



El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras

María del Carmen Aguilar Martín

Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza

caguilar@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0001-8881-9384>

Extracto

En la actualidad, el régimen jurídico de lo que se considera tiempo de trabajo es una incertidumbre dependiendo de la contingencia que se trate. En documentos elaborados por la Organización Internacional del Trabajo o por la Unión Europea se ponen de manifiesto algunos aspectos que caracterizan el tiempo de trabajo, como son la descoordinación entre Estados, los vacíos en la regulación legal, la falta de unos criterios uniformes en la negociación colectiva, etc. Estos elementos sumados a los escasos mecanismos de adaptación para regular las nuevas realidades que se van produciendo provocan que la mayoría de las situaciones en conflicto tengan que ser resueltas por los tribunales, a veces, incluso, con disparidad de criterios, y, entre tanto, la inseguridad jurídica que se genera dificulta el día a día de las personas trabajadoras que ven invadida su esfera privada por el trabajo.

Por todo ello, con este trabajo se pretenden identificar, desde el punto de vista de la seguridad y la salud, algunos elementos que configuran el concepto de «tiempo de trabajo» y analizar cómo está siendo influenciado este concepto por otros factores, como, por ejemplo, el control administrativo de las horas de trabajo, las nuevas formas de trabajo (trabajos con plataformas digitales y teletrabajo), la transformación digital o la situación actual de crisis sanitaria.

Palabras clave: tiempo de trabajo; seguridad y salud; teletrabajo; trabajo con plataformas digitales; control del tiempo de trabajo.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de aceptación: 16-12-2020

Cómo citar: Aguilar Martín, María del Carmen. (2021). El tiempo de trabajo como elemento vertebrador de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 65-100.





Working time as a supporting element of the safety and health of workers

María del Carmen Aguilar Martín

Abstract

At present, the legal regime of what is considered working time is an uncertainty depending on the contingency in question. In the documents prepared by the ILO or the EU, some aspects that characterize working time are highlighted, such as lack of coordination between States, gaps in legal regulation, the lack of uniform criteria in collective bargaining, etc. These elements, added to the scarce adaptation mechanisms to regulate the new realities that are taking place, mean that most conflict situations have to be resolved by the courts, sometimes even with different criteria and, in the meantime, the legal insecurity that is generated hinders the day-to-day life of workers who see their private sphere invaded by work.

Therefore, this work aims to identify, from the point of view of safety and health, some elements that make up the concept of working time and analyze how this concept is being influenced by other factors, such as, for example, control administrative work hours, new forms of work (jobs with digital platforms and teleworking), new technologies or the current situation of health crisis.

Keywords: working time; safety and health; teleworking; work with digital labour platforms; control of working time.

Citation: Aguilar Martín, María del Carmen. (2021). Working time as a supporting element of the safety and health of workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 65-100.



Sumario

1. El tiempo de trabajo como elemento consustancial a la salud de la persona trabajadora: contextualización y concepto
 2. El control administrativo de la jornada de trabajo como medida preventiva de seguridad frente al abuso en el tiempo de trabajo
 3. Factores que, en la actualidad, desdibujan el concepto clásico de tiempo de trabajo
 - 3.1. Influencia de las «nuevas formas de trabajo» versus derecho a la seguridad y salud en tiempo de trabajo
 - 3.1.1. Trabajo con plataformas digitales
 - 3.1.2. Teletrabajo. Distinción de tres momentos temporales: antes, en situación de crisis sanitaria y futuro inmediato
 - 3.2. Influencia de la transformación digital de los procesos de trabajo frente al derecho a la desconexión digital como medida para preservar la salud de la persona trabajadora
 4. Medidas adoptadas durante la situación actual de crisis sanitaria frente a la inminente necesidad de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras
 5. Reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

Nota: trabajo realizado en el marco del Grupo de Referencia Derecho del Trabajo S18_20R, financiado por el Gobierno de Aragón. Agradecimiento al proyecto DER2017-85148-P, denominado «Del derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española», del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento).

1. El tiempo de trabajo como elemento consustancial a la salud de la persona trabajadora: contextualización y concepto

A nadie se le escapa que el tiempo de trabajo y la seguridad y salud deben ser dos elementos inseparables de las relaciones de trabajo cualesquiera que sean estas. La inmensa mayoría de las personas pasamos una gran parte de nuestra vida trabajando, por ello, resulta de gran importancia saber adaptar ese tiempo a las necesidades cambiantes de las dos partes, de la empresa y de la persona trabajadora, sin constituir con ello una fuente de conflicto, de desigualdad o de inseguridad. Sin embargo, desde el momento en el que se pierden de vista los intereses de las personas trabajadoras pensando en otros retos mercantilistas como aumentar la producción o aumentar los beneficios, también lícitos, la persona trabajadora puede ver mermados algunos de sus derechos.

«La presente directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo», así es como da comienzo la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en la que se marcaron unos periodos mínimos de descanso diario, semanal, anual¹, pausas y duraciones máximas de la jornada; en definitiva, se establecieron unos límites², porque unas jornadas de trabajo superiores a las legales, su impago o un abono inferior al que corresponde suponen un fraude a la seguridad social y fiscal, una competencia desleal entre las empresas, además de un deterioro de la salud de la persona trabajadora, la principal víctima de estos abusos.

Por todo ello, es importante encontrar un justo equilibrio entre intereses de ambas partes, no necesariamente contrapuestos si se garantizan los derechos; no en vano, la Directiva 2003/88 recordaba que «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico»³; algo que cobra especialmente importancia en este inicio de siglo XXI, proteger la salud de las personas trabajadoras debe primar por encima de otros intereses.

¹ Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) de 13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17, Hein, y de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, Dicu.

² Entre otras, SSTJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Matzak, y de 26 de julio de 2017, asunto C-175/16, Hälvä.

³ Decimotercer considerando de la Directiva 89/391 y exposición de motivos de la Directiva 2003/88/CE.

A los intereses de las empresas se unen otros elementos, como la digitalización de los procesos y tareas, la aparición de nuevas formas de trabajo o la deslocalización de los centros de trabajo y casi de las personas trabajadoras, que hacen que, hoy en día, la ordenación del tiempo de trabajo sea mucho más compleja, pues quedan directamente afectados derechos tan importantes como el de la salud, entre otros. En mi opinión, un derecho que debería ser considerado fundamental.

Esta unión de tiempo y seguridad y salud ya se pone de manifiesto en nuestra Constitución de 1978, dentro de los principios rectores de la política social y económica, concretamente en el apartado 2 del artículo 40, en el que se establece lo siguiente:

[...] los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

En particular, el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), se ha ocupado de establecer, entre otros, unos tiempos mínimos de descanso y unos tiempos máximos para la duración de la jornada ordinaria de trabajo y para las horas extras⁴. También el ET se ocupa de garantizar que «el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»⁵.

En definitiva, es evidente que en la actualidad el concepto clásico de jornada de trabajo se está desdibujando dando pasos hacia una ordenación del tiempo de trabajo mucho más flexible, tanto que pone en riesgo otros derechos como la salud, el descanso, la reunión, la formación, la intimidad, la desconexión digital o la conciliación de la vida personal y familiar; prueba de ello es la regulación actual de tiempo de trabajo. En este sentido, Aragón Gómez (2018) afirma que:

La delimitación del tiempo de trabajo es una de las grandes cuestiones laborales de nuestro tiempo [...]. La relevancia de esta cuestión es debida a la repercusión que el tiempo de trabajo tiene no solo sobre el salario, sino también sobre el derecho al descanso y su incidencia en la salud, en la vida personal, familiar y social del trabajador.

⁴ Vid. sección 5.ª, capítulo II, título I, del ET, en concreto, artículos 34 a 38, en los que se regulan la jornada, las horas extras, el trabajo nocturno, el trabajo a turnos y ritmo de trabajo, el descanso semanal, fiestas y permisos y, por último, las vacaciones anuales.

⁵ Vid. artículo 19.1 del ET.

De este modo, en el régimen jurídico actual de la jornada del ET se recogen términos como «promedio de cómputo anual» o «distribución irregular de la jornada» o expresiones como «la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada», etc. Pues bien, tal vez por las posibles interpretaciones que cabe hacer de las disposiciones legales del tiempo de trabajo, algunos de estos derechos reconocidos constitucionalmente y en el ET parecen ser vulnerados en la práctica. Así se pone de manifiesto en el «Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020»⁶, en el que se afirma que, con los límites a la realización de horas extraordinarias, el incumplimiento de dicha normativa continúa siendo en la actualidad, y más aún desde que comenzó la crisis económica, una de las principales fuentes de infracciones laborales cometidas por determinadas empresas. En todo caso, los incumplimientos con el tiempo de trabajo son la principal causa en materia de relaciones laborales por la que se formulan denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), alcanzando, en los últimos 2 años, el 40 % del total de las denuncias relativas a tiempo de trabajo: horas extraordinarias, trabajo a tiempo parcial, descansos y conciliación de la vida personal, familiar y laboral, etc. Para poner fin a dicha situación, el Gobierno se plantea en dicho plan «luchar contra el abuso y el fraude en la utilización de los contratos temporales» y «luchar contra los abusos en la contratación a tiempo parcial⁷, los excesos de jornadas y horas extraordinarias no pagadas ni compensadas», entre otras medidas. En definitiva, lo que se pretende es evitar el uso indebido y descontrolado del tiempo de trabajo en perjuicio económico, social y de la salud para la persona trabajadora.

