo (Fernández, 2017, p. 71).

En el caso del trabajo a distancia, y pese a que el empresario es el encargado de garantizar la seguridad y salud del trabajador –art. 13.4 ET que remite a la LPRL–, su puesta en práctica se ve dificultada, pues la mayor parte de los mecanismos de control existentes

en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del domicilio del trabajador, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la «intimidad personal y familiar» (art. 18.1 CE) y a la «inviolabilidad del domicilio» (art. 18.2 CE), lo que hace que se requieran altas dosis de colaboración del trabajador. Esta cuestión se vuelve aún más sustancial en el caso de los riesgos psicosociales ligados al uso y/o al abuso en la utilización de las nuevas tecnologías de una manera permanente, como puede ser, entre otros, el aislamiento social del trabajador (Igartua, 2018, p. 337).

Se trata, en definitiva, de poner en marcha técnicas que aseguren la efectividad del derecho a la salud laboral de estos trabajadores sin que sea admisible desplazar la obligación de garantizar su seguridad y salud al propio trabajador ante la dificultad del empresario para su puesta en práctica.

Recordemos que la LOPDGDD, en su artículo 88, realiza una mención expresa a los trabajadores a distancia, disponiendo que «en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas». No cabe duda de que dicha mención obedece a la mayor incidencia que en este tipo de trabajadores tiene la flexibilización en la ordenación del tiempo de trabajo o la difuminación de la frontera entre la vida laboral y personal, lo que dificulta la identificación y el reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

Resulta interesante referirse a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de febrero de 2016 –rec. 2229/2015–, que, aunque no resuelve un caso atinente a la seguridad y salud del trabajador, contiene una argumentación empresarial que perfectamente podría ser esgrimida por cualquier empresario para «desentenderse» de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a la que como hemos visto está obligado por ley. Se argumenta que el domicilio es un espacio protegido por el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18 de la CE y, por ello, la empresa «no puede efectuar un control sobre lo que hace el trabajador en el mismo, de manera que si realiza horas extraordinarias ello es exclusiva decisión y responsabilidad del trabajador, que no puede repercutir económicamente sobre la empresa exigiendo su pago».

Como es lógico, el tribunal no admitió ese razonamiento, ya que es la empresa la obligada a instaurar unas reglas de control sobre el trabajador, sea este del tipo que sea, presencial o no. El hecho de que se trate de un trabajador a distancia no libera a la empresa de su obligación, pues con ese control no solo se comprueba el ejercicio de la prestación de servicios, sino algo si cabe más importante aún que repercute en la seguridad y salud del trabajador como es el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Según el tribunal «no puede admitirse tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegaldad en el trabajo a distancia y en el domicilio».

La sentencia insiste en recordar la normativa aplicable, en este caso la europea, más exactamente la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, sobre determinados aspectos

de la ordenación del tiempo de trabajo, que reconoce los derechos de todo trabajador a la limitación de jornada y a los correspondientes descansos como medidas necesarias para proteger debidamente su seguridad y salud en el trabajo, siendo así que, aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio o en otro lugar, «corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos» (Rojo, 2016).

La realidad es que estas nuevas formas de trabajo que se encuentran en ocasiones en el límite entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena conllevan una gran dificultad para la aplicación de las garantías de la prevención de riesgos laborales. El trabajo a distancia que se ve facilitado por el uso de las nuevas tecnologías puede tener como consecuencia, como hemos visto, que el empresario intente eludir el deber de prevención de riesgos laborales justificándose en el respeto a determinados derechos fundamentales del trabajador, con lo que terminamos obteniendo como resultado la conversión del trabajador en responsable de prevenir los riesgos que se puedan derivar de su prestación laboral, asemejándolo a un trabajador por cuenta propia.

6. Reflexión final

El trabajo tal y como lo hemos conocido tradicionalmente como la prestación de servicios que se lleva a cabo en un determinado tiempo y en un lugar concreto está cambiando, ayudado en su mayor parte por la digitalización; cada vez más el trabajo se caracteriza por no tener un emplazamiento fijo, es decir, ya no hay que «ir» al trabajo, sino que es una actividad que se cumple y de la que se obtiene un resultado por el que el trabajador es remunerado.

Si la informatización y las nuevas tecnologías lo permiten, es claro que la ecuación de organización-lugar de trabajo puede desvanecerse y la organización en la que el trabajador realiza su actividad debe entenderse sobre todo como el conjunto de reglas, a través del cual se realiza el proyecto productivo en beneficio del empleador o del cliente. No es un paradigma central la entidad física correspondiente a un lugar o centro de trabajo. De ahí la necesidad de pensar en reglas de seguridad capaces de seguir al trabajador y que ya no estén vinculadas a un lugar físico específico. Esto es, seguridad del trabajador en lugar de seguridad en el lugar de trabajo.