En este contexto, algunos elementos favorecen este cambio conceptual, como la transformación digital, tal y como afirma la profesora Casas Baamonde (2017, p. 3):

[...] progresivamente los cambios en los sistemas productivos, últimamente por el poder de las tecnologías digitales, han hecho aparecer nuevos problemas en materia de tiempo de trabajo que reflejan en la realidad sociolaboral una variedad de situaciones que no se corresponden ya con el modelo típico de jornada ordinaria a tiempo completo y con distribución regular (8x8x8). Se han roto las coordenadas de tiempo y lugar, de la prestación de trabajo subordinado y por cuenta ajena.

Una vez contextualizado el tiempo de trabajo, es importante retomar el concepto de «tiempo de trabajo», para ello, aunque no es el primer referente normativo, ya el Convenio número 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919, sobre las horas de trabajo en la industria, y el Convenio número 30 OIT de 1930, sobre las horas de trabajo

⁶ Vid. Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan director por un trabajo digno 2018-2019-2020 (BOE de 28 de julio).

⁷ Vid. STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-354/16, Kleinsteuber.

en comercios y oficinas (hace extensivas las disposiciones del Convenio núm. 1), regulan la jornada de trabajo y fueron ratificados por España en 1929 y 1932, respectivamente.

El Convenio número 30 OIT precisa en su artículo 2 que la expresión «horas de trabajo» significa «el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador».

Este concepto de «tiempos a disposición del empleador» se incorpora a nivel europeo en la Directiva 2003/88, que tampoco es la primera, pero sí la actual norma de referencia a nivel europeo sobre el tiempo de trabajo. En particular, el punto 1 de su artículo 2 define «tiempo de trabajo» como: «todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales»; y en el punto 2 del mismo artículo, el «periodo de descanso» como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo».

Desde el punto de vista cuantitativo el Convenio número 1 OIT establece que la duración del tiempo de trabajo no podrá exceder de 8 horas al día y 48 horas por semana. En el artículo 2 de este mismo convenio se establece que:

[...] cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras [...] la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a 8 horas, [...] [se] podrá autorizar que se sobrepase el límite de 8 horas en los restantes días de la semana [...] [pero] [e]l exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria.

Además, establece que, cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración de trabajo podrá sobrepasar de 8 horas al día, de 48 por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de 3 semanas, no exceda de 8 horas diarias ni de 48 horas por semana, mientras que la directiva lo calcula sobre un periodo de 4 meses.

Desde un punto de vista cuantitativo, algunos autores (como Basterra Hernández, 2019) ya plantean las discordancias entre el ET y el convenio de la OIT, por cuanto que el ET establece una jornada máxima de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero teniendo en cuenta la opción de acumular el descanso semanal y la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada a lo largo del año; en el peor de los casos, una persona trabajadora podría trabajar durante 11 días consecutivos, a razón de 12 horas diarias, seguidos de 3 días de descanso, lo que supondría realizar 84 horas de trabajo en un ciclo de 7 días de la semana a las que se sumarían otras 48 prestadas en los 4 primeros días de la semana siguiente. Esta distribución del tiempo encuentra un difícil encaje con el respeto a la salud de la persona trabajadora, tal y como debe ser según la directiva.

«Promedio cómputo anual», «distribución irregular»...; esta flexibilidad con la que se puede organizar la jornada por esa dimensión temporal de 1 año para no sobrepasar la duración máxima permite a la empresa someter a excesos legales a la persona trabajadora,

como el supuesto anterior; por lo que esta circunstancia da lugar a numerosos conflictos⁸ de diferente índole. Tal y como se pone de manifiesto en Alfonso Mellado *et al.* (2020, p. 388):

Los escasos convenios que abordan este importante aspecto de la distribución irregular lo hacen con referencias poco precisas sin entrar en la regulación de todos los aspectos que condicionan su funcionamiento, echándose en falta, de un lado, el establecimiento de reglas de verificación y control de la ejecución de la jornada, sobre todo cuando el empresario además de distribuir irregularmente la jornada emplea otras fórmulas de gestión flexible como las horas extraordinarias. De otro, mecanismos que den prioridad a la opción del trabajador en la determinación de la fecha de disfrute del descanso derivado de los excesos de jornada, con lo que se evidencia de forma clara el carácter unidireccional de la distribución irregular.

Muchos de los mencionados conflictos han encontrado respuesta de los tribunales. Según la materia tratada, podemos ver algunos ejemplos sobre: transportistas⁹, colectivos que tienen que hacer guardias¹⁰ o estar disponibles¹¹, tiempos de presencia sin trabajo de personal sanitario¹², otros relacionados con cursos de formación¹³, convenciones de empresa, tiempo dedicado a colocarse los equipos de protección individual (EPI), desplazamientos¹⁴, exceso de horas de crédito sindical¹⁵, vacaciones, etc.

Varios de estos conflictos, según apuntaban algunas voces doctrinales y también de la jurisprudencia, se solucionaban con un mayor control del tiempo de trabajo. Desde hace años se venía reclamando la importancia de los registros y controles de jornada como instrumentos de seguridad jurídica necesarios para que las personas trabajadoras conozcan efectivamente cuál es el desarrollo temporal de su prestación de servicios, y ahora también, en mi opinión, como una medida preventiva para evitar abusos.

⁸ Para conocer un análisis profundo sobre la regulación legal y convencional del tiempo de trabajo, *vid.* Alfonso Mellado *et al.* (2020).

⁹ *Vid.* STJUE de 2 de marzo de 2017, asunto C-97/16, Pérez Retamero, y también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 13 de junio de 2017 (rec. 1531/2017).

¹⁰ *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 21 de febrero de 2006 (reces. 2921/2004 y 3338/2004).

¹¹ *Vid.* STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2014 (rec. 57/2014).

¹² *Vid.* SSTS de 7 de octubre de 2002 (rec. 1233/2001) y de 28 de marzo de 2006 (rec. 5114/2004).

¹³ *Vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 16 de febrero de 2015 (rec. 334/2014).

¹⁴ Entre otras, STSJ de Madrid de 1 de junio de 2018 (rec. 1469/2017) y STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-266/14, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras.

¹⁵ *Vid.* STS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 481/2016).

2. El control administrativo de la jornada de trabajo como medida preventiva de seguridad frente al abuso en el tiempo de trabajo

Hasta marzo de 2019, el ET no recogía la obligación del registro de la jornada; tan solo para las horas extraordinarias, que según el artículo 35.5 del ET:

A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo de fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Esta flexibilidad en la definición de la jornada viene acompañada de dudas sobre cómo se calculan las horas extraordinarias, algo complejo si la jornada es irregular y en promedio de cómputo anual; prueba de ello fueron los conflictos planteados por el caso Bankia¹⁶, Abanca¹⁷ o Banco Sabadell¹⁸. En estos casos, la AN interpretó que el artículo 35.5 del ET obligaba a la empresa a registrar y totalizar todas las horas efectivamente trabajadas para que así fuese posible contrastar el tiempo y determinar la eventual aparición de horas extraordinarias. Sin embargo, el TS casó y anuló todas estas sentencias de la AN e impuso su doctrina, vigente en ese momento, en la que se afirmaba que el artículo 35.5 del ET solo obligaba al registro de las horas extras.

El conflicto se volvió a plantear con la entidad Deutsche Bank, y la AN acudió al TJUE para plantearle una cuestión prejudicial. Las conclusiones del abogado general sobre el caso (asunto C-55/18) se conocieron el 31 de enero de 2019 y razonó lo siguiente: resulta inexcusable que las empresas implementen un sistema de registro de todas las horas realmente trabajadas cada día, pues, en otra forma, no sería posible determinar con objetividad y certeza la cantidad de trabajo efectivamente realizado y su distribución temporal, como tampoco es posible diferenciar entre horas ordinarias y extraordinarias de trabajo; todo lo cual se desprende de la Directiva 2003/88, cuyo principio inspirador es la protección de la salud y seguridad. El 14 de mayo de 2019, la Gran Sala del TJUE dicta sentencia¹⁹, por la que se declara que:

[...] los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 [...] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

¹⁶ Vid. SAN 207/2015, de 4 de diciembre, que casó y anuló la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016).

¹⁷ Vid. SAN 25/2016, de 19 de febrero, que casó y anuló la STS de 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

¹⁸ Vid. SAN 77/2016, de 6 de mayo, que casó y anuló la STS de 20 de diciembre de 2017 (rec. 206/2016).

¹⁹ Sobre el alcance y la significación de esta sentencia, *vid.* García Blasco (2020).

2 meses antes de dictarse esta última sentencia, en España ya se intentó poner freno a esta situación compleja, otorgar mayor seguridad jurídica y facilitar el control por parte de la ITSS. Así, a partir de marzo de 2019 y en virtud del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2019, de 8 de marzo, se modificó el apartado 7 del artículo 34 del ET y se añadió un nuevo apartado 9 para corregir algunos aspectos sobre la jornada de trabajo. Esta modificación legal entraría en vigor 2 días antes de que se dictase la sentencia de la Gran Sala anteriormente comentada (12 de mayo de 2019).

La primera modificación, la del apartado 7 del artículo 34, consistió en delegar en el Gobierno la facultad de 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. La anterior redacción ya reconocía al Gobierno la posibilidad de establecer ampliaciones o limitaciones de jornada, por ejemplo, en el sector de la minería. La novedad en la redacción radica en la posibilidad de establecer «especialidades en el registro de la jornada», con el fin controlar las horas extraordinarias, en ocasiones no declaradas, no retribuidas, no cotizadas e ilegales, que redundan en un abuso sobre la persona trabajadora que excede los límites de su jornada, menos ingresos para el sistema de Seguridad Social y menos personas contratadas. Anticipándose a la reforma legal, la profesora Casas Baamonde (2017, p. 18) ya afirmó que «[...] al legislador corresponde una inaplazable tarea de racionalización de los horarios de trabajo, que también debe acometer la negociación colectiva, haciendo la síntesis de los intereses de los trabajadores y de los empresarios».

La segunda modificación del artículo 34 ha consistido en añadir un nuevo apartado 9 relacionado con cómo se tiene que establecer ese registro de la jornada mencionado en el apartado 7. Así, establece que «[l]a empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo». Además, confiere un papel fundamental a la negociación colectiva, puesto que delega la facultad de negociar cómo se va a organizar y documentar este registro. Al respecto, no podemos olvidar que también resultarán de aplicación las normas relativas a protección de datos de la persona trabajadora, que más adelante se mencionan. Asimismo, se pone también de manifiesto en Alfonso Mellado *et al.* (2020):

Aunque resulta muy pronto para el análisis de las regulaciones convencionales en la materia, el registro de jornada puede convertirse en un caballo de batalla en los procesos de negociación colectiva en los próximos años, al objeto de garantizar la eficacia del mandato legal, como instrumento de verificación del cumplimiento de las normas en materia de jornada y, en su caso, de prueba ante la autoridad laboral y los tribunales del orden social. En este sentido, no es descartable que la resistencia empresarial se fundamente en aspectos ligados a la protección de datos de las personas trabajadoras (p. 384).

[Además] [r]esulta interesante comprobar cómo a pesar de tratarse de convenios firmados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2019, en ocasiones se hace expresa referencia al registro horario de la jornada, aun cuando no se concrete, por lo común, el inicio y fin de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, como sí exige el nuevo art. 34.9 ET en redacción dada por el RDL antedicho. En esta dirección, se han detectado convenios que establecen que las empresas deberán garantizar un sistema de control de asistencia, sin que el tiempo reflejado en el registro signifique, *per se*, horas efectivas de trabajo (p. 394).

Como medida de control²⁰, este mismo apartado 9 del artículo 34 contempla que:

La empresa conservará los registros²¹ a que se refiere este precepto durante 4 años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Al hilo de estas modificaciones y controversias en la interpretación de cómo se calcula el tiempo de trabajo, otro conflicto que se ha resuelto hace escasos meses, concretamente el 4 de junio de 2020, es el planteado por el Grupo de Empresas Día y la empresa Twins Alimentación, SA, por el que de nuevo la AN plantea una decisión prejudicial al TJUE.

La causa principal tiene por objeto:

[unos] conflictos colectivos sobre las condiciones de aplicación de los permisos retribuidos contemplados en el artículo 46 del convenio colectivo [...]. Estos litigios versan, en particular, sobre si el cómputo de estos permisos retribuidos debe comenzar en un día en que el trabajador deba en principio trabajar y, con excepción del permiso por matrimonio, para el que se indica expresamente que ha de computarse en «días naturales», si deben disfrutarse en días en que el trabajador deba en principio trabajar. Los días en que el trabajador no debe trabajar para la empresa incluyen, en particular, los días feriados y de vacaciones.

En efecto, el convenio colectivo «reconoce permisos más favorables» que el artículo 37 del ET.

En concreto, la AN planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

²⁰ En profundidad, *vid.* Molina Navarrete (2019).

²¹ Según las SSTs de 23 de marzo y de 20 de abril de 2017 (recs. 81/2016 y 116/2016), se obligó a la empresa a conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de 4 años.

- a) ¿El artículo 5 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso?
- b) ¿El artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento?

En esta labor de armonización de la directiva, el apartado 27 de la sentencia recuerda que la directiva en materia de ordenación del tiempo de trabajo tiene como fin promover la mejora de la seguridad y de la salud de las personas trabajadoras, permitiendo que estas disfruten de días de descanso. La STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18, resuelve una cuestión prejudicial presentada por la AN al declarar que los permisos retribuidos «están indisociablemente ligados al tiempo de trabajo, como tal, de modo que los trabajadores no pueden reclamarlos en periodos de descanso semanal o de vacaciones retribuidas». La jurisprudencia europea descarta extender a los permisos retribuidos su doctrina del no solapamiento con las bajas médicas, en la línea de las conclusiones a las que llegó el abogado general presentadas el 12 de diciembre de 2019.

Sobre el comienzo del disfrute de un permiso, también ha tenido ocasión de pronunciarse el TS, en las Sentencias 229/2020, de 11 de marzo, y 257/2020, de 17 de marzo. En ambas ocasiones, la controversia se centraba en cómo y cuándo se deben disfrutar los permisos retribuidos recogidos en sendos convenios colectivos. Tanto el TS como el TJUE coinciden en asociar el permiso retribuido con la jornada laboral y en descartar su ejercicio en días de vacaciones o descansos.

El equilibrio se encuentra, precisamente, en iniciar el cómputo del permiso retribuido el primer día laborable, descartando su ejercicio en vacaciones y suspensiones contractuales. Ahora bien, esta solución debe estar condicionada al «mantenimiento de la necesidad» que debe ser cubierta por la persona trabajadora, en el marco de la regulación legal o convencional aplicable. La STS 229/2020, de 11 de marzo, apunta en esta dirección al afirmar, con buen criterio, que «el permiso solo tiene sentido si sirve para atender la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de este». El inicio del cómputo del permiso retribuido en primer día laborable debe ir unido al mantenimiento de la «causa que lo permite», de la necesidad que debe ser cubierta, porque, de lo contrario, la persona trabajadora ya no puede disfrutarlo, al decaer su fundamento jurídico (Lahera Forteza, 2020, p. 173). El mantenimiento de la necesidad en el primer día laborable debe ser contrastado en cada permiso legal o convencional.

En conclusión, el cómputo del permiso retribuido se inicia el primer día laborable si subsiste el hecho causante, pues solo se puede activar su ejercicio en jornada de trabajo para

atender la necesidad de la persona trabajadora. Pero los días concedidos, en la ley o por la negociación colectiva, son, en principio, naturales, salvo previsión expresa contraria de un cómputo de días laborables (Lahera Forteza, 2020, p. 174).

En el caso del matrimonio, previamente el Alto Tribunal ya se había pronunciado respecto a que «la fecha [del mismo] debe estar incluida en los 15 días que concede el convenio salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable inmediato siguiente».

3. Factores que, en la actualidad, desdibujan el concepto clásico de tiempo de trabajo

Muchos conflictos, algunos mencionados anteriormente, están asociados a problemas con la salud de las personas trabajadoras y, aún más si cabe, estos se ven agravados cuando la prestación de servicios no es la de la clásica persona trabajadora a tiempo completo que presta sus servicios en el centro de trabajo de la empresa. En este mismo sentido se pronuncian Alfonso Mellado *et al.* (2020, p. 389):

La regulación en la materia debería tener muy presente la dimensión preventiva de las pausas, descansos y vacaciones y en este sentido, por ejemplo, debería huirse de cláusulas que permitan cuestiones como sustituir los descansos por complementos salariales o que dificulten el efectivo disfrute de los mismos, por ejemplo exigiendo la permanencia en el puesto. Más allá de la posible ilegalidad de algunas de estas cláusulas, las mismas tienen efectos negativos para la seguridad y salud laboral y deberían evitarse, salvo en aquellos supuestos en los que fuese estrictamente necesario y ajustado a la legalidad.

A continuación y desde la óptica de la seguridad y la salud de la persona trabajadora, se mencionan algunos de estos supuestos más complejos, emergentes y pendientes de un cambio normativo o con cambios normativos eminentemente recientes.