Esta nueva tendencia en la organización del trabajo, que conlleva una mayor autonomía o el desempeño de las tareas fuera de las instalaciones del empleador, exige un replanteamiento de la gestión, legislación, políticas y programas actuales en materia de seguridad y salud laboral.

Efectivamente, las nuevas formas de organización del trabajo determinan las reglas sobre seguridad y salud de los trabajadores. En ellas, el lugar de trabajo asume un papel cada vez más marginal, al igual que el significado y la medición del tiempo de trabajo.

Esta reflexión nos lleva a plantear la necesidad de regulación en torno a esta nueva situación, pues cualquier omisión al respecto corre el riesgo de someter al trabajador a una situación de abuso por parte de la empresa que repercute de manera directa en su salud.

Como hemos tenido ocasión de ver, la inexistencia de normativa específica no exime de la aplicación del marco normativo general en el que encontramos fundamento suficiente para afirmar que nos encontramos ante verdaderos riesgos. Los factores de riesgo que concurren en los puestos de trabajo que se caractericen por un uso intensivo de las nuevas tecnologías han de ser evaluados. Existe una opinión bastante extendida sobre la dificultad de evaluar los riesgos psicosociales, pero la realidad es que existen procedimientos garantizados para llevar a cabo dicha evaluación a través de técnicas cuantitativas o cualitativas.

Una vez realizada la evaluación, es necesaria una planificación preventiva mediante la adopción de medidas preventivas sobre, entre otras materias, el tiempo de trabajo y el uso equilibrado o racional de las herramientas tecnológicas. La planificación preventiva tendría que comprender además la realización de actividades de formación, sensibilización, asesoramiento y recomendaciones sobre la gestión del tiempo de trabajo adaptadas a la prestación de servicios donde el uso de la tecnología sea predominante. Para ello puede recurrirse al uso de la digitalización, las TIC y otras tecnologías para difundir los conocimientos sobre seguridad y salud y mejorar las competencias y la formación de los trabajadores en la materia. Esto puede hacerse, por ejemplo, a través de aplicaciones informáticas de seguridad y salud, programas de formación en línea o del recurso a la realidad virtual y aumentada para facilitar la formación.

Como en cualquier plan preventivo se hace también necesaria la revisión periódica del sistema adoptado, así como la estimación de la eficacia del mismo en relación con los riesgos detectados en la evaluación.

En definitiva, es necesario que se adopten medidas legislativas específicas, pues, como hemos tenido ocasión de comprobar en este estudio, la incidencia de los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías es cada vez mayor. Las reglas que se adopten deben acometer una regulación específica de las obligaciones formativas e informativas, así como de vigilancia de la salud de aquellos trabajadores que llevan a cabo un uso intensivo de la tecnología en su trabajo; asimismo, se debería prestar más atención a la perspectiva de la conciliación de la vida laboral y personal procurando una «flexibilidad bidireccional» frente a la posibilidad de flexibilidad en el tiempo de trabajo de la que disfrutaban las empresas (Fernández, 2017, p. 93).

No debemos olvidar que uno de los principales inconvenientes que surgen en torno a las enfermedades derivadas de los riesgos psicosociales y que se deriva de la ausencia de una regulación específica de los mismos es su catalogación como contingencias profesionales a efectos de su tutela por la Seguridad Social. Cuando la prestación de servicios se realiza fuera del lugar de trabajo y de la jornada laboral, con un uso intensivo de las

nuevas tecnologías, la situación se agrava aún más, pues a la hora de calificar una enfermedad como profesional en vía judicial no es fácil demostrar que existe una relación de causa-efecto entre el trabajo realizado y el daño ocasionado en la salud del trabajador. Se hace preciso, por tanto, que se intervenga por parte del Poder Legislativo en el reconocimiento del carácter laboral de estas patologías (Vallecillo, 2016).

En definitiva, los cambios vertiginosos que están aconteciendo en la esfera laboral, debidos en su mayor parte a los efectos de la digitalización sobre la forma de prestar los servicios, hacen necesario adoptar una posición preventiva y vigilante que sirva para anticipar los nuevos riesgos emergentes susceptibles de atentar contra la seguridad y salud de los trabajadores, así como garantizar el equilibrio entre seguridad y salud de los trabajadores y la flexibilidad de la organización del trabajo.