3.1. Influencia de las «nuevas formas de trabajo» versus derecho a la seguridad y salud en tiempo de trabajo

La seguridad y la salud en el trabajo es un derecho de las personas trabajadoras garantizado en España por ley; en concreto, está regulado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). En ella, se reconoce el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, a la postre un deber ambicioso y garantista para las personas trabajadoras, el deber de protección eficaz de la empresa frente a los riesgos a los que están expuestas aquellas.

La empresa, para aplicar las medidas de prevención de riesgos laborales, se debe inspirar en algunos principios generales recogidos en el artículo 15 de la LPRL²²; uno de ellos –por cierto, de gran alcance en prevención, aunque, en mi opinión, pocas veces aplicado– consiste en:

[...] adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

Como apoyo y complemento de este derecho, en el artículo 4.2 b) del ET se contempla el derecho a recibir una formación para adaptarse a ese puesto de trabajo: «[derecho a] la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad».

Después, el artículo 23.1 d) del ET establece el derecho:

A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.

Sin embargo, hay circunstancias en la realización de algunos trabajos que provocan que el ejercicio de determinados derechos pueda ser más complicado, por ejemplo, cuando estamos ante un trabajo a distancia, teletrabajo o trabajo con plataformas. En estos casos, no puede tener la misma consideración el clásico centro de trabajo que la casa de una persona trabajadora u otros lugares de trabajo, pues la aplicación de derechos como la intimidad, el descanso, reunión, seguridad y salud o la conciliación de la vida personal y familiar son diferentes. Esta compleja realidad da lugar a abusos y conflictos, hasta la fecha solucionados por los tribunales en los que se introducen elementos que ponderan estos derechos, como, por ejemplo, el juicio de proporcionalidad. Es el caso del trabajo mediante plataformas, tan discutido doctrinalmente y que, en estos momentos, está en manos de la justicia y pendiente de una regulación aparentemente inminente.

²² También regulado en el artículo 6.2 d) de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

3.1.1. Trabajo con plataformas digitales

En marzo de 2020, la Unión Europea publicó un estudio²³ titulado *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers* en el que han recopilado evidencias de los diferentes países sobre las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras de plataforma. En el mismo se pone de manifiesto que la continua transformación digital está cambiando tanto el contenido como la naturaleza de los trabajos. La mayor disponibilidad, aceptación y capacidad de las tecnologías digitales, junto con un gran grado de automatización, permiten un trabajo organizado de manera diferente. La digitalización puede conducir a reducir los costes de transacción, lo que permite la intermediación de trabajos más pequeños (unidades de trabajo) por separado. Cuando la intermediación de estos trabajos remunerados entre la persona trabajadora y la cliente se realiza mediante una plataforma en línea, se considera trabajo de plataforma.

El mencionado estudio persigue proporcionar un análisis basado en la evidencia de los desafíos que enfrenta el trabajo en plataforma en las condiciones de prestación de los servicios y protección social de las personas trabajadoras, así como respuestas políticas y legales propuestas o implementadas a esos desafíos a nivel nacional y a nivel de la Unión Europea, e informar a los responsables políticos a nivel de la Unión sobre la necesidad de una acción legislativa o no legislativa, en la que se defina a esta persona trabajadora y se regulen sus condiciones de trabajo, pues queda claro en este estudio que en el ámbito de la Unión Europea existe una gran diversidad de respuestas ante estos desafíos, de herramientas para afrontarlos, de diferentes tipos de trabajos y dificultades para el control administrativo de estos trabajos (ITSS, Seguridad Social y tributos fiscales).

En este aspecto, hasta la actualidad, la doctrina científica está dividida, siendo dos las opciones principales: una parte mayoritaria considera que las personas trabajadoras «de plataformas» son falsas personas trabajadoras autónomas y, por lo tanto, son personas trabajadoras subordinadas, mientras que la otra parte de la doctrina defiende que, efectivamente, son personas trabajadoras autónomas, tal y como consideran las empresas del sector con las que han firmado sus contratos mercantiles. Según se pone de manifiesto en el citado estudio, hasta el momento, la interpretación de los poderes judiciales nacionales del empleo no es unánime y a veces contradictoria dentro y entre los Estados miembros. Al mismo tiempo, la jurisprudencia del TJUE solo evoluciona gradualmente y aclara el concepto de «persona trabajadora». Los desarrollos legales son lentos y parecen estar continuamente rezagados con respecto al negocio que cambia rápidamente. Algunas plataformas parecen operar en los márgenes entre personas trabajadoras independientes y empleadas, ajustando las prácticas para maximizar el control sobre personas trabajadoras de la plataforma sin asumir inequívocamente el papel de las empleadoras.

²³ <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=22450&langId=en>.

La jurisprudencia del TJUE ha definido el concepto de «trabajador» con un enfoque central en la subordinación como requisito, el carácter económico y genuino del servicio y su remuneración. Además, la jurisprudencia del TJUE limitó el alcance de las actividades laborales marginales y auxiliares que quedan fuera de su competencia, mientras que la nueva Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible, ha reducido en gran medida la posibilidad de excluir el trabajo a pequeña escala de su alcance, especialmente cuando se trata de trabajo impredecible.

A nivel europeo, un pronunciamiento judicial reciente es el Auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, que aborda el tratamiento de las personas repartidoras a través de plataforma. En el caso concreto es un repartidor de mensajería a domicilio que inicia el procedimiento para reclamar una relación de subordinación con la empresa con quien tiene el contrato (Yodel Delivery Network Ltd.). El tribunal analiza algunos indicios: vehículo propio, móvil propio, aunque con un programa informático creado por la empresa; el repartidor hizo una formación a cargo de la empresa para manejar la aplicación, recibe una cantidad por paquete entregado que varía según la distancia recorrida, puede aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por la empresa, puede prestar servicios para otras empresas al mismo tiempo; el repartidor recibe todos los paquetes a primera hora y después él elige la ruta y la hora de entrega, siempre que sea entre las 7:30 y las 21:00 horas salvo que la entrega sea especial con una hora fija, además puede ser sustituido por otra u otras personas para que hagan la entrega, siempre que den un «nivel» de prestación de servicios equivalente a la del prestador que tiene contratada la actividad; estas terceras personas pueden ser vetadas por la empresa si no dan el «nivel» requerido, siendo responsable el repartidor que tiene contratada la actividad.

En la cuestión prejudicial se relacionan algunas dificultades que, en este caso, la normativa británica plantea para aplicar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, de organización del tiempo de trabajo. En la legislación británica, al igual que en la española, hay varios rasgos que impiden que sean calificadas como personas trabajadoras subordinadas a los efectos de esta directiva, por ejemplo, que puedan ser sustituidas por otras personas para realizar el trabajo (*substitution*) o que puedan rechazar o limitar el trabajo encomendado (*mutuality of obligation*) y el control, pues tienen libertad para organizarse.

Por todo ello, en esta ocasión, el TJUE se inclina por entender que se trata de un trabajador autónomo²⁴ y no ha tenido en cuenta, por ejemplo, la imagen de marca ni la relevancia que, en otra ocasión, tuvo la aplicación informática para resolver la cuestión planteada en empresas de transporte basadas en plataformas digitales (SSTJUE de 20 de diciembre

²⁴ (§ 37 y ss.). A la vista de «las circunstancias específicas del caso en el procedimiento principal», el demandante aparenta serlo: su independencia «no parece ser ficticia» y «no parece existir, *a priori*, una relación de subordinación entre él y su supuesto empleador».

de 2017, asunto C-434/15, y 10 de abril de 2018, asunto C-320/16), en la que se inclinó por personas trabajadoras subordinadas. En definitiva, en esta cuestión no es posible generalizar; si no se produce un cambio en la legislación o en la jurisprudencia de los tribunales, habrá ocasiones que serán personas trabajadoras autónomas y otras que serán subordinadas; dependerá de los indicios y particularidades en los que se preste la actividad o servicio.

En España ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente la Sala de lo Social en Pleno del TS, en Sentencia de casación por unificación de doctrina²⁵ número 2924/2020, de 25 de septiembre, para el caso de la empresa Glovo. Esta sentencia supone un paso importante para aclarar la situación legal y laboral de las personas trabajadoras de plataformas, puesto que es unánime la decisión de la sala por la que declara que «la relación entre el recurrente y la mercantil Glovoapp23 SL tenía naturaleza laboral». La sentencia analiza con detalle las notas de la laboralidad del artículo 1.1 del ET y la definición y notas de la persona trabajadora autónoma dependiente recogidas en el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo y revisa toda su doctrina al respecto. Una sentencia de la que, sin duda, se hará eco la doctrina y que viene a decir, en esta ocasión, que:

[...] el repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

En el futuro, este tipo de trabajos es un desafío tecnológico y social que, en mi opinión, es necesario abordar legalmente para dar seguridad jurídica a una práctica creciente compleja en la que, de nuevo, están en juego la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, cualesquiera que sean estas. Un primer paso ya dado en esta nueva regulación es la «Consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en la modificación del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ET y de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, sobre determinados aspectos de la prestación de trabajo por cuenta propia y ajena del trabajo a través de plataformas»²⁶, y que se cerró el día 22 de junio de 2020. En dicho documento de consulta se pone de manifiesto el objetivo de la futura norma:

²⁵ Sentencias de contraste: SSTSJ de Asturias de 25 de julio de 2019 (rec. 1143/2019) y de Madrid de 19 de septiembre de 2019 (rec. 195/2019).

²⁶ http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/consulta-publica/2020/Proyecto_08_20200606_consulta_publica_gabinete_empleo.pdf.

Se trata de proporcionar una regulación suficiente que dé respuestas adecuadas al fenómeno descrito aclarando las notas de laboralidad y distinguiendo lo accesorio o instrumental –el uso de los medios tecnológicos– de lo esencial –la existencia de auténticas relaciones subordinadas y dependientes prestadas dentro del círculo rector y organizativo de la empresa–, evitando el uso desproporcionado de soluciones judiciales a veces contradictorias, con la inseguridad jurídica y la desprotección que esto genera para las personas trabajadoras afectadas.

Para concluir, a pesar de esta importante sentencia, desde mi punto de vista, en la actualidad, sin una regulación específica no es posible generalizar para decidir sobre la verdadera naturaleza de la relación de estas personas trabajadoras, laboral o autónoma, puesto que se debe analizar en profundidad cada caso para ver si se está dentro de la aplicación del ET o del Estatuto del Trabajo Autónomo. El encaje en nuestra legislación actual es complicado, pues es tal la variedad de supuestos y la velocidad con la que cambian las condiciones de trabajo de este tipo de personas trabajadoras que hace que sea difícil optar. Tal vez, en mi opinión, una solución para proteger a este colectivo de personas trabajadoras de plataforma sería una regulación propia en la que se garantizaran sus derechos y se permitiese un cierto grado de flexibilidad, tanto para la persona trabajadora, como para la empresa titular de la plataforma. Esta flexibilidad se alinea con el margen de maniobra que puedan tener las empresas para ser competitivas en el mercado, a la vez que se pudiera compensar con una cierta flexibilidad para la persona trabajadora de plataforma, por ejemplo, abstenerse de cláusulas de no competencia, permitir a las personas trabajadoras de la plataforma establecer sus propios precios y determinar el tiempo y la forma de prestación del servicio por sí mismas, sin ser sancionadas por ello.

En mi opinión, al igual que existen las personas trabajadoras económicamente dependientes dentro de la regulación de las personas trabajadoras autónomas, la nueva regulación podría ir encaminada a regular las personas trabajadoras con plataformas digitales como un tipo de personas trabajadoras autónomas con un régimen jurídico concreto y diferente al resto de personas trabajadoras autónomas que cubra todas sus necesidades personales, organizativas, económicas y, muy importante, con una protección social equivalente a la de las personas trabajadoras por cuenta ajena. Por supuesto, esto no es óbice para evitar la huida en aquellos casos en los que sean personas trabajadoras por cuenta ajena.

3.1.2. Teletrabajo. Distinción de tres momentos temporales: antes, en situación de crisis sanitaria y futuro inmediato

El teletrabajo es una forma de prestación de servicios, en auge por el contexto de pandemia que estamos viviendo, hasta hace unos días con escasa regulación²⁷, pero que ha

²⁷ Vid. RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre).

favorecido un mínimo de continuación de la actividad laboral en algunos sectores y que, en la actualidad, está en el punto de mira de muchos Gobiernos, agentes sociales, asociaciones, partidos políticos, doctrina científica, judicial...

Debido a una situación nunca antes vivida por la inmensa mayoría de la ciudadanía, una pandemia mundial, el teletrabajo ha marcado un hito en ese periodo de 2020, pues ha permitido a muchas personas trabajadoras continuar con su actividad laboral en condiciones de seguridad, sin estar presencialmente en su puesto de trabajo, y este cambio se ha producido en escasos días. Sin embargo, la situación de origen era bien distinta y todo parece apuntar a que en el futuro también lo será. Este tipo de trabajo se enfrenta a retos complejos como: el lugar de trabajo distinto al centro de trabajo clásico, las formas de ejercer el control empresarial, el ejercicio de derechos individuales y colectivos, la prevención de riesgos laborales, el control de los medios de producción y los gastos derivados de la misma, entre otros; retos que solo se pueden afrontar con responsabilidad.

A causa de que existen grandes diferencias en la materia según el momento temporal elegido, para abordar este epígrafe se van a distinguir tres periodos: antes de la crisis por COVID-19, durante la situación de la pandemia y en el futuro, pues, aunque todavía es una incertidumbre, ya se apuntan algunas luces. Para ello, no se va a seguir un orden cronológico, sino que se tratará primero la situación del teletrabajo antes de la crisis sanitaria, después el futuro y se finalizará con una exposición de las medidas adoptadas durante la situación de pandemia y confinamiento. La justificación de esta disfunción temporal es porque las medidas que se han adoptado en el momento de pandemia y confinamiento se supone que son temporales, y se quiere prestar más atención a la situación anterior y, sobre todo, a la de futuro. Si bien se advierte que, por el alcance de la materia, este epígrafe no puede pretender ser un estudio en profundidad, por las limitaciones de espacio y porque no es el objetivo del mismo.

Comenzando por la situación anterior a la crisis por COVID-19, los antecedentes se pueden situar en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003²⁸, prorrogado para el año 2004, que incorporó a la negociación colectiva el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo²⁹ (AMET). Este acuerdo surgió en el año 2002 entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

²⁸ *Vid.* Resolución de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003).

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

Según reza el propio acuerdo, el objeto del mismo es «elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores». El AMET otorga a estas personas trabajadoras la misma protección global que a las que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.

Existen diferentes conceptos de teletrabajo según autores; el acuerdo lo define como:

[...] una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.

Habida cuenta de que el teletrabajo cubre una amplia gama de situaciones, esta es la definición que eligieron los interlocutores sociales, puesto que permite abarcar distintas formas de trabajo regular.

En esta situación anterior a la pandemia sanitaria debida al coronavirus, apenas algunas grandes empresas, en determinados sectores y para determinadas personas trabajadoras, recurrían al teletrabajo. De hecho, según la Encuesta de Población Activa, de los casi 20 millones de personas ocupadas que había en España en 2019, el 8,4 % afirmó que trabajaba en su domicilio ocasionalmente y el 4,5 % que lo hizo más de la mitad de los días laborales. Luego el teletrabajo era una forma de trabajo residual, ejercida solo por unas pocas personas trabajadoras.

Tampoco antes existía en España una regulación específica de teletrabajo³⁰. El único referente normativo con el que se podía encontrar alguna similitud y amparo era el artículo 13 del ET, en el que se regulaba, como una modalidad de contrato de trabajo, la forma de prestar un trabajo a distancia. Sin embargo, a partir del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, la situación ha cambiado sustancialmente (el art. 13 ET remite al RDL 28/2020).

Dados los inminentes cambios, siquiera brevemente, conviene hacer un ejercicio sencillo de comparar los textos legales, para ser conscientes de los cambios acontecidos. Para ello se prestará atención al antiguo artículo 13 del ET (en vigor hasta el 12 de octubre de 2020), al texto del anteproyecto de Ley de trabajo a distancia³¹ y el actual RDL 28/2020.

³⁰ Sobre la situación normativa del teletrabajo, se recomienda Quintanilla Navarro (2017).

³¹ http://www.mites.gob.es/ficheros/participacion/historico/informacion-publica/2020/LEY_11_202006_26_TextoProyecto_gabinete_empleo.pdf.

Según el artículo 13 del ET, se definía el trabajo a distancia como:

[...] aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

La definición de trabajo a distancia regulada en el artículo 2.1 del anteproyecto es la siguiente:

[...] aquel trabajo que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, de modo no ocasional.

Por su parte, trabajo a distancia ocasional, conforme al artículo 2.4 del anteproyecto de Ley de trabajo a distancia, sería:

[...] aquel trabajo que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, de modo ocasional, en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente ley.

Para delimitar mejor lo que es trabajo a distancia y diferenciarlo de otro tipo de trabajo, se añaden dos definiciones también recogidas en el mismo anteproyecto:

- Teletrabajo (art. 2.2): «aquel trabajo que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».
- Trabajo presencial (art. 2.3): «aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».

Definitivamente, el RDL 28/2020 ha recogido las siguientes definiciones, diferentes a las anteriores:

- Trabajo a distancia (art. 2 a): «forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular».
- Teletrabajo (art. 2 b): «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación».
- Trabajo presencial (art. 2 c): «aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».

Entre otros, los principales rasgos que se manejan para diferenciar todos estos conceptos son: el lugar de la prestación de servicios, el tiempo y el componente tecnológico.