La balanza se ha ido inclinando hacia la razón económica en detrimento de la razón social, limitando las posibilidades del trabajador para la autogestión de sus tiempos. Cada vez más los trabajadores sufren la presión de unos tiempos de trabajo más flexibles, imprecisos y desestructurados, esto es, están más a merced de lo que la empresa requiera en cada coyuntura. Es necesario encontrar medios que permitan aplicar de forma eficaz determinados límites a las horas de trabajo. Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo. La capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar.

Referencias bibliográficas

- Barrios Baudor, G. L. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1.
- Cabeza Pereiro, J. (2010). Conciliación de vida privada y laboral. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 103, 45-65.
- CES. (2017). *Informe 3/2017. La digitalización de la economía*. Madrid: Consejo Económico y Social de España. Recuperado de <<http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf>> (consultado el 5 de abril de 2019).
- CES Europeo. (2017). *Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo* (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia estonia) (2017/C 434/05) (DOUE 15 diciembre 2017). Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017AE1866>> (consultado el 5 de abril de 2019).
- EU-OSHA. (2006). *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo*. Recuperado de <<https://osha.europa.eu/sites/default/files/publications/documents/es/publications/reports/209/>>

- [Informe_-_Las_cuestiones_de_genero_en_relacion_con_la_seguridad_y_la_salud_en_el_trabajo.pdf](#)> (consultado el 22 de abril de 2019).
- Eurofound. (2017). *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*. Recuperado de <https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf> (consultado el 28 de marzo de 2019).
- Fernández Avilés, J. A. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 69-101.
- González Cobaleda, E. (2015). Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 387, 17-42.
- Grau Pineda, C. (2017). [Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de riesgos psicosociales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 23-58.
- Igartua Miró, M.^a T. (2018). *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López-Quiñones García, A. (2017). *Los límites de jornada de los trabajadores nocturnos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Manzano Santamaría, N. (2017). Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial. *Revista Seguridad y Salud en el Trabajo*, 92, 22-35.
- Mella Méndez, L. (2016). Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 16, 30-52.
- Mercader Uguina, J. R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mettling, B. (2015). *Transformation numérique et vie au travail*. Rapport établi par M. Bruno Mettling à l'attention de Mme. Myriam El Khomri, Ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social. Recuperado de <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_mettling_transformation_numerique_vie_au_travail.pdf> (consultado el 3 de abril de 2019).
- MTMSS. (2019). *Guía sobre el registro de jornada*. Recuperado de <<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/downloadFile.do?tipo=documento&id=3.531&idContenido=3.308>> (consultado el 13 de mayo de 2019).
- Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 249-283.
- Molina Navarrete, C. (2019). ¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 5-27.
- Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.^a R. (2018). *Adicciones conductuales («sin sustancia») «en» el trabajo y «al» trabajo. Magnitud del problema social y política de gestión preventiva en la empresa*. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC. Recuperado de <http://www.ugt.es/sites/default/files/estudio_adicciones_conductuales.pdf> (consultado el 10 de abril de 2019).
- OIT. (2019a). *Trabajar para un futuro prometedor*. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf> (consultado el 22 de abril de 2019).

- OIT. (2019b). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo: aprovechar 100 años de experiencia*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf> (consultado el 22 de abril de 2019).
- Rodríguez Fernández, M.^aL. y Pérez del Prado, D. (2017). *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica*. Recuperado de <http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf> (consultado el 21 de marzo de 2019).
- Rojó Torrecilla, E. (12 de mayo de 2016). Sobre la existencia, y el control, de las horas extraordinarias en el teletrabajo. Una nota a la sentencia del TSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016. [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/sobre-la-existencia-y-el-control-de-las.html>> (consultado el 19 de abril de 2019).
- Tascón Pérez, R. (2017). Los riesgos psicosociales en el trabajo a tiempo parcial. En J. J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano (Dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores* (pp. 141-164). Albacete: Bomarzo.
- UGT. (2019). *Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud de los trabajadores*. Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- Vallecillo Gámez, M.^aR. (2016). Tecno-estrés y tecno-adicciones: su problemática calificación como contingencia profesional. En A. García de la Torre (Dir.) y J. A. Fernández Avilés (Coord.), *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo* (pp. 181-205). Madrid: Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC. Recuperado de <http://www.ugt.es/sites/default/files/node_gallery/Galer-a%20Publicaciones/Anuario2016%20WEB.pdf> (consultado el 24 de abril de 2019).
- Vallecillo Gámez, M.^aR. (2017). *El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.