Como se puede observar con la actual regulación del trabajo a distancia, el teletrabajo se ha integrado como un tipo de trabajo a distancia, mientras que anteriormente eran conceptos independientes. Tanto en el anteproyecto como en el RDL 28/2020 que lo regula en la actualidad se recogen definiciones diferentes, si bien en este último se han simplificado. Al principio, en el anteproyecto se distinguían cuatro conceptos: trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo presencial y trabajo a distancia ocasional, mientras que en el RDL 28/2020 se contemplan solo tres, todos excepto el trabajo a distancia ocasional, que ha sido sustituido en el nuevo texto en vigor por la introducción, dentro de su ámbito de aplicación, de un elemento importante que otorga una «cierta» seguridad jurídica:

Se entenderá que es regular el trabajo a distancia que se preste, en un periodo de referencia de 3 meses, un mínimo del 30 % de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

Sin duda, en mi opinión, este porcentaje será de nuevo complejo de determinar si no hay voluntad, puesto que, como se ha puesto de manifiesto en anteriores epígrafes, la distribución de la jornada irregular no facilita el control de la misma.

Siguiendo con la comparación de ambos textos, así como en el anteproyecto se echaban de menos más referencias al teletrabajo, pues tras su definición apenas se mencionaba y, por lo tanto, cabía la duda de si algunas de las prescripciones expresas hechas al trabajo a distancia también se aplicaban al teletrabajo, ahora esto se ha corregido; hay muchas más referencias e incluso en el nuevo texto aprobado se ha modificado la definición del teletrabajo: «aquel trabajo a distancia que se lleva [...]», para que no quepa duda de que se ha incluido como un tipo de trabajo a distancia.

Algo importante en este tipo de trabajo es la voluntariedad del mismo. Así, en el anteproyecto se recogía el carácter voluntario del acceso al mismo en su artículo 4: «El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y requerirá acuerdo de trabajo a distancia». Si bien, en la regulación actual (art. 5.1 RDL 28/2020) parece que el acuerdo es bilateral: «El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley, [...]».

Continuando con el régimen jurídico del trabajo a distancia, en la anterior regulación, en concreto en el apartado 3 del artículo 13 del ET, y para evitar abusos, se garantizaba la igualdad en los derechos reconocidos a las personas trabajadoras con trabajo a distancia, con algunas excepciones:

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

Esta misma redacción se incluyó sin modificaciones en el artículo 3.1, sobre igualdad de trato y no discriminación, del anteproyecto y con alguna modificación en el artículo 4 del RDL 28/2020:

Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.

Con más detalle continúa este artículo 4 regulando la «igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación» de las personas con trabajo a distancia.

Además, el artículo 13.3 del ET continuaba con un inciso importante: «en especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones». Para garantizar los derechos de formación y promoción profesional, la empresa estaba obligada a «asegurar» los medios necesarios para:

[...] el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, debía informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Estos derechos están ahora regulados por los artículos 9 a 19 del RDL 28/2020³².

Efectivamente, el teletrabajo favorece una distribución irregular de la jornada de trabajo; una flexibilidad³³ en la ordenación del tiempo de trabajo que puede resultar un arma de doble filo, con ventajas e inconvenientes para ambas partes e incluso para la sociedad. Algunos de

³² Vid. dentro del capítulo III del RDL 28/2020, sección 1.ª, derecho a la carrera profesional; sección 2.ª, derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos; sección 3.ª, derechos con repercusión en el tiempo de trabajo; sección 4.ª, derecho a la prevención de riesgos laborales; sección 5.ª, derechos relacionados con el uso de medios digitales; y sección 6.ª, derechos colectivos.

³³ Vid. STS de 14 de diciembre de 2016 (rec. 17/2016), caso Panrico, SAU. Vid., asimismo, SSTSJ de Madrid 297/2014, de 16 de junio, y 2103/2002, de 13 de noviembre, sobre distribución irregular de la jornada.

los aspectos positivos del teletrabajo son: favorece la conciliación de la vida laboral y familiar, evita pérdidas de tiempo y gastos en desplazamientos, se contamina menos, aumenta la productividad, favorece la integración de personas con movilidad reducida, dinamiza territorios despoblados... Pero, si no se utiliza con responsabilidad, el poder de control empresarial puede terminar desbordado e infringiendo en algunos derechos de las personas trabajadoras e incluso en su salud. Al respecto, la exposición de motivos del mencionado anteproyecto recordaba que el Tribunal Constitucional ha establecido que los mecanismos de control tecnológico de la actividad laboral deben respetar los tres condicionantes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Estos mecanismos han sido incorporados al artículo 17 del RDL 28/2020.

Por otro lado, la seguridad y la salud es un derecho de la persona trabajadora, cualquiera que sea su forma de trabajo, si bien el régimen jurídico de dicha protección no es exactamente el mismo. En el caso del trabajo a distancia, el artículo 13.4 del ET establecía que:

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y su normativa de desarrollo.

Este derecho también se contemplaba en los artículos 15 y 16 del anteproyecto y ahora del RDL 28/2020, sobre aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia y evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, respectivamente. El artículo 15 viene a replicar el texto del anterior artículo 13.4 del ET, esto es, que las personas trabajadoras a distancia tienen derecho a que se les aplique la LPRL y sus normas de desarrollo. Por su parte, el artículo 16 contempla la forma en la que se tiene que realizar la evaluación de riesgos y, sobre todo, los aspectos principales, a saber:

La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

De nuevo, tiempo de trabajo y seguridad se manifiestan unidos.

También en el AMET se protegieron estos derechos relacionados con la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, de manera que:

El empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador con arreglo a la Directiva 89/391/CEE y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes. Para comprobar la correcta

aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo serán necesarias una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección.

Con la actual norma, para entrar a evaluar el domicilio de la persona trabajadora «deberá emitirse informe escrito que justifique dicho extremo que se entregará a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención», por lo demás «la referida visita requerirá, en cualquier caso, el permiso de la persona trabajadora, de tratarse de su domicilio o del de una tercera persona física» y, de no concederse dicho permiso, el desarrollo de la actividad preventiva por parte de la empresa «podrá efectuarse en base a la determinación de los riesgos que se derive de la información recabada de la persona trabajadora según las instrucciones del servicio de prevención».

Son bastantes e importantes los riesgos que hay que tener en cuenta en la evaluación del puesto de trabajo a distancia en la que se tienen que contemplar todas las especialidades (seguridad, higiene, ergonomía y psicología aplicada y medicina preventiva). Cobran especial importancia los riesgos relacionados con la ergonomía, teniendo en cuenta la carga de trabajo, las posturas forzadas, la fatiga visual, los riesgos organizativos derivados de una mala organización del tiempo de trabajo y los riesgos psicosociales, entre otros.

Por último, otro momento temporal al que se hacía alusión al principio de este epígrafe ha sido el teletrabajo durante la situación de pandemia y crisis, de la que todavía no se ha salido. Los datos del 2020 son muy diferentes a los del año anterior, pues, tras una situación de confinamiento y de emergencia sanitaria, las circunstancias han abocado a más personas trabajadoras a prestar sus servicios mediante el teletrabajo³⁴. Como se ha mencionado anteriormente, las tecnologías han permitido la continuidad de la actividad laboral de una parte importante de la población activa en España que anteriormente trabajaba en un sistema de presencialidad.

En la actualidad, el teletrabajo se ha convertido en una herramienta al servicio de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras; prueba de ello son las diferentes normas que se han ido publicando a lo largo de estos últimos meses y en las que se hace mención al teletrabajo para recomendarlo, siempre que sea posible, como medida prevalente para preservar la salud de las personas trabajadoras. De este modo, por orden cronológico y sin ánimo de ser exhaustivos, se recogen algunas de las medidas extraordinarias que se han ido adoptando con relación al teletrabajo y al trabajo a distancia derivadas de la COVID-19:

³⁴ Los datos todavía no son fiables, son orientativos y según la fuente oscilan entre un 22 % y un 34 % de las personas ocupadas en España durante la época de confinamiento.

- RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En su artículo 5 se contempla una medida excepcional y temporal que consiste en establecer como «preferente» el trabajo a distancia, así se recoge que:

Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria.

En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

Además, en este RDL el Estado se compromete a apoyar financieramente, mediante el Instituto de Crédito Oficial para las pymes, la compra y *leasing* de equipamiento y servicios para la digitalización de la pyme y las soluciones de teletrabajo, movilizando en los próximos 2 años más de 200 millones de euros.

- RDL 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. En este caso, este permiso no se aplica a «las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios».
- Después, en todas las órdenes ministeriales que regulan las fases 1³⁵, 2³⁶ y 3³⁷ de desescalada, se recoge, dentro de la misma sección 2.^a sobre medidas de higiene y prevención, el mismo artículo 3 sobre fomento de los medios no presenciales de

³⁵ Vid. Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

³⁶ Vid. Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

³⁷ Vid. Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

trabajo, para disponer que «siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia». Sin embargo, en la orden ministerial que regula la fase 3, se añade un apartado 2 a este artículo 3 que establece lo siguiente:

No obstante lo anterior, las empresas podrán elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar.

Algunas de estas medidas preventivas vienen recogidas en el artículo siguiente³⁸ y consisten en que «el director» debe asegurarse de que:

[...] todos los trabajadores tengan permanentemente a su disposición en el lugar de trabajo agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida. [...] Asimismo, cuando no pueda garantizarse la distancia de seguridad interpersonal de aproximadamente 2 metros, se asegurará que los trabajadores dispongan de equipos de protección adecuados al nivel de riesgo. En este caso, todo el personal deberá estar formado e informado sobre el correcto uso de los citados equipos de protección.

Por último, el apartado 3 de este artículo contempla una medida en relación con el tiempo de trabajo y que viene obligada para garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Así, establece que:

La disposición de los puestos de trabajo, la organización de los turnos y el resto de condiciones de trabajo existentes en los centros, entidades, locales y establecimientos se modificarán, en la medida necesaria, para garantizar la posibilidad de mantener la distancia de seguridad interpersonal de 2 metros entre los trabajadores, siendo esto responsabilidad del titular de la actividad económica o, en su caso, del director de los centros y entidades, o de la persona en quien estos deleguen.

³⁸ Vid. artículo 4 sobre medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los sectores de actividad previstos en esta orden.

- RDL 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Dentro del ámbito económico, esta norma destina medidas económicas para fomentar la recuperación, entre otros, para el sector de las telecomunicaciones por la implicación que tiene en otros ámbitos, entre ellos, con el teletrabajo.
- RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. De nuevo se insiste en fomentar el teletrabajo, de manera que su artículo 7 establece:

Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá: [...] Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

- RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, y que es de aplicación a «las relaciones de trabajo [...] en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 del [...] Estatuto de los Trabajadores [...], que se desarrollen a distancia con carácter regular».
- RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

3.2. Influencia de la transformación digital de los procesos de trabajo frente al derecho a la desconexión digital como medida para preservar la salud de la persona trabajadora

En una sociedad avanzada, en la que las tecnologías están presentes en la mayoría de los procesos, de los equipos de trabajo, de las empresas, de los productos o servicios y de la forma en la que nos comunicamos con empresa/s y compañeros/as, garantizar el derecho a la desconexión digital es necesario para la vida de las personas trabajadoras, para su salud mental y fisiológica y el bienestar de toda la familia. Además, las personas trabajadoras tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por la empresa, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización³⁹ en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

³⁹ Vid. STS 3017/2020, de 15 de septiembre.

El derecho a la desconexión digital regulado en el artículo 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), supone, en el ámbito laboral y también en el empleo público, garantizar el derecho al descanso en cualquier momento que no sea tiempo de trabajo y el derecho a la intimidad, ambos protegidos constitucionalmente. Así, a tenor del apartado 1 de este artículo 88:

Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

Este derecho se incorporó⁴⁰ para las personas trabajadoras por cuenta ajena en el nuevo artículo 20 bis del ET sobre derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión (en vigor desde el 7 de diciembre de 2018).

También en el artículo 18.1 del anteproyecto se regula el derecho a la desconexión digital, remitiendo al mencionado artículo 88 de la LOPDGDD, precisando que:

El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación absoluta del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.

En la redacción actual del RDL 28/2020 se ha eliminado un matiz importante sobre la limitación «absoluta»: el deber empresarial «conlleva una limitación del uso de [...]». Con esta redacción, en mi opinión, no quedan garantizados estos derechos, pues recordemos lo mencionado anteriormente en relación con el tiempo de trabajo, en tanto cabe la posibilidad de una distribución irregular del mismo y, por lo tanto, el derecho a la desconexión queda en entredicho.

Para garantizar este derecho⁴¹, debería cobrar especial relevancia la negociación colectiva o, en su defecto, lo acordado entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, puesto que deberían ser ambas las que negociaran una política interna dirigida

⁴⁰ Vid. disposición final decimotercera de la LOPDGDD.

⁴¹ Vid. artículo 88.2 de la LOPDGDD:

Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

a las personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán 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. 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 de la persona empleada vinculada al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. En este mismo sentido se pronunciaba el artículo 18.2 del anteproyecto:

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa se establecerán los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con los tiempos de cuidado y la garantía de tiempos de descanso.

Sin embargo, según la actual redacción del artículo 18.2 del RDL 28/2020:

La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán 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. 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 de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios [...].

De nuevo, con esta última redacción, las empresas tienen más libertad para elaborar la política a su voluntad, puesto que relega la negociación a una audiencia previa, lo que puede suponer un importante desequilibrio y riesgo para la salud de las personas trabajadoras.

La monotonía, la falta de *feedback* en la realización de las tareas, quizás una falta de formación en competencias digitales, la falta de medios informáticos para desarrollar bien las tareas encomendadas, la confusión entre el principio y el fin tanto de la tarea como del horario de trabajo son factores de riesgo que pueden ocasionar graves daños en la salud de las personas trabajadoras por la materialización de los riesgos a los que están expuestas, algunos mencionados en la propia LOPDGDD como la «fatiga informática» u otros, también psicosociales, como la ansiedad, la depresión o el estrés, y sobre los que la desconexión digital puede ser, no solo un derecho, sino una medida preventiva para preservar la salud de las personas trabajadoras.

4. Medidas adoptadas durante la situación actual de crisis sanitaria frente a la inminente necesidad de proteger la seguridad y la salud de las personas trabajadoras⁴²

En una situación inicial de pandemia, fueron pocas las personas trabajadoras que pudieron continuar con sus trabajos, algunas desde su domicilio mediante teletrabajo y otras, en los considerados sectores esenciales, realizando su actividad normal, pero con medidas excepcionales.

En este contexto excepcional en el que muchas personas trabajadoras pasan de estar un día trabajando en el centro de trabajo de la empresa a, en el mejor de los casos, al día siguiente trabajar desde su domicilio o incluso a no trabajar, se ven alterados muchos de los derechos y obligaciones que se sustentan en el derecho del trabajo, que, de repente, se pone al servicio del Estado para minimizar los daños en la economía⁴³, alterando todo el sistema organizativo y de seguridad y salud de las personas trabajadoras y de las empresas⁴⁴.

De nuevo, la seguridad y la salud y el tiempo de trabajo se presentan como dos elementos indisolubles en las relaciones laborales. Las medidas principales adoptadas durante esta situación de crisis sanitaria han sido varias: expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), expedientes de regulación de empleo (ERE), autoevaluaciones en el domicilio de la persona trabajadora, adaptaciones de los puestos en las empresas y permiso retribuido recuperable.

⁴² Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0509&qid=1522050991135&from=EN>.

⁴³ Según reza la exposición de motivos del RDL 8/2020:

Con el fin de ejecutar las medidas de contención previstas por la normativa aplicable, garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable y se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para pymes dentro del programa Acelera pyme de la empresa pública Red.es.

⁴⁴ En esta línea, la exposición de motivos del RDL 8/2020 justifica los cambios así:

Las recomendaciones de las autoridades sanitarias dirigidas a reducir la expansión del COVID-19 han puesto de manifiesto los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19.

Gracias a las herramientas informáticas y digitales, pueden realizarse las tareas laborales diarias desde dispositivos conectados a internet, incluyendo reuniones *online*, llamadas «virtuales» vía voz, videoconferencias o envío de documentos internos.

Para las empresas y puestos en los que la modalidad del trabajo no presencial no estaba implementada con anterioridad, la urgencia de la actual situación de excepcionalidad exige una relajación de estas obligaciones, con carácter temporal y exclusivamente a los efectos de responder a las necesidades sanitarias de contención actualmente vigentes.

Comenzando por los ERTE y los ERE, estos han supuesto una medida para salvar de la quiebra a muchas empresas y, a la vez, una esperanza de continuidad laboral para muchas personas trabajadoras.

Por otro lado, la evaluación de riesgos en el domicilio de la persona trabajadora, un tema delicado por la posible colisión con algunos derechos fundamentales y laborales de esta, en este contexto de emergencia se ha «solucionado» al aplicar el artículo 5 del RDL 8/2020 por el que se establece lo siguiente:

Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

Evidentemente, esto solo se justifica por una situación de emergencia, puesto que sin formación ni medios resulta complicado que una persona trabajadora pueda hacer su propia evaluación de riesgos del puesto, a pesar de que existen algunas herramientas fiables que lo facilitan, como el programa Prevencion10⁴⁵.

Otras de las medidas adoptadas desde el estado de alarma han consistido en introducir cambios en la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas, esto es, modificaciones de horarios, turnos, reducciones de jornada, etc. Estos cambios se han utilizado por las empresas como herramientas de primer orden para adaptar los puestos de trabajo, pues se han convertido en una de las principales medidas preventivas adoptadas, junto con los EPI (guantes, mascarillas, gafas...) y otras medidas de higiene.

El reto para las empresas ha sido, y es, intentar recuperar la producción sin aglomeraciones de personas trabajadoras, por lo que recursos como las entradas y salidas escalonadas de los centros de trabajo o la creación de nuevos turnos que eviten una excesiva concentración de personas en los lugares de trabajo son medidas preventivas a tener en cuenta por el personal técnico de prevención de riesgos laborales en sus nuevas evaluaciones de riesgos o en las revisiones de las ya existentes.

Sin embargo, algunas de estas medidas, como establecer turnos de trabajo, cambio de horarios, etc., suponen alterar unas condiciones de trabajo que tenían adquiridas las personas trabajadoras y que, en una situación normal, podrían ser consideradas como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). A pesar de esto, a diferencia de otras ocasiones, la causa que ahora motiva esa decisión empresarial es la sobreguarda de la

⁴⁵ https://www.prevencion10.es/p10_front/.

salud de las personas trabajadoras, según las recomendaciones de las autoridades sanitarias, y por ello, siempre que así sea, no seguirá las reglas del citado artículo 41 del ET. Así lo entendió el TS en Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (rec. 2566/2012), según la cual:

[...] establecido el plan de prevención, en atención a la previa evaluación, las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa. Por consiguiente, la adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

En este caso no se trata de una muestra de la facultad de organización de la empresa, sino que lo que prima es la protección de la salud de las personas trabajadoras, y por ello, si es resultado de la evaluación de riesgos, esa decisión empresarial se convierte en una obligación y, por tanto, justifica el cambio sin estar sujeto a los cauces formales del artículo 41 del ET, por supuesto, siempre que estén muy bien justificadas las medidas y se haya cumplido con la consulta y participación de las personas trabajadoras⁴⁶, según los artículos 33 y 34 de la LPRL.

En otras ocasiones, el TS ha seguido esta misma línea de argumentación. Así, la STS 126/2019, de 19 de febrero, razona que «los cambios introducidos en la relación laboral (aunque sean de relevancia) como consecuencia de los mandatos legales no han de sujetarse a las disposiciones del artículo 41 ET».

A pesar de todo lo anterior, es probable que surjan conflictos derivados de una interpretación diferente o de una vaga justificación de las medidas y, por tanto, una cierta discrecionalidad. En definitiva, estos cambios pueden suponer para las personas trabajadoras importantes inconvenientes a la hora de conciliar con su vida personal y familiar, y, en última instancia, serán los tribunales los que tengan que ponderar estos derechos y entender justificadas las medidas. Al fin y al cabo, si no se aplica el artículo 41 del ET, se está limitando el ejercicio del derecho que tiene la persona trabajadora a solicitar la extinción del contrato de trabajo indemnizada por no poder cumplir con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo justificada e impuesta por la empresa; algo que no parece razonable, por muy justificada que esté la medida.

Otra de las opciones a las que se ha recurrido en esta situación de riesgo ha sido el permiso retribuido recuperable, regulado en el RDL 10/2020, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Este permiso regulado en el artículo 2 no modifica el artículo 37 del ET, porque tiene un marcado carácter temporal y un

⁴⁶ Vid. STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre.

objetivo claro⁴⁷: «limitar al máximo la movilidad. Y los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se excluye del disfrute obligatorio del permiso se justifican por estrictas razones de necesidad». Para ello, se aprueba un nuevo permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, para las personas trabajadoras que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, por un periodo concreto: «entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive». La retribución durante este tiempo será la «que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales».

De nuevo, se delega en la negociación entre empresa y representación legal de las personas trabajadoras para que, en el plazo máximo de «7 días», se pongan de acuerdo para establecer cómo se van a recuperar esas horas dentro del periodo comprendido desde «el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020», es decir, desde el 22 de junio hasta el 31 de diciembre de 2020. Para el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidas conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del ET.

En el texto legal también se especifican algunas cuestiones tales como el plazo para constituir la comisión representativa, la obligación de negociar de buena fe, el requisito de la mayoría para tomar el acuerdo, la posibilidad de recurrir a la mediación o al arbitraje, el preaviso para que la persona trabajadora conozca el momento de la prestación de trabajo y otras cuestiones formales.

El acuerdo a alcanzar deberá tener en cuenta los límites que sobre el tiempo de trabajo ya están contemplados en el ET y, en su caso, en el convenio colectivo, esto es, se deberán respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal, y la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. «Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente». A todo esto se añaden algunas medidas nuevas tomadas para proteger a las personas trabajadoras frente al riesgo de contagio de COVID-19. Un factor de riesgo podría ser fichar con huella dactilar y, para evitarlo, el artículo 4.2 de la Orden SND/458/2020 establece que:

⁴⁷ Vid. exposición de motivos del RDL 10/2020.

El fichaje con huella dactilar será sustituido por cualquier otro sistema de control horario que garantice las medidas higiénicas adecuadas para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, o bien se deberá desinfectar el dispositivo de fichaje antes y después de cada uso, advirtiendo a los trabajadores de esta medida.

5. Reflexiones finales

En el mercado de trabajo actual, cada vez más digital, globalizado, competitivo y deslocalizado, se están desdibujando los límites del derecho del trabajo, de manera que cambios en las condiciones de trabajo inicialmente pactadas por las empresas con las personas trabajadoras pueden suponer un nuevo riesgo laboral que puede afectar seriamente a su salud.

Tener una jornada irregular, un trabajo a turnos o un horario de trabajo que no sea acorde con nuestras necesidades personales y familiares podrían ser factores de riesgo que pueden producir daños a la salud de la persona trabajadora. Un riguroso control del tiempo de trabajo, sea cual fuere la forma de trabajo, podría ser una medida preventiva frente a los riesgos derivados de una mala organización del mismo, al igual que la desconexión digital. Los límites deberían estar claros y, para poder ser eficaces, lo ideal sería que encajasen con las necesidades de la persona trabajadora.

La introducción de sistemas digitales en las empresas sin una correcta adaptación ni formación puede suponer un nuevo riesgo, sobre todo para las mujeres trabajadoras.

La integración de la prevención de riesgos laborales en las empresas debería avanzar no solo en la valoración de los riesgos de seguridad, higiene..., sino también en estos tipos de riesgos organizativos que son determinantes para la salud psicosocial de las personas trabajadoras.

La casuística de cuestiones que se presentan en materia de tiempo de trabajo es innumerable. Algunos autores como García Perrote-Escartín y Mercader Uguina (2017) califican el tiempo de trabajo como un «terreno sinuoso y enormemente complejo en la práctica», lo que con seguridad seguirá produciendo pronunciamientos en esta materia, y las circunstancias concurrentes en cada caso serán determinantes para la consideración del mismo en un sentido o en otro.

Lo deseable sería que, vía negociación colectiva, se pudieran resolver algunos de estos conflictos. En este sentido, la negociación colectiva tiene un importante papel para contribuir a la paz social, regular derechos y obligaciones de las partes y aunar intereses contrapuestos. Todo ello, en pro de garantizar el ejercicio de derechos reconocidos legalmente como la igualdad, la intimidad, la dignidad, la conciliación, la seguridad y salud, el descanso, la desconexión digital y cuantos otros están relacionados con el tiempo de trabajo en el ámbito de la empresa.



Las nuevas formas de trabajo, los llamados «trabajos de plataforma» y el teletrabajo, contribuyen a la necesidad de replantear o, al menos, analizar con detenimiento el tiempo de trabajo en su forma de trabajar. Ha llegado el momento de mostrar responsabilidad por ambas partes, compromiso, confianza mutua y no valorar los resultados del trabajo por base en el tiempo, sino en otros parámetros más justos y objetivos. De cara a un futuro, lo deseable sería que tanto en las nuevas regulaciones, como en la aplicación de las que acaban de llegar, no nos olvidemos de anteponer la salud a otros intereses, como bien propugna la directiva de tiempo de trabajo.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, Carlos Luis; Almendros González, Miguel Ángel; Fabregat Monfort, Gemma; Lantarón Barquín, David; Merino Segovia, Amparo; Monereo Pérez, José Luis; Muñoz Ruíz, Ana Belén y Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2020). Conclusiones generales. En Carlos Luis Alfonso Mellado (Coord.), *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo* (pp. 381-400). Lefebvre-El Derecho, SA.
- Aragón Gómez, Cristina. (2018). La compleja delimitación del concepto de tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Información Laboral*, 9, 113-143.
- Basterra Hernández, Miguel. (2019). El tiempo de trabajo en los instrumentos de la OIT: una perspectiva desde el ordenamiento español. *Documentación Laboral*, 116, 71-83.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2017). Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 3-24. <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/5283/4107>.
- García Blasco, Juan. (2020). Tutela de la seguridad y salud y tiempo de trabajo: a propósito de la STJUE de 14 de mayo de 2019. *Revista Galega de Dereito Social*, 10, 9-17. <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/100/233>.
- García Perrote-Escartín, José Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). El concepto de «tiempo de trabajo efectivo» en la doctrina reciente de los tribunales. *Revista de Información Laboral*, 12.
- Lahera Forteza, Jesús. (2020). Ejercicio y cómputo de los permisos retribuidos. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 229/2020 y 257/2020, de 11 y 17 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 448, 169-174.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440, 113-160.
- Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda. (2017). El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura. En *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)* (vol. II, pp. 107-122). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.